



Roj: **STS 902/2022 - ECLI:ES:TS:2022:902**

Id Cendoj: **28079120012022100198**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2022**

Nº de Recurso: **3873/2020**

Nº de Resolución: **205/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 205/2022**

Fecha de sentencia: 08/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3873/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3873/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 205/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3873/2020, interpuesto por **Isidoro** representado por la procuradora Sra. D.ª Belén Jiménez Torrecillas y bajo la dirección letrada de D. Manuel Ramírez Cara contra Sentencia de apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 3 de marzo de 2020, recaída en Rollo de Apelación nº 207/2019, contra la sentencia dictada en Primera Instancia por la Audiencia Provincial de Granada (Sección Primera) de fecha 19 de julio de 2019 (Rollo nº 74/2019) procedente de Procedimiento Abreviado nº 29/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Loja) que condenó al recurrente por dos delitos de abuso sexual a menor de 16 años. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Seguido por la Audiencia Provincial de Granada (Sección Primera) Procedimiento Abreviado nº 29/2028 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Dos de La Loja se dictó Sentencia, con fecha 19 de julio de 2019 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Son hechos probados que en fecha no determinada, pero a finales del mes de noviembre del año 2016, el acusado **Isidoro**, aprovechando que **Carolina**, a la sazón de 15 años de edad y sobrina de su pareja sentimental, se quedaba a dormir asiduamente los fines de semana en su domicilio sito en la localidad de DIRECCION000, a lo largo de la madrugada y cuando la menor dormía, tras acceder a su dormitorio y situarse a su lado, procedió a bajarle el pantalón del pijama, para, acto seguido, efectuarle tocamientos en el culo.

Comportamiento que repitió el acusado en día indeterminado del mes de marzo del año 2017, cuando la menor, que de nuevo dormía con su prima en el dormitorio principal de aquella vivienda, fue objeto de tocamientos por el acusado, el cual en esta ocasión y, para llevarlos a cabo, procedió a bajarle la camiseta y el sujetador que vestía, dejando al descubierto sus pechos".

**SEGUNDO.-** La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que debemos condenar y condenamos a **Isidoro**, como autor responsable de los dos delitos ya descritos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión en extensión de dos años por cada delito, así como sus accesorias correspondientes de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole la prohibición de aproximación a **Carolina**, con el contenido determinado en el artículo 48.2 del C.P., y la de comunicarse con ella, con el alcance indicado en el artículo 48.3 del mismo código, por un periodo, ambas prohibiciones, de seis años por cada delito y la medida de libertad vigilada por un periodo de cinco años, medida que se determinará en el momento y por el procedimiento previsto en el artículo 106.2 del C.P., condenándolo, asimismo, al pago de las costas procesales.

Se aprueba, por sus propios fundamentos, la declaración de insolvencia dictada por el Juzgado de Instrucción.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Contra ella cabe recurso de apelación a interponer ante esta Sala en el plazo de los diez días siguientes a la última notificación de la sentencia mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador-"

**TERCERO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado **Isidoro**, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó Sentencia, con fecha 3 de marzo de 2020 con la siguiente Parte Dispositiva:

"-Que **desestimando el** recurso de apelación interpuesto por la representación procesal **de Isidoro**, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 19 de Julio de 2019, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvase los autos originales a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, con testimonio de la presente resolución, y en su caso de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".



