



Roj: **STS 234/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:234**

Id Cendoj: **28079120012019100076**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2019**

Nº de Recurso: **2026/2018**

Nº de Resolución: **54/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 298/2018,**
STS 234/2019,
AATS 1934/2019,
ATS 4063/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 54/2019

Recurso Nº: 2026/2018

Fecha de sentencia: 06/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2026/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 22/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: A.P. Murcia

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

Transcrito por: BDL Nota:

*

RECURSO CASACION núm.: 2026/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal **Sentencia núm. 54/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



En Madrid, a 6 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de la acusación popular DON Leovigildo y DON Mariano , contra Sentencia núm. 36/2018, de 31 de enero de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia , dictada en el Rollo de Sala PA num. 6/2017 dimanante de las Diligencias Previas de P.A. núm. 1681/2013 del Juzgado Mixto núm. 3 de Caravaca de la Cruz, seguidas por delito de prevaricación contra Don Olegario . Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, como recurrentes Don Leovigildo y Don Mariano representados por el Procurador de los Tribunales Don José Giménez Ruiz y defendidos por el Letrado Don Fermín Guerrero Faura, y como recurrido el acusado Don Olegario representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Isabel Torres Ruiz y defendido por el Letrado Don José Antonio García Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto núm. 3 de Caravaca de la Cruz incoó Diligencias Previas de P.A. núm. 1681/2013 por delito de prevaricación contra **DON Olegario** , y una vez conclusas las remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, que con fecha 31 de enero de 2018 dictó Sentencia núm. 36/18 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<ÚNICO.- Por D. Leovigildo y D. Mariano , concejales y portavoz y viceportavoz, respectivamente, del Grupo Municipal Socialista del PSOE en el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, se presentó en los juzgados de esa ciudad el 7 de noviembre de 2013 denuncia contra D. Olegario , a la sazón sargento de la Policía Local de la misma villa, en la que, entre otras cosas, se relataba que este, en su condición de tramitador de las denuncias que ponía la Policía Local o los empleados del aparcamiento regulado, en el periodo comprendido entre marzo y septiembre de 2013, anuló irregularmente un total de 39 infracciones, ora directamente en la aplicación informática, sin documentación alguna; ora estimando alegaciones inexistentes. En la denuncia, se relacionaban los expedientes con indicación de su número, fecha de la multa, matrícula y titular del vehículo, motivo, fecha y funcionario que la archiva."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"ABSOLVER a Olegario de los delitos de prevaricación y falsedad por los que venía acusado, con declaración de oficio de las costas. Contra esta sentencia cabe recurso de casación del que conocerá el Tribunal Supremo que habrá de anunciarse ante esta sala en el plazo de CINCO DÍAS computados desde la última notificación."

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de la **acusación popular DON Leovigildo y DON Mariano** , que se tuvo 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.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusación popular DON Leovigildo y DON Mariano , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y del artículo 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.1 y 2 CE por vulneración de lo establecido por el artículo 120.3 CE (las sentencias serán siempre motivadas) en relación con el artículo 9.3 CE (que proscribire la arbitrariedad de los poderes públicos), y todo ello en relación con el artículo 24 CE .

Motivo segundo. - Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

QUINTO.- Es **recurrido** en la presente causa el acusado DON Olegario que impugna el recurso por escrito de fecha 18 de septiembre de 2018.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución e interesó su inadmisión y subsidiaria impugnación, por las razones expuestas en su informe de fecha 22 de septiembre de 2018; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de enero de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 22 de enero de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, absolvió a Olegario de los delitos de prevaricación y falsedad, de los que venía acusado, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación la representación procesal de Leovigildo y Mariano, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo se formaliza por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y a un proceso con todas las garantías, proclamados en los apartados 1 y 2 del art. 24 de nuestra Carta Magna, así como en el art. 9.3 en tanto que proscribire la arbitrariedad de los poderes públicos.

Con respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, hemos de señalar que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, F. 2 ; 25/2000, de 31 de enero, F. 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, F. 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no irrazonable o fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio ; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, F. 3 ; y 221/2001, de 31 de octubre, F. 6). En suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar irrazonable o arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, F. 2 ; y 10/2000, de 31 de enero, F. 2).

