

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal sustituta. Licenciada en Criminología. Doctoranda en Derecho Penal. Socia de la FICP.

~Las grabaciones de conversaciones orales directas entre particulares como medio de prueba en el proceso penal~

I. PLANTEAMIENTO.

Resulta claro que uno de los aspectos en los que queda reflejado el avance de la tecnología en la sociedad actual es en el campo de las comunicaciones donde las nuevas tecnologías ofrecen diferentes posibilidades al alcance de cualquier ciudadano que posea un teléfono inteligente cuyo uso comenzó a proliferar en el año 2.007 y desde entonces, el móvil ha pasado de ser una curiosidad a una herramienta útil hasta el punto de que se convierte en imprescindible para millones de ciudadanos. Y aunque no existen datos oficiales, pueden encontrarse informaciones que apuntan a que habría más teléfonos móviles que habitantes. Atrás quedan aquellos tiempos en los que documentar una conversación entre personas requería de un voluminoso aparato difícilmente ocultable, en el que se registraban sonidos de baja calidad y cuya posterior transposición a un soporte reproducible no resultaba tarea fácil ni accesible. En la actualidad, resulta relativamente sencillo desde un punto de vista técnico interceptar las comunicaciones orales entre personas. Y esa invasión en la privacidad resulta útil para los poderes del Estado en la labor de investigación y descubrimiento de delitos pero no puede descartarse que también pueda servir a fines particulares a cualquier individuo.

Pero para que estas grabaciones puedan tenerse como medios de prueba en un proceso penal, han de revestirse de determinadas garantías y sometidas a ciertos mecanismos de control pues en mayor o menor medida van a afectar siempre a ciertos derechos fundamentales de los intervinientes en la conversación, y más concretamente a reductos de privacidad del individuo que quedan incluidos en su derecho a la intimidad reconocido en el artº 18-1 de la CE, el derecho al secreto de las comunicaciones del artº 18-3 CE y el derecho a no declarar contra sí mismo del artº 24 CE, los cuales han de permanecer incólumes.

La reforma de la LECrim operada por la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha supuesto la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación exhaustiva sobre la injerencia del Estado en distintos derechos fundamentales del individuo, reforma que venía siendo reclamada de forma

insistente tanto nuestros Tribunales, dándose la circunstancia de que incluso desde el propio TEDH se habían lanzado varios avisos de la urgencia de introducir estas modificaciones legales. Pero en esta reforma, no se contemplan las grabaciones realizadas por particulares ni la validez de la prueba lo que a nuestro juicio supone un claro olvido del legislador, pues si bien ha regulado las condiciones de validez de las interceptaciones de conversaciones orales realizadas por la Policía en cuya autorización interviene un Juzgado o Tribunal, no ha sido el caso de las conversaciones grabadas por particulares. Y como apuntábamos, el teléfono móvil ha pasado de ser un aparato que se limitaba a establecer una conexión bidireccional entre personas a convertirse en un gadget con multiplicidad de funciones, entre ellas, la de grabación de conversaciones, siendo del todo frecuente que sean los particulares a quienes interese que una determinada grabación en cuya obtención no ha intervenido la autoridad judicial tenga acceso al proceso penal, como fuente de prueba en apoyo de sus pretensiones. Así las cosas, resulta cada vez más frecuente, que un particular que tiene intervención en el proceso penal ya sea como sujeto activo o pasivo, ponga de manifiesto en el momento de su comparecencia ante el órgano judicial que posee una grabación de voz que guarda relación con los hechos que se investiga. Este nivel de frecuencia se hace aún más mayor en procedimientos de violencia de género.

Así pues, en las siguientes páginas nos adentraremos en el análisis de los aspectos más relevantes en torno a la utilización de tales grabaciones en un proceso penal y a su validez y sus contornos con el límite del delito de descubrimiento y revelación de secretos.