**CUARTO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Isidoro .

**Motivo primero.-** Por vulneración de derecho fundamental, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, entendiéndose infringidos los arts 9.3, y 24.1 y 2 CE, (prohibición de la arbitrariedad, tutela judicial efectiva sin indefensión y derecho a no confesarse culpable). **Motivo segundo.-** Por infracción de Precepto Constitucional, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por infracción del art. 9.3 CE, en cuanto prohíbe la arbitrariedad; y art. 24.1 y 2 C.E., (tutela judicial efectiva sin indefensión; y presunción de inocencia); así como el art. 120.3 CE, al deber de motivación de las sentencias.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y subsidiariamente la desestimación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 26 de enero de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El motivo inicial del recurso se canaliza por la vía prevenida en el art. 5.4 LOPJ cuya concreción en el marco del enjuiciamiento criminal hay que buscar en el art. 852 LECrim, introducido en el año 2000 precisamente para desarrollar ese axioma general y transversal de la LOPJ. Se protesta por la validez otorgada a la conversación telefónica mantenida por el recurrente con el padre de la víctima y su pareja, grabada por aquél sin su consentimiento, y luego aportada al procedimiento. En ella se desliza un comentario por parte del acusado al que se ha atribuido poder incriminatorio.

En dos planos diferenciados, y no comunicables entre sí, se puede analizar esta cuestión. No respeta esa doble perspectiva el discurso del recurrente creando pasarelas no procedentes entre ambos niveles.

En efecto, primeramente está el problema de la validez de ese medio probatorio. La discute el recurrente. De declararse que han vulnerado derechos fundamentales, arrastraría a la inutilizabilidad total de la prueba ( art. 11.1 LOPJ).

En otro nivel muy diferente de análisis se mueve la cuestión de la fiabilidad o poder convictivo de ese material probatorio. Es este ya un problema de valoración probatoria en el que habrá que poner en funcionamiento las máximas de experiencia y los criterios generales de valoración de la prueba que no son susceptibles de ser reducidos a reglas estandarizadas.

Se trata de dos planos que no deben ni confundirse, ni mezclarse. Una prueba inutilizable por haber sido obtenida con violación de derechos fundamentales puede ser totalmente fiable y no arrojar la más mínima duda (droga ocupada con motivo de un registro que se hizo sin mandamiento judicial). Pero, por ser nula, hay que expulsarla del bagaje probatorio.

Y una prueba válida y valorable (declaración como testigo de quien guarda un confesado rencor al acusado y en la que aparecen multitud de elementos y datos desmentidos por pruebas objetivas), puede ser muy poco fiable. Pero eso no aboca a su nulidad.

Ni la falta de fiabilidad conduce a la nulidad o inutilizabilidad (salvo expresa declaración legal o jurisprudencial como sucede con algunos casos de *prueba legal negativa*: vid. Art. 810 LECrim); ni el pleno y absoluto valor convictivo de una prueba (hallazgo del cadáver y del arma homicida con huellas del acusado en la vivienda de éste) será capaz de rehabilitar una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental (no había autorización judicial para entrar en la vivienda).

En este motivo lo que debemos debatir es si esa conversación en la que intencionadamente se arranca al acusado una frase que sugiere una aceptación implícita de los hechos y que fue grabada sin advertirlo antes por el interlocutor (padre de la víctima) es material probatorio utilizable.

La jurisprudencia, que el recurrente demuestra conocer bien, nos ofrece una contundente respuesta afirmativa para ese interrogante. No puede considerarse vulneradora de derechos fundamentales la **grabación** de una conversación por uno de los interlocutores aunque no cuente con consentimiento de los demás (distinto sería si es un tercero el protagonista de la injerencia). Por tanto esa **grabación** es material válido, como lo serían las declaraciones de uno de los partícipes en el diálogo, refiriendo los términos de la conversación cuya **grabación**



servirá como corroboración y garantía de que esas referencias se ajustan a la realidad. No hay afectación de la intimidad constitucionalmente reprochable.

Tampoco se produce una violación del derecho a no declararse culpable. Ese es un derecho en el que no impera la *drittewirkung*: no tiene eficacia horizontal; no rige en las relaciones entre **particulares**. Solo cuando el Estado a través de cualquiera de sus aparatos oficiales organizados reclama a un sospechoso sus conocimientos sobre determinados hechos ilícitos se levanta la barrera de ese derecho proclamado en el art. 24 CE. Esto vale cuando esa dicotomía es clara: el policía toma declaración al detenido, v. gr. Pero también cuando materialmente es así aunque aparezca desdibujada mediante estrategias investigadoras (el confidente policial por encargo de los responsables de la investigación asume la tarea de obtener esa confesión; o se encomienda por los investigadores oficiales al compañero de celda que provoque esa confesión que queda registrada en el sistema de **grabación** clandestino instalado previamente).

