



El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial

David Colomer Bea

*Profesor de Derecho Penal.
Universitat de València (España)*

david.colomer@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-0310-4409>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Becerril.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

No toda grabación de conversaciones ajenas realizada sin autorización judicial constituye una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. El quebrantamiento de este derecho fundamental requiere una actuación encaminada a tomar conocimiento de la comunicación secreta, lo que no sucede cuando un tercero accede a ella de manera natural, sin proponérselo. En estos casos, los interlocutores carecen de una expectativa razonable de privacidad frente a dicho tercero, quien puede grabar aquello que escucha sin incurrir en ningún reproche jurídico. Lo que no puede hacer el autor de la grabación es difundirla sin el consentimiento de los interlocutores, pues ello vulnera su derecho a la intimidad. Dicha grabación sí puede ser utilizada como prueba en un procedimiento judicial o administrativo, salvo que la conversación grabada haya sido provocada con la intención de que alguno de los interlocutores realice manifestaciones que puedan ser utilizadas en su contra, viéndose así conculcados los derechos a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable.

Palabras clave: grabaciones ambientales; secreto de las comunicaciones; intimidad; expectativa razonable de privacidad.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-12-2023

Cómo citar: Colomer Bea, D. (2023). El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 69-98. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19421>



The right to the secrecy of communications and the ambience recordings made by a third party without legal authorization

David Colomer Bea

This paper has won **second prize Financial Studies 2023 Award** in the category of **Constitutional and Administrative Law**.

The jury members were: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

Abstract

Not every single recording of other people's conversation carried out without court approval becomes a violation of the right to the secrecy of communications. Breaching that fundamental right requires an aim to find out the content of that private communication, which does not happen when a third party gets access thereto in a natural way, unpurposely. In that scenario, the conversational partners lack a reasonable expectation of privacy from that third party, who may record anything listened and not commit the slightest misdemeanor. What the recording party cannot do is communicate the content to others without the speakers' consent, thus violating their right to privacy. Such a recording may very well be used as proof in a judicial or administrative proceeding, unless the recorded conversation has been induced hoping that one of the speakers speech might be used against him, and by doing so, violating due process and the rights to not be compelled to be a witness against himself, and plead not guilty.

Keywords: ambience recordings; secrecy of communications; privacy; reasonable expectation of privacy.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-12-2023

Citation: Colomer Bea, D. (2023). El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 275, 69-98. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19421>



Sumario

1. Aspectos esenciales del derecho al secreto de las comunicaciones
 - 1.1. El carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones y su conexión con la intimidad
 - 1.2. Comunicaciones cubiertas por el derecho al secreto de las comunicaciones
 - 1.3. La vulneración del secreto de las comunicaciones
 2. Las grabaciones ambientales de comunicaciones secretas realizadas por terceros sin autorización judicial
 - 2.1. Delimitación y especialidades de las escuchas y grabaciones ambientales
 - 2.2. Licitud e ilicitud de las escuchas ambientales sin autorización judicial
 - 2.3. El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial
 - 2.4. El tratamiento civil, penal y administrativo de las grabaciones ambientales que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones
 - 2.5. Las grabaciones ambientales más allá del secreto de las comunicaciones
 - 2.5.1. La afectación a la intimidad de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones
 - 2.5.2. La utilización como prueba de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Aspectos esenciales del derecho al secreto de las comunicaciones

1.1. El carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones y su conexión con la intimidad

El artículo 18.3 de la Constitución española (CE) «garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Lo que se protege en este derecho fundamental es la libertad de las comunicaciones y, más concretamente, «la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º).

El derecho al secreto de las comunicaciones constituye una de las garantías del respeto a la vida privada¹, derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)². Las comunicaciones son o pueden ser «medio de conocimiento de aspectos de la vida privada» (STC núm. 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3.º), de modo que, como ocurre con la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), el secreto de las comunicaciones opera como instrumento de tutela de la intimidad (art. 18.1 CE)³. Su reconocimiento autónomo se explica por el «carácter formal» del secreto consagrado en el artículo 18.3 de la CE (Ridaura Martínez, 2017, pp. 358-359), que se preserva frente a injerencias de terce-

¹ En esta línea, Díaz Revorio (2006) señala que «el correcto entendimiento del significado de este derecho requiere relacionarlo con los restantes derechos del artículo 18 [CE], todos los cuales parecen tener un fundamento común, como es la protección de la *vida privada* o *privacidad* de la persona» (p. 160).

² Artículo 8.1 del CEDH: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

³ Así lo conciben, entre otros, Martín Morales (1995, p. 44), Rodríguez Ruiz (1998, pp. 23-26) y Rebollo Delgado (2000, pp. 362-363).

ros, «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» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). No es tanto el contenido de lo comunicado como el proceso de comunicación lo que se protege a través del derecho al secreto de las comunicaciones (STC núm. 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.º).

La intimidad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 18.1 de la CE, garantiza al individuo «un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros», atribuyendo a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Desde esta perspectiva, el secreto de las comunicaciones puede considerarse una «manifestación [...] del derecho a la intimidad» (STS, Sala II, núm. 914/1996, de 20 de diciembre, FJ 5.º), teniendo en cuenta que este derecho también se protege «con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Al garantizar el secreto de las comunicaciones, el artículo 18.3 de la CE tutela una parcela específica de la vida privada (Frígols i Brines, 2010, p. 43).

Este vínculo tan estrecho que existe entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad se manifiesta en la configuración de su protección civil y penal. Tanto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982), como el título X del libro II del Código Penal (CP), dedicado a los «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», aluden exclusivamente a la intimidad como objeto de tutela, si bien tipifican comportamientos que atentan contra el secreto de las comunicaciones. Este derecho fundamental se concibe, en ambas disposiciones legales, como una de las garantías de la intimidad, lo que aparece reflejado de manera expresa en la sección 2.ª del capítulo V del título XXI del libro II del CP, que se refiere a «los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad», al tiempo que incluye dos tipos penales de autoridades, funcionarios públicos o agentes de la autoridad que afectan al secreto de las comunicaciones: el delito de interceptación de la correspondencia del artículo 535 del CP y el delito de interceptación de las telecomunicaciones o control audiovisual clandestino del artículo 536 del CP.

La vida privada de cada individuo, tutelada por los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, viene marcada por su «voluntad de no dar a conocer» a terceros una determinada información o un determinado hecho (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Ahora bien, esa voluntad no puede concebirse en términos exclusivamente subjetivos, debiendo reflejarse en los «propios actos» (art. 2.1 LO 1/1982)⁴. Como ha señalado

⁴ Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios

el Tribunal Supremo, la tutela efectiva de la intimidad «estará en función del celo que en su guarda y custodia manifiesta cada persona», atendiendo a las «pautas de comportamiento que se deducen de la conducta o actos propios de cada uno», de modo que «quien malbarate [el derecho a la intimidad] o no sea celoso custodio [del mismo] no será acreedor [de su] protección jurídica» (STS, Sala I, núm. 322/1989, de 18 de abril, FJ 4)⁵. En esta línea, un criterio tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional «para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas» es el de la expectativa razonable de privacidad, esto es, «las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (STC núm. 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º)⁶. Este criterio ha sido utilizado de manera expresa en el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones por la STC núm. 241/2012, de 17 de diciembre, en la que se consideraron excluidas de la protección del artículo 18.3 de la CE las «comunicaciones entre dos trabajadoras que se produjeron al introducirse el programa [Trillan, de mensajería instantánea] en un soporte de uso común para todos los trabajadores de la empresa sin ningún tipo de cautela» (FJ 7.º). En este caso, el Tribunal Constitucional entendió que «no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial», que prohibía la instalación de programas en el ordenador de uso común de la empresa (FJ 6.º)⁷.

actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

⁵ Se refiere detenidamente a esta cuestión Carrión Olmos (2007, pp. 114-118).

⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también utiliza el criterio de la expectativa razonable de privacidad para valorar la legitimidad de las injerencias en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH). Véase, por ejemplo, la STEDH, Gran Sala, de 17 de octubre de 2019, *López Ribalda y otros c. España*:

«En cuanto a si las demandantes tenían una expectativa razonable de que se protegiera y respetara su vida privada, el Tribunal observa que su lugar de trabajo, un supermercado, estaba abierto al público y que las actividades que se filmaban allí, a saber, la realización de pagos por las compras de los clientes, no eran de carácter íntimo o privado. Por lo tanto, sus expectativas en cuanto a la protección de su vida privada eran necesariamente limitadas. Sin embargo, incluso en lugares públicos, la creación de una grabación sistemática o permanente de imágenes de personas identificadas y el posterior procesamiento de las imágenes así grabadas podían plantear cuestiones que afectaban a la vida privada de las personas afectadas. El Tribunal observa que en el presente caso la legislación interna estableció un marco legal formal y explícito que obligaba a la persona responsable de un sistema de videovigilancia, incluso en un lugar público, a dar información previa a las personas vigiladas por dicho sistema. Además, las demandantes habían sido informados de la instalación por su empleador de otras cámaras de circuito cerrado en el supermercado, que eran visibles y estaban colocadas de manera que podían filmar las entradas y salidas de la tienda. En esas circunstancias, las demandantes tenían una expectativa razonable de que no serían objeto de videovigilancia en las demás zonas de la tienda sin ser informadas de antemano» (§ 93).

⁷ Sobre el criterio de la expectativa razonable de privacidad en el ámbito del secreto de las comunicaciones y su utilización en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, véase Rodríguez Lainz (2013).

1.2. Comunicaciones cubiertas por el derecho al secreto de las comunicaciones

No todas las comunicaciones están protegidas por el artículo 18.3 de la CE, sino únicamente las comunicaciones secretas. El secreto se define como la «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta» (DLE, acepción 1), es decir, aquello que se mantiene al resguardo del conocimiento ajeno, de modo que las comunicaciones secretas son aquellas que no se dan a conocer a terceros⁸.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional limitó la aplicabilidad del derecho al secreto de las comunicaciones a las comunicaciones «realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero» (STC núm. 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4.º), debido a su «especial vulnerabilidad» (STC núm. 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º). Así lo declaró de manera expresa la STC núm. 18/2020, de 10 de febrero:

Únicamente la comunicación que tiene lugar a través de un determinado medio técnico pertenece al ámbito de protección del art. 18.3 CE, pues las comunicaciones directas –orales o escritas– sin medios técnicos de interposición carecen del carácter secreto que garantiza el art. 18.3 CE (FJ 3.º).

Esta declaración contrastaba con la decisión adoptada por el propio Tribunal Constitucional en la STC núm. 145/2014, de 22 de septiembre, en la que se consideró que vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones una grabación de conversaciones orales directas entre detenidos mantenidas en dependencias policiales, pues «el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas [...] que de otras comunicaciones como las verbales» (FJ 7.º).

La STC núm. 99/2021, de 10 de mayo, parece haber cerrado este debate al señalar:

En relación con las comunicaciones interpersonales mantenidas sin la intervención de medios o artificios técnicos destinados a hacer posible el proceso comunicativo (comunicaciones orales), nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde una posición en la que inicialmente se afirmaba que el derecho del art. 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas –quedando fuera del mismo, consecuentemente, las que no precisaban de la intervención de ningún tercero ajeno como prestador del servicio de telecomunicación (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 9.º; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º,

⁸ Ocón García (2021) destaca la naturaleza relacional del concepto de «secreto», que presupone la existencia de dos clases de sujetos: «quienes poseen el conocimiento y quienes no deben acceder a él manteniéndose oculto» (p. 94).

y 170/2012, de 7 de octubre, FJ 4.º)– hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos (FJ 3.º).

Tal equiparación me parece adecuada. Las comunicaciones protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones son aquellas en las que existe «la voluntad de excluir [del proceso comunicativo] a terceros no intervinientes», siendo indiferente «el método a través del cual se remite un mensaje, o se efectúa una comunicación» (STC núm. 99/2021, de 10 de mayo, FJ 7.º). En las comunicaciones directas, los interlocutores también tienen derecho a que terceros ajenos a la comunicación no se inmiscuyan en ella, pues el artículo 18.3 de la CE «contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas» (STC núm. 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.º).

Lo que debe exigirse tanto en las comunicaciones a través de medios técnicos como en las directas es que el proceso comunicativo se desarrolle en unas condiciones que evidencien la existencia de una expectativa razonable de privacidad, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el lugar en el que se produce la comunicación o el tono de voz empleado por los interlocutores (Rivero Sánchez-Covisa, 2017, p. 186). Sin esa expectativa razonable de privacidad, una comunicación no puede considerarse secreta y queda, por ello, excluida del ámbito de protección del artículo 18.3 de la CE. En esta dirección apunta la STC núm. 241/2012, de 17 de diciembre, que alude a «la falta de secreto de las comunicaciones [...] abiertas y no rodeadas de las condiciones que pudieran preservarlas» (FJ 7.º)⁹.

1.3. La vulneración del secreto de las comunicaciones

La vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consiste en «el descubrimiento ilegítimo de cualesquiera aspectos no manifiestos del proceso de comunicación» (Jiménez Campo, 1987, p. 50), incluyendo «no solo el contenido de la comunicación, sino también [...] la identidad subjetiva de los interlocutores» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). El ilícito constitucional consagrado en el artículo 18.3 de la CE es «la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas» (STC núm. 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4.º), la «interferencia en un proceso de comunicación» (Rodríguez Montañés, 2018, p. 545).

Por tanto, para que se produzca un quebrantamiento del secreto de las comunicaciones, se requiere «la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso

⁹ Fuera de nuestro país, la Corte Suprema de Casación italiana ha declarado que las comunicaciones realizadas «de un modo tan poco discreto que resulten perceptibles para terceros (por ejemplo, hablando en voz alta en público o utilizando ondas de radio que puedan captarse libremente)» no se incluyen en el ámbito de protección del secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 15 de la Constitución de la República Italiana (Sentencia núm. 36747, de 28 de mayo de 2003).

de comunicación» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). Desde esta perspectiva, los interlocutores no pueden vulnerar el secreto de las comunicaciones, dado que forman parte del proceso comunicativo. Cuestión distinta es que alguno de ellos haga un uso del contenido material de lo comunicado que resulte atentatorio contra la intimidad u otros derechos fundamentales, pues «el interlocutor no goza de un estatuto pleno de disposición de lo comunicado» (González Cussac, 2020, p. 100).

La condición de interlocutor se opone a la de tercero ajeno a la comunicación. En este punto, cabe remarcar que el secreto de las comunicaciones posee «eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos» (STC núm. 99/2021, de 10 de mayo, FJ 3.º). El artículo 18.3 de la CE prohíbe que esos terceros, particulares o agentes estatales, tomen conocimiento de las comunicaciones secretas, «salvo resolución judicial»¹⁰. A falta de esta autorización, cualquier toma de conocimiento de comunicaciones secretas ajenas constituye un atentado contra el derecho al secreto de las comunicaciones.

Pero la última afirmación precisa de una importante matización: del mismo modo que «no hay "secreto" para aquel a quien la comunicación se dirige» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º), tampoco lo hay para aquel que, sin ser interlocutor, percibe la comunicación ajena de manera natural, esto es, sin «alterar el estado de las cosas» (SAP de Madrid, Sección 2.ª, núm. 591/2021, de 29 de septiembre, FJ 3.º). Así pues, el derecho al secreto de las comunicaciones se vulnera «cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las [comunicaciones] que mantienen otras personas» (STS, Sala II, núm. 2081/2001, de 9 de noviembre, FJ 9.º), lo que implica que, para vulnerar el secreto de las comunicaciones, la toma de conocimiento de la comunicación ajena debe venir precedida de una actuación del tercero encaminada a obtener dicho conocimiento¹¹. Sin esa actuación previa del tercero, la toma de conocimiento de la comunicación ajena será legítima y ninguna vulneración del secreto de las comunicaciones se le podrá atribuir. Al igual que sucede respecto de los interlocutores, el uso que haga el tercero de la información obtenida por la captación de la comunicación ajena podrá atacar contra la intimidad u otros derechos fundamentales, pero no contra el derecho al secreto de las comunicaciones.

