

GARRIGUES

ANALISIS JURIDICO DEL SERVICIO DENOMINADO E-TESTIGO
BUROVOZ

Madrid, 4 Marzo 2013

GARRIGUES

ÍNDICE

Introducción

- 1. La voz como fuente de prueba**
- 2. Análisis jurídico del servicio e-testigo Burovoz.**
 - 2.1.- La prueba como mecanismo procesal.**
 - 2.2.- Análisis del servicio "e-testigo"**

Conclusiones

Esta es nuestra opinión, que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

GARRIGUES

Introducción

Se me requiere para que, a la luz de la información que se me aporta, analice la capacidad del sistema descrito de generar pruebas sólidas aportables en sede judicial. En la información aportada, así como en las demostraciones realizadas se me presenta un sistema de generación de prueba a través de la voz: el servicio denominado e-testigo de

El servicio “e-testigo Burovoz”, consiste, en esencia, en la activación a instancia de quien tiene contratado el servicio de la grabación de la conversación en un modo_neutro, ajeno a las partes que la mantienen.

La grabación de la conversación se hace con las siguientes características:

- 1.- Pueden grabarse tanto las llamadas entrantes como las salientes, siempre a instancia de quien ha contratado el servicio.
- 2.- Se graba la totalidad de la conversación. Hasta que uno de los dos interlocutores cuelga el terminal.
- 3.- La grabación se realiza en dos canales; uno para cada interlocutor. De esta forma, se graba de forma independiente la voz de cada uno de los que intervienen en la conversación. De esta forma resulta más fiable el posterior análisis de las voces que han intervenido en la conversación.
- 4.- La grabación se guarda cifrada. El código de descifrado solamente lo conoce la persona que ha contratado el servicio.
- 5.- La grabación se conserva en un formato apto para poder realizar posteriores análisis sobre la voz registrada.

Cuando termina la grabación, la persona que ha contratado el servicio puede acceder tanto a la grabación como a un certificado acreditativo de la autenticidad de la misma y de la existencia de una matriz de prueba donde se guarda a disposición de los órganos jurisdiccionales, además de otra información relevante como la fecha y hora de la llamada o los números de teléfono llamante y llamado.

GARRIGUES

En el supuesto de que, por el motivo que fuese, alguna de las personas intervinientes, afirmase que no es suya la voz grabada y, en consecuencia, impugnase la autenticidad de la grabación, el tercero de confianza pone a disposición de sus clientes las grabaciones de voz realizadas para que se puedan cotejar con la voz indubitada de quien impugna. Los expertos coinciden en conceder superior valor científico a los cotejos de voces que a los de trazo

1. La voz como fuente de prueba

La voz constituye la forma original de transmisión de la información y por ende también la forma original de alcanzar pactos, compromisos, manifestar conformidad o disconformidad con concretas circunstancias...etc.

En conclusión, se puede decir que la voz es por definición el instrumento idóneo para trasladar actos de voluntad.

Sin embargo, las características propias de la voz, como lo efímero de sus transmisión, la imposibilidad de aprehensión de la misma y de generación de pruebas acreditativas de la fecha de emisión de esta, han aconsejado su utilización para actos intrascendentes y poco formalistas.

Además, los actos de voluntad emitidos por voz, para que tengan auténtica eficacia probatoria, precisan el concurso de testigos. Efectivamente, el inconveniente de los pactos de voz manifestados en privado es que la acreditación de la existencia del mismo se fía a la supervivencia, buena fe o memoria del interviniente de la conversación. La única solución es que el acto de voluntad sea también oído por personas ajenas a este y, a ser posible a las partes que pudieran estar afectadas por el mismo. En cualquier caso, aunque de forma diluida, persisten los inconvenientes de buena fe, memoria y supervivencia antes referidos.

Por este motivo, el documento escrito se ha erigido en el medio de prueba más robusto, la "regina probatorium". El documento escrito garantiza la inalterabilidad de su contenido y por ende la fecha de emisión del mismo. La rúbrica permite que el emisor del acto de voluntad traslade rasgos de su personalidad al papel, vinculando de esta forma el pacto inalterable con una concreta identidad.