Aquí estamos ante una clara e incontaminada relación entre **particulares**. En esos casos ninguna objeción a la admisibilidad a la prueba puede hacerse desde la perspectiva del art. 24.2 CE. Son varias las sentencias de esta Sala que han asentado esta doctrina. Citemos por todas la más reciente, la STS 964/2021, de 10 de diciembre que compendia la doctrina de esta Sala:

"... la **grabación** no fue efectuada por quien se presenta como perjudicada por el delito (sino por su hijo), así como que "fueron realizadas de forma subrepticia y de una forma totalmente desleal desde el punto de vista ético, provocando su admisión una clara infracción del derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable". Observa también la recurrente que la conversación no surgió de un modo espontáneo, sino que fue dirigida por uno de los interlocutores con el fin de provocar la confesión que finalmente obtuvo y con el resuelto propósito de incorporarla al futuro procedimiento penal".

Esa introducción enmarca la cuestión examinada en tal precedente. El paralelismo con la situación aquí analizada es total. Y se resuelve con esta argumentación:

"1.- Ciertamente, la relevancia a efectos probatorios, su validez o nulidad, de la **grabación** de conversaciones, – con indiferencia de si se producen presencial, telefónicamente o a través de otros canales de comunicación–, cuando efectuada por uno de los interlocutores ignorándolo el otro (o los demás), no es cuestión ya novedosa para este Tribunal, en la medida en que aquéllas pudieran presentar espacios de fricción con un, no pequeño, grupo de derechos fundamentales: singularmente, el derecho al secreto de las comunicaciones ( artículo 18.3 de la Constitución); el derecho a la intimidad e incluso el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 y artículo 20.4); y también, finalmente, con el derecho a no declarar o a no confesarse culpable, el derecho a la no autoincriminación (artículo 24.2). En el análisis de estos posibles puntos de conflicto, tomaremos como referencia los criterios establecidos en nuestras recientes sentencias números 847/2021, de 4 de noviembre; y 657/2021, de 28 de julio.

2.- Así, y con referencia al posible conflicto que dichas **grabaciones** pudieran presentar con el derecho al secreto de las comunicaciones, tenemos dicho que: <<La STC 114/1984 (FJ 7), cuya fundamentación reproduce la STC 678/2014, de 20 de noviembre (FJ 3), considera que sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. Tras declarar que el concepto de "secreto" en el art. 18.3 tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, el Tribunal Constitucional proclamaba que esta condición formal del secreto de las comunicaciones comporta la presunción "iuris et de iure" de que lo comunicado es "secreto" en un sentido sustancial, de modo que la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional (respetar el secreto o no invadir el contenido comunicacional), no son los comunicantes, sino cualquier otro individuo ajeno a la misma. Concluía así diciendo que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, "quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

Tenía razón, por eso, la Audiencia Provincial cuando descartaba que, en el caso, dicho derecho al secreto de las comunicaciones pudiera haber padecido, en la medida en la que las que aquí tuvieron lugar, fueron grabadas por uno de los interlocutores (concretamente, por don Rafael ). Pero también acertaba la defensa del acusado cuando, en realidad, no pretendió nunca sustentar en dicha vulneración la nulidad que, por otros motivos, sí proclama de las referidas **grabaciones**.

3.- Por lo que respecta al posible conflicto, menos invocado en el foro, entre dichas **grabaciones** y el derecho a la propia imagen, hemos señalado que: <<tampoco puede considerarse que la **grabación** de la conversación por uno de los comunicantes conculque el derecho que tiene el otro comunicante a disponer de su propia imagen.



Es cierto que la voz forma parte del contenido propio de este derecho, en cuanto es un elemento definitorio de la personalidad de un individuo. Así lo reconoció ya el Tribunal Constitucional en su STC 117/1994 que, en su fundamento tercero, expresaba: "El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona".

