



JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID

DILIGENCIAS PREVIAS 275/08

AUTO

En Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 08.03.2013 se presentó por la representación procesal de Francisco CORREA SÁNCHEZ, escrito por el que interesaba la nulidad y declaración de ilicitud de prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales de su patrocinado, suplicando que se dictara auto por el que se declare: "a) que las grabaciones aportadas con la denuncia formulada por José Luis Peñas Domingo fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, acordando su expulsión de la causa; b) la exclusión probatoria y nulidad de las actuaciones que deriven directa o indirectamente de la prueba nula, y en particular, se declare la nulidad de la investigación policial, fiscal y judicial iniciada en este proceso, así como la posterior práctica de diligencias probatorias que no se hubieran obtenido razonablemente, sin la vulneración inicial del derecho a la intimidad; c) la formación de una nueva pieza separada de nulidad para determinar la conexión de antijuridicidad de las demás actuaciones con la prueba ilícitamente obtenida".

SEGUNDO.- De la indicada solicitud fue conferido traslado al Ministerio Fiscal y resto de partes personadas por medio de providencia de fecha 11.03.13, dictándose auto de fecha 2.04.13 acordando la inadmisión a trámite de la solicitud de nulidad de actuaciones planteada por la representación procesal de Francisco Correa Sánchez; y auto de la misma fecha 2.04.13 desestimando el recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de Ricardo Galeote Quecedo frente a la providencia de 11.03.13.

TERCERO.- Interpuestos sendos recursos de apelación frente al auto de 2.04.13 por el que se desestimaba la reforma frente a la providencia de 11.03.13, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se dicta auto de 7.05.13 estimando los recursos de apelación presentados frente al precitado auto de 2.04.13, revocándolo en los términos indicados, en concreto al objeto de dar respuesta por el Juzgado a la petición

contenida en el escrito de origen *"en la forma que indica el artículo 240.2 de la referida Ley (Orgánica del Poder Judicial), esto es, debe resolverse por el juzgado ante el que ha sido planteado, previo traslado a todas las partes, tal como establece el referido precepto que, como es sabido, prevé los supuestos en los que tanto el instructor, de oficio, como a petición de una de las partes, planteen la nulidad de alguna actuación, y ello, ante la falta de presentación de recurso alguno en el momento en que se incorporó la grabación y pese a que el referido precepto haga referencia no a la nulidad de una diligencia de prueba, sino a una actuación judicial"*.

CUARTO.- Por proveído de 7.05.13 se acordó conferir traslado por cinco días al Ministerio Fiscal y demás partes personadas para que efectuaran alegaciones respecto de la solicitud de nulidad contenida en el escrito presentado por la representación de Francisco Correa Sánchez.

Evacuado el referido traslado, se han presentado escritos de alegaciones por las representaciones procesales de Alfonso BOSCH TEJEDOR, Alberto LÓPEZ VIEJO, Benjamín MARTÍN VASCO, Guillermo ORTEGA ALONSO, Jacobo GORDON LEVENFELD, Ramón BLANCO BALÍN, Ginés LÓPEZ RODRÍGUEZ, Luis BÁRCENAS GUTIÉRREZ, Pablo CRESPO SABARÍS, Antoine SÁNCHEZ y Ricardo GALEOTE QUECEDO, en el sentido que es de ver en autos, adhiriéndose todas ellas a la solicitud de nulidad de las grabaciones aportadas con la denuncia formulada por José Luis Peñas, junto con las alegaciones que se tuvieron por oportunas en cuanto a las consecuencias procesales que habrían de derivarse de dicha declaración.

Por la representación procesal de Ángel LUNA y otros, en ejercicio de la acusación popular, se presenta escrito de oposición a la solicitud de nulidad interesada por la representación procesal del Sr. Correa Sánchez, interesando la desestimación de la misma. En similares términos se pronuncia la representación procesal de la Asociación de Abogados Demócratas por Europa (ADADE), también en ejercicio de la acusación popular, oponiéndose a la solicitud de nulidad e interesando la imposición de costas a la parte promotora ex art. 241.2 LOPJ.