En esta línea (STS 1043/2010, de 11 de noviembre), hemos dicho que todas las partes tienen derecho a que la decisión, cualquiera que sea el sentido de la misma, sea motivada. Las que recaen sobre presupuestos procesales y también las que recaen sobre el fondo. Es bien conocida la doctrina sobre la vinculación del artículo 120.3 de la Constitución con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y todo ello como test de legitimidad de la resolución jurisdiccional, en cuanto derivada del ejercicio de un poder y para abrir la posibilidad de un adecuado control, ya que de aquella motivación depende la posibilidad de articulación de la impugnación y es presupuesto cognitivo de la decisión del poder que asume el control.

Pero ello no quiere decir que ese control, aunque vaya más allá de la mera constatación formal y externa de la existencia de un discurso argumental, pueda dar contenido constitucional a cualquier valoración sobre la calidad de dicha argumentación.

Los cánones de constitucionalidad son más restrictivos. Entre ellos, cabe citar la concurrencia de un error susceptible de ser tildado como patente (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 2010) o la quiebra evidente de pautas de razonabilidad en el sentido de incoherencia lógica entre la premisa afirmada y la conclusión extraída, la ausencia de un cierto refuerzo que la motivación requiere ante supuestos determinados por la entidad de los derechos comprometidos (así en los casos de rechazo de la prescripción) o incluso la ausencia de razonabilidad de la resolución por los resultados a que conduce.

En definitiva, con la STS 1043/2010, hemos de concluir que para que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda ser estimado, la decisión controlada ha de ser "fruto de un error valorativo patente o carente de toda razonabilidad lógica".

Veremos en la resolución de los siguientes apartados la supuesta razonabilidad de los postulados argumentales de la sentencia recurrida.

TERCERO.- En el caso sometido a nuestra consideración, los hechos objeto de acusación pueden sintetizarse, como acertadamente dice la sentencia recurrida, "en que el acusado, sargento de la Policía Local de Caravaca de la Cruz, encargado de la instrucción de los expedientes sancionadores por multas de tráfico de dicha policía y del estacionamiento regulado, aprovechándose de esa condición, anuló 39 sanciones impuestas a él mismo, sus familiares o amigos en el periodo comprendido entre marzo y septiembre de 2013, unas veces sin trámites, otras veces aceptando alegaciones inexistentes, objetivo que lograba accionando con sus claves personales los comandos oportunos del programa informático del ayuntamiento al que tenía acceso para el cumplimiento de esa función instructora".

La razón de la absolución del acusado se encuentra en la alegación de la defensa de que se ha producido una obtención *irregular* -dicen los jueces "a quibus"- de la notitia criminis "en la medida en que los denunciadores no podían acceder a dichos datos ni podían ser transmitidos a un tercero dado la tutela de la que gozaban por la Ley de Protección de Datos, por lo que solicita su nulidad de esa prueba y con ella, por aplicación de la doctrina de



los "frutos del árbol envenenado", la de todas las demás, con su consiguiente absolución, pues toda la prueba de cargo aportada se ha obtenido a raíz de aquella información, ilegítimamente adquirida".

Tras analizar la cuestión de la protección de datos correspondiente a los incluidos en los ficheros públicos, y particularmente, los que integran el sistema informático de tramitación, gestión y cobro de multas de tráfico en el ámbito municipal concernido, llega a la conclusión de "la nulidad de la prueba obtenida".

El motivo tiene que ser estimado.

Parte la Audiencia de que la prueba obtenida es nula, sin ni siquiera referir cuál es esa prueba obtenida, como después analizaremos.

Y llega la conclusión de la nulidad de la *notitia criminis*, es decir, del acto propio de la denuncia, sin tomar en consideración que la denuncia carece de cualquier carácter probatorio (art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , referido a los atestados y a la denuncia). La denuncia, por sí misma, no tiene carácter de prueba.