En todo caso, la captación de la voz no quebranta el derecho a la propia imagen cuando el otro interlocutor se limita a registrar una comunicación verbal consentida por ambos y la **grabación** responde a la necesidad de dejar constancia probatoria del contenido de la conversación, siempre que no se den circunstancias que introduzcan una marcada expectativa de confidencialidad y de que las conversaciones no serán divulgadas, tal y como reflejó el Tribunal Constitucional en su sentencia 12/2012, de 30 de enero. Ni los usos sociales, ni siquiera el art. 7 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, al definir el contenido específico de las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección del derecho, fijan un contorno prevalente del derecho a la propia imagen en estos supuestos>>.

Y en lo atinente al derecho a la intimidad: <<Tampoco la **grabación** supone una restricción de su derecho subjetivo.

No es predicable el quebranto de la intimidad respecto de quienes mantienen la conversación, pues la información que se obtenga sobre el espacio de intimidad del otro es el resultado de la libre revelación de su titular. En estos supuestos, la transgresión del derecho es únicamente defendible respecto de su eventual divulgación a terceros. La doctrina constitucional ( STC 170/2013, de 7 de octubre) declara que: "el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona ( art. 10.1 CE), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana". A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido". Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, **particulares** o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada" ( STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la "esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena"; en consecuencia "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" ( STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3), de tal manera que "el consentimiento eficaz del sujeto **particular** permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" ( STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Asimismo, también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en **particular** el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada ( STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5)".

Pese a ello, la protección de confidencialidad sobre la información íntima no es predicable de cualquier espacio de actuación humana. La intimidad, como valor susceptible de salvaguarda, hace referencia a aspectos vitales o de la personalidad sobre los que -legal o socialmente- se reconoce una legitimidad para preservarlos de toda divulgación pública, lo que no es predicable de las actuaciones delictivas del sujeto. Antes al contrario, los artículos 259, 262 y concordantes de nuestra ley procesal establecen los numerosos supuestos en los que la denuncia es obligación legal ineludible, consecuencia misma de la obligación prevalente de proteger determinados bienes jurídicos>>.

Tampoco las objeciones del ahora recurrente descansan en la pretendida vulneración de estos derechos fundamentales que, en cualquier caso y por lo explicado, no tuvo lugar.

4.- La eventual nulidad de las **grabaciones** controvertidas traería su causa, según sostuvo siempre la defensa del aquí acusado y mantiene ahora, en que las mismas habrían vulnerado su derecho a no declarar, a no confesarse culpable, en la medida en que desconocía que aquellas **grabaciones** pudieran estarse produciendo y, acaso, pudieran ser empleadas contra él en un procedimiento futuro.

El Tribunal Superior de Justicia desestima explícitamente esta pretensión. Y lo hace con ilustrada cita de nuestra doctrina al respecto. Descarta primero la aplicación al caso de los criterios expresados en nuestra sentencia de fecha 1 de marzo de 1996, en tanto se trataba entonces de una conversación provocada "con





la exclusiva finalidad de aportar su **grabación** como prueba en unas diligencias judiciales que ya estaban en curso, lo cual equivalía a construir una prueba personal para un proceso en trámite sin las garantías exigibles para la misma". Sin embargo, la sentencia aquí recurrida, con buenas razones, destaca que: "En el presente caso, las **grabaciones** controvertidas no tuvieron por objeto la constitución de una prueba de cargo a presentar en un procedimiento judicial en curso, sino que surgieron durante las conversaciones mantenidas por un hijo de la denunciante con el hoy acusado pendiente la deuda que éste mantenía con aquélla, conversaciones durante las que el acusado asume la realidad de esa deuda y su obligación de pagar. No se ha vulnerado por tanto ningún derecho fundamental".

