



Roj: **STS 3585/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3585**

Id Cendoj: **28079120012016100649**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2016**

Nº de Recurso: **329/2016**

Nº de Resolución: **652/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 805/2015,**
STS 3585/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por Abelardo contra sentencia de fecha treinta de octubre de 2.015, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito continuado de estafa y falsedad en documento mercantil, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora D^a. M^a Iciar de la Peña Argacha y como recurrida DIVA PENSUAK S.L. (antes Diva S.A), representada por la Procuradora D^a Teresa de Jesús Castro Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 2 de Tolosa instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 1037/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Gipuzcoa, Sección Primera, que con fecha 30 de octubre de 2.015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "Primero.- El acusado Abelardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en la fecha de los hechos se dedicaba profesionalmente a la distribución de piensos a través de un almacén ubicado en la localidad de Bergara (Guipúzcoa).

En el período comprendido entre los años 2003 a 2008, el acusado acudía todos los días laborales de lunes a viernes, incluso en ocasiones dos veces al día y también los sábados, a comprar y cargar productos a la empresa DIVASAT, situada en la localidad de Tolosa. En cada viaje el acusado cargaba entre 80 a 100 sacos en su camioneta.

Segundo.- DIVASAT es una sociedad dedicada a la elaboración y venta de piensos simples (cereales adquiridos a granel que, previo envasado se venden), piensos compuestos (elaborados a través de la mezcla de diversos componentes) y abonos a almacenistas-distribuidores y ganaderos.

En DIVASAT el procedimiento habitual de venta se efectuaba a partir de pedidos previos de los clientes, que eran recepcionados telefónicamente en las oficinas de la mercantil, y así se incorporaban a un proceso informatizado que permitía llevar a cabo la trazabilidad de la producción de piensos. La propia empresa DIVASAT se ocupaba del transporte de los pedidos a los clientes.



Junto a dicho procedimiento de venta, también se llevaba a cabo la venta directa de los piensos en el propio almacén de DIVASAT en sus instalaciones de Tolosa. En este caso, el cliente (almacenista-distribuidor o ganadero) acudía al almacén y adquiría "in situ" los productos.

El cliente le indicaba al operario de DIVASAT los productos que pretendía adquirir y su cantidad y el operario anotaba personalmente el pedido en un albarán diseñado e impreso por la empresa para tal fin, y se procedía a la carga en el vehículo del cliente.

El albarán relleno por el operario era supervisado por el cliente para su visto bueno y a continuación el cliente lo entregaba personalmente en el departamento de Administración de DIVASAT (cuyas oficinas estaban situadas junto al almacén-cargadero) para la emisión de la correspondiente factura.

TERCERO.- A partir del año 2004, cuando el operario de DIVASAT entregaba al acusado Sr. Abelardo debidamente relleno el albarán que concretaba los productos, número de sacos, etc., para que una vez supervisado por el acusado éste lo entregara al personal administrativo de la oficina, el acusado lo cambiaba o sustituía por otro albarán de las mismas características (cuyos impresos estaban depositados en un estante del almacén-cargadero para uso de los operarios) que había sido previamente relleno haciendo constar una cantidad de género muy inferior a la realmente cargada en la camioneta.

CUARTO.- El día 20 de noviembre de 2008 el encargado del almacén Fausto , que tenía ciertas sospechas del procedimiento de sustitución de albaranes que realizaba el acusado, relleno personalmente el albarán del pedido del acusado, en el que se reflejaban los siguientes productos que se le habían suministrado: tres sacos de abono, seis sacos de cebada, ocho sacos de habas, dieciséis sacos de salvado (zaia) y sesenta sacos de granos extra terneros.

El Sr. Fausto entregó el albarán al acusado para que lo supervisara y lo llevara al personal administrativo de la oficina.

El acusado reemplazó el albarán que le había entregado el Sr. Fausto por otro albarán, en el que constaban anotados menos productos que los suministrados. En concreto: cinco sacos de habas, seis sacos de salvado (zaia), se omitían los seis sacos de cebada y no figuraban los números manuscritos por el Sr. Fausto .

Este procedimiento de cambiar los albaranes y reducir ostensiblemente las cifras de los pedidos fue utilizado por el acusado desde el año 2004 hasta el citado día 20 de noviembre de 2008.

QUINTO.- El encargado de DIVASAT Fausto había ofrecido al acusado Sr. Abelardo la utilización del sistema de pedido telefónico, asumiendo DIVASAT el coste de su entrega en el almacén del Sr. Abelardo con el objeto de llevar a cabo un mejor control de la trazabilidad de los productos adquiridos por dicho cliente. No obstante, el acusado declinó dicha posibilidad y prefirió optar por la compra directa diaria en el almacén de DIVASAT en Tolosa.

SEXTO . - La empresa DIVASAT consentía que el acusado adquiriera las mercancías personalmente en el almacén debido a la estrecha relación comercial y personal existente desde hacía muchos años con el acusado (y anteriormente con su padre y con su tío).

El negocio de distribución del acusado había sido iniciado por su tío, hacía aproximadamente unos cuarenta años, prestando servicios también el padre del acusado, quienes tenían una relación muy estrecha con DIVASAT. El acusado continuó con dicho negocio y, por tal motivo, los encargados de DIVASAT tenían plena confianza en el buen hacer y en la buena fe del acusado.

SÉPTIMO.- En el año 2003 DIVASAT suministró al acusado 877.995 kg de productos y en los años siguientes el acusado cargó, cuando menos, similares cantidades aunque a consecuencia del intercambio de albaranes que realizaba las cantidades que el almacén le facturó resultaron muy inferiores.

Así:

. En el año 2003, DIVASAT facturó al acusado 879.995 kgs de mercancías, en 21.737 sacos, por un importe sin IVA de 163.422,78 euros.

. En el año 2004, aun cuando DIVASAT suministró al acusado cantidades similares de producto al año anterior, se le facturaron 722.410 kgs de mercancías en 17.899 sacos, por un importe de 144.065,09 euros.

. En el año 2005, aun cuando DIVASAT suministró al acusado cantidades similares de producto al año 2003, se le facturaron 476.556 kgs en 12.097 sacos, por un importe de 99.287,66 euros.