¹⁰ No voy a detenerme en este inciso final del artículo 18.3 de la CE, en la medida en que el objeto del presente trabajo son las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial. Sobre los presupuestos para intervenir las comunicaciones mediante resolución judicial y sobre el alcance de esta, véase Ocón García (2021, pp. 203-218).

¹¹ En esta línea, dice la STS, Sala II, núm. 591/2002, de 1 de abril:

«La actuación ilegítima, y delictiva, consiste en disponer medios para interceptar conversaciones afectantes a la intimidad, pero no prohíbe la escucha de aparatos que emiten conversaciones sin una previa actuación sobre los mismos para su audición. La guardia civil oyó, percibió sensorialmente, unas conversaciones sin que para su realización hubiera realizado ninguna operación que lo permitiese, quebrantando los mecanismos dispuestos en estos aparatos para preservar su audición a las personas interesadas en la conversación y titulares del derecho fundamental [al secreto de las comunicaciones]» (FJ 6.º).

Esta configuración del ilícito constitucional del artículo 18.3 de la CE coincide con el modo en que el Tribunal Supremo concibe la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria en los supuestos de observación clandestina de lo que acontece en el interior de un domicilio:

La tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege tanto frente a la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscribió el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando, sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado. (STS, Sala II, núm. 329/2016, de 20 de abril, FJ 2.º).

En sentido contrario, si la observación de lo que acontece en el interior de un domicilio ajeno se lleva a cabo «hasta donde alcanza la vista», sin valerse de «instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad», no existe vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (*ibid.*, FJ 3.º). Por tanto, también en este ámbito la licitud o ilicitud de la captación de la vida privada ajena depende de si se percibe con naturalidad o es necesario llevar a cabo alguna actuación para tomar conocimiento de ella.

2. Las grabaciones ambientales de comunicaciones secretas realizadas por terceros sin autorización judicial

2.1. Delimitación y especialidades de las escuchas y grabaciones ambientales

La forma más habitual de vulneración del secreto de las comunicaciones es la interceptación o intervención telefónica. Antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas era la única medida de investigación sobre comunicaciones orales que preveía la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).¹² La interceptación telefónica consiste en «cualquier posible

¹² Como apunta Elvira Perales (2020), esta medida «fue objeto de una regulación parcial, manifiestamente insuficiente, como pronto evidenció la jurisprudencia, que fue la encargada de señalar los aspectos necesarios para que una intervención de las comunicaciones pudiera considerarse respetuosa con [el derecho al secreto de las comunicaciones]» (p. 115).

modalidad de injerencia externa en una línea telefónica» (Montón Redondo, 1995, p. 1.043), lo que implica el «reenvío de una información que es transmitida y recibida por un determinado dispositivo» o «la interceptación de la señal mientras que discurre por la red pública de comunicaciones» (Rodríguez Lainz, 2017).

Con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, se introdujeron en la LECrim. nuevas medidas de investigación sobre comunicaciones orales, por una parte, ampliando el ámbito de la interceptación a las comunicaciones telemáticas (capítulo V del título VIII del libro II)¹³ y, por otra, incluyendo la captación y grabación de comunicaciones orales directas mediante la utilización de dispositivos electrónicos (capítulo VI del título VIII del libro II). La separación en capítulos distintos de ambas medidas limitativas del secreto de las comunicaciones es adecuada, pues las comunicaciones orales directas no pueden ser intervenidas o interceptadas, en el sentido que se ha apuntado, ya que en estos casos la información es transmitida y recibida sin la intermediación de un medio técnico¹⁴. En cambio, las comunicaciones telefónicas y telemáticas también pueden ser captadas mediante escucha o grabación ambientales –por ejemplo, cuando alguno de los interlocutores activa un altavoz permitiendo la escucha del otro interlocutor en el lugar donde se encuentra aquel–, medida que, en principio, no podría autorizar al juez al no recogerse específicamente en la regulación actual¹⁵.

Las escuchas o grabaciones ambientales de las comunicaciones secretas, esto es, las que captan la comunicación audible en un determinado lugar, presentan unos rasgos especiales respecto de las intervenciones o interceptaciones de las comunicaciones secretas telefónicas o telemáticas. Mientras que estas últimas son siempre ilícitas, salvo autorización judicial, pues presuponen una actuación previa del sujeto encaminada a tomar conocimiento de la comunicación secreta¹⁶, las escuchas o grabaciones ambientales de las comunica-

¹³ Para un estudio detallado sobre la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, véase Rodríguez Lainz (2016, pp. 73-255).

¹⁴ Cuestión distinta es que el teléfono intervenido sirva para captar, una vez establecida la llamada, las comunicaciones orales directas que tienen lugar en las proximidades. El Tribunal Supremo ha señalado que la captación de estas comunicaciones constituye un efecto abarcado por la resolución judicial que autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas (STS, Sala II, núm. 373/2016, de 3 de mayo, FJ 1.º).

¹⁵ En esta omisión pudo haber influido el hecho de que el Tribunal Constitucional llegase a afirmar que «la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación [...] mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación» (STC núm. 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º).

¹⁶ Cabe apuntar que el Tribunal Supremo ha señalado que «las captaciones de conversaciones radiotelegráficas, en frecuencia de uso público, no precisan de autorización judicial», pero porque no se trata de comunicaciones secretas, sino «de uso público y, siendo esto conocido por los usuarios, ello implica una implícita aceptación de la posibilidad de captación» (STS, Sala II, núm. 695/2013, de 22 de julio, FJ 12.º).

ciones secretas orales, ya sean directas o telemáticas, pueden ser lícitas sin autorización judicial: lo serán si en la comunicación no existe una expectativa razonable de privacidad respecto del tercero que escucha o graba.

2.2. Licitud e ilicitud de las escuchas ambientales sin autorización judicial

La Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado dice que «no puede considerarse vulneración del secreto de las comunicaciones la escucha de una conversación telefónica por hallarse quien escucha en las inmediaciones del lugar en que se produce, sin utilizar ningún medio técnico o electrónico». En esta línea, cabe mencionar la STS, Sala II, núm. 218/2007, de 5 marzo, que consideró lícita la escucha directa de las palabras emitidas por uno de los interlocutores de una conversación telefónica, investigado por delitos contra la salud pública, por parte de una funcionaria policial que se colocó disimuladamente junto al teléfono público a través del cual se llevó a cabo dicha comunicación¹⁷. Hay que destacar, de igual modo, la SAP de Guipúzcoa, Sección 1.^a, núm. 38/2000, de 17 de febrero, que señala:

La protección que la Constitución dispensa al secreto de las comunicaciones telefónicas [...] no alcanza a garantizar el secreto de dichas comunicaciones frente a las personas que se encuentran en las inmediaciones de la persona que habla por teléfono y que oyen el contenido de lo que habla directamente, sin utilizar para ello ningún procedimiento técnico o electrónico. Piénsese, por ejemplo, en la conversación que tiene lugar a través de teléfonos fijos o móviles en el interior de un domicilio en el que están las puertas o las ventanas abiertas y es oída por una persona que se encuentra fuera del mismo, bien en la calle, en las escaleras o, incluso, en un domicilio contiguo, debido al alto tono de voz empleado por la persona que realiza la llamada, o en la que tiene lugar a través de teléfonos fijos o móviles en establecimientos públicos delante de otras personas, o en teléfonos móviles en la vía pública (FJ 5.^o).