5.- Importa tener en cuenta que el derecho fundamental a no declarar o a no confesarse culpable (frente a los otros citados, que también pueden entrar en conflicto con la **grabación** de las conversaciones por uno de los interlocutores, pero desconociéndolo el otro o los demás), presenta una naturaleza referencial o contextual. Decimos esto en el sentido de que el derecho al secreto de las comunicaciones (y los otros citados), se predicen frente a todos (sujetos públicos o privados) y en cualquier contexto o marco de referencia. La vulneración del derecho, cuando tiene lugar, se produce con independencia de que exista o no un procedimiento penal en averiguación de posibles hechos delictivos. A ello no empece, desde luego, que, en tales casos, –es decir cuando ilegítimamente obtenidas, pretendan utilizarse las **grabaciones** en un procedimiento penal, coetáneo o posterior–, habrán de reputarse nulas por la vulneración de aquellos derechos fundamentales (ex artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

**En el caso del derecho a no declarar o a no confesarse culpable, sin embargo, su existencia misma, su propio concepto esencial, demanda como presupuesto de referencia que exista un procedimiento, --entendido este término en un sentido amplio--, en el cual sea el sujeto llamado a declarar (pudiendo negarse a hacerlo: derecho a no declarar) o resulte interrogado acerca de extremos cuya respuesta pudiera perjudicarle (derecho a no confesarse culpable). Se requiere, en tal sentido, la existencia, siquiera en fase embrionaria, de una cierta imputación, de unos hechos eventualmente atribuibles a la persona afectada, en curso de investigación policial o judicial, respecto de los cuales pudiera acogerse a su derecho a no declarar o a no confesarse culpable. Naturalmente cualquiera puede declinar responder a cualquier clase de pregunta, formulada también por cualquier otro, que no considere, por la razón que fuese, pertinente. Como también cualquiera, genéricamente, tiene derecho a guardar silencio y a no proclamar, si no es este su deseo, su eventual responsabilidad o participación en hechos de cualquier naturaleza. Pero no son estos derechos o facultades, meras expresiones de la libertad individual, a los que se refiere el artículo 24 de la Constitución . Cuando alguien prefiere, por ejemplo, no contestar a su pareja, a un amigo, a un familiar, sobre cualquier extremo acerca del cual se le interroga (u opta por omitir determinados hechos que pudieran hacerle aparecer como responsable frente a ellos de cualquier eventualidad), está ejerciendo, sí, su libertad individual; pero no hace uso de los derechos fundamentales a no declarar o a no confesarse culpable. Estos se predicen en el contexto de una investigación en el curso de la cual los agentes de la autoridad o la autoridad judicial, podrán requerir al individuo para que comparezca a prestar declaración o formularle, en su seno, preguntas cuyas respuestas pudieran perjudicarle. Es aquí donde cobran vigencia los mencionados derechos a no declarar y a no confesarse culpable.**

Por eso, en las referidas sentencias números 657/2021, de 28 de julio y 847/2021, de 4 de noviembre, hemos señalado al respecto: <<Por último, tampoco puede sustentarse que la **grabación** de las conversaciones suponga un quebranto del derecho ... a no autoincriminarse.

El derecho está recogido en el texto constitucional al decir que "todos tienen derecho a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia" (art. 24.2). El recurso sostiene que las **grabaciones** aportadas por el denunciante, particularmente una que hace referencia a una conversación que éste mantuvo con (el acusado) con posterioridad a la denuncia, no pueden tener validez, en la medida en que fueron obtenidas por un **particular** con quebranto de su derecho a la no autoincriminación y con la finalidad de preconstituir prueba, tal y como expresamos en nuestra STS 116/2017 (caso Falciani).