Asimismo, el Ministerio Fiscal emite dictamen registrado el 17.05.2013 por el que se opone a la solicitud planteada por la representación de Francisco Correa Sánchez, concluyendo su escrito que *"En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina constitucional en relación con los límites del derecho fundamental a la intimidad, no existe lesión alguna del derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 C.E. en la obtención de las grabaciones aportadas con la denuncia de*

José Luis Peñas Moreno, ni deben por tanto, ser expulsadas del procedimiento, ni excluida su eficacia probatoria".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La pretensión formulada al presente estadio procesal por la representación del imputado Francisco Correa Sánchez aparece enunciada en el encabezamiento de su escrito en los siguientes términos: "*se interesa la **NULIDAD Y DECLARACIÓN DE ILICITUD DE PRUEBA** obtenida con lesión de derechos fundamentales de mi representado, por vulneración del art. 18.1º de la CE (Derecho a la Intimidad) en relación con el artículo 24.1º y 2º de la CE (Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un proceso con todas las garantías) al ser el origen de las actuaciones un **atentado a la intimidad personal que resulta de la grabación continuada y subrepticia de conversaciones privadas por parte del interlocutor y su posterior utilización para el inicio de la instrucción y soporte para la restricción del Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones residenciadas en el art. 18.3 de la CE**, en concordancia con el art. 53.2 del mismo texto legal, y en relación con el artículo 8 del CEDH", enmarcando dicha solicitud "de conformidad con lo establecido en el **artículo 11.1 de la LOPJ**" (negrita del escrito).*

Se pretende por lo tanto que por parte del instructor se atienda a la denuncia que se efectúa por una de las defensas letradas personadas relativa a la supuesta ilicitud de una prueba -grabaciones de conversaciones efectuadas por José Luis Domingo Peñas con diversos interlocutores y posteriormente incorporadas a la causa junto con la denuncia que da origen a la misma, así como en comparecencia posterior- que se dice habría sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

En tal sentido, pese a la dicción del artículo 11.1, inciso 2º LOPJ, invocado por la representación procesal actuante como fundamento de su petición ("*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*"), conviene la generalidad de la doctrina en que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento específico para la denuncia y apreciación de la ilicitud probatoria, habiéndose cuestionado la procedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, al ser constantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS) que remiten a la fase del juicio oral para valorar la ilicitud probatoria por contravención de derechos fundamentales, residenciando dicha función en el órgano enjuiciador, mediante la prohibición de valoración de la prueba ilícita por haberse obtenido con lesión de

derechos fundamentales, así como de las restantes pruebas que tengan conexión de antijuridicidad respecto de aquélla (en tal sentido, por todas, SsTS de 15.04.2000, 18.09.2002, 30.04.2010, y SsTC 9.03.2009, 23.10.2003, 11.02.2002, 17.03.2001, entre otras).

La señalada falta de previsión legal en el procedimiento penal vigente para la denuncia y declaración de la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales motiva que por la doctrina se haya acudido a la legislación procesal civil como supletoria de la LECrim (art. 4 LEC), cuyo artículo 287 LEC remite la decisión sobre la ilicitud probatoria previamente denunciada nuevamente a la fase de enjuiciamiento.

Y asimismo, se ha traído a colación por la doctrina, al objeto de evidenciar la ausencia en la vigente regulación procesal de un trámite específico para la declaración de ilicitud probatoria en fase instructora, la redacción del Borrador del denominado "Código Procesal Penal", cuyo artículo 13, dentro del Título Preliminar, regula expresamente la "Exclusión de la prueba prohibida", introduciendo en su apartado cuarto una previsión expresa para su denuncia, al señalar que *"En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba"*. Precizando al respecto la Exposición de Motivos que *"se dispone la exclusión de la prueba prohibida, de conformidad con la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad de armas y a un proceso con todas las garantías, de una forma más detallada que la que hasta ahora existía en nuestra legislación, para así superar las dudas interpretativas que frecuentemente surgían y que, a falta de criterios legales para solventarlas, se resolvían por los Tribunales no siempre con criterios uniformes"*.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto, a priori, la falta actual de previsión legal específica para dar respuesta de fondo, al presente momento procesal, al planteamiento de una cuestión de la naturaleza y alcance pretendido por la representación procesal del Sr. Correa. Ello no obstante, y sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que por lo que respecta al presente caso, la cuestión aquí debatida ha quedado finalmente enmarcada en el trámite contenido en el art. 240.2 LOPJ, en principio referido a la nulidad de las actuaciones procesales que supongan vulneración de derechos procesales, estimando este instructor que en cumplimiento de lo acordado por la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, en su auto de 7 de mayo de