De acuerdo con este planteamiento, la licitud o ilicitud de las escuchas ambientales sin autorización judicial depende de si se han llevado a cabo de forma directa, en cuyo caso

¹⁷ El Tribunal Supremo concluyó que, dado que «la conversación descubierta por la Policía lo fue mediante escucha directa de uno de los conversadores, gracias a la proximidad a él de una funcionaria en la vía pública» ello «excluye cualquier consideración de atentado al derecho a la intimidad del comunicante» (STS, Sala II, núm. 218/2007, de 5 marzo, FJ 1.^o) y cabe entender que también cualquier consideración de atentado al derecho al secreto de las comunicaciones.

se consideran lícitas, o utilizando medios técnicos o electrónicos –por ejemplo, un micrófono oculto–, en cuyo caso se consideran ilícitas. En mi opinión, la licitud de las escuchas ambientales directas no puede reconocerse de manera automática, sino que requiere que el acceso a la comunicación se haya producido de manera natural, es decir, sin una previa actuación encaminada a tomar conocimiento de ella. Desde esta perspectiva, la actuación de la funcionaria policial que se coloca disimuladamente al lado de un teléfono público para oír la conversación de un investigado resultaría ilícita, vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones. Cuando alguien habla por teléfono espera razonablemente que ninguna persona se sitúe con disimulo junto a él para escuchar lo que dice, de modo que el tercero que así actúa defrauda una expectativa razonable de privacidad, conculcando el derecho al secreto de las comunicaciones. En cambio, ninguna expectativa de privacidad ni ningún secreto se quebranta cuando una conversación es escuchada por quien se halla en un lugar próximo sin haberse colocado allí con el propósito de tomar conocimiento de dicha comunicación. Este sería el caso, por ejemplo, de la hija que, en compañía de su madre, «oye la conversación telefónica [que esta mantiene con su padre] sin utilizar ningún aparato o mecanismo para ello, sino sencillamente por el alto tono de voz [de su padre] y la proximidad que aquella tenía del aparato telefónico que usaba su madre» (SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, núm. 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 3.º).

2.3. El secreto de las comunicaciones y las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin autorización judicial

Las dos sentencias del Tribunal Constitucional que han incluido expresamente las comunicaciones orales directas en el ámbito de protección del artículo 18.3 de la CE –STC núm. 145/2014, de 22 de septiembre, y 99/2021, de 10 de mayo– refieren a casos de grabaciones efectuadas con autorización judicial y, por tanto, previa actuación encaminada a tomar conocimiento de comunicaciones secretas ajenas. En defecto de resolución judicial, este tipo de grabaciones resulta atentatorio contra el derecho al secreto de las comunicaciones, de la misma forma que las escuchas ambientales.

Distinto tratamiento merecen las grabaciones ambientales efectuadas por terceros sin autorización judicial cuando la toma de conocimiento de las comunicaciones se produce de manera natural, no buscada. La STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, la más citada en el ámbito del secreto de las comunicaciones, parece no entenderlo así cuando, en términos absolutos, señala que «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución» (FJ 7.º). Pero este precepto, de acuerdo con la mencionada sentencia, «se dirige inequívocamente a garantizar [la] impenetrabilidad [de la comunicación] por terceros» (*idem*), de modo que aquella declaración debe entenderse referida a la grabación de una conversación secreta realizada por un tercero que se introduce –penetra– en ella, es decir, que lleva a cabo alguna actuación encaminada a tomar conocimiento de comunicaciones ajenas. Este tipo

de grabaciones, efectivamente, siempre atenta contra el derecho al secreto de las comunicaciones, al contrario de lo que sucede con las grabaciones ambientales efectuadas por terceros que toman conocimiento de la conversación sin proponérselo.

En línea con lo que se acaba de señalar, el Tribunal Supremo ha afirmado que la grabación de una conversación solo vulnera el secreto de las comunicaciones cuando un tercero se interpone, esto es, «interfiere y llega a conocer el contenido de las [comunicaciones] que mantienen otras personas» (STS, Sala II, núm. 2081/2001, de 9 de noviembre, FJ 9.º). Aunque esta afirmación se hace para negar la ilicitud de las grabaciones subrepticias efectuadas por alguno de los interlocutores, su razonamiento también sirve para considerar conformes al artículo 18.3 de la CE las grabaciones ambientales efectuadas por terceros que toman conocimiento de las comunicaciones ajenas de manera natural, o lo que es lo mismo, sin interponerse. La perpetuación o utilización de un mensaje «por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor [...] no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue», y esto es aplicable tanto para «la persona a la que materialmente ha sido dirigido» el mensaje como para «un tercero que [no] se haya interpuesto» (*idem*). Pese a ello, el Tribunal Supremo solo ha reconocido de manera expresa la licitud de las grabaciones ambientales de terceros realizadas con la autorización de alguno de los interlocutores. Así, la STS, Sala II, núm. 298/2013, de 13 de marzo, señala que «lo que convertiría en ilícita la grabación sería que el tercero no estuviese expresamente autorizado por alguno de los interlocutores», pues, «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» (FJ 1.º).

Son escasas las sentencias que se pronuncian sobre la licitud o ilicitud de las grabaciones ambientales realizadas sin autorización judicial y sin consentimiento de ningún interlocutor por terceros que toman conocimiento de una comunicación ajena de manera natural. Una de las más representativas es la STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 606/2018, de 28 de diciembre, que se refiere a la grabación de una discusión mantenida en un edificio judicial entre un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y un superior jerárquico, en la que el primero profiere expresiones ofensivas contra el segundo tales como «payaso» o «que te largues de aquí», en presencia de otros miembros del Cuerpo Nacional de Policía, entre ellos el autor de la grabación, efectuada con su teléfono móvil. Esta grabación fue admitida como prueba en el procedimiento disciplinario abierto contra el mencionado funcionario policial, que fue sancionado por el comisario jefe provincial de Baleares con suspensión de funciones durante cuatro días por la comisión de una falta disciplinaria de carácter leve prevista en el artículo 9 b) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, consistente en «la incorrección con los ciudadanos, o con otros miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, siempre que no merezcan una calificación más grave». Desestimado el recurso de alzada contra la sanción por el director general de la Policía, se presentó recurso contencioso-administrativo, alegando, entre otros motivos, la vulne-

ración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por basarse la sanción en una grabación obtenida y divulgada por un tercero. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares negó la existencia de dicha vulneración con la siguiente argumentación:

La grabación [...] se produjo en un lugar público, en una conversación mantenida entre [los interlocutores] en voz alta y tono elevado –de la cual podía percatarse cualquier persona que estuviese cerca– y ante la circunstancia de que [el autor de la grabación] –junto a otros miembros del Cuerpo Nacional de Policía– estaba presente, decidiendo grabar con su teléfono móvil ante el cariz que estaba alcanzando la discusión. No se trataba de una conversación privada llevada a cabo mediante sistemas de comunicación a distancia (como correo postal, teléfono o internet), sino que denunciante y denunciado se encontraron en los Juzgados, estando ambos acompañados de otras personas, e intercambiaron una serie de palabras en presencia de los mismos, sin apartarse en ningún momento para hablar en privado (FJ 5.º).

El fragmento de la sentencia citado es del todo coherente con el concepto de comunicación secreta que se propugna en este trabajo y también con el modo en que se configura el ilícito constitucional del artículo 18.3 de la CE. Si la comunicación secreta es aquella que no se da a conocer a terceros y la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones requiere una actuación del tercero encaminada a tomar conocimiento de una comunicación ajena, la conversación que se produce en unas condiciones que la hacen perceptible a personas distintas de los interlocutores –por ejemplo, una discusión en voz alta en presencia de compañeros de profesión– no puede considerarse secreta respecto de dichas personas y, por tanto, la grabación que alguna de estas efectúe de la referida comunicación no puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones.