Su consideración no es válida. La doctrina jurisprudencial que el recurso invoca contempla supuestos en los que un **particular** actúa por propia iniciativa y, en la obtención de una prueba, desborda el marco constitucional de protección de los derechos fundamentales. Para estos supuestos de quebranto de los derechos fundamentales, proclamábamos que si el **particular** actúa completamente desvinculado de la actuación del Estado, no se activa un marco de garantías constitucionalmente dispuestas para impedir el acopio estatal de fuentes de prueba en el marco del proceso penal, que es lo que contempla el art. 11 de la LOPJ al fijar la regla de exclusión que en él se recoge ( SSTS 116/2017, de 23 de febrero y 508/2017, de 4 de julio). Sin embargo, no existe ninguna restricción al aprovechamiento de la información cuando, como en este caso, falta la premisa inicial y los **particulares** aportan a la investigación oficial elementos legítimamente obtenidos que pueden facilitar las pesquisas o corroborar los hechos.

Ya hemos dicho que las **grabaciones** aportadas por el denunciante, ni quebrantaron el derecho a la propia imagen, ni conculcaron su derecho a la intimidad. Pero tampoco puede sostenerse, como hace el recurso, que las **grabaciones** supusieran un quebranto del derecho a guardar silencio y no autoincriminarse.

El derecho a un proceso con todas las garantías preserva que el sometido a un proceso penal quede sujeto a una coerción abusiva procedente de las autoridades y que la acusación o condena pueda fundarse en elementos de prueba que se hayan obtenido mediante la presión o restricción de los derechos del sujeto pasivo del procedimiento penal ( STEDH, John Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996-I, p. 49). Desde esta consideración, cuando lo que se trata de evaluar es si la coerción abusiva de las autoridades pudo ejercerse de modo indirecto a partir de la intervención de un **particular**, la doctrina del TEDH establece que el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse sólo será quebrantado si el informador **particular** actuaba en calidad de instrumento o agente del Estado en el momento en que el acusado emitió su declaración, y siempre que sea el informador quien lleve al acusado a hacer su confesión. En su sentencia Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002 (p. 51), el TEDH sintetiza que para evaluar el primer elemento, esto es, si el informante puede ser considerado un colaborador estatal, deberá valorarse si el intercambio de información con el acusado se hubiera producido de igual forma sin ninguna intervención de las autoridades. Respecto a si el informante pudo inducir la información incriminatoria, considera el Tribunal la necesidad de observar si la conversación es equivalente a un interrogatorio y cuál era la naturaleza de la relación existente entre el informante y el encausado.

En el presente supuesto, ..., las **grabaciones** solo sirvieron para informar a la policía sobre la realidad de unos hechos que el denunciante conocía por sí mismo y que podría haber desvelado sin los discos de soporte, de modo que sólo operaron para desencadenar la investigación, tampoco concurre la actuación abusiva que el recurso suscita. Todas las **grabaciones** se obtuvieron por el denunciante con carácter previo a la investigación policial... En modo alguno los agentes se sirvieron del denunciante para alcanzar una autoincriminación o material probatorio en contra del investigado, sino que fue el denunciante el que, ..., registró el contenido de varias conversaciones que traslucían la naturaleza de sus negocios, las cuales entregó a la policía". En el mismo sentido, se pronunciaban ya, entre muchas otras, nuestras sentencias números 291/2019, de 31 de mayo o la 517/2016, de 14 de junio, así como las demás citadas en ellas>> (énfasis añadido).

Por lo que hasta aquí va dicho, es evidente que procede respaldar lo resuelto por el Tribunal Superior, habida cuenta de que, *in casu*, la conversación telefónica se produjo entre el ahora recurrente y el padre y la madre de la perjudicada, resolviendo éstos grabar su contenido, cuando ni siquiera existía una investigación policial. Los derechos fundamentales a no declarar y a no confesarse culpable surgen frente al Estado en contextos en que ése, a través de agentes directos o indirectos, investigan infracciones (por ejemplo, se usa un confidente para, provisto de aparatos de **grabación** no legalmente autorizados, obtener del investigado una cierta confesión o forzarle a declarar ignorando que lo está haciendo de esa forma subrepticia)"

Nada podemos añadir para llegar a la misma conclusión: el motivo se desestima.