. En el año 2006, aun cuando DIVASAT suministró al acusado cantidades similares de producto al año 2003, se le facturaron 260.560 kgs en 6.789 sacos, por un importe de 51.342,35 euros.



. En el año 2007, aun cuando DIVASAT suministró al acusado cantidades similares de producto al año anterior, se le facturaron 190.355 kgs en 5.186 sacos, por un importe de 41.872,41 euros.

. En el año 2008, aun cuando DIVASAT suministró al acusado cantidades similares de producto al año 2003, se le facturaron 111.060 kgs en 2.958 sacos, por un importe de 30.541 euros.

Octavo . - De este modo, la empresa DIVASAT dejó de facturar al acusado las siguientes cantidades: más el IVA correspondiente.

En el año 2004: 31.517,00 euros

En el año 2005: 76.653,41 euros

En el año 2006: 123.887,00 euros

En el año 2007: 151.720,80 euros

En el año 2008: 187.812,54 euros

La cuantía total de las cantidades defraudadas ascienda a 571.590,75 euros".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLO: "1º - Condenamos a D. Abelardo como autor de un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil, infracciones ya definidas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa de once meses con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago prevista en el art. 53 del Código Penal ; y al abono de las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

2º- En concepto de responsabilidad civil, don Abelardo deberá indemnizar a la mercantil DIVASAT en la cantidad de 571.590,75 euros, más los intereses legales correspondientes, que serán el interés legal del dinero desde el 12 de mayo de 2010 hasta la fecha de este Auto y a partir de esta última fecha el interés procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar recurso de casación en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ , al haber infringido la sentencia el art. 24.2 de la Constitución Española y vulnerado el derecho que ampara dicha norma, la presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ , al haber infringido la sentencia el art. 24.1 Y 2 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del art. 250.1.5º del Código Penal actual anterior 250.1.6º. CUARTO: : Infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ , al haber infringido la sentencia el art. 24.2 de la Constitución Española , derecho a la presunción de inocencia. QUINTO: : Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del art. 22.6 y 22.7 en relación con el art. 22.6 del Código Penal , por inaplicación.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 14 de julio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián con fecha 30 de octubre de 2015 , condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia



de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa de once meses con una cuota diaria de seis euros. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en cinco motivos por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia e infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que el acusado se dedicaba profesionalmente a la distribución de piensos a través de un almacén ubicado en la localidad de Bergara (Guipúzcoa). En el período comprendido entre los años 2003 a 2008, acudía todos los días laborales de lunes a viernes, en ocasiones dos veces al día y también los sábados, a comprar y cargar productos a la empresa DIVASAT, situada en la localidad de Tolosa, cargando en cada viaje entre 80 a 100 sacos en su camioneta.

La forma de pago del producto consistía en que el acusado le indicaba al operario de DIVASAT los productos que pretendía adquirir y su cantidad, el operario anotaba personalmente el pedido en un albarán diseñado e impreso por la empresa para tal fin, y se procedía a la carga en el vehículo del cliente. El albarán era supervisado por el acusado y a continuación lo entregaba personalmente en el departamento de Administración de DIVASAT (cuyas oficinas estaban situadas junto al almacén-cargadero) para la emisión de la correspondiente factura.

A partir del año 2004, cuando el operario de DIVASAT entregaba al acusado debidamente relleno el albarán que concretaba los productos, número de sacos, etc., para que éste lo entregara al personal administrativo de la oficina, el acusado lo cambiaba o sustituía por otro albarán de las mismas características (cuyos impresos estaban depositados en un estante del almacén-cargadero para uso de los operarios), que había sido previamente relleno haciendo constar una cantidad de género muy inferior a la realmente cargada en la camioneta. De este modo la factura que finalmente se pasaba al acusado era muy inferior al coste real de los productos retirados. Este procedimiento de cambiar los albaranes y reducir ostensiblemente las cifras de los pedidos fue utilizado por el acusado desde el año 2004 hasta el 20 de noviembre de 2008, momento en que se descubrió su maniobra.

La cuantía total de las cantidades defraudadas ascendió a 571.590,75 euros.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, por infracción de precepto constitucional, con base procesal en los arts 852 de la Lecrim , y 5 4º de la LOPJ , denuncia vulneración del art 24 2º CE , y en concreto del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Alega el recurrente que no ha quedado acreditado el engaño, como elemento esencial de la estafa, y tampoco la cuantía supuestamente estafada. Cuestiona la validez de la prueba derivada de la grabación de la conversación sostenida con los denunciados en la sede de Divasat así como que se haya acreditado la falsedad de los albaranes desde 2004 a 2008.

Debemos comenzar con una precisión. El objeto de la prueba son hechos, no elementos del tipo. Lo que se ha de acreditar no es el engaño, como elemento de la estafa, sino la realización consciente y voluntaria de unos determinados hechos que, desde la perspectiva posterior de la subsunción, deban ser calificados como constitutivos de un engaño bastante.

TERCERO.- Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.



Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

CUARTO.- En el caso actual, para declarar acreditados los hechos que figuran en el relato fáctico la Sala de instancia valoró una prueba muy plural, constitucionalmente obtenida y legalmente practicada en el acto del juicio oral.

Las pruebas esenciales fueron: 1º) las declaraciones prestadas en el plenario por los empleados y responsables de DIVASAT referentes a la manera en la que el acusado procedía diariamente a adquirir la mercancía. 2º) Los documentos y declaraciones referentes al concreto día 20 de noviembre de 2008, cuando fue el encargado Sr. Fausto quien personalmente relleno el albarán que se entregó al acusado, descubriéndose la maniobra del recurrente. 3º) Los documentos que acreditan las concretas cantidades de mercancía que el acusado, tras finalizar su relación con DIVASAT, comenzó a adquirir en la empresa Almacenes Alegi, SA. 4º) La reproducción en la vista oral de la reunión mantenida en las instalaciones de DIVASAT entre el acusado y cuatro personas de la empresa.

Las declaraciones prestadas por los empleados y responsables de DIVASAT han permitido acreditar la cantidad de mercancía que el acusado adquiría diariamente y el procedimiento utilizado para ello. Estas manifestaciones son absolutamente coincidentes, habiendo declarado como testigos en la vista oral cinco empleados diferentes de DIVASAT que ratifican los hechos que han sido declarados probados.