Sin embargo, la evolución tecnológica, ha ido alterando la capacidad probatoria de la voz. Cuando se pudo aprehender y almacenar la voz, con la aparición de las primeras grabadoras, la manifestación oral se convirtió en documento, primero sonoro y después videográfico.

GARRIGUES

La espiral de evolución tecnológica en la que estamos inmersos, permite tratamientos de la voz, hasta hace poco insospechados, que aconsejan sosegado análisis sobre estas cuestiones, con el objetivo de arrojar luz sobre la incidencia en el ámbito probatorio de estas tecnologías.

En mi opinión, las características que hacen de la voz un instrumento probatoriamente interesante son:

- 1.- La voz es identificativa.
- 2.- Con la generalización del uso de los medios telemáticos, la emisión de información oral se puede producir tanto entre presentes como entre ausentes y, además, en movilidad.
- 3.- La voz puede ser aprehendida.
- 4.- La voz puede ser grabada.
- 5.- La grabación de voz puede ser custodiada.
- 6.- La grabación y la custodia de la voz puede ser realizada por terceros ajenos a la misma.
- 7.- La grabación y custodia permite la comparación científica de la voz grabada con otra indubitada.

2. Análisis jurídico del servicio “e-testigo Burovoz”

2.1.- La prueba como mecanismo procesal

Antes del análisis pormenorizado del servicio de voz prestados, conviene poner de manifiesto que nos encontramos ante mecanismos de prueba. Efectivamente, el objetivo perseguido con la prestación del servicio es dotar al que los contrata de instrumentos probatorios lícitos y robustos, de tal forma que los mismos sean convenientemente admitidos y valorados por los órganos judiciales y administrativos. En consecuencia con lo anterior, el análisis propuesto se ciñe fundamentalmente a cuestiones de licitud y eficacia del servicio analizado.

GARRIGUES

Por este motivo conviene, con carácter previo, un somero análisis de la prueba como mecanismo procesal.

El Derecho Procesal es el Derecho de la función jurisdiccional; aquélla función del Estado que consiste en la tutela y realización del Derecho objetivo, y a la que, por lo tanto, corresponde decir y/o hacer lo jurídico ante casos concretos de presuntas infracciones de los deberes jurídicos y/o de pretendidas violaciones o desconocimientos de los derechos subjetivos.

Esta iurisdictio, este impartir o administrar justicia, no se debe ejercer ex abrupto, sino que, dadas las grandes operaciones intelectuales o volitivas propias de la Jurisdicción (juzgar, ejecutar, o hacer ejecutar lo juzgado) ha de ir precedida y acompañada de numerosos actos que preparar y sostienen aquéllos. Así pues, el Derecho objetivo se tutela y realiza diciendo y haciendo el Derecho sobre casos concretos, necesaria y esencialmente mediante una serie o sucesión de actos, mediante un proceso ideado y jurídicamente reglado.

La función jurisdiccional se manifiesta y se cumple mediante procesos. La Ley Procesal no es una norma positiva que simplemente reconozca y regule un fenómeno humano con dimensiones de justicia y orden. El carácter primariamente legal del proceso no debe exacerbarse, puesto que las normas positivas procesales son subordinadas de principios generales del Derecho, que deben inspirarlas y que, en todo caso, han de resultar eficaces para la interpretación e incluso para la corrección de aquéllas. No se trata de caer en la “letra sin espíritu” ni en el llamado “Derecho de uso alternativo” o ideología para la praxis susceptible de tantas lecturas como al Poder interesase.

El enjuiciamiento final a que tiende el normal desarrollo del proceso suele exigir una reconstrucción de hechos; un juicio de hecho sobre el cual se proyectan las normas aplicables, determinando así el pronunciamiento definitivo del órgano jurisdiccional sobre el objeto u objetos del proceso. Las normas se aplican a unos hechos, o estos se subsumen en unas normas, deduciéndose una consecuencia jurídica, más o menos compleja, que el tribunal asume y convierte en contenido esencial de la sentencia.

La determinación de los hechos, a efectos del proceso, se alcanza mediante distintos instrumentos, de entre los cuales destaca la prueba.

Podemos definir la prueba civil como: aquélla actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para que este adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso.