Dos ideas más, no obstante, para cerrar el razonamiento:

**a)** Hemos orillado, de acuerdo con la metodología de abordaje inicialmente acotada, todo lo referente al poder convictivo de esa prueba, de esa aceptación tácita en un contexto en que se habla de *algo sucedido* pero no se explícita. Eso es temática que tiene que ver con la presunción de inocencia y no con la nulidad o no de la prueba.

**b)** Incluso aunque se llegase a la realidad de que las **grabaciones** no eran utilizables (lo que no es asumible como se ha explicado), no podríamos prescindir ni del testimonio del interlocutor dando cuenta de las **grabaciones**; ni -y esto es importante- de la aceptación por parte del al acusado de que volcó esa frase en aquella conversación, aunque luego trate de negarle valor incriminatorio con distintas explicaciones. La aceptación por el acusado en el acto del juicio oral de que en efecto realizó ese comentario es medio probatorio autónomo en tanto aparecería rota la conexión de antinjuricidad con la fuente inicial. Una confesión realizada sin advertencia de sus derechos (en este caso sería la confesión extraprocesal); no anula la confesión en el juicio oral en condiciones de plenas garantías.

**SEGUNDO.-** El segundo y último motivo de la impugnación, a través del mismo cauce casacional ( arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ), denuncia violación de la presunción de inocencia por insuficiencia tanto del material probatorio existente como de la motivación fáctica que lo arroja ( arts. 9.3, 24.1 y 2 y 120.3 CE).

Una correcta exposición sobre las exigencias derivadas del deber de motivación y de la vigencia de la presunción de inocencia en el proceso penal español, salpicada de referencias jurisprudenciales atinadas, sirve de preludeo al motivo. Nada que objetar a esa introducción.



Sin embargo no podemos compartir que ninguno de esos principios y pautas generales haya sido vulnerado o haya padecido por la decisión de condena de la Audiencia Provincial luego avalada pro el Tribunal Superior de Justicia.

Dice el recurrente -y dice bien- que "La suficiencia en la motivación de una sentencia depende de su confrontación con la cuestión a motivar y la complejidad de las opciones barajadas en el debate procesal". Tiene razón. Pero no puede lanzarse ni a la sentencia de instancia ni a la de apelación un reproche de carencias en la motivación fáctica desplegada.

El recurrente critica por separado los tres medios de prueba de contenido incriminatorio que se han aunado para obtener la convicción de culpabilidad. No es racional esa disgregación. Un medio de prueba podría ser por sí solo insuficiente para convencer de la culpabilidad por dejar algún flanco abierto a la duda; pero, combinado con otro, puede adquirir fuerza desactivadora de la presunción de inocencia. Un testimonio dubitativo (estoy *casí* seguro) será en principio inapto para derrotar la presunción constitucional de inocencia. Pero de ahí no se deriva que siete testimonios dubitativos todos en los mismos términos, unidos entre sí, no puedan llegar a conformar una certeza más allá de toda duda razonable.

Aquí se contó en primer lugar con las declaraciones de la víctima que son minuciosamente analizadas por la sentencia de instancia. No puede descontextualizarse la expresión relativa a la posible *pesadilla* para concluir que la víctima duda sobre la realidad de los hechos y no sabe si se trató de un sueño o unos sucesos reales. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación no se limitan a desechar esa eventualidad, sino que explican bien el significado que otorgan a esa expresión ("*no querer creerlo*"; una forma de destacar que es una actitud que hubiese considerado imposible y que es digna de ser considerada una auténtica *pesadilla*). No es racional aislar esa sucinta locución separándola del total de las declaraciones prestadas por quien no solo no tendría motivo alguno para no contar la realidad (la relación con el acusado era cordial), sino que además con esa expresión viene a demostrar su nulo interés por ocultar o callar aquello que pudiese beneficiar al reo o pudiese interpretarse de esa forma.