Entre estos hechos adquiere especial relevancia: 1º) que el acusado acudía todos los días laborables con su camioneta al almacén de la empresa DIVASAT, ubicado en la localidad de Tolosa. En ocasiones, iba dos veces al día y también algunos sábados. 2º) que la camioneta que utilizaba el acusado tenía una capacidad de entre 80 a 100 sacos y el acusado prácticamente la cargaba siempre hasta arriba de sacos. 3º) que una vez que se realizaba la carga en el vehículo, el empleado de la empresa entregaba al cliente (en este caso, el acusado) un albarán en el que se consignaban la cantidad y la clase de mercancía. 4º) que acto seguido, el cliente se dirigía a la oficina, que estaba próxima al almacén, y entregaba el albarán a la administrativa, para que procediese a facturar su importe. 5º) que los albaranes se hallaban en un estante colocado en el almacén y había un cartel en el que expresamente se indicaba que solo podían ser rellenos por los empleados. 6º) que el sistema ordinario para adquirir las mercancías en la empresa DIVASAT era a través de un pedido telefónico previo. 7º) que el acusado era prácticamente el único distribuidor que adquiría la mercancía conforme a este procedimiento personal (sin pedido telefónico previo), procedimiento que a la sazón significaba que el pedido no se registraba en producción sino solo en facturación, lo cual consecuentemente impedía o en todo caso dificultaba extraordinariamente el seguimiento o trazabilidad de dichos pedidos. 8º) que la empresa DIVASAT ofreció al acusado transportarle la mercancía diariamente hasta su almacén de Bergara, pero éste rehusó dicho ofrecimiento. 9º) que entre el año 2004 y el mes de noviembre de 2008 la empresa DIVASAT facturó al acusado una media de unos 15 sacos diarios, de acuerdo a los albaranes que presentaba el acusado, pese a que según los testigos se llevaba cada día una media de ochenta o noventa. 10º) que desde el interior de la oficina donde se encontraba la administrativa no se podía apreciar la cantidad de mercancía que cada cliente adquiría en la zona del almacén-cargadero.

Todos estos datos, testificalmente acreditados, permiten inferir racionalmente que el acusado utilizó durante varios años la maniobra de cargar el máximo de sacos en su camioneta, sustituir el albarán que le entregaban por otro en el que hacía constar un número mucho más reducido de sacos, y entregar este segundo albarán modificado en el oficina, para que le facturaran una cantidad de mercancía muy inferior a la que efectivamente había retirado.

Que el acusado cargaba completamente su camioneta, en la que cabían más de ochenta sacos, está acreditado por la declaración de cinco testigos diferentes. Que la totalidad del producto cargado se hacía constar en los albaranes que se le entregaban, está acreditado también por esa pluralidad de testimonios. Que los albaranes estaban en un estante del almacén, donde el acusado pudo tomar fácilmente impresos para

rellenarlos personalmente, está también acreditado y reconocido. Que cuando los albaranes se entregaban en la oficina, solo constaban quince sacos, de media, está acreditado por la declaración de la administrativa que confeccionaba las facturas, y también documentalmente por el contenido de dichas facturas. Que los albaranes no habían sido rellenos por los empleados del almacén también se ratifica por la prueba pericial practicada. Constituye en consecuencia una deducción obvia, que en el corto espacio entre el almacén y la oficina, el recurrente sustituía el albarán recibido de los operarios del almacén, por otro que portaba el mismo, previamente relleno con una cantidad de producto muy inferior.

QUINTO.- Asimismo el Tribunal sentenciador valoró como prueba el incidente acaecido el 20 de noviembre de 2008, cuando fue el encargado Sr. Fausto quien personalmente relleno el albarán que se entregó al acusado.

La declaración testifical del Sr. Fausto, refrendada por diversos documentos que obran en las actuaciones, acredita que el 20 de noviembre de 2008 el recurrente acudió a cargar su camioneta y dicho encargado relleno personalmente el albarán conforme a los productos efectivamente cargados pero, momentos después, el recurrente se presentó en la oficina con un albarán distinto al que le había entregado el Sr. Fausto, en el que se consignaba un número de sacos muy inferior.

Constan en las actuaciones como prueba documental el albarán de fecha 20 de noviembre de 2008 (Documento Indubitado núm. 1 que obra en el Anexo), relleno por el Sr. Fausto; y el albarán que presentó el acusado en la oficina ese mismo día (Documento Dubitado núm. 1), que no fue relleno por el Sr. Fausto, así como la factura de la misma fecha.

Ambos albaranes son de la misma fecha (20 de noviembre de 2008) y tienen el mismo número de lote (20110813) pero en ellos se consignan cantidades diferentes de productos (en el relleno por el Sr. Fausto se reflejan más productos adquiridos que en el documento dubitado).

Estos documentos ratifican la declaración del Sr. Fausto, y confirma la actuación del recurrente, quien consignaba en los albaranes que entregaba para confeccionar las facturas cantidades sensiblemente menores de productos adquiridos.

La responsable de la oficina también ha corroborado la versión ofrecida por el Sr. Fausto, indicando que ese día 20 de noviembre de 2008 el acusado finalmente pagó la factura completa y reconoció que el albarán que primeramente había entregado no era el correcto.

E igualmente, otro operario declara que el Sr. Fausto comentó que iba a relleno personalmente el albarán, pues de ese modo el acusado no sería capaz de falsificarlo, pero que el recurrente finalmente sí lo hizo.

Esta prueba documental y testifical confirma en un caso específico la mecánica defraudatoria del recurrente, por lo que la conclusión probatoria del Tribunal sentenciador, en el sentido de que el acusado falseaba los albaranes para engañar a la empresa sobre la cantidad de mercancía adquirida, ha de considerarse plenamente razonable.

SEXTO.- Encontrándose plenamente acreditada tanto la estafa como la falsedad, se cuestiona por la parte recurrente la prueba sobre la cuantía del dinero defraudado.