Otra sentencia similar es la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 741/2022, de 12 de abril. En este caso, se analiza la validez como prueba en un proceso judicial de la grabación de una discusión entre un trabajador y el empresario de un bar efectuada por un cliente con su teléfono móvil. Dicha discusión, en la que mediaron insultos del trabajador hacia el empresario, desembocó en el despido disciplinario del primero, basado en la falta muy grave tipificada en el artículo 40.6 de la Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, consistente en infligir «malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por este, así como demás trabajadores y público en general». El trabajador interpuso demanda de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, que la desestimó. Contra esta resolución se presentó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, alegando, como motivo único, que la grabación realizada por el cliente del bar no

debió ser considerada como prueba para valorar la legitimidad del despido, por vulnerar sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, dado que el autor de la grabación no participó en la conversación. Frente a este argumento, opone el tribunal que «no es que el cliente [...] se entrometiera en una conversación privada entre trabajador y empresario», sino que «el elevado tono de voz empleado y la propia condición insultante y grosera de las expresiones utilizadas hacen ver que fue [el trabajador] quien impulsó que las personas que estaban en el local oyese sus manifestaciones», rompiendo, así, «la condición reservada de esa conversación, haciéndola pública» (FJ 4.º). En este caso, además, se da la particularidad de que el propio trabajador «expresamente exteriorizó su voluntad de que quería que sus expresiones fuesen oídas por quienes estuviesen en el local», al manifestar, en voz alta, «lo digo aquí porque lo que quiero es que la gente se entere, que sepan que eres un mierda», de modo que «fue la decisión del propio recurrente la que determinó que otros oyese esa conversación y, dada su condición de contenido público, la grabasen» (*idem*)¹⁸.

Por último, cabe mencionar la SAP de Madrid, Sección 2.ª, núm. 591/2021, de 29 de septiembre, que confirma la licitud de una prueba consistente en la grabación de unas amenazas proferidas en público registrada por un tercero presente en el lugar de los hechos. El tribunal –que alude a la intimidad, aunque su argumentación es válida, con mayor razón, para el secreto de las comunicaciones– tiene en cuenta, por una parte, que la conversación grabada es «una discusión en la vía pública, la cual puede escuchar sin proponérselo todo aquel que pase por el lugar», y, por otra, que se trata de una «grabación espontánea [...] de imágenes o palabras que pueden ser constitutivas de un ilícito penal», obtenida sin que «haya sido preciso [...] alterar el estado de las cosas con la instalación no autorizada judicialmente de cámaras o micrófonos ocultos» (FJ 3.º). En efecto, la toma de conocimiento inintencionada –esto es: «sin proponérselo»– de una conversación ajena impide apreciar la existencia de una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, del mismo modo que la grabación espontánea de dicha conversación por un tercero resulta conforme con el artículo 18.3 de la CE.

2.4. El tratamiento civil, penal y administrativo de las grabaciones ambientales que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones

Las grabaciones ambientales realizadas sin autorización judicial por terceros que llevan a cabo alguna actuación encaminada a tomar conocimiento de comunicaciones ajenas

¹⁸ No existía, sin embargo, una autorización expresa para la grabación, lo que impide subsumir este caso en los supuestos de grabaciones de terceros admitidos por el Tribunal Supremo.

constituyen «intromisiones ilegítimas» en el derecho a la intimidad, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, que en su artículo 7 recoge dos supuestos de intromisiones ilegítimas que pueden afectar al secreto de las comunicaciones:

1. 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.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Para que la grabación ambiental afecte al secreto de las comunicaciones, la comunicación ajena debe desarrollarse fuera del campo de percepción natural de la persona que graba. En tal caso, si la toma de conocimiento de la comunicación ajena se obtiene por la colocación de algún aparato de escucha o grabación en un determinado lugar, la grabación se subsumirá en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982; si se obtiene por la utilización *in situ* de dispositivos técnicos –por ejemplo, un amplificador de sonido– u otros medios para el conocimiento de alguna información o dato de la comunicación ajena –por ejemplo, ocultarse en el lugar donde esta se produce–, la grabación se subsumirá en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982. De acuerdo con lo que se sostiene en este trabajo, el secreto de las comunicaciones constituye una manifestación de la intimidad, de modo que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones implica, necesariamente, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, pues «el art. 18.1 CE no garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada [...], con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º) y, por tanto, con independencia del contenido de la comunicación secreta en la que cada cual participe.

Las grabaciones ambientales vulneradoras del derecho al secreto de las comunicaciones pueden comportar, asimismo, la comisión de un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP, que castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que, «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, [...] utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación». El injusto de este delito se caracteriza porque «se quebrantan las defensas para conocer la intimidad de otro: se rompen las reservas puestas con respecto a dicha intimidad» (Jareño Leal, 2008, p. 23)¹⁹.

¹⁹ Respecto de la conducta típica alternativa del delito del artículo 197.1 del CP, consistente en apoderarse de documentos o efectos personales «para –también en este caso– descubrir los secretos o vulnerar

El elemento subjetivo «para descubrir los secretos» presupone una actuación de la persona que graba tendente a tomar conocimiento de la comunicación ajena²⁰, lo que no quiere decir que toda grabación ambiental de conversaciones secretas realizada por terceros que lleven a cabo una actuación encaminada a tomar conocimiento de ellas resulte constitutiva del mencionado delito. Para que tal comportamiento se subsuma en el artículo 197.1 de la CP, es necesario que sea la propia grabación el medio del que se valga el sujeto para conocer la comunicación ajena, o que dicha grabación venga precedida de la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión o reproducción del sonido con el mismo fin, pues, de no ser así –por ejemplo, si la grabación se produce tras una escucha directa–, no podrá decirse que el sujeto que graba ha utilizado los mencionados artificios «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», salvo que en el momento de realizar la grabación tuviese la intención de difundirla, en cuyo caso el derecho fundamental afectado es la intimidad, no el secreto de las comunicaciones²¹. En los supuestos señalados, la decisión de acudir a la vía civil o a la vía penal dependerá, exclusivamente, de la voluntad del sujeto afectado, pues, para castigar los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, es «necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal» (art. 201.1 CP), salvo que el delito haya sido cometido por una autoridad o funcionario público prevaleándose de su cargo, o «afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección» (art. 201.2 CP).

De lege ferenda, teniendo presente el principio de intervención mínima del derecho penal, podría «replantearse el ámbito de protección del artículo 197.1 CP y limitarlo al núcleo duro de la intimidad» (Juanatey Dorado y Doval Pais, 2010, p. 168), es decir, a aquellos casos en que el hecho afecte «a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual», lo que en la actualidad da lugar al tipo agravado del artículo 197.5 del CP. La existencia de este tipo agravado impide restringir, *de lege lata*, la sanción penal de las grabaciones ambientales vulneradoras del secreto de las comunicaciones a los supuestos de afectación al núcleo duro de la intimidad, pues dicha restricción supondría «dejar sin contenido el tipo básico» (STS, Sala II, núm. 112/2023, de 20 de febrero, FJ 3.º).

la intimidad de otro», el Tribunal Supremo ha señalado que esa acción implica «vencer algún tipo de resistencia, como la impresa en la predisposición de alguna medida o cautela adoptada, precisamente, para evitar el conocimiento por otras personas de datos o informaciones que el directamente interesado buscara preservar» (STS, Sala II, núm. 487/2011, de 30 de mayo, FJ 4.º).

²⁰ En relación con el delito del 497 bis del Código Penal de 1973, antecesor del actual delito del artículo 198.1 del CP, el Tribunal Constitucional señaló que «la sanción penal por el empleo de [artificios para la escucha, transmisión, grabación o reproducción] 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 aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada» (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 8.º).

²¹ Véase *infra*.