II. LA GRABACIÓN DE CONVERSACIONES PRIVADAS ENTRE PARTICULARES.

1. Ausencia de regulación legal.

Como decíamos, la L.O. 13/2015 mencionada ha acometido una importantísima reforma en materia de adopción de medidas de investigación que producen injerencias en derechos fundamentales, pero la acción o el hecho de grabar de forma subrepticia conversaciones privadas que se producen entre dos o más personas, ya sea a través de micrófonos ocultos, o de la simple activación de la grabadora de voz de un teléfono móvil no es un hecho que haya sido objeto de atención por el precitado legislador. Y si a ello unimos que tampoco encontraba cobijo legal en la redacción anterior a la reforma de 2015, el resultado es que como ocurría con anterioridad a la reforma de 2015 seguiremos encontrando situaciones de anomia que una vez más no encuentran otra solución que la voluntarista actuación de unos jueces que tratan de

forzar las normas procesales, sometiéndolas a una a veces insostenible tensión, con tal de no ver cómo determinados hechos delictivos de especial gravedad pueden quedar impunes¹.

En realidad, la omisión se debe a que el secreto de las comunicaciones únicamente puede ser sometido a intromisiones a través de una serie de mecanismos totalmente tasados y que solo pueden ser utilizados por el Estado, con la finalidad de mantener una seguridad en los ciudadanos de que cualquier otra intromisión realizada por terceros ajenos a la conversación, no tendrá validez y podrá ser constitutiva de delito de descubrimiento y revelación de secretos del artº 197 CP². La falta de virtualidad probatoria en un proceso penal se la otorga el artº 11-1 L.O.P.J., debido a la ilicitud en cuanto a su obtención. Y sólo en el caso de que existiera buena fe o se tratara de un hallazgo casual o no existiera conexión de antijuridicidad podría utilizarse dicha grabación como prueba. De hecho, el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, en su artículo 13-2, admitía las pruebas obtenidas como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

2. Tratamiento jurisprudencial.

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A pesar del olvido del legislador y tratándose de una realidad, la cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional ya en SSTC 114/84, de 29 de noviembre, Ponente Luís Díez Picazo, la cual se considera un hito clásico del Alto Tribunal por ser la primera vez en tratar sobre la invalidez de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales cuando aún no se había aprobado la LOPJ de 1985 y su artº 11-1³. Se pone de manifiesto en la misma que en supuestos en los que de la conversación se deducían datos incriminatorios para el interviniente en la conversación que desconocía que estaba siendo grabado. Según los fundamentos utilizados en la primera de las sentencias, no puede estimarse vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando el contenido de la conversación es revelado por uno de los que intervienen en la misma pues la Constitución no garantiza *el derecho a la voz* como manifestación específica del derecho al secreto de las comunicaciones. Lo que la Constitución prohíbe es la intervención de la conversación *de otro* sin la preceptiva

¹ RODRÍGUEZ LAINZ J.L., Sobre la inconstitucionalidad de las vigilancias policiales mediante micrófonos ocultos. (A propósito de la STC 145/2014, de 22 de septiembre), La Ley, núm. 8438, Diciembre, 2014, p. 2.

² ZARAGOZA TEJADA, J.I.,Coord./PERALS CALLEJA, J., Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios y modificaciones introducidas por la Ley 13/2015, p. 514.

³ ZARAGOZA TEJADA, J.I.,Coord./PERALS CALLEJA, J., Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios y modificaciones introducidas por la Ley 13/2015, p. 515.

autorización judicial pero no la captación de la conversación *con otro*. Por ello, cuando se entabla una conversación con una tercera persona, el interlocutor pierde la protección específica que le concede el artº 18-3 CE y en consecuencia, la conversación puede ser revelada por cuanto además, transfiere sus propias manifestaciones, por lo que puede decirse que el que capta la conversación, no aparece vinculado por ningún deber de secreto. Y ello es así, porque 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 escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico⁴.