2013, debe ubicarse en dicha tramitación procesal la denuncia de vulneración de derechos fundamentales materiales, siendo por lo tanto éste el ámbito procesal en el que debe emitirse por el Juzgado la oportuna respuesta a la solicitud de nulidad e ilicitud de prueba que motiva la presente resolución, a lo que se dedicarán los siguientes razonamientos jurídicos.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular la nulidad de actuaciones, establece las siguientes disposiciones:

Artículo 238: "Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
3. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
4. Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.
5. Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.
6. En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan".

(...)

Artículo 240:

"1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia

objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".

Como ya se dijera por este Juzgado en Auto de 2.04.13, la representación procesal de Francisco Correa Sánchez comienza su escrito anunciando su pretensión de que se declare por el Juzgado la nulidad e ilicitud de determinada prueba -grabaciones de conversaciones efectuadas por José Luis Domingo Peñas y posteriormente incorporadas a la causa junto con la denuncia que da origen a la misma y ulterior comparecencia- al haberse obtenido con lesión de derechos fundamentales de su patrocinado, invocando como fundamento de su pretensión los artículos 11.1 LOPJ, así como los arts. 18.1, 24.1 y 2, y 53.2 de la Constitución, aduciendo que el origen de las presentes actuaciones constituyen *"un atentado a la intimidad personal que resulta de la grabación continuada y subrepticia de conversaciones privadas por parte del interlocutor y su posterior utilización para el inicio de la instrucción y soporte para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones"*.

Debe igualmente recordarse, con carácter previo a entrar a resolver sobre el fondo de la pretensión invocada, lo siguiente -en el mismo sentido antedicho en el auto de 2.04.2013-:

a) que las grabaciones ahora cuestionadas por presunta vulneración del derecho fundamental a la intimidad del imputado Sr. Correa fueron incorporadas a la causa, tras denuncia del Ministerio Fiscal de fecha 4 de agosto de 2008, por auto de incoación de Diligencias Previas 275/08 de fecha 6 de agosto de 2008. Tratándose de actuaciones procesales respecto de las que fue alzado el secreto en auto de fecha 28 de septiembre de 2009, confiriéndose a las partes personadas -entre ellas la representación procesal ahora instante- un plazo extraordinario de 20 días para interponer recurso contra cualquiera de las resoluciones afectadas, habiendo transcurrido dicho plazo sin que ninguna de las partes impugnara las actuaciones a las que ahora se refiere la representación procesal del Sr. Correa Sánchez.

b) Resulta evidenciado que por la referida representación procesal no se hizo uso de la vía de los recursos contra las resoluciones que estimara generadoras de indefensión, relacionadas con las grabaciones aportadas al proceso y cuya ilicitud y nulidad ahora se pretende, a partir del momento en que tuvo conocimiento de las mismas una vez alzado en su totalidad el secreto de las actuaciones, y ello pese a haber sido concedido el plazo extraordinario de impugnación anteriormente aludido,

aquietándose por lo tanto a su contenido y presencia entre el material instructorio y no siendo denunciada la supuesta ilicitud probatoria y nulidad que ahora se pretende hasta transcurridos en extenso más de tres años desde su conocimiento por la parte impugnante, actuación procesal que resulta difícilmente congruente con el principio general enunciado en el inciso primero del precitado art. 11.1 LOPJ, como también lo es la falta de alegaciones sobre tales extremos por la misma representación procesal en las Diligencias Previas 2/2011 seguidas ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con origen en el presente procedimiento, en las que en fecha 12.12.2012 se ha dictado auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado, sin que por la defensa del Sr. Correa -también imputado- u otras personadas en la causa se haya planteado allí, ya concluida la fase de instrucción, la cuestión de la nulidad aquí alegada, tal y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su dictamen antecedente.