Si la grabación ambiental vulneradora del secreto de las comunicaciones la lleva a cabo una autoridad, agente de la autoridad o funcionario público, «mediando causa por delito» y «con violación de las garantías constitucionales o legales», no se aplicará el delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP, sino el delito contra las garantías constitucionales del artículo 536 del CP²², que lleva aparejada pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Para ello, es necesario que el sujeto activo realice la grabación extralimitándose en sus funciones investigadoras –por ejemplo, sin contar con la debida autorización judicial–; si, aunque medie causa por delito, la grabación se produce totalmente al margen de la investigación penal, la autoridad, agente o funcionario público responderá por el delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP o, en caso de que se prevalega de su cargo, por el tipo agravado del artículo 198 del CP²³, que comporta la imposición de las respectivas penas en su mitad superior, además de la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años (Morales Prats, 2016, p. 1491).

Finalmente, la realización de grabaciones ambientales vulneradoras del secreto de las comunicaciones puede dar lugar a la comisión de alguna de las múltiples infracciones administrativas contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y en los artículos 72 a 74 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Lo que se protege en estas normas no es el secreto de las comunicaciones, sino el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE), cuyo contenido aparece definido en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en términos muy amplios:

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso (FJ 7.º).

²² Artículo 536, párr. 1, del CP: «La autoridad, funcionario público o agente de estos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años».

²³ Artículo 198 del CP: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleándose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años».

Así concebido el derecho fundamental a la protección de datos, cualquier grabación realizada por un tercero vulnerando el secreto de las comunicaciones, en la medida en que supone un tratamiento ilícito de datos personales²⁴, comportaría, *prima facie*, la comisión de la infracción del artículo 72.1 b) de la Ley Orgánica 3/2018, que consiste en «el tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679», infracción calificada como muy grave y sancionada con multa de hasta veinte millones de euros (art. 83.5 del Reglamento [UE] 2016/679). Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha limitado el ámbito de protección del artículo 18.4 de la CE al tratamiento de datos personales «contenidos o [...] destinados a ser incluidos en un conjunto estructurado u organizado de datos personales con arreglo a criterios determinados, es decir, en un fichero que permita acceder de forma sistemática a datos personales» (STC 23/2022, de 21 de febrero, FJ 3.º)²⁵, lo que supone que únicamente las grabaciones automatizadas –por ejemplo, las efectuadas a través de un «sistema de captación y grabación de sonidos [...] que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones» en un determinado lugar (STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 9.º)– o las que se registren manualmente para conformar un conjunto estructurado de datos accesibles de acuerdo con criterios específicos –por ejemplo, las que un sujeto realice con cierta frecuencia para almacenarlas en una carpeta del ordenador o en un USB, que permita realizar búsquedas atendiendo a la identidad de los interlocutores– pueden subsumirse en la citada infracción administrativa²⁶. De este modo, las grabaciones ambientales puntuales quedan excluidas de la normativa de protección de datos (STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, núm. 608/2022, de 15 de junio, FJ 1.º).

²⁴ Téngase en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679 define los «datos personales» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (art. 4.1) y el «tratamiento» como «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción» (art. 4.2).

²⁵ Esta limitación del ámbito de protección del artículo 18.4 de la CE es coherente con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, que, por una parte, señala que «el presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero» (art. 2.1) y, por otra, define el «fichero» como «todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica» (art. 4.6).

²⁶ Salvo que las grabaciones ambientales hayan sido efectuadas «por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas», a las que, de acuerdo con el artículo 2.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679, no les resulta de aplicación la normativa de protección de datos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que esta excepción, prevista en idénticos términos en el artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE, «debe ser interpretada en sentido estricto» (STJUE, Sala IV, de 11 de diciembre de 2014, asunto C-212/13, § 29). Véase, al respecto, Ramón Díaz (2021).

2.5. Las grabaciones ambientales más allá del secreto de las comunicaciones

2.5.1. La afectación a la intimidad de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones

Las grabaciones ambientales realizadas por terceros que perciben una comunicación ajena de manera natural no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones, pues para ello es necesario que el tercero lleve a cabo una actuación encaminada a tomar conocimiento de dicha comunicación. Ahora bien, cabe preguntarse si esa grabación puede vulnerar, de otro modo, la intimidad de la persona o las personas cuyas manifestaciones son grabadas, cuestión que considero que debe ser resuelta del mismo modo que si se tratase de grabaciones efectuadas por alguno de los interlocutores. A estos supuestos se refiere la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que niega la ilicitud de la mera grabación de una comunicación por parte de un interlocutor, pero reconoce la posible afectación de la intimidad por «la ulterior difusión de lo grabado» en el caso de que «lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del interlocutor» (FJ 7.º). Dicha grabación «solo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento», donde la propia voz solo se protege «como concreción del derecho a la intimidad [...] 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» (*ibid.*, FJ 8.º)²⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo afronta la cuestión de la posible vulneración de la intimidad de las grabaciones efectuadas por un interlocutor tomando como punto de partida la siguiente idea:

²⁷ Cabe matizar que, en sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional ha incluido entre los «atributos más característicos, propios e inmediatos» de una persona que conforman el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) no solo «la imagen física», sino también «la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona» (STC núm. 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.º). Sin embargo, todas las sentencias que se han pronunciado sobre el derecho a la propia imagen versan sobre casos en los que se graba o difunde la imagen (física) de una persona, en cuyo caso «la captación no solo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen» (STC núm. 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º). No existe ninguna sentencia en la que el Tribunal Constitucional declare que la captación o difusión solamente de la voz de una persona pueda vulnerar, por sí misma, su derecho a la propia imagen. El Tribunal Supremo, por su parte, niega dicha posibilidad al señalar que «el derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y pretende tutelar la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado» (STS, Sala I, núm. 8/2023, de 11 de enero, FJ 4.º).

Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico. (STS, Sala II, núm. 178/1996, de 1 de marzo, FJ 1.º).

En estos casos, «no existe una vulneración del derecho a la intimidad», pues la exteriorización de los propios pensamientos «sin coacción de ninguna especie [...] demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás» (STS, Sala II, de 11 de mayo de 1994, FJ 3.º). En consecuencia, «no cabe apreciar que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional» (STS, Sala II, núm. 153/2019, de 21 de marzo, FJ 1.º), salvo que «la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad», en cuyo caso la vulneración de este derecho se produciría por «la divulgación a terceros del contenido de la grabación» (STS, Sala II, núm. 421/2014, de 16 de mayo, FJ 2.º).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la mera grabación de una comunicación por parte de alguno de los interlocutores no afecta a la intimidad de ninguna persona. Sí puede afectar a este derecho la difusión de la grabación, en cuyo caso es necesario «que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º). Teniendo en cuenta que, desde la STC 134/1999, de 15 de julio, el Tribunal Constitucional maneja un «concepto formal de intimidad» (Villaverde Menéndez, 2013, p. 63), que abarca toda «información relativa a la persona y su familia [...] que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º), el contenido, incluso banal, de cualquier conversación secreta debe considerarse comprendido en la esfera íntima de aquellos interlocutores que no quieran que sea conocido por terceros, de modo que la difusión de la grabación de dicha comunicación que haga un interlocutor sin el consentimiento de los demás atentará contra el derecho a la intimidad²⁸. Y es que, en una conversación, «la parcela de intimidad que se transmite –representada por lo que se dice– solo se proyecta al interlocutor y debe mantenerse en este círculo amparado por la reservación, salvo que expresamente se permita su salida del mismo» (STS, Sala I, núm. 1168/2000, de 22 de diciembre, FJ 1.º), pues

²⁸ No es así como lo entiende la Sala II del Tribunal Supremo, que toma en consideración el contenido material de la conversación para valorar si su difusión vulnera la intimidad de los interlocutores, si bien no ofrece criterio alguno que permita identificar cuándo una conversación es o no –materialmente– íntima. Por ejemplo, la STS, Sala II, núm. 421/2014, de 16 de mayo, niega el carácter íntimo de una conversación entre cuatro personas mantenida en un despacho profesional, grabada por dos de los interlocutores, porque «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 [...] a los dos denunciados» (FJ 2.º).

«a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º).