Por tanto, los límites a la actividad probatoria desplegada estarán constituidos por lo que el titular del derecho permitió o dejó de permitir que el otro conociera, siempre, además, que se descarte coerción o intimidación moral en la transmisión del pensamiento o información⁵.

b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estos principios recogidos por la jurisprudencia constitucional, ha sido plasmados también en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo.

Así, en la STS 212/1992, Ponente José Antonio Martín Pallín se dice que la grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es tributario y responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conversación que bien se puede grabar magnetofónicamente o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito. En todo caso no se trata de una prueba plena en cuanto que su certeza y veracidad puede ser impugnada por la parte afectada, lo que daría lugar a una prueba pericial para comprobar la pertenencia e identificación de las voces y en todo caso su contenido debe ser valorado libremente por la Sala sentenciadora a la que se ha presentado como prueba.

Y la STS 883/1994, de 11 de mayo, Ponente Enrique Bacigalupo Zapater, fue una de las primeras que se pronunció específicamente por el tema de las grabaciones por particulares de conversaciones propias en un caso de corrupción política. Los argumentos utilizados por la Sala II para dar validez a las grabaciones on varios y se pueden resumir en tres puntos:

⁴ STS 114/1984, de 29 de noviembre. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1.984.

⁵ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 471.

1º) Los derechos fundamentales protegen al individuo frente a los poderes del Estado, pero no vinculan a los sujetos privados. Este principio sólo admite excepciones en casos en que exista una fundamentación especial para ello.

2º) No hay vulneración al derecho a la intimidad cuando una persona exterioriza sus pensamientos libremente.

3º) El secreto a las comunicaciones no puede imponer una obligación de discreción o silencio al resto de los ciudadanos.

Por ello, concluye, 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 art. 259 de la LECrim. , cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos.

También la STS 713/1.995 de 30 de mayo, Ponente Joaquín Delgado García, se refiere a esta cuestión y destaca que no constituye una vulneración de la presunción de inocencia o del secreto de las comunicaciones la grabación de una conversación propia por medio de una grabadora que se lleva oculta, pues este derecho no alcanza a aquel con quien se conversa, sino al tercero ajeno a la conversación. Añade esta sentencia que si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tiene conocimiento (arts. 259 y ss. LECrim), 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 este medio sea constitucionalmente permitido y no integre, a su vez, una infracción criminal.

En la STS 2/98, de 29 de julio, Ponente Joaquín Delgado García, dictada en la causa especial 2530/95, en la que se consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones mantenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado. Y es en este último aserto se encuentra la clave

de esta cuestión, pues la posibilidad de que estas grabaciones obtenidas de forma subrepticia se utilicen como medio de prueba reside en el hecho de que no exista intervención alguna por parte de los poderes públicos, pues en el caso de que se produzca alguna injerencia por parte de los poderes públicos, será necesaria autorización judicial que las dote de legitimidad⁶.

En este sentido, en diversas demandas examinadas por el TEDH⁷, la Policía se coordinó con un particular para la recogida de pruebas mediante la grabación de las conversaciones con el sospechoso. El TEDH concluye en dichos supuestos la existencia de vulneración del art. 8 CEDH y para ello, realiza una neta diferenciación entre los supuestos en los que los ciudadanos, directamente, sin auxilio de la policía, realizan ese tipo de grabaciones, de los supuestos en los que la Policía pretende reunir pruebas para un proceso penal, y pone a disposición del particular los medios de grabación y controla la obtención de las pruebas preordenadas al proceso penal, pues de ser así, deben quedar sometidas a los mismos requisitos de las intervenciones telefónicas, ya que mantener lo contrario equivaldría a permitir que las autoridades investigadoras eludan sus obligaciones derivadas del CEDH mediante el uso de agentes privados⁸.

Pero lo hasta ahora expuesto sirve sólo como punto de partida o como criterio general, pues ha de ser objeto de algunos matices, acudiendo para ello nuevamente a la jurisprudencia, en este caso del Tribunal Supremo, pues en determinadas circunstancias sí que podría suponer una vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo.