Por lo demás la triple valoración de que suele hablarse (verosimilitud, ausencia de motivación espuria imaginable, persistencia en el relato) y que sirve de guión al recurso siendo útil, no puede sacralizarse ni mitificarse. La valoración del testimonio de la víctima es algo más complejo que un protocolo con tres casillas, como cualquier valoración de una prueba personal, no puede reducirse a unas simples reglas que actúan como test infalible de credibilidad o incredibilidad.

Aquí la Sala de instancia otorgó credibilidad al testimonio de la víctima apoyándose igualmente en las manifestaciones vertidas por el acusado en esa conversación telefónica: *no sabía lo que hacía*. Tiene razón el recurrente al señalar que en ese momento esa mera lacónica expresión, especialmente si la extraemos de su contexto situacional y comunicativo, no significaría nada.

ahora bien, que no se conociesen con detalle los hechos no despoja de fuerza convictiva a esa expresión que, puesta en relación con el relato de Carolina, dota a éste de gran poder convictivo. No se alcanza a intuir otra explicación alternativa a esa expresión -una forma de disculparse amparándose en unos impulsos irrefrenables y casi inconscientes: *no sabía lo que hacía*- más que como aceptación de una conducta que avergüenza. Si luego la persona a la que se refería esa expresión relata hechos que dan explicación plena a la expresión, no puede negarse la racionalidad de otorgar valor probatorio a ese comentario. No es en rigor una confesión, ni procesal ni extraprocesal en cuanto no hay un relato ni pormenorizado ni sintético de hechos. Pero es una aceptación implícita, con fuerza corroboradora.

Por fin, el peritaje psicológico podríamos calificarlo, no sin incurrir en algo de simplificación, de elemento neutro. Expresa que no existen motivos de incredibilidad, es decir que el testimonio es creíble. Eso no aporta demasiado: no pueden tampoco exacerbarse las aportaciones de las periciales psicológicas sobre credibilidad que jamás podrán eximir de la tarea jurisdiccional de valorar críticamente el testimonio del menor (en el caso de adultos el valor de esas periciales es muy discutible). Pueden ser determinantes cuando señalan serias dudas sobre la veracidad o se detectan elementos de irrealidad, fantasía o fabulación o influjos sugestivos en el menor. Pero cuando se limitan a señalar que el testimonio es creíble, no puede considerarse nunca que eso, sin más, se convierte en confirmación incuestionable de la veracidad. No.

No es eso lo que hacen aquí los dos Tribunales que han examinado jurisdiccionalmente este asunto.

La Audiencia Provincial ni siquiera menciona esa prueba pericial en un silencio que no es reprochable: sería un exceso decir que de ellos queda evidenciada la sinceridad de la menor. No es así. Como tampoco sería racional entender que la inexistencia de secuelas psicológicas excluye la realidad de los hechos. El informe solo permite inferir que no es descartable en absoluto la realidad de los hechos; no que sean reales. El Tribunal Superior de Justicia lo utiliza como simple y secundario elemento de apoyo: no se basa en esa pericial la condena.





El testimonio de la menor, corroborado por la indicación del recurrente en la conversación telefónica, y en el que los peritos no encuentran atisbos de insinceridad o irrealidad soporta suficientemente la convicción de culpabilidad expresada por la Sala de instancia y avalada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia. En casación hemos de limitarnos a constatar la racionalidad de ambas decisiones. No detectamos ningún agujero o salto ilógico en el razonamiento, ni elementos que obligarían en abstracto a dudar a cualquier tercer observador, so pena de abandonarse en brazos de lo irracional.

**TERCERO.-** De conformidad con las previsiones del artículo 901 LECrim, se imponen las costas al recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por **Isidoro** contra Sentencia de apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 3 de marzo de 2020, dictada en Rollo de Apelación nº 207/2019, contra la sentencia dictada en Primera Instancia por la Audiencia Provincial de Granada (Sección Primera) de fecha 19 de julio de 2019 en Rollo nº 74/2019, y procedente de Procedimiento Abreviado nº 29/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Loja, que condenó al recurrente por dos delitos de abuso sexual a menor de 16 años.

**2.- Imponer a Isidoro el pago de las costas** de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García