En este sentido, si bien es cierto que ya en este procedimiento se ha procedido con antelación, por auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de marzo de 2010, a declarar ilícitas y sin efecto determinadas diligencias -en concreto, las medidas de intervención de las comunicaciones personales que mantuvieran los internos en prisión provisional con los abogados defensores o los expresamente llamados en relación con asuntos penales-, a dicho pronunciamiento se llega tras ejercitarse por las partes afectadas los preceptivos recursos de apelación frente a los autos de 19, 20 y 27 de marzo de 2009 dictados en la causa, así como frente al auto de 27 de enero de 2010 desestimatorio de los recursos de reforma planteados frente a los primeros. Habiéndose en consecuencia denunciado el vicio de nulidad y declaración de ilicitud de las referidas medidas de intervención de las comunicaciones mediante la interposición de los recursos pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 240.1 LOPJ; como asimismo ocurrió con el auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 23.02.11, por el que la extensión de la declaración como "ilícitas y sin efecto" de las medidas de intervención de las comunicaciones en centro penitenciario acordadas por auto de 20.04.09 que prorrogaba dichas medidas se produce previa interposición, y consiguiente estimación, de los recursos de apelación interpuestos contra la referida resolución.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y entrando ya en el fondo de la cuestión objeto de debate, la misma se encuentra necesariamente abocada a su desestimación.

Resulta necesario traer a colación la jurisprudencia consolidada en la materia objeto de controversia, relativa al valor probatorio de las grabaciones efectuadas por un interlocutor privado de las conversaciones mantenidas con tercero o terceros, y que son posteriormente aportadas al proceso, de las que al parecer se podrían deducir datos incriminatorios para éstos. Doctrina que, como se verá, se enuncia tanto en relación con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) como en relación al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), contradiciendo así el planteamiento efectuado por la representación procesal instante de la nulidad.

Como nos recuerda la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, en su Auto de 12 de diciembre de 2011, la cuestión ha sido abordada de forma expresa por la doctrina constitucional, a partir de la fundamental **STC 114/1984**, seguida por muchas otras, entre ellas las **STC 56/2003**. Así, según constante doctrina del Tribunal Constitucional no puede estimarse vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando el contenido de la conversación es revelado por uno de los que intervienen en la misma, pues la Constitución no garantiza el derecho a la voz, como manifestación específica del derecho al secreto de las comunicaciones.

Lo que la Constitución prohíbe es la intervención de la conversación de otro sin la preceptiva autorización judicial, pero no la captación de la conversación con otro. De alguna manera cuando se entabla una conversación con una tercera persona el interlocutor pierde la protección específica que le concede el art. 18. 3 de la Constitución Española. La conversación mantenida con el interlocutor puede ser revelada por éste cuanto, además, transfiere sus propias manifestaciones. Éste no aparece vinculado por ningún deber de secreto y, por tanto, no puede impedírsele la transmisión a terceros.

Por tanto, en línea de principio, cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico (STC 114/1984). Los límites a la actividad probatoria desplegada estarán constituidos por lo que el titular del derecho permitió o dejó de permitir que el otro conociera, siempre, además que se descarte corrección o intimidación moral en la transmisión de pensamiento o información.