Así, en la STS nº 45/14, de 7 de febrero (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), se expresa que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma, ya sean públicos o privados, pues el derecho posee eficacia *erga omnes*. Pero no hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. El resto de la doctrina jurisprudencial contenida en esta sentencia puede resumirse conforme a lo siguiente:

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación

⁶ En el mismo sentido, STS 9/2017 de 18 de enero, Ponente Luciano Varela Castro o STS 45/2014.

⁷ SSTEDH A c. Francia, de 23 de noviembre de 1.993; M.M. v. Holanda, de 8 de abril de 2.003 o Bykov v. Rusia, de 10 de marzo de 2.009.

⁸ SÁNCHEZ SISCART, J.M. (COORD.): La nueva regulación de la L.ECrim en materia de investigación tecnológica. Conclusiones. Plan Estatal 2017. Consejo General del Poder Judicial.

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 de la Constitución.

Por otra parte, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica, este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 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 (art. 18.1 de la Constitución). Pero quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución.

Desde otra perspectiva debe apuntarse que una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría del hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación, pues no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás, pues lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido y esto, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación, podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple *notitia criminis*, necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso.

También la STS núm. 652/16, de 15 de julio (Ponente: Conde-Pumpido Touron, Cándido), destaca la doctrina del TS en materia de intervención de conversaciones entre particulares. De entre sus pronunciamientos merece destacar lo siguiente habida cuenta del análisis que refiere de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados:

La grabación subrepticia de una conversación estrictamente privada por uno de los interlocutores no vulnera el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones (a

diferencia de las realizadas por terceros que interfieren la conversación de otros, salvo que medie autorización judicial).

Tampoco vulnera el derecho a la intimidad, salvo casos excepcionales en el que el contenido de la conversación afecta al núcleo más íntimo personal o familiar de uno de los interlocutores.

No vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable cuando la conversación grabada pone de manifiesto un hecho delictivo en sí mismo, siempre que se haya realizado de forma espontánea, sin maniobras ni argucias ya que, en este caso también resultaría afectado el derecho a un proceso con todas las garantías esta grabación puede ser utilizada como *noticia criminis* para investigar este delito.

Se vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, siendo la grabación nula como medio de prueba, si se realiza desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo que la grabación estuviera autorizada por la autoridad judicial conforme a los arts. 588 y ss., de la LECrim.

Y la STS 72/2017, de 8 de febrero, Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, trata también la cuestión y declara que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de valorar como prueba de cargo la confesión extrajudicial aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral y que sea sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre este extremo. Por otro lado, no existe una vulneración del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones por el hecho de que uno de los interlocutores grabe lo hablado en una reunión o en una conversación telefónica. Pero cuestión distinta es la relativa a si la grabación de una manifestación de una persona en la que reconoce la comisión de un hecho delictivo pasado, puede afectar a su derecho a no confesarse culpable. Tal afectación se ha apreciado, anulando el valor probatorio de las manifestaciones obtenidas en esas condiciones, cuando se realizan ante la autoridad, sus agentes o personas utilizadas por éstos en su investigación, pues en esos casos no es lícito prescindir, directa o indirectamente, de las garantías que la Constitución y la ley establecen para la validez de las declaraciones de los sospechosos o imputados. La cuestión es diferente cuando las manifestaciones se realizan ante un particular, aunque, aun en esos casos, el Tribunal deberá valorar, de una parte, si se han prestado libremente o si han estado condicionadas o determinadas por alguna clase de engaño o ardid de quien las presencia; en segundo lugar, si tal engaño o ardid ha estado encaminado a la

obtención de pruebas contra quien se manifiesta; y, en tercer lugar, la relevancia que ese elemento probatorio pueda tener en el caso, valorando el proceso en su conjunto a los efectos de establecer si se ha respetado el derecho a un proceso equitativo, es decir, a un proceso con todas las garantías.