GARRIGUES

El objeto principal de la prueba son los hechos. Respecto de los hechos que son objeto de prueba, es importante diferenciar en el tema que nos ocupa dos conceptos: fuente de prueba y medio de prueba. En puridad, el primero no es un concepto jurídico, y se corresponde con una realidad anterior al proceso, mientras que el segundo es un concepto jurídico procesal. Podemos definir en este sentido medio de prueba como expresión mediante la que se designan los distintos tipos de actividades que permiten a las partes con el Juez, o excepcionalmente a este solo, llegar a la convicción de la certeza positiva o negativa de las afirmaciones fácticas que se han de fijar como verdaderas, falsas o dudosas a los efectos del proceso. Por lo tanto, la fuente es sustantiva y material; el medio es actividad.

El artículo 24.2 de la Constitución dice que todos los españoles tenemos derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para nuestra defensa.

Si analizamos la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la prueba, este derecho constitucional a utilizar medios de prueba pertinentes para nuestra defensa se concreta en: (i) el derecho a proponer prueba; (ii) el derecho a que la prueba pertinente propuesta sea admitida; (iii) en caso de inadmisión, el derecho a que se haga de forma motivada, razonable y no arbitraria; (iv) el derecho a practicar la prueba admitida.

Los presupuestos de admisibilidad de la prueba son los siguientes: (i) licitud en la forma de obtención de la fuente; (ii) legalidad del medio de prueba propuesto; (iii) pertinencia; (iv) utilidad.

Pertinente es la prueba sobre hechos que guardan relación con el objeto del proceso.

Útil es la prueba sobre la que, razonablemente, se puede conjeturar que logrará el resultado apetecido, pues existe una clara adecuación de medio a fin. Se considera también que una prueba no reviste esta cualidad, cuando el hecho que se pretende probar está suficientemente abordado por otros medios ya propuestos y/o practicados.

La licitud en la obtención de la fuente, es probablemente el presupuesto de admisibilidad que por el momento ha tenido en la práctica jurídica más relevancia en relación con el ámbito electrónico.

Al no tratarse de una actividad procesal, la forma de obtención de la fuente es en principio libre, si bien con la limitación establecida en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del poder judicial: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales”.

GARRIGUES

En muchas ocasiones la aportación al procedimiento de pruebas electrónicas que acreditan determinadas cuestiones de interés para alguna de las partes, son intrusivas y pueden vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.

2.2.- Servicio “e-testigo Burovoz”

De acuerdo con lo comentado, se trata, en esencia, de un servicio de testimonio electrónico, que puede ser utilizado de formas transparente u opaca, mediando o no aviso y/o autorización del proceso de grabación.

La eficacia probatoria del sistema es obvia. El prestatario del servicio podrá acreditar la efectiva existencia de una conversación telefónica en una fecha y a una hora concreta y podrá acreditar así mismo la integridad de la conversación; que la misma no ha sido manipulada o alterada por alguno de los intervinientes tras esta.

Se interpone, en definitiva una tercería en la conversación que testifica/certifica sobre la existencia de la misma y el momento en que tuvo lugar.

En adición a lo anterior, cuando se produzca una impugnación probatoria, se puede acceder a la matriz de prueba para cotejar la voz grabada con la indubitada de quien impugna, obteniéndose una prueba “ex post” de la identidad de los intervinientes.

Sobre la fiabilidad del procedimiento de cotejo propuesto, no es quien firma este informe persona autorizada para ahondar en esta cuestión. Sin embargo, consultados diversos expertos en la materia coinciden que la simple comparación de voces para concluir en la coincidencia sobre la identidad de su emisor es una cuestión elemental, fácilmente fundamentable científicamente, y en cualquier caso con una fiabilidad muy superior a idéntico análisis con trazo. En cualquier caso, para quien suscribe, sin la necesidad de ningún despliegue tecnológico, resulta sencilla la identificación de los habituales por la voz.

La mayor duda sobre el sistema propuesto deriva de su licitud. Tal y como se ha analizado, la prueba resulta ilícita y en consecuencia, no pasa el test de admisibilidad cuando la fuente de obtención de la prueba vulnera derechos fundamentales.