Es cierto que dada la duración del espacio temporal a lo largo del cual se prolongó la estafa (varios años), y el elevado número de actos defraudatorios (prácticamente diarios), es decir más de mil a lo largo de cuatro años, la cuantificación exacta de la estafa es difícil de determinar. Pero también lo es que se dispone de prueba suficiente para calcular una cifra aproximada.

Se cuenta, por ejemplo, con documentos que acreditan las concretas cantidades de mercancía que el acusado, tras finalizar su relación con DIVASAT, comenzó a adquirir en la empresa Almacenes Alegi, SA, además de los cálculos sobre la cuantía en que se redujo la facturación a lo largo de los años del fraude pese a que el acusado continuaba llevándose la misma cantidad de mercancía.

Como razona acertadamente el Tribunal sentenciador las declaraciones de los almacenistas de DIVASAT referidas a que el acusado diariamente adquiría entre 80 a 100 sacos de mercancías quedan adverbadas por el hecho de que en el mes de diciembre de 2008, tras finalizar el recurrente su relación comercial con la empresa querellante comenzó a proveerse de mercancías en la otra empresa. Y según la documentación aportada, la cantidad de productos que el acusado adquirió en ese mismo mes en esta otra empresa, que eran las que necesitaba para cubrir el ritmo de sus propias ventas al por menor, confirma las afirmaciones relativas a que el acusado cargaba todos los días en su camioneta una cantidad muy importante de sacos (entre 80 a 100) (folios 125 y siguientes de las actuaciones).

El Tribunal sentenciador razona suficientemente este extremo, analizando minuciosamente los datos, en su fundamentación jurídica (apartados quinto y sexto del fundamento jurídico cuarto), a la que nos remitimos.



En consecuencia, el motivo debe ser desestimado, pues el Tribunal sentenciador dispuso de prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente.

SÉPTIMO.- Se cuestiona asimismo por el recurrente la validez de la prueba constituida por la grabación del contenido de la reunión mantenida en las instalaciones de DIVASAT entre el acusado y cuatro personas de la empresa. En la vista oral se procedió a la reproducción de esta conversación, mantenida en euskera, cuya transcripción y traducción al castellano obra en el Rollo de Sala.

Las manifestaciones realizadas por el acusado con ocasión de esta reunión, que se reproducen en sus aspectos mas relevantes en la sentencia de instancia, vienen a confirmar que el recurrente cargaba diariamente en su camioneta una cantidad de sacos muy superior a la que se le facturaba. Si bien es cierto que el recurrente no reconoce los hechos si puede constatarse que frente a las directas acusaciones realizadas por los responsables de la empresa, imputándole abiertamente llevarse una cantidad de sacos muy superior a la facturada, el recurrente no niega los hechos y simplemente parece preocuparse por la manera en que puede calcular lo que se ha llevado.

La parte recurrente cuestiona la validez probatoria de esta grabación, estimando que cuestiona el derecho a un proceso con todas las garantías, pues las contestaciones del acusado no se prestan en las condiciones de libertad, seguridad, serenidad y conocimiento informado necesarias para la validez o eficacia autoinculpatoria de la manifestación de un imputado.

Lo primero que debe reseñarse, en relación con esta impugnación, es que la prueba consistente en esta grabación es prácticamente irrelevante, ya que los hechos se encuentran plenamente acreditados por otras pruebas diferentes y no relacionadas con el contenido de la grabación aportada. En consecuencia, la alegada nulidad de esta prueba carecería de efecto alguno respecto del motivo de recurso analizado por presunción de inocencia.

En segundo lugar, procede asimismo señalar que la aportación al proceso de grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus protagonistas no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, pues este derecho no puede esgrimirse frente a los propios intervinientes en la conversación (STC 114/1984, de 29 de noviembre y STS de 9 de julio de 1993 , entre otras).

La parte recurrente invoca el derecho a un proceso con todas las garantías y cita en su favor la sentencia de esta Sala núm. 178/1996, de 1 de marzo , que estimó que una grabación subrepticia no puede valorarse como prueba de confesión pues desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra si mismos y a no confesarse culpables. La cita de la parte recurrente se realiza erróneamente, pues le atribuye a la sentencia el número 178/1997, de 1 de marzo , cuando la sentencia es de 1996, error que ha impedido al Ministerio Público localizar la sentencia citada, para rebatir las alegaciones de la parte recurrente.

OCTAVO.- En cualquier caso esta resolución es recogida también en la mas reciente STS núm 421/2014, de 16 de mayo , que realiza un análisis muy minucioso del tema. Análisis que, por su interés, estimamos conveniente reproducir íntegramente: " 1. En los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y décimo, al amparo de los arts. 852 de la Lecrim . y 5.4 de la LOPJ , denuncia la parte recurrente la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a la intimidad, a no declarar contra sí mismo, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (arts. 18 y 24 de la CE y 11.1 de la LOPJ), todo ello orientado a que se declare la nulidad de la grabación subrepticamente realizada en el despacho del recurrente por, sin que contaran éstos de ninguna autorización judicial que legitimara la limitación de los derechos fundamentales afectados.

La relación que guardan entre sí estos motivos nos obliga a tratarlos de forma conjunta en el presente fundamento de derecho, respondiendo así a varias impugnaciones que tienen un mismo objetivo: la nulidad de la prueba obtenida mediante la grabación de la conversación que mantuvieron ... y el coacusado ... el día 27 de enero de 2009, en el despacho del primero, con los empresarios denunciante del Grupo La Raza.

*2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que es la procesalmente recurrida, consideró lícita la grabación de la conversación. El Tribunal de apelación argumentó que la grabación subrepticia de una conversación privada por un interlocutor que **participa en la misma no puede considerarse obtenida ilícitamente por cuanto no puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones quienes son destinatarios de las mismas** . También reseñó que las grabaciones solo pueden servir como "notitia criminis" en tanto que contengan manifestaciones autoinculpatorias de hechos delictivos sucedidos con anterioridad, pues ello supondría vulneración del derecho a no confesarse culpable. Y, por último, señaló que si la grabación registra el hecho mismo de la comisión de un delito, sí puede ser utilizada como un medio legítimo de prueba, sin perjuicio del control de su autenticidad y de la valoración que en concreto se haga, particularmente como refuerzo de la declaración testifical de quien la aporta.*



Comenzando por la denuncia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, es claro que su rechazo por parte del Tribunal Superior se ajusta tanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como a la de esta Sala. Pues ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, después recordada en la 56/2003, de 24 de marzo, se estableció que "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 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 art. 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. El acto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación 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 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 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. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 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".