En este sentido se ha venido igualmente pronunciando de forma unánime la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal supremo al estimar, en su **STS de 6 de julio de**

2011 que "(...) el Tribunal Constitucional había establecido en la sentencia num. 114/1984 de 29 de noviembre de 1984 que para que pueda hablarse de violación del secreto de las comunicaciones es imprescindible que la intervención se produzca por quienes son ajenos a la comunicación misma. Así, decía que "... no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la C.E. la retención por cualquier medio del contenido del mensaje....". Y que "... Quien graba una conversación de otros atenta.... al derecho reconocido en el art. 18.3 de la C.E. Por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado...". La STS de 11 de mayo de 1994 se hizo eco de este criterio al establecer que es el propio interesado quien exterioriza sus pensamientos sin coacción de ninguna especie, y que el art. 18.3 de la C.E. no garantiza el mantenimiento del secreto de lo que un ciudadano comunica a otro. La STS de 1 de marzo de 1996 estableció (en un caso de delito de tráfico de estupefacientes) que era válida la grabación hecha por un particular porque "... **la cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación** entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, **no ataca a la intimidad** ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto. El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escucha, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.....".

A tal respecto, continúa razonando la jurisprudencia que "ciertamente, un testigo puede relatar al Tribunal lo dicho en una conversación en la que se prepare o se confiese un crimen. El narrador no sería entonces testigo directo, pues no vio al criminal en el momento del suceso delictivo, pero sería testigo referencial (art. 710 de la L.E.Cr.), admisible si quedan cumplidas las condiciones de tal testimonio (precisión del origen de la noticia, designación de la fuente con nombre y apellidos o mediante señas de identificación, etc.). Desde ese punto de vista y,

acaso en unión de otras pruebas, el testimonio de referencia puede constituir prueba de cargo. Y si el testigo de referencia se provee de una grabación y aporta la cinta al Juzgado, cumplidos los restantes requisitos (disponibilidad, acreditación de ausencia de manipulación, transcripción con la fe del Secretario Judicial, etc.), esa referencia quedará evidentemente reforzada".

En idéntico sentido se pronuncian, entre las más recientes, las **SsTS de 24 de junio de 2011 y de 24 de marzo de 2010**.

Así, la STS de 24 de junio de 2011 rechaza expresamente que la grabación subrepticia de una conversación posteriormente aportada al proceso suponga vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), con la siguiente argumentación que se transcribe por su plena aplicación al caso presente:

"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, nº 1051/2009). E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, nº 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 nº 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, nº 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 1978/3879 , 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. Consecuentemente con ello, el motivo ha de ser desestimado”.

Y la STS de 24 de marzo de 2010, con igual invocación de la doctrina constitucional antes expuesta (SsTC 114/1984 de 29 de noviembre y 56/2003 de 24 de marzo, y sentencias T.S. de 11 de mayo de 1.994, 30 de mayo de 1.995 y 20 de mayo de 1.997) recuerda lo siguiente:

"a) Como es sabido los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, dado que son derechos previos a la existencia misma de éste. Por el contrario, los derechos fundamentales no producen una vinculación general de sujetos privados, o dicho técnicamente carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros. Las excepciones a este principio requieren una fundamentación especial, dado que dicho efecto obligante de terceros no surge de la Constitución misma. La pretensión del recurrente, en consecuencia, sólo podría ser acogida si en el caso de los derechos que invoca fuera posible admitir una excepción a la exclusión del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

b) Dicho esto, es claro, en primer lugar, que **no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de**

ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el art. 18 C.E. no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro.

*c) Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de éstos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución. De ello se deduce sin la menor fricción que **la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente.** La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 de la L.E.Cr., cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso".*

CUARTO.- La constante y consolidada línea jurisprudencial que ha sido expuesta, seguida por el TC y el TS, trata de ser rebatida por la representación procesal del Sr. Correa Sánchez invocando las recientes sentencias del Tribunal Constitucional núm. 12, 17, 24 y 74 de 2012 relativas al uso de la cámara oculta como medio de investigación periodística, así como la aplicación práctica que a su entender debe conllevar la interpretación de las mismas, concluyendo que las grabaciones realizadas por el Sr. Peñas entre otros al Sr. Correa, y posteriormente acompañadas a la denuncia y comparecencia ulterior, quedando finalmente unidas a las presentes actuaciones, supondrían una

intromisión ilegítima en la intimidad de los afectados por las referidas grabaciones, quedando lesionado el derecho fundamental recogido en el art. 18.1 CE.