De hecho, es habitual, que cuando describes el servicio, tu interlocutor, demuestre recelo sobre el procedimiento y pregunte si no es preceptiva la previa autorización

GARRIGUES

judicial o si, con el procedimiento descrito no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

En consecuencia con lo anterior, conviene poner de manifiesto que, a simple vista, el procedimiento pudiera resultar ineficaz por vulneración del art. 18.3 de la Constitución, que dice:

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

*3. **Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.***

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Para el análisis jurídico de la cuestión, conviene tener en consideración, que la grabación la activa uno de los interlocutores de la misma y que el contenido de esta solo es accesible para quien contrata el servicio, ya que se cifra y sólo el interviniente puede descifrarlo.

La tesis que sustenta la utilización de este servicio se basa en dos concretas circunstancias: (i) Que la grabación se realiza por uno de los intervinientes en la conversación y (ii) que quien realiza la grabación no procede a una ilícita divulgación de la misma por estar sujeto a algún tipo de secreto como el profesional o vulnerando la intimidad de otros interlocutores.

Atendiendo a estas dos premisas, analicemos en primer lugar si en el presente caso se estaría contraviniendo lo establecido en el apartado tercero del artículo 18 de la Constitución española. En definitiva, si se ha producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los intervinientes en la conversación telefónica.

GARRIGUES

Para ello nada mejor que analizar resoluciones judiciales que han marcado doctrina pacífica en ocasiones donde los hechos presentan evidentes similitudes.

Así, por ejemplo, el Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia nº 114/1984 de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, cuya doctrina es ampliamente invocada, en su fundamento jurídico séptimo dice:

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

El derecho al «secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 -caso Malone- reconoce

GARRIGUES

expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado comptage, permite registrar cuáles hayan sido los número telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental).

GARRIGUES

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana.

La Sentencia, que sin duda marca un importante precedente que ha tenido reflejo en multitud de ulteriores decisiones judiciales, viene a decir que el bien jurídico protegido es el secreto, que difícilmente será vulnerado por quien ya lo conoce por haber sido lícito interlocutor de la conversación en la que dicho secreto se reveló.

No obstante lo anterior, la Sentencia avisa que, la grabación de la conversación, podría suponer la realización de un acto preparatorio para una ulterior contravención de lo dispuesto en el 18.1 de la Constitución. Para vulnerar la protección conferida por el 18.1

GARRIGUES

a la esfera íntima personal del interlocutor será precisa la difusión. Mientras no se produzca esta, la mera grabación de la misma por quien participa en ella, no supone vulneración del 18.1 de la Constitución. En el otro extremo, quien tiene acceso de forma ilícita a una conversación mantenida por otros, aunque no proceda a la posterior divulgación de lo grabado, contraviene lo dispuesto en el 18.3 de la Carta Magna.

En consecuencia con lo anterior, las conversaciones así grabadas pueden articularse como prueba aunque se haya hecho sin autorización judicial.

En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado, que en su recentísima circular 1/2013, pág. 22 afirma:

Las grabaciones de las conversaciones por uno de los interlocutores no afectan al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad, por lo que pueden articularse como prueba aunque se hayan efectuado sin autorización judicial.

Esta tajante afirmación se sustenta en diversas resoluciones tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional. Así, por ejemplo, SSTS nº 208/2006, de 20 de febrero, 1564/1998, de 15 de diciembre, 1354/2005, de 16 de noviembre; STC nº 56/2003, de 24 de marzo). La garantía del secreto de las comunicaciones sólo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena a la comunicación.

Así mismo es tajante la STS nº 710/2000, de 6 de julio (caso padre coraje) declara que “no cabe apreciar, en principio, que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de valoración de la prueba así obtenida”.

Por otro lado, el servicio que se presta es, en esencia, un servicio de tercería. Un nodo ajeno a la conversación graba esta sin tener acceso a su contenido. Se genera de esta forma un testimonio electrónico de la conversación, que se custodia cifrado y que sólo el prestatario del servicio puede descifrar. En adición, la orden de grabación la realiza el propio prestatario desde su terminal.

GARRIGUES

En las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/2002 de 20 de mayo, 70/2002 de 3 abril y 56/2003 de 24 de marzo, la sala 2ª dice:

La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

Es evidente que la prestación del servicio conlleva la presencia de un elemento ajeno a la misma, pero no a los que participan en ella, como indican los magistrados de la Sala 2ª, ya que es uno de los que intervienen, el que desencadena el proceso. El proceso concluye en una custodia en "sobre lacrado" sin que el prestador del servicio tenga posible acceso a su audición. La única diferencia respecto a un proceso de grabación convencional de las llamadas telefónicas estriba en que es imposible para el que ordena la grabación su ulterior manipulación, tanto sobre su contenido como sobre la fecha y hora concretas en las que la conversación se produjo.