Esta misma doctrina ha sido también recogida en numerosas sentencias de esta Sala de casación en las que se excluyó la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones por el hecho de grabar y almacenar una conversación por parte de alguno de los intervinientes en la misma (SST 2081/2001, de 9-11; 2008/2006, de 2-2; 1051/2009, de 28-10; 682/2011, de 24-6; y 298/2013, de 13-3, entre otras).

En el caso que se juzga no cabe duda, pues, que no se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones, toda vez que la conversación fue grabada por dos de los cuatro interlocutores que intervinieron en ella.

3. En la misma dirección desestimatoria hemos de pronunciarnos con respecto al derecho a la intimidad. Aquí, si bien la divulgación a terceros del contenido de la grabación podría vulnerar el derecho a la intimidad, para ello sería preciso que la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad, ya sea en su ámbito personal o en el familiar. Sin embargo, nada de ello sucede en este caso, pues los dos empresarios denunciados quedaron con los acusados para conversar en el despacho profesional de uno de estos sobre el dinero que les habían pedido a aquellos a cambio del otorgamiento de la concesión de la explotación de la Escuela de Hostelería, que había sido subvencionada por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

Por lo tanto, la entrevista convenida se desarrolló en el despacho profesional de uno de los interlocutores y no tenía nada que ver con el ámbito de la intimidad personal en ninguna de sus modalidades, sino con un tema empresarial que aparecía contaminado por una actuación previa ilícita consistente en la petición de dinero por parte de los acusados...y... a los dos denunciados que estaban al frente del Grupo La Raza. Se trataba, pues, de grabar una conversación sobre temas y cuestiones que nada tenían que ver con cualquier ámbito de la intimidad personal o familiar de los recurrentes.

4. Por último, también alega el acusado... que la grabación de la conversación en su despacho vulnera su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE).

La respuesta a la alegación de la parte recurrente sobre ese derecho fundamental encierra mayores dificultades al suscitar una cuestión procesal notablemente vidriosa, debido al conflicto de intereses que puede darse en estos casos entre el derecho de defensa del acusado y el derecho a la prueba de los posibles perjudicados por un hecho delictivo.

La sentencia de este Tribunal 178/1996, de 1 de marzo, examina el supuesto de una escucha en juicio de una cinta que contenía una conversación grabada, mostrando la defensa su desacuerdo con la audición efectuada en el acto del juicio oral. Según su criterio, no debió ser unida a las actuaciones y mucho menos ser escuchada



en el acto del plenario, por lo que entiende que se ha vulnerado el art. 24 CE . A ello respondió esta Sala que 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. No obstante, y de manera clara y terminante, la Sala sentenciadora acuerda rechazar la validez de la grabación pues si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación. El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporado a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que esta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho. La Sala sentenciadora, de acuerdo con esta doctrina, prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, 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.

Sin embargo -acaba diciendo la sentencia-, como las personas que realizaron la grabación comparecieron en el acto del juicio oral y manifestaron clara y terminantemente que la cazadora negra con el forro color butano y toda la droga ocupada era propiedad del recurrente, la Sala considera que ha existido una actividad probatoria válida, realizada con todas las garantías, que se estima suficiente para desmontar los efectos protectores de la presunción de inocencia y que el recurrente ha tenido un juicio justo en cuanto que ha sido condenado en virtud de pruebas practicadas con todas las formalidades legales en el acto del juicio oral donde dispuso de la posibilidad de contradecir los testimonios inculpatorios.

En la sentencia 2081/2001, de 9 de noviembre, se argumenta sobre la posibilidad de que, grabando subrepticamente unas manifestaciones que implican, en mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, se vulneren los derechos, igualmente fundamentales, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que reconoce el art. 24.2 CE . El riesgo evidentemente existe y es probable que en el caso se concrete en una lesión real de los citados derechos. Por esta razón, si en los autos de la instancia no hubiese más prueba contra el recurrente que las declaraciones de signo autoinculpatorio contenidas en la cinta en que se registró su conversación con los agentes encubiertos, acaso nos encontraríamos ante una ausencia de prueba, por la prohibición ex art. 11.1 LOPJ de valorar pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, en cuyo caso la declaración de su culpabilidad hubiese infringido, como se postula, su derecho a la presunción de inocencia. No son, sin embargo, aquellas declaraciones la única prueba que el Tribunal de instancia pudo apreciar y valorar para llegar a convencerse de que el recurrente tenía en su poder una importante cantidad de estupefacientes que destinaba a su difusión.

En la sentencia 1066/2009, de 4 de noviembre , se señala en cuanto a la legitimidad de las grabaciones de conversaciones privadas entre dos personas realizadas por una de ellas sin conocimiento ni consentimiento de la otra parte, que la grabación por uno de los interlocutores de conversaciones entre particulares puede tener una inicial licitud si el encuentro es voluntario y libre. La cuestión varía cuando la persona grabada, de alguna manera, ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra. Para su validez se debe tratar de un encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamientos de ninguna clase. Así se desprende de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. La espontaneidad y la buena fe son requisitos condicionantes de su valoración. Cuando se fuerza y provoca una conversación ya no es posible situarse en el mismo plano. El interlocutor grabado no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero. La propia parte recurrente - dice la sentencia- admite espontáneamente que cuando la menor contó a su madre la versión de los hechos, ésta le aconsejó que procediera a grabar una conversación con el acusado, con el fin predeterminado de conseguir las pruebas necesarias, ya que, en caso contrario, sería su palabra contra la de él. Sea cuales sean las circunstancias que llevaron a tener en la conversación en la vía pública, lo cierto es que se trata de un ardid que vicia la prueba y el método empleado.