Este planteamiento es trasladable, en mi opinión, al análisis de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones. De acuerdo con el criterio de la expectativa razonable de privacidad, «de no ser escuchado u observado por terceras personas», una conversación en la que los interlocutores se despreocupan de «asegurar la discreción de lo hablado», permitiendo que un tercero escuche, sin proponérselo, su contenido, no puede considerarse íntima (STC núm. 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º). Lo que ocurre más bien es que a ese tercero se le hace partícipe indirecto de la conversación y, por tanto, los interlocutores no pueden imponerle «su voluntad de no dar[le] a conocer» lo comunicado, pero sí prohibirle «su difusión no consentida» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Por eso, las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones tampoco atacan contra el derecho a la intimidad, salvo que vayan seguidas de su difusión y esta no cuente con el consentimiento de los interlocutores²⁹.

La difusión inconsentida de grabaciones ambientales efectuadas sin vulnerar el secreto de las comunicaciones puede comportar responsabilidades civiles e, incluso, penales. La Ley Orgánica 1/1982 incluye entre las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» (art. 7.3), supuesto en el que subsumen los casos de difusión de grabaciones ambientales cuyo contenido afecte a la reputación y buen nombre de alguno de los interlocutores que no consientan su publicación. Esta afectación al honor no es, sin embargo, un requisito para que la divulgación de la grabación constituya intromisión ilegítima a los efectos de la citada ley, pues su artículo 1.1 dice que el derecho a la intimidad «será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas», no solo de las enumeradas en el artículo 7. De acuerdo con el Tribunal Supremo, «los supuestos de intromisión ilegítima del art. 7.º de la Ley Orgánica 1/1982 no constituyen *numerus clausus* en cuanto que caben otras hipótesis que, aunque no previstas, guarden una cierta homogeneidad» (STS, Sala I, núm. 799/2004, de 19 de julio, FJ 4.º)³⁰. Pues bien, creo que es evidente la homogeneidad que existe entre la conducta de «revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo» (art. 7.3, *in fine*, Ley Orgánica 1/1982) y la de divulgación de grabaciones de conversaciones privadas: en ambos casos, se transmiten aspectos de la vida privada de una persona a terceros, lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho

²⁹ Como dice la STS, Sala I, núm. 26/2014, de 31 de enero, «el titular del derecho puede renunciar a parte de su intimidad aceptando ser oído por las personas que se encuentran alrededor y no por ello ha de perder su derecho a oponerse a que dichas palabras se reproduzcan en un programa de televisión» (FJ 6.º).

³⁰ Por ejemplo, en la STS, Sala I, núm. 278/2021, de 10 de mayo, se apreció homogeneidad entre la conducta consistente en la colocación de un dispositivo de GPS en un vehículo y los supuestos de los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 (FJ 4.º).

a la intimidad salvo «cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso» (art. 2.2 LO 1/1982).

El sujeto que graba una conversación privada –propia o ajena– sin vulnerar el secreto de las comunicaciones y posteriormente la difunde sin consentimiento de alguno de los interlocutores también puede incurrir en responsabilidad penal. El delito del artículo 197.1 del CP tipifica la utilización de artificios técnicos de grabación «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», elemento subjetivo que se cumple cuando quien graba la conversación lo hace «para difundirla después, pues al hacer esto descubrirá necesariamente (ante terceros) los secretos de otro o vulnerará su intimidad» (Juanatey Dorado y Doval Pais, 2010, p. 143). Para los casos en que se produzca la efectiva difusión de la grabación obtenida sin vulnerar el secreto de las comunicaciones, la aplicación del tipo agravado del artículo 197.3 del CP³¹ solo puede plantearse cuando, además de las voces, se hayan registrado imágenes de los interlocutores; fuera de estos supuestos, el tenor literal del precepto presupone un descubrimiento ilícito previo al momento de la divulgación, lo que implica que solo pueda realizar el tipo agravado el tercero que graba la conversación, vulnerando el secreto de las comunicaciones.

Ahora bien, si el contenido de la grabación posee interés público, su difusión puede resultar justificada por el ejercicio del derecho a la libertad de información (art. 20.1.d CE). Solo en ese caso «puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (STC núm. 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.º). Así pues, para «valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica», debiendo tratarse de «hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos» y no que simplemente susciten «la curiosidad humana en la vida de otros» (STC núm. 115/2000, de 5 de mayo, FJ 9.º).

2.5.2. La utilización como prueba de las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones

Las grabaciones ambientales de comunicaciones pueden ser utilizadas como prueba en procedimientos judiciales o administrativos. Entre los medios de prueba que prevé la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), admisibles también en los procedimientos administrativos³²,

³¹ Artículo 197.3, párr. 1, del CP: «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores».

³² El artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, dice que «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán

se encuentra «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382.1). Por tanto, la mera aportación a un procedimiento de una grabación ambiental no puede considerarse, en ningún caso, intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas que intervienen en la conversación registrada. Solo las partes, los profesionales que les asisten y quienes prestan sus servicios en el correspondiente órgano tienen acceso a los documentos incorporados en un procedimiento judicial o administrativo, lo que impide calificar como difusión o divulgación la aportación como prueba de una grabación o de cualquier otro documento, pues con ello «no se "expone" [su contenido] al público» (SAP de Madrid, Sección 16.ª, núm. 790/2012, de 12 de noviembre, FJ 2.º).

Es cierto que, en caso de admitirse la grabación ambiental como prueba en un proceso judicial, su práctica, como regla general, tiene lugar «en audiencia pública» (art. 138.1 LEC), «con posible presencia de personas totalmente ajenas» al procedimiento (SAP de Barcelona, Sección 6.ª, núm. 219/2006, de 10 de marzo), lo que supone una puesta a disposición del público del contenido de la grabación. Pero esta exposición pública tampoco constituye una intromisión ilegítima en la intimidad de los interlocutores en la medida en que es autorizada «por la Autoridad competente de acuerdo con la ley» (art. 8.1 Ley Orgánica 1/1982). Además, en consideración a «la protección de la vida privada de las partes», el juez o tribunal competente puede acordar que las actuaciones de prueba se celebren «a puerta cerrada» (art. 138.2 LEC), de modo que también durante la práctica de la prueba la grabación ambiental admitida como prueba es «susceptible de la pertinente reserva que impide su difusión fuera del marco procedimental correspondiente» (SAP de Madrid, Sección 7.ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre, FJ 2.º). Incluso si, una vez iniciado el procedimiento, se hiciese un «uso extraprocesal indebido» de dicha grabación, ello «podría dar lugar a acciones por intromisión ilegítima, pero no contaminarían de nulidad a este medio de prueba, pues lo ilegítimo habría sido esa difusión, pero no la aportación en el Juzgado» (STSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, núm. 20/2013, de 12 de junio, FJ 2.º).

Para que la grabación ambiental pueda producir efectos probatorios, debe haberse realizado sin vulnerar ningún derecho fundamental. Del artículo 24 de la CE se deriva, como garantía aplicable no solo a los procedimientos judiciales, sino también a los administrativos sancionadores, «la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales» (STC 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2.º), prohibición consagrada legalmente en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dice que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Por tanto, «los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales» (STC núm. 86/1995, de 6 de junio, FJ 2.º).

acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

Si la grabación ambiental constituye una actuación encaminada a tomar conocimiento de una conversación ajena secreta o viene precedida de dicha actuación, no podrá ser admitida como prueba al vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. Esa grabación será constitutiva del delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del CP –en caso de que se utilicen «artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación», para conocer la conversación ajena y no simplemente para perpetuar lo que se escucha de manera directa, aunque ilícitamente, sin recurrir a dichos artificios técnicos– o de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, subsumible en los apartados 1 o 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 –en todo caso–. Ahora bien, la aportación de la grabación así obtenida a un procedimiento judicial o administrativo no podrá dar lugar al tipo agravado del artículo 197.3 del CP, pues en estos casos cabe presumir que «el sujeto confía en la discreción del órgano correspondiente», no habiendo «dolo de difundir, sino de conseguir una mejor defensa de los propios intereses» (Jareño Leal, 2008, p. 91).