Sin embargo, un análisis detenido de la cuestión invocada determina la invariabilidad de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, así como la improcedencia de extender los efectos de la jurisprudencia constitucional emanada a partir de la STC 12/2012 a casos como el presente, por diferir en buena medida del supuesto de hecho que motiva el referido pronunciamiento jurisprudencial, siendo también distintos los derechos fundamentales implicados en cada caso.

Así, resulta evidente tras una lectura de las citadas Sentencias del TC relativas al uso de cámara oculta para la emisión de determinados reportajes de información, que en ellas se analiza el conflicto o colisión existente entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) de la persona afectada por la grabación, y la libertad de información recogida en el artículo 20.1.d) CE, actuando aquéllos como límites externos al ejercicio de ésta, viniendo a sancionar el TC la utilización del método de cámara oculta como mecanismo de obtención de la captación intrusiva que sirve para la confección del reportaje cuestionado, no sólo porque el mismo no fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada por la persona afectada, sino también al suponer en todo caso el medio utilizado -cámara oculta- una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, con independencia de la relevancia pública de lo investigado por el periodista que se sirve de aquel método para la confección del reportaje.

Tales conclusiones afectantes a la colisión entre la libertad de información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen (y que se repiten en las SsTC 12/2012, 24/2012 y 74/2012) en absoluto pueden ser traídas a casos como el presente para alcanzar soluciones artificialmente análogas, dado que los supuestos de hecho analizados no resultan en absoluto asimilables, así como tampoco la ponderación de derechos fundamentales en juego (lo que también se evidencia en alguna de las resoluciones o "aplicaciones prácticas" a que se hace alusión en el escrito de planteamiento de la nulidad, y muy significativamente, en el auto de 22.06.2012 dictado por la Sección Décimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, cuyas consecuencias en absoluto resultan extrapolables al presente caso).

Ello se hace palmariamente evidente no sólo en atención al medio utilizado en el caso presente (mecanismos

que permiten la grabación de la voz, frente a la captación intrusiva de la imagen que permite la denominada cámara oculta), sino porque en este caso las grabaciones efectuadas por el Sr. Peñas y aportadas a la policía y a la Fiscalía no aparecen en modo alguno dirigidas al ejercicio del derecho de información propio de la profesión periodística, sino al cumplimiento de la obligación legal de denunciar los delitos de que se tuviera conocimiento, ex. art. 259 LECrim., recordando el Tribunal Supremo que no se alcanzaría *"a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos"* descubiertos mediante la grabación de las conversaciones realizada por el aquí denunciante (entre otras, SsTS de 11.05.1994, 17.06.1999 y 27.02.2002).

De esta forma, en el caso presente debe mantenerse incólume la constante y nutrida jurisprudencia del TC y TS -antes expuesta- relativa a licitud y plena eficacia de las grabaciones subrepticias realizadas por particulares como fuente del descubrimiento de delitos, sin vulneración de derecho fundamental alguno, siendo preponderante el deber u obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECrim, interés superior y constitucionalmente relevante que justifica el sacrificio del derecho a la intimidad del afectado o afectados por la grabación.

QUINTO.- Es esto precisamente lo que sucede en el caso presente. El particular José Luis Peñas procede a grabar determinadas conversaciones que mantiene con Francisco Correa Sánchez y otros terceros, a lo largo de las cuales se exteriorizan determinadas ideas o comentarios que sugieren la revelación de propósitos delictivos o bien relatan conductas presuntamente delictivas ocurridas en el pasado, relativas todas ellas a delitos graves, de los conocidos comúnmente como de corrupción, afectando a personas vinculadas con la actividad política y con la gestión pública.

A continuación acude a dependencias policiales y en fecha 6.11.07 hace entrega a la UDEF de un escrito de denuncia con exposición de los hechos por él presenciados, aportando junto con la denuncia cuatro anexos: anexo uno relativo a la identificación de las personas que aparecen referidas en las grabaciones; anexo dos, índice de grabaciones que relaciona las 15 reuniones grabadas y una transcripción parcial de las mismas; anexo tres, índice de empresas y administradores vinculadas con los hechos denunciados; y anexo cuatro, un sobre con un soporte conteniendo las grabaciones relacionadas en el anexo 2 (folios 1 y ss. Pieza Separada Documental).