Por último, en la sentencia 45/2014, de 7 de febrero , en un supuesto muy similar al que ahora se juzga en la presente causa, pues también se trata del enjuiciamiento de un delito de cohecho, esta Sala argumentó que aunque se admitiera la tesis del recurrente, relacionada con la infracción del derecho a no confesarse culpable, lo cierto es que las mismas personas que se hallaban presentes durante el desarrollo de la conversación que fue



objeto de grabación testimoniaron en el plenario y fueron preguntadas por las partes acerca de todo aquello que fue considerado de relevancia para las respectivas pretensiones, ofreciendo al Tribunal "a quo" los elementos necesarios para respaldar el juicio de autoría más allá de toda duda razonable. No se ha vulnerado, pues, el derecho del acusado a no confesarse culpable y el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 Lecrim).

Al proyectar la precedente doctrina jurisprudencial al caso que se juzga, todo indica que se está ante un supuesto en que la conversación grabada fue planificada y materializada a iniciativa de los dos denunciantes, quienes convencieron a los acusados ... y ... para que estos accedieran a seguir hablando del pago del dinero que les exigían, al efecto de que los denunciantes pudieran grabar las conversaciones y disponer así de una prueba que avalara sus afirmaciones, prueba que les había sugerido el funcionario

Por consiguiente, de una parte, todo denota que se trató de una grabación preparada mediante cierto ardid para que los acusados volvieran a incidir en las declaraciones relacionadas con la petición de un dinero integrante de un soborno, teniendo como objetivo específico conseguir una confesión documentada de la conducta delictiva de los acusados, sin que esa declaración autoincriminatoria estuviera precedida, obviamente, de las garantías que prevé la Ley Procesal Penal para prestar una declaración un imputado ante una atribución delictiva. De modo que podría haberse vulnerado el derecho fundamental a no prestar declaración y a no confesarse culpable.

Desde otra perspectiva, se dan en el caso unas circunstancias especiales o singulares, habida cuenta que no se está ante un supuesto en el que sean las autoridades o agentes estatales los que obtienen al declaración, excluyéndose así la relación Estado/ciudadano que es el ámbito natural donde operan los derechos fundamentales. A lo que habría de sumarse el dato de que la declaración que hacían era la mera repetición de lo ya dicho anteriormente sin grabación por medio, integrando lo declarado la solicitud de un dinero que ha de catalogarse en sí misma como la conducta punible del tipo penal de cohecho que se les atribuye.

En cualquier caso, el hecho de que consideremos inválida la grabación que impugna la defensa no excluye la prueba de la conducta punible de los acusados, por cuanto, tal como sucedió en los supuestos jurisprudenciales anteriormente referidos, constan también aquí las manifestaciones de las víctimas del soborno, ... y ..., quienes de forma clara y concluyente describieron en el plenario la acción de soborno en que incurrieron los acusados ... y ..., testimonio que fue avalado por el referido ... y por otras pruebas personales y documentales. De modo que, tal como se especifica en la sentencia del Tribunal del Jurado (folio 38), ni siquiera se precisa acudir a la escucha de la grabación para pronunciar la condena contra los acusados".

NOVENO.- Es conveniente hacer también referencia sobre este tema a la muy reciente STS 517/16, de 14 de junio , que por su interés merece asimismo una extensa cita:

" 2) En cuanto a la ilicitud de las grabaciones sin control judicial sin garantías de autenticidad, manipulación o alteración, se proyecta en una doble dirección: su legitimidad constitucional y su integridad.

A) Respecto de la primera de las cuestiones, las SSTs 298/2013, 13 de marzo y 45/2014 de 7 de febrero , glosan los precedentes de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, que sirven para descartar la tesis de la defensa. Se alude así a la STC 114/1984, de 29 de noviembre , resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento: "...el actor ha afirmado en su demanda y en sus alegaciones que el hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones por su interlocutor, al proceder éste a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que «el artículo 18.3 no sólo protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla..., sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte... ». La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.

(...) Con estas advertencias, es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución . Y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el núm. 1 del mismo artículo.

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-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).

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

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. 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 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). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 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. Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra Norma Fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones)".

Por su parte en la STC 56/2003, 24 de marzo, insiste en ese entendimiento del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo toda lesión de relevancia constitucional derivada de la grabación y ulterior utilización en juicio de lo grabado por uno de los interlocutores.

La referida doctrina -recuerda la ya citada STS 298/2013, 13 de marzo-, ha sido asumida por esta Sala Segunda en un nutrido grupo de sentencias. Relevante botón de muestra son las SSTS 2008/2006, de 2 de febrero ó 682/2011 de 24 de junio: "...se alega que la grabación de la conversación mantenida entre víctima y acusado ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales dado que uno de los interlocutores desconocía que estaba siendo grabada, por lo que no tuvo opción de impedir dicha grabación, proteger su intimidad y



hacer valer su derecho al secreto de las comunicaciones. (...) 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 20-2-2006 ; STS 28-10-2009, núm. 1051/2009). E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, núm 684/2004 que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 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 a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y la STS 2/98, 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 art. 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 imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven."

DÉCIMO.- Por último, parece también procedente recordar lo expresado en la STS 298/13, de 13 de marzo , por el interés de algunas de las acotaciones que se realizan en la misma acerca de la necesidad de distinguir los supuestos en lo que la grabación se realiza por agentes de la autoridad, para obtener una confesión extrajudicial lo que justificaría sostener la vulneración del derecho constitucional a no confesarse culpable.

" El primero de los motivos del recurso lucha para expulsar del bagaje probatorio las grabaciones que habían sido incorporadas a las actuaciones. El art. 11.1 LOPJ funda esa petición: se trataría de prueba ilícita en cuanto obtenida con violación de derechos fundamentales, en concreto el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). A través del art. 852 Lecrim el tema tiene acceso a la casación.

Se refiere el recurrente a las grabaciones de las conversaciones mantenidas, con presencia y breves intervenciones de un tercero, entre acusado y el denunciante, ... , grabaciones efectuadas por un detective que actuaba por encargo de éste último. La ilicitud de esa metodología arrancararía de dos datos a los que el recurrente dota de valor singular para intentar separarse de otros precedentes jurisprudenciales:

a) Se habrían obtenido las grabaciones mediante engaño, ocultando el detective su condición y haciéndose pasar por letrado, excusa que sirvió para presenciar momentáneamente la reunión y así supervisar la corrección técnica de la grabación.

b) Sería un tercero ajeno a la entrevista y desde otro lugar quien habría efectuado la escucha y registro; no directamente uno de los intervinientes.