En efecto, lo que aquí resulta es lo siguiente: a dos concejales del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, les llega la información de que el Sargento de la Policía Local, Olegario , está cometiendo *irregularidades*, al quitarse a sí mismo, a familiares y a terceros, multas de aparcamiento indebido; en la información que reciben de forma anónima vienen recogidos datos de los expedientes en donde este comportamiento presuntamente ha ocurrido.

Pues, bien, si con esta información, transmutada en prueba, se hubiera acusado a los supuestos autores del hecho, es evidente que la prueba habría sido ilícitamente obtenida, a los efectos dispuestos en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Sin embargo, ese dato no ha sido considerado como tal prueba, sencillamente porque es la denuncia de los hechos. Como veremos más adelante, es la investigación judicial la que va acopiando elementos que serán en su momento valorados para llegar a la conclusión condenatoria o absolutoria que los jueces "a quibus" tengan como procedente.

Los denunciantes lo único que hacen es recoger un rumor en el pueblo, y poner los hechos en conocimiento del Ayuntamiento para su investigación; la corporación municipal, reacciona abriendo un expediente disciplinario para la averiguación de los hechos, y suspende de empleo y sueldo al funcionario; a continuación se persona en la causa abierta como acusación particular. Por su parte, los citados concejales ponen el hecho en conocimiento del Juzgado, a modo de denuncia, explicando los antecedentes que les constan y haciendo llegar al juez los datos pormenorizados de los expedientes que han conocido de forma anónima, y así lo exponen ante su señoría.

Por ello, ni se les puede acusar de ser ellos los que han obtenido ilícitamente tales datos, como hace inapropiadamente la sentencia recurrida, deslizando sospechas, pero no pasando el tanto de culpa al fiscal si estima la Audiencia con fundamento que han sido ellos los que sustrajeron ilícitamente los datos, ni puede decirse otra cosa que los concejales no hicieron más que lo ordenado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde el primer punto de vista, es inconcuso que no se sabe cómo han llegado esos datos a los concejales denunciantes, pues la sentencia recurrida no tiene por menos que afirmar lo que nada se sabe, quedándose en meras sospechas.

En segundo lugar, tales concejales son cargos públicos del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, a los que concierne velar por la regularidad y licitud de los actos municipales.

En palabras de la STC 246/2012, de 20 de diciembre " *entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local se encuentran, en todo caso, la de participar en la actividad de control del gobierno local, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores (SSTC 169/2009 , FJ 3 ; 20/2011, FJ 4 ; y 9/2012 , FJ4)*".

Es por ello que art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante".

Y eso es lo que hicieron en la denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción por ellos mismos.

El Juzgado, por lo demás, tiene obligación de investigar esos hechos, como igualmente hizo. El art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , nos dice que formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará



proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuere manifiestamente falsa.

En consecuencia, ante la "notitia criminis" de que se estaba presuntamente cometiendo un delito en el Ayuntamiento, los concejales, como integrantes del mismo, estaban obligados a poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción los hechos referidos, acompañando las noticias que les habían llegado de forma anónima. Así lo exponen al juez. Y el juez, lo que hace es, conforme le ordena la ley, investigar la realidad de los hechos. Parece referir la Audiencia recurrida, aun sin declararlo claramente, que el juez hubiera debido investigar a los denunciados acerca si fueron ellos los autores de un delito de revelación de secretos públicos, o infracción semejante, en vez de investigar si los hechos denunciados se correspondían con un comportamiento delictivo, que se cometía dentro de la corporación municipal. Esto último es lo que, con acierto, hizo la juez de instrucción.

CUARTO. - Veremos ahora la investigación llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Caravaca de la Cruz (Murcia).