Y para finalizar, haremos referencia a los supuestos de grabaciones de reportajes periodísticos con cámara oculta que pretenden hacerse valer en el proceso penal, declarando la ilicitud de la prueba. Sobre el particular, existen un buen número de sentencias, entre ellas, la STS, 12/2012 que proclama la prevalencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen frente a la libertad, de información pues la utilización de este mecanismo puede entrañar una irreparable lesión de derechos personalísimos del entrevistado que desconocedor de que su imagen y sus palabras están siendo grabadas clandestinamente, llega a conducirse con un grado de espontaneidad que no ofrecería si conociera el verdadero propósito que anima a su interlocutor.

3. Carácter de prueba documental y momento de introducción en el proceso.

La prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez, en el marco de un proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal⁹. La doctrina¹⁰ nos ofrece una completa definición del término prueba cuando dice que prueba es la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba, bajo la vigencia, añadiríamos, de los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

Por tanto, cabe afirmar el potencial probatorio de una grabación siempre que se introduzca en el cuadro de prueba mediante el correspondiente medio, en este caso como prueba documental, en condiciones contradictorias y sin perjuicio, obvio es decirlo, de la

⁹ DEVIS ECHANDÍA, H., Teoría General de la prueba judicial. Tomo I, Víctor P. de Zabalía, 5ª edición, Buenos Aires, 1981, p. 13.

¹⁰ GIMENO SENDRA, V./ ALMAGRO NOSETE, J./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ. V., Derecho Procesal, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 443.

valoración que pueda otorgarse al mismo, en particular sobre su autenticidad o sobre el alcance de las expresiones utilizadas en la conversación grabada¹¹.

El documento está definido como tal en el art. 26 Código Penal. “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.¹²”

En cuanto al momento de introducción en el proceso penal, en el caso del procedimiento sumario ordinario y del procedimiento abreviado será en cualquier momento de la instrucción, como prueba anticipada y al inicio del acto del juicio, entendiendo que a ambos procesos resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 785 y 786 LECrim. Y en el caso de los procedimientos por delito leve, habida cuenta de que en los mismos no existe la fase de instrucción, este momento será el de la celebración de la vista oral. No obstante lo anterior, resulta frecuente que si la persona que quiere aportar la grabación sea la persona que denuncia, lo haga ya en el momento de la interposición de la denuncia quedando adjuntado a esta.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artº 4 que resulta de aplicación supletoria al proceso penal se distingue entre medios de prueba nominados y medios de prueba innominados (artº 299.2 y 382 a 384), tales como la reproducción de la palabra, sonido e imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso y 299.3 cualquier otro medio no expresamente previsto en la LEC.

Frente a la ausencia de regulación acerca de esta materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la prueba documental de una forma más amplia, debido a su más reciente publicación y se ocupa de ello en el capítulo VI del Título I de su Libro II, bajo el epígrafe De los medios de prueba y de las presunciones.

¹¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 472.

¹² La doctrina del Tribunal Supremo, al respecto, se recoge nítidamente en la Sentencia de 18-XI-1998, que al comentar el sentido del precepto incorporado a la normativa penal sustantiva por el legislador de 1995 recuerda que *en el debate tradicional entre la concepción latina del documento que lo reduce a la forma escrita y la concepción germánica que admite cualquier base material susceptible de incorporar una declaración jurídicamente relevante escrita o no, la norma se inclina por la concepción germánica más amplia, como ya había efectuado antes un sector de la doctrina española y la jurisprudencia de esta Sala (SS 19-4-1991; 20---1992 y 15-3-1994 entre otras): Cabe, en consecuencia cualquier soporte hábil (papel, piedra, madera, cinta magnetofónica, película cinematográfica, disco de ordenador etc.) para fijar datos jurídicamente relevantes, tanto a través de la escritura como de otros medios (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos, etc.).*

Concretamente, el artículo 299 de dicho texto legal, al relacionar los medios de prueba, incluye en su número 1, entre los de carácter tradicional, los documentos tanto públicos como privados y en su número 2, como medio de prueba diferente, se refiere a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como a los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otras clase, relevantes para el proceso. Según el Dictamen 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas, estos últimos constituyen un *tertius genus* no fácilmente encuadrable como prueba testifical, ni documental ni pericial¹³.