Con eso se trata de encontrar un elemento diferencial frente a los casos no infrecuentes contemplados en una consolidada jurisprudencia cuyo hito inicial hay que situar en la conocida STC 114/84, de 29 de noviembre , resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento. La doctrina de esa sentencia solo legitimaría en el entendimiento del recurrente el uso de la grabación subrepticia de una conversación efectuada por uno de los interlocutores. La intromisión de un tercero ajeno supondría una vulneración del art. 18 CE .

No es así. 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 la 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 art. 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.

"En el "petitum" de su demanda -puede leerse en la STC 114/1984 - dice el actor que la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Alicante y la dictada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo han incurrido en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la C. E.) y esta alegada vulneración se concreta en la fundamentación jurídica del escrito de interposición del recurso de amparo afirmándose que se habría producido por obra de la admisión como prueba (por la Magistratura de Trabajo) de un instrumento ilegítimamente adquirido y a causa, también, de lo que llama una «interpretación errónea» del art. 18.3 de la Constitución (por parte de la Sala Sexta del Tribunal Supremo)...

Deriva de lo anterior una primera corrección del planteamiento procesal del actor en el presente recurso de amparo. La pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones.3. Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del artículo 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte -en casación y ante este Tribunal- de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos probatorios con causa ilícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba, la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución.

... El actor ha afirmado en su demanda y en sus alegaciones que el hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones por su interlocutor, al proceder éste a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que «el artículo 18.3 no sólo protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla..., sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte... ». La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.

La primera precisión que hay que hacer es que no todas las irregularidades denunciadas por el actor son relevantes en este momento a efectos constitucionales. Tiene trascendencia a considerar la calificación jurídica de la grabación subrepticia, pero no la tiene, en el presente proceso, determinar si fue o no antijurídica la ulterior comunicación a terceros de la grabación misma. El problema planteado es el de la hipotética obtención inconstitucional de una prueba, que en este caso es exclusivamente el registro fonográfico, y carece de relevancia la determinación adicional de si tuvo también causa ilícita, originariamente, el proceso de formación de la voluntad empresarial que llevó al despido del actor. Que las informaciones llegaran a la Empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir, en sí, quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado (por ejemplo, el de guardar reserva de lo conocido como «confidencia») es algo irrelevante en este momento, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación, en lo que aquí interesa.

Con estas advertencias, es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución. Y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el núm. 1 del mismo artículo.

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 -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). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 -caso Malone - reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los número telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

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

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. 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 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). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 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. Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra Norma Fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.



El actor invoca, en primer lugar, en apoyo de sus tesis el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a tenor del cual «tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas... el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y pone en relación este precepto con el art. 18.3 de la Constitución. Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la Constitución), y además el precepto legal citado no puede entenderse fuera de su contexto y finalidad. En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su «vida íntima» (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su «intimidad personal» (art. 18.1 de la C. E.) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera.

En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos artículos -192 bis y 497 bis- al Código Penal. La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la Ley entonces in itinere protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda, de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, "in nuce", en el art. 18.3 de la Constitución. No hay tal, sin embargo. Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la «intercepción» o el empleo de artificios para la «escucha, transmisión, grabación o reproducción», pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (artículos 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se «divulgaré o revelare» la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquél que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). 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 (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»).

Por su parte en la STC 56/2003 tras citar expresamente la que se acaba de transcribir, argumenta así:

"... en el presente caso, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Es, precisamente, 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. Como señala el Ministerio Fiscal, no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 CE. A ello cabe agregar que, tal y como se señala en la STEDH de 25 de septiembre de 2001 (caso P.G. y J.H. contra Reino Unido), "la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas" (§ 47).

Además, no cabe olvidar la prohibición del abuso del derecho contemplada en el art. 17 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, según la cual ninguna de las disposiciones del Convenio puede implicar un derecho a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio.

En atención a todo lo anterior hay que rechazar que, en el presente caso, la intervención telefónica en cuestión haya vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) del actor.



La referida doctrina, lógicamente, ha sido asumida por esta Sala Segunda en un nutrido grupo de sentencias de las que también se hace eco el Tribunal a quo. Relevante botón de muestra son las SSTs 2008/2006, de 2 de febrero ó 682/2011 de 24 de junio :

"Se alega que la grabación de la conversación mantenida entre víctima y acusado ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales dado que uno de los interlocutores desconocía que estaba siendo grabada, por lo que no tuvo opción de impedir dicha grabación, proteger su intimidad y hacer valer su derecho al secreto de las comunicaciones.

...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 20-2-2006 ; STS 28-10-2009, núm. 1051/2009). E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, núm 684/2004 que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 18-3 C.E ., 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 a 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 art. 18.3 CE 1978 , 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 imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven."

Se infiere claramente de estos antecedentes que lo que convertiría en ilícita la grabación sería que el tercero no estuviese expresamente autorizado por alguno de los interlocutores. Si lo está no hay diferencia alguna en que el interlocutor que quiere registrar la conversación lo haga y luego la transmita a ese tercero o directamente le permita acceder a ella.

Muy diferente sería el supuesto si lo que se hubiese buscado es desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad) una "confesión" extraprocesal arrancada mediante engaño. Pero no es este el caso".

UNDÉCIMO.- A partir del análisis de estas resoluciones podemos efectuar algunas consideraciones.

En primer lugar parece existir consenso en que 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.

En segundo lugar también existe consenso en que no vulneran 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.

En tercer lugar existe una mayor polémica en lo que se refiere a la posible vulneración del derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, que recoge el principio "nemo tenetur". El planteamiento restrictivo de la STS citada en el caso actual por la parte recurrente, STS 178/96, de 1 de marzo , que considera que la utilización de estas grabaciones vulnera el citado derecho fundamental, no ha sido seguido de modo generalizado por la doctrina jurisprudencial, que matiza diversos supuestos. La doctrina criticó esta resolución aduciendo que los derechos a guardar silencio, a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable son garantías constitucionales que despliegan sus efectos en relación con las declaraciones del imputado ante la Autoridad o sus agentes (STC 197/95, de 21 de diciembre o STC 313/97,



de 2 de octubre), por lo que no deben aplicarse a manifestaciones realizadas entre particulares y fuera del procedimiento.