En adición a lo anterior, los magistrados de la Sala 2ª dicen que la presencia de un elemento ajeno es indispensable para configurar el ilícito constitucional, pero no suficiente.

En cualquier caso la presencia de elemento ajeno ha de ser valorado en relación al bien jurídico protegido que no es otro que la intimidad. Si el elemento ajeno es un mecanismo electrónico que garantiza la inaccesibilidad a la conversación, difícilmente se verá comprometida la intimidad de los interlocutores, salvo, claro está por los posteriores actos de divulgación en los que pueda incurrir el prestatario del servicio. En este supuesto, insisto, estaríamos ante un ilícito del 18.1

En definitiva, estamos ante un procedimiento probatorio que no afecta a la intimidad. En cualquier caso, existen resoluciones judiciales que aceptan la intervención de terceros no autorizadas, cuando existe una expresa autorización de uno de los intervinientes en la conversación. Así, la STC 56/2003, de 24 de marzo dice:

GARRIGUES

Pues bien, en el presente caso, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Es, precisamente, uno de los interlocutores en la comunicación telefónica (el denunciante del chantaje al que se encontraba sometido) quien autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrará sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con aparato técnico para ello.

La Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado coincide con esta interpretación cuando afirma:

La garantía del secreto de las comunicaciones sólo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma.

Nótese que la Fiscalía General del Estado sustituye "elemento ajeno" por "persona ajena", confirmando de esta forma que el término ajeno debe ser interpretado en relación a la intervención de "alguien" ajeno a la comunicación. En definitiva, se ha de incorporar un nuevo elemento subjetivo en la comunicación, capaz de conocer y/o divulgar la conversación.

Conclusiones

De acuerdo con todo lo hasta aquí analizado, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1.- Las características del servicio, concebido como auténtica herramienta probatoria, hacen que la eficacia del mismo para la acreditación de la existencia y/o veracidad de actos de voluntad o cualesquiera otras manifestaciones sea evidente.
- 2.- Así mismo, es notable la capacidad del sistema para la acreditación "ex post" de la identidad; ante una eventual impugnación acerca de la identidad del que manifiesta. La

GARRIGUES

custodia independiente de las voces permite ulteriores comparaciones científicas con voz indubitada.

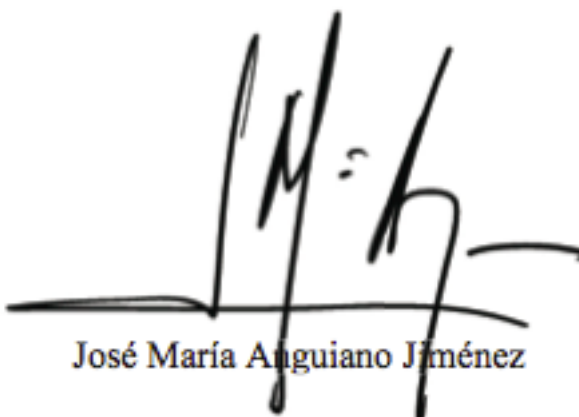
3.- El diseño del sistema permite afirmar que la utilización del mismo permite la generación de una sólida prueba sobre la existencia, momento y contenido de la conversación sin que exista vulneración de lo preceptuado en el art. 18.3 de la Constitución Española (derecho al secreto de las comunicaciones).

4.- No obstante lo anterior, la Doctrina también entiende que la grabación de la conversación podría constituir un acto preparatorio para la comisión de un ilícito constitucional del 18.1.

5.- Para que la grabación de la conversación sea considerada como un acto preparatorio, la Jurisprudencia considera imprescindible la difusión de esta.

6.- En consecuencia, en la medida en que el prestatario del servicio no difunda el contenido de la conversación, no existirá una vulneración de los derechos fundamentales del otro interlocutor de esta y no será de aplicación el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En Madrid a 4 de marzo de 2013



José María Anguiano Jiménez
Socio

* * *