Posteriormente en fecha 21.11.07 el Sr. Peñas amplía la denuncia ante la UDEF y aporta nueva documentación al respecto (folios 41 y ss. Pieza Separada Documental).

Tales comparecencias policiales motivan la emisión por la UDEF del informe nº 102.952/07 de fecha 4.12.07, dirigido a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, que concluyen con una propuesta de investigación (folios 49 y ss. Pieza Separada Documental) - apareciendo el soporte (DVD) unido al folio 87 de la Pieza Separada Documental. Incoándose en dicha Fiscalía las Diligencias de Investigación nº 1/08.

Por la UDEF se emite nuevo informe de investigación de los hechos denunciados nº 19.483/08 de fecha 28.02.08 cuyo anexo 7 comprende una transcripción de las conversaciones aportadas en la denuncia por el Sr. Peñas (folios 269 a 390 PSDoc.), seguido de otro informe de la Policía Judicial de 26.02.08 sobre los hechos denunciados.

El Sr. Peñas comparecerá seguidamente, en fecha 28.05.08, ante la Sede de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, en el marco de las Diligencias antedichas, ratificando su denuncia inicial (f. 436 y ss. PSDoc.), aportando después escrito de ampliación de denuncia junto con nuevo CD de audio (f. 466 y ss. PSDoc.).

Y finalmente, tras la emisión de posteriores informes policiales y de la AEAT, interpuesta por Fiscalía en fecha 4.08.08 la denuncia que da origen a las presentes actuaciones, el Sr. Peñas comparecerá a prestar declaración como testigo ante este Juzgado en fecha 20.11.08, ratificándose en sus previas comparecencias.

En definitiva, no difiere el presente caso de otros múltiples validados por la jurisprudencia constante del TC y TS en los que un ciudadano (aquí el denunciante Sr. Peñas, que pasará posteriormente a ostentar la condición de imputado a la vista del curso seguido en la instrucción) obtiene una fuente de prueba respecto de determinados presuntos delitos sobre los que se trata en las conversaciones mantenidas a lo largo del tiempo con personas que pudieren razonablemente tener participación en los mismos, y que actuando en cumplimiento de la obligación de denunciar delitos de los que un particular tenga conocimiento (impuesta por el art. 259 y ss. LECrim.), se provee de los medios para acreditar el objeto de su denuncia, aun cuando sea ocultándolos respecto de las personas o presuntos delincuentes a quienes se desea sorprender en su ilícito comportamiento, tratándose como ocurre en el presente caso de medios -grabaciones de audio- que una ingente y constante jurisprudencia reputa como

constitucionalmente legítimos, sin llegar en ningún caso a constituir tales actos delito provocado o a integrar infracción criminal alguna por parte del denunciante.

En este sentido resulta acertada la alegación contenida en el escrito de la acusación popular ejercida en representación de Ángel LUNA y otros cuando señala que el origen de la presente causa no son, en sentido estricto, las grabaciones cuestionadas, sino las manifestaciones en modo de denuncia que el Sr. Peñas realiza ante el órgano competente y en las que relata con detalle y precisión hechos que revisten trascendencia penal y que son los aquí finalmente investigados, prestando posteriormente declaración ante Fiscalía y finalmente ante el Juzgado como fuente de conocimiento directa de los hechos por él relatados, que además soporta en las grabaciones obtenidas.

Por todo lo expuesto procede desestimar la pretensión de nulidad e ilicitud probatoria instada por la representación procesal de Francisco Correa Sánchez; sin que proceda pronunciamiento alguno en materia de costas, tal y como interesaba la representación de ADADE, al no encontrarnos en la tramitación incidental prevista en el artículo 241 LOPJ.