La propia STS núm 421/2014, de 16 de mayo , ya citada, que sigue el criterio de la STS 178/96 , destaca la diferencia que concurre en el caso entonces enjuiciado precisamente porque *"se dan en el caso unas circunstancias especiales o singulares, habida cuenta que no se está ante un supuesto en el que sean las autoridades o agentes estatales los que obtienen al declaración, excluyéndose así la relación Estado/ciudadano que es el ámbito natural donde operan los derechos fundamentales"* , lo que permite entender que los casos de invalidez deben reservarse, en realidad, para los supuestos de grabaciones realizadas por la autoridad o sus agentes, como sucede por ejemplo en la STS de 9 de noviembre de 2001 , también citada en la anterior resolución, en la que las grabaciones subrepticias se realizaron directamente por dos agentes de la Guardia Civil.

La STS, que también citamos, núm. 298/2013, de 13 de marzo , señala expresamente que **" Muy diferente sería el supuesto si lo que se hubiese buscado es desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad) una "confesión" extraprocesal arrancada mediante engaño"**. De lo que podemos concluir que conforme a la doctrina jurisprudencial si estarían afectadas de nulidad las grabaciones realizadas engañosamente por agentes de la autoridad a modo de confesión extrajudicial, por vulnerar el derecho constitucional a no confesarse culpable, pero no en las relaciones privadas.

El análisis de la doctrina del TEDH permite constatar que al examinar el derecho a no autoincriminarse deben tomarse en consideración diversos factores. La naturaleza y grado de la compulsión utilizada para obtener la prueba, el peso del interés público en la investigación y castigo del delito en cuestión (proporcionalidad), la existencia de otras garantías en el procedimiento y el uso que se ha dado al material obtenido.

En relación con este último punto, es de destacar que la mayoría de la doctrina jurisprudencial relativa a esta materia, prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión. Generalmente, incluido en los supuestos en que no se consideran válidas las grabaciones, se parte de la base de que son válidas las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las manifestaciones del inculpado. Declaraciones que se confirman o ratifican con el contenido de las grabaciones, tomando el Tribunal siempre en consideración la buena fé (carencia de ardides) y el grado de coerción concurrentes.

Por ejemplo, en la sentencia 45/2014, de 7 de febrero, esta Sala argumentó que *aunque se admitiera la tesis del recurrente, relacionada con la infracción del derecho a no confesarse culpable, lo cierto es que las mismas personas que se hallaban presentes durante el desarrollo de la conversación que fue objeto de grabación testimoniaron en el plenario y fueron preguntadas por las partes acerca de todo aquello que fue considerado de relevancia para las respectivas pretensiones, ofreciendo al Tribunal "a quo" los elementos necesarios para respaldar el juicio de autoría más allá de toda duda razonable. No se ha vulnerado, pues, el derecho del acusado a no confesarse culpable y el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 Lecrim)*.

DECIMOSEGUNDO.- En consecuencia, y a la luz de la extensa doctrina jurisprudencial expuesta, de la doctrina del TC y del TEDH, pueden ya sentarse una serie de conclusiones.

1º) 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.

2º) 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.

3º) Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren 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 .

4º) No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.

5º) 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.

6º).- La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado 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 inculpado.

En el caso actual, como se ha señalado, la prueba es innecesaria, pues existen otras pruebas mas que suficientes para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. Además de ello los intervinientes en la conversación han declarado y confirmado su contenido, al margen de la grabación. Y, por último, no cabe apreciar ardid alguno, pues es claro que la reunión tenía la finalidad de procurar un acuerdo, celebrándose días después de descubierto el hecho, antes de la iniciación del procedimiento, y sin pretender obtener una confesión, que además no se produjo. No ha lugar, en consecuencia, a la nulidad interesada.

DECIMOTERCERO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de precepto constitucional, denuncia la supuesta vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por estimar la parte recurrente que la sentencia de instancia omite la valoración del informe económico pericial.

El motivo carece de fundamento. El citado informe no establece conclusión alguna, pues estima que ante la falta de datos no resulta posible determinar el importe de la cantidad defraudada. Sin embargo la sentencia valora otra serie de datos que efectivamente, como ya se ha razonado, permiten cuantificar con cierta precisión el valor de la mercancía retirada por el recurrente y no abonada gracias a la maniobra defraudatoria objeto de acusación.

En realidad el propio perito considera que si se admiten las pruebas propuestas por la parte querellante el valor de lo defraudado sería de 571.590,77 euros. Dado que estas pruebas han sido admitidas, se cumple la condición prevista en el informe, por lo que el resultado de la peritación coincide con lo consignado en el relato fáctico. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO. - El tercer motivo de recurso, por infracción de ley supedita su éxito al del motivo anterior. Decaído éste, queda sin contenido.

El cuarto motivo, por infracción constitucional, denuncia la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Su contenido ha sido desestimado en el motivo primero, que se fundamenta en la impugnación del mismo derecho constitucional.

El quinto motivo interesa la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Su desestimación se impone pues se trata de una cuestión nueva que no fue alegada en la instancia, por lo que el Tribunal sentenciador no pudo examinarla ni darle respuesta alguna.

En cualquier caso, aun cuando se admitiese esta formulación extemporánea, carece del menor fundamento, pues no cuestiona en realidad la concurrencia de dilación alguna en la tramitación del procedimiento, sino unicamente que los recurrentes no interpusiesen la denuncia hasta dos años después de descubrirse los hechos. Esta demora es irrelevante a los efectos aquí invocados, pues el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas no abarca el derecho de todo delincuente a ser descubierto y denunciado con prontitud. Siempre que el procedimiento se incoe mientras el delito no se encuentre prescrito, lo determinante es la duración del procedimiento, no el tiempo transcurrido antes de su iniciación.

Procede, por todo ello, la desestimación de todos los motivos del recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas del mismo, por ser preceptivas.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido

Declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **Abelardo** contra sentencia de fecha treinta de octubre de 2.015, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito continuado de estafa y falsedad en documento mercantil. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION - Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Tournon, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.