Si no hay vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, la grabación ambiental constituirá, en principio, una prueba lícita, con independencia de que haya sido realizada por un interlocutor o por un tercero. Para ello, es suficiente con que la conversación grabada se desarrolle de manera espontánea, es decir, que no haya sido provocada por alguno de los interlocutores «con la premeditada pretensión de hacerle manifestar [a otro] hechos que pudieran ser utilizados en su contra», en cuyo caso «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» (STS, Sala II, núm. 1066/2009, de 4 de noviembre, FJ 3.º), lo que comporta una vulneración de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) «cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión», o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en los demás supuestos (STS, Sala II, núm. 652/2016, de 15 de julio, FJ 12.º). Estas excepciones a la licitud de las grabaciones ambientales efectuadas sin vulnerar el secreto de las comunicaciones es difícil que se den en los casos en que el autor de la grabación es un tercero que registra la conversación sin consentimiento de los interlocutores.

Todos los casos analizados en este trabajo de grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones admitidas como prueba por los órganos jurisdiccionales refieren a conversaciones en las que el interlocutor que impugna la licitud de la grabación vierte expresiones antijurídicas –amenazas o insultos–, no en las que reconoce la comisión de una infracción o cualquier hecho que pueda ser utilizado en su contra³³. En ambos casos, la grabación sirve para «proporcionar credibilidad» a las manifestaciones inculpativas que se realicen posteriormente en un procedimiento judicial o

³³ Véase *supra*.

administrativo, lo que justifica que también deban admitirse como prueba las grabaciones de reconocimiento de hechos efectuadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones cuando la conversación «no aparece en la causa como provocada» (STS, Sala II, núm. 623/2020, de 19 de noviembre, FJ 1.º).

3. Conclusiones

1. El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) impide que cualquier persona se entrometa o inmiscuya, sin autorización judicial, en conversaciones ajenas, ya sean telemáticas o directas, en las que sus interlocutores alberguen expectativas razonables de privacidad. Solo se quebranta el secreto de una comunicación cuando un tercero lleva a cabo alguna actuación encaminada a tomar conocimiento de ella, comportamiento implícito en los supuestos de interceptación de las comunicaciones telemáticas. En cambio, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se produce cuando terceros acceden al contenido de una conversación sin proponérselo –por ejemplo, al emplear los interlocutores un tono de voz elevado en un lugar en cuyas inmediaciones se encuentran más personas, permitiéndoles escuchar lo que dicen–, lo que solo es factible en las escuchas y grabaciones ambientales.

2. Del mismo modo que un sujeto puede grabar la conversación en la que participa sin el consentimiento de los demás interlocutores, también puede hacerlo el tercero que toma conocimiento de una conversación ajena sin vulnerar el secreto de las comunicaciones. Por el contrario, la grabación efectuada por quien accede ilícitamente a la comunicación es constitutiva de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) subsumible en los apartados 1 o 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 y puede dar lugar a un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del CP si se utilizan artificios técnicos con el fin de conocer comunicaciones ajenas, e, incluso, a la comisión de una infracción administrativa prevista en la normativa de protección de datos en caso de que se lleven a cabo grabaciones automatizadas o destinadas a ser incluidas en ficheros accesibles de forma sistemática.

3. Ahora bien, la licitud de las grabaciones ambientales obtenidas sin vulnerar el secreto de las comunicaciones no comporta la licitud del uso posterior que se haga de ellas. La difusión o divulgación de dichas grabaciones, esto es, su puesta al alcance del público, sin consentimiento de todos los interlocutores que participen en la conversación grabada, supone una vulneración del derecho a la intimidad, cualquiera que sea su contenido, pues, al igual que sucede con el secreto de las comunicaciones, la intimidad constituye un concepto formal, que impide que terceros accedan al «contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC núm. 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.º). Tal comportamiento también constituye un ilícito civil, en este caso subsumible en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, y puede igualmente comportar la comisión del delito del artículo 197.1



del CP si en el momento de efectuar la grabación el sujeto tiene la intención de hacerla pública y no simplemente de perpetuarla.

4. Las grabaciones ambientales realizadas por terceros sin vulnerar el secreto de las comunicaciones pueden ser aportadas como prueba en procedimientos judiciales o administrativos. Este uso de las grabaciones no constituye ninguna intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas que participan en la conversación grabada, pues uno de los medios de prueba expresamente recogidos en la LEC es, precisamente, «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382.1), cuya práctica debe ser acordada por la autoridad judicial o administrativa competente. Su inadmisión, por considerarse prueba ilícita, solo tendrá lugar cuando la conversación objeto de la grabación haya sido provocada con el fin de que alguno de los interlocutores manifieste hechos que puedan ser utilizados en su contra, lo que constituye una violación del artículo 24.2 de la CE.

Referencias bibliográficas

- Carrión Olmos, S. (2007). El derecho a la intimidad. En J. R. de Verda y Beamonde (Coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (pp. 93-118). Aranzadi.
- Díaz Revorio, F. J. (2006). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Derecho PUCP*, 59, 159-175.
- Elvira Perales, A. (2020). Derecho al secreto de las comunicaciones. En F. J. Matia Portilla y G. López de la Fuente (Dir.), *De la intimidación a la vida privada y familiar* (pp. 115-140). Tirant lo Blanch.
- Frigols i Brines, E. (2010). La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías. En J. Boix Reig (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad* (pp. 37-91). Iustel.
- González Cussac, J. L. (2020). Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores. *Revista Penal*, 46, 95-108.
- Jareño Leal, A. (2008). *Intimidación e imagen: los límites de la protección penal*. Iustel.
- Jiménez Campo, J. (1987). La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 35-82.
- Juanatey Dorado, C. y Doval Pais, A. (2010). Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes. En J. Boix Reig (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad* (pp. 127-169). Iustel.
- Martín Morales, R. (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Civitas.
- Montón Redondo, A. (1995). Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas. *La Ley*, 4, 1.042-1.052.
- Morales Prats, F. (2016). Artículo 198. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español* (7.ª ed., tomo 1, pp. 1489-1492). Aranzadi.
- Ocón García, J. (2021). *Derecho fundamental al secreto y tecnologías avanzadas de comunicación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ramón Díaz, A. (2021). Estudio de la excepción de aplicación material del Reglamento 2016/679, General de Protección de Datos, consistente en tratamientos efectuados por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. *La Ley Privacidad*, 8.
- Rebollo Delgado, L. (2000). El secreto de las comunicaciones: problemas actuales. *Revista de Derecho Político*, 48-49, 351-382.
- Ridaura Martínez, M. J. (2017). El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 100, 347-404.
- Rivero Sánchez-Covisa, F. J. (2017). *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*. Dykinson.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2013). El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre. *Diario La Ley*, 8122.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2016). *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*. Sepin.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2017). Intervención judicial de comunicaciones vs. registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción. *Diario La Ley*, 8896.



Rodríguez Montañés, T. (2018). Artículo 18.3. El secreto de las comunicaciones. En M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española* (tomo I, pp. 544-561). Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

Rodríguez Ruiz, B. (1998). *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw Hill.

Villaverde Menéndez, I. (2013). La intimidad, ese «terrible derecho» en la era de la confusa publicidad virtual. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, 14(3), 57-72.

David Colomer Bea. Profesor permanente laboral de Derecho Penal en la Universitat de València. Profesor colaborador de la Universitat Oberta de Catalunya. Coordinador de estudiantes del Máster de Abogacía y Procura de la Universitat de València. Premio de Estudios Jurídicos Universitarios Manuel Broseta Pont (2015). Autor de la monografía *El tratamiento penal de los desórdenes públicos* (2021, Tirant lo Blanch), en el marco del proyecto «Justicia Penal Preventiva y Tutela del Orden Público» (ref.: DER2016-77947-R). <https://orcid.org/0000-0002-0310-4409>