SEXTO.- Una vez afirmada la licitud y aptitud probatoria de las grabaciones aportadas al proceso por parte de José Luis Peñas, cuestión distinta es la relativa a la valoración probatoria que haya de concederse al contenido de las referidas grabaciones, en lo relativo a la acreditación de su autenticidad o inalterabilidad, o sobre el valor incriminatorio de las conversaciones grabadas, encontrándose alguna de las referidas cuestiones pendientes de trámite al haberse acordado por auto de 10.12.2012 la confección de dictamen pericial fonográfico sobre los soportes sonoros aportados por el imputado José Luis Peñas al objeto de determinar si las referidas grabaciones han podido ser objeto de manipulación, diligencia acordada a instancia de la representación procesal del imputado Alfonso García-Pozuelo Asins, y que posteriormente, tras la recepción en el Juzgado el 28.12.12 de Informe de la Sección de Acústica Forense de la Unidad Central Criminalística poniendo de manifiesto las limitaciones de la pericia para el caso de no disponerse de los soportes originales de las grabaciones, ha venido a impugnar por tal motivo la autenticidad de los soportes acompañados por el denunciante (CD y DVD) que iban a ser objeto de pericia, habiéndose conferido traslado al Ministerio Fiscal y encontrándose tal tramitación pendiente de resolución por este instructor.

Sin perjuicio de que las cuestiones antes expuestas deben motivar un pronunciamiento independiente por parte

del Juzgado, al responder a aspectos procesales relacionados con el mismo material probatorio respecto del que ahora se descarta su nulidad e ilicitud, si bien siendo tales aspectos independientes de la tramitación impuesta por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Auto de 7 de mayo de 2013, al amparo del art. 240.2 LOPJ, sí debe aquí concluirse, de forma sucinta, que la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de valoración por el Tribunal de las denominadas grabaciones subrepticias como medio de prueba lícito cumplidos determinados requisitos (en este sentido recuerda la STS 6.07.2011: disponibilidad, ausencia de manipulación, transcripción con la fe del Secretario Judicial, etc.).

Y asimismo, conviene la jurisprudencia menor (por todas, y como más reciente, la SAP Cádiz, Sección Tercera, de 16 de julio de 2012) que en casos como el presente *"no estamos ante unas grabaciones acordadas judicialmente que deban por tanto seguir los rigores que la ley y la jurisprudencia exigen para poder tener valor como pruebas de cargo. Se trata de grabaciones hechas por un particular que los efectos que tienen en el proceso, la credibilidad que se da a su contenido y la valoración sobre su autenticidad, se decidirá una vez sean escuchadas y sobre todo sean escuchados el autor de las mismas y los agentes de policía que hicieron la transcripciones y las copias y nos expliquen cual ha sido el procedimiento que han seguido para ello, las personas que en ellas intervienen y se compruebe por los medios posibles si su contenido es veraz o no. Todo ello, sin perjuicio de la consideración en que las tengamos, como hemos dicho, una vez obtenida toda esa información, como prueba a valorar por el Tribunal sea de cargo o no"*. También la SAP Granada, Sección 2ª, de 19 de marzo de 2008 razona cómo el resultado de las periciales acordadas sobre la autenticidad de las grabaciones aportadas, y las limitaciones puestas de manifiesto por los peritos para detectar posibles manipulaciones de las mismas, no impide al Tribunal valorar y estimar la eficacia probatoria de la grabación en cuestión en uso de sus facultades de libre apreciación de la prueba.

Pronunciamientos los anteriores que en definitiva conducen a concluir que será en fase de juicio oral donde deberán desplegar o no su eficacia las grabaciones aportadas como medio probatorio a valorar por el Tribunal enjuiciador, en conjunción con las restantes pruebas que allí sean practicadas, una vez acordadas en fase de instrucción las periciales oportunas, así como la correspondiente adveración o cotejo por el Secretario Judicial de las transcripciones aportadas por la policía, tramitación que actualmente se encuentra pendiente.



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

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima la solicitud de nulidad y declaración de ilicitud de prueba planteada por la representación procesal de Francisco Correa Sánchez mediante escrito registrado en fecha 8 de marzo de 2013, en virtud de los razonamientos jurídicos contenidos en la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de reforma, en el plazo de tres días y/o recurso de apelación, en el plazo de cinco días, para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Así lo acuerda, manda y firma Don Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.