Por otra parte, el artículo 382 LEC, en el apartado 1º se refiere específicamente a la posibilidad de que las partes propongan como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejante, indicando en su número 2º que quien efectúe esta propuesta también podrá aportar los dictámenes o medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes o medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

4. Valor probatorio de una grabación.

Sirva como principio jurisprudencial general que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas tendentes a destruir la presunción de inocencia que vinculan a los tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del juzgador se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes¹⁴.

Y tratándose las grabaciones de una prueba documental, como tal ha de ser valorada por Jueces y Tribunales como cualquier otra prueba con arreglo a las normas contenidas en

¹³ Dictamen 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen%20n%C2%BA%201-2016%20sobre%20el%20valor%20probatorio%20de%20las%20capturas%20de%20pantallas.%20Unidad%20Criminalidad%20Inform%C3%A1tica.pdf?idFile=5838c1ef-1b11-49bf-92f4-066d003af630

¹⁴ STC 111/1999, de 14 de junio. BOE núm. 162 de 8 de julio de 1999.

la LECrim, más concretamente en los arts. 741 y 973, que se refieren a que serán valoradas por el Juez “según su conciencia”.

Por otra parte, según la STS núm. 652/16, de 15 de julio antes citada, las manifestaciones realizadas por un inculpado en estas grabaciones no pueden considerarse como confesión de los hechos a los que se refieren. En este caso, puede utilizarse como medio de prueba directa del delito que se reproduce en la grabación y como refuerzo de la declaración testifical de quien la aporta siempre que no haya sido manipulada.

En cuanto a las posibles manipulaciones de la grabación, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo de forma constante que debe excluirse toda lesión de relevancia constitucional derivada de la grabación y ulterior utilización en juicio de lo grabado por uno de los interlocutores. (STC 56/2003, 24 de marzo). Otra cosa distinta será que no conste la autenticidad de lo grabado porque pueda alegarse en juicio que la conversación ha sido manipulada por la persona que la grabó. En este caso la prueba sería lícita pero afectaría a la fiabilidad. Como recoge la STS núm. 298/2013, 13 de marzo (Ponente: Del Moral García, Antonio): «... que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada...».

Igualmente, la STS núm. 793/2013, de 28 de octubre (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), establece que para determinar si la prueba así obtenida es lícita o debe excluirse del acervo probatorio debe realizarse una ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad, sólo entonces nos encontraremos en condiciones de poder sacrificar aquellos derechos y admitir la prueba así obtenida o excluirla por su ilicitud. Puede ocurrir que las imágenes captadas por su propio contenido, por el lugar en el que se captan o tiene lugar la entrevista, justifiquen su rechazo pero, en otros muchos casos, estaría justificado el examen en el proceso penal de las imágenes grabadas, con el consiguiente sacrificio del derecho a la intimidad de su interlocutor. El Juzgador deberá optar por una u otra solución y motivarla.

Y en la STS nº 45/14, de 7 de febrero (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), se expresa de nuevo que el hecho de que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse in casu y le merece fiabilidad, o no. En el supuesto examinado en la sentencia, concluye que no hay el más mínimo indicio de que

se haya tergiversado la grabación, o se hayan efectuado supresiones que traicionen el sentido de la conversación mediante su descontextualización o amputación de fragmentos que cambiarían su entendimiento. Entraba dentro de las facultades de la defensa solicitar una prueba pericial sobre tal punto.

Incluso podría irse más allá y plantear un supuesto en el que el interlocutor que graba la conversación tiene un deber de secreto respecto a lo que pueda revelar al tercero, en los términos del artículo 197 CP. Ante esta situación, la cuestión que surge es si pese a ello puede identificarse una regla de prohibición de acceso a la información probatoria o de valoración por parte del tribunal ante el cuál se ofrece la información mediante la aportación de la prueba documental, en este caso la grabación realizada por uno de los interlocutores.

Y como dice la doctrina¹⁵, en este caso cabe, desde la perspectiva de los fines de protección de las normas constitucionales, pueden establecer dos tipos de consecuencias: unas, las que puedan afectar al interlocutor que graba y divulga violando su deber de secreto. Otras, las que pueden afectar al valor probatorio de dicha información documental, pues si bien, la revelación o divulgación del contenido de la conversación por el que viola su deber *inter privatos* de secreto podría justificar su sanción, incluso como autor de un delito de revelación de secretos, ello no debería arrastrar la exclusión de dicha información del proceso, siempre que el Estado no haya intervenido ni directa ni indirectamente ni en la grabación ni tampoco en su divulgación.

Identificar una regla, en este caso, de prohibición de producción del medio de prueba o de valoración carecería de justificación en términos teleológicos. La regla de exclusión probatoria en este supuesto no se fundaría en razones objetivas de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que, en puridad, como precisa el Tribunal Constitucional –STC 114/1984, fundamentos 7º y 8º- no se vería afectado. La lesión del derecho a la intimidad en sentido general que consagra el artículo 18.1º CE, que se produciría por la revelación o divulgación de lo que una persona conoció por razón de su relación con el interlocutor podría justificar la sanción del deber incumplido pero no que el Estado prescinda de la información a la que accedió por un medio de prueba en cuya producción no intervino.

En definitiva, atendiendo a lo expuesto podría decirse que la solución en cada supuesto podría alcanzarse de forma casuística pues la jurisprudencia pone el énfasis en

¹⁵ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 472

la necesidad de atender a cada caso concreto.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Nunca ha sido objeto de regulación en nuestro ordenamiento jurídico la cuestión relativa a la grabación por parte de un particular de sus conversaciones privadas directas mantenidas con otro para su posterior aportación a un proceso penal como medio de prueba, por lo que existe una situación de anomia que no ha sido corregida ni siquiera por la importante reforma efectuada por la L.O. 13/2015, aunque si se contenía una pequeña referencia a las mismas en la Código Procesal Penal de 2.013, lo que nos sitúa ante una situación claramente inexplicable habida cuenta de que cada el avance en la sociedad actual de la tecnología en el campo de las comunicaciones pone en manos de cualquier individuo poseedor de un teléfono móvil la posibilidad de interceptar o grabar una conversación mantenida con otro para su aportación al proceso penal.

Por otra parte, el hecho de que estas grabaciones obtenidas de forma subrepticia sean susceptibles de ser utilizadas como medios de prueba, concretamente, como prueba documental, reside en el hecho inexcusable de que no exista intervención alguna por parte de los poderes públicos, pues en el caso de que se produzca alguna injerencia por parte de los poderes público, será necesaria autorización judicial que las dote de legitimidad. No obstante, su aportación al proceso penal presenta zonas de colisión con posibles injerencias en los derechos fundamentales del grabado sin consentimiento, las cuales, y habida cuenta del olvido del legislador, ha sido la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo la encargada de esa ausencia de regulación legal estableciendo una serie de principios que pueden resumirse de la siguiente forma:

La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurrir en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño,

salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art 588 y siguientes de la LECrim, pero no vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.

Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculcado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculcado.

En otro orden de cosas, no resultan de aplicación las novedades introducidas por la L.O.13/2015, por estar pensadas para cuando se produce la intervención del Estado no siendo asimilable dicha intervención a la de los particulares. Tampoco se hace ninguna referencia a la categoría de los delitos en cuya investigación podrían ser aportadas estas grabaciones, siendo cada vez más frecuente que sean aportadas por particulares en delitos de violencia de género castigados con penas menos graves.

No obstante, de entre todos los postulados jurisprudenciales referidos ha de destacarse uno como es el hecho de que la solución en cada supuesto podría alcanzarse de forma casuística pues la jurisprudencia pone el énfasis en la necesidad de atender a cada caso concreto.