Como hemos dicho, la denuncia es presentada con fecha 7 de noviembre de 2013, por dos concejales del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, denunciando al Sargento de la Policía Local, Olegario , y a otro, y en donde se hace constar que "hemos tenido conocimiento de que en el cobro de las multas o sanciones impuestas por la Policía Local se venían produciendo numerosas irregularidades, lo que daba lugar a que un número importante de multas no se cobraban", y más adelante que ello era debido:

"al parecer, por dejación en la tramitación de los expedientes o bien porque algunos responsables de la Policía Local las anulaban directamente, sobre todo a personas de su entorno...". Se relata también que se han dirigido al Ayuntamiento para que se investigue esta cuestión, mediante escrito de fecha 25 de septiembre de 2013, sin que se haya "tomado medida alguna en esta materia". Igualmente se cita al programa MULTAS-T-SYSTEMS, exponiéndose finalmente que se "ha tenido conocimiento, de que en los últimos 6 meses, se han podido producir, las siguientes irregularidades en la gestión de multas y sanciones, de las que hemos tomado una muestra". A continuación se acompañan siete tablas en donde se relacionan una serie de expedientes sobre determinados vehículos, multas anuladas sin trámite o mediante alegaciones estimadas, titular del vehículo y el funcionario que archiva. Y relatan que les llama la atención que desde el mes de marzo al de julio de 2013 (esto es, cinco meses), vehículos del propio Olegario hayan sido denunciados, en 12 ocasiones, y archivadas las denuncias de aparcamiento indebido precisamente por él mismo, como funcionario que ordena el archivo.

Pues, bien, ante tal denuncia, el Juzgado de Instrucción nº 1 de Caravaca de la Cruz, mediante Auto de fecha 13 de noviembre de 2013, acuerda incoar diligencias previas, por los hechos anteriormente referidos (y consta igualmente a los propios efectos, el Auto de 28 de noviembre de 2013). Ese mismo día el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz se persona en las actuaciones penales, manifestando que por esos mismos hechos se sigue un expediente sancionador a Olegario , en donde se adoptó la medida cautelar de suspensión de empleo y sueldo al Sargento. Mediante ese escrito el Ayuntamiento se persona en las diligencias como acusación particular. Inmediatamente el jefe accidental de la Policía Local pone de manifiesto ante el Juzgado de Instrucción que de los doce expedientes a los que nos hemos referido anteriormente (que se ponen de manifiesto con sus números de tramitación), referidos al vehículo de Olegario , "se han encontrado totalmente vacíos, sin ningún documento en su interior" y se añade: "se desconoce qué ha ocurrido con la documentación que deberían contener los citados expedientes"; lo mismo ocurre con otros citados igualmente en la denuncia.

Comienza la investigación el Juzgado de Instrucción: mediante providencia de fecha 31 de enero de 2014, ordena que se informe acerca de los funcionarios encargados de la custodia de los expedientes y de la gestión y cobro de las multas. El día 17 de febrero de 2013, obra la contestación del Ayuntamiento.

Tras el encargo por parte del Juzgado de Instrucción a la Jefatura Superior de Policía de Murcia para realizar las gestiones necesarias para la averiguación y esclarecimiento de los hechos, se solicita por tal Jefatura que por el Juzgado se libre mandamiento para requerir a la policía local para que en presencia de funcionarios policiales adscritos al Grupo de Delincuencia Económica, se aporten las informaciones necesarias sobre una serie de expedientes sancionadores.

Se dicta así el Auto de 28 de marzo de 2014, en donde se acuerda el requerimiento a la policía local mediante tal resolución judicial, con contenido razonado al caso de autos. De nuevo otro Auto de 28 de marzo de 2014, con requerimiento al Tesorero del Ayuntamiento a los propios efectos de facilitar información y expedientes.

Consta el Acta de 28 de marzo de 2014, en donde se produce el cotejo de datos del disco duro del sistema informático, mediante orden judicial y a presencia de fedatario judicial y de la policía.

A los folios 118 a 176, obra un completo informe policial, en donde consta toda la investigación llevada a cabo bajo orden judicial.



QUINTO.- Debemos hacer constar que el propio tema planteado en la instancia por la defensa de Olegario , fue puesto de manifiesto en el curso de la instrucción, ante el Juzgado de Instrucción, el cual dictó el Auto de 23 de octubre de 2014 (como consecuencia de una pretensión de nulidad de actuaciones promovida por la defensa). La juez de instrucción razona que ninguna actuación ilícita cometieron los concejales denunciados, pues se han limitado a poner en conocimiento del Juzgado una *notitia criminis* que recibieron de forma anónima, lo cual es deber de todo ciudadano; y que una vez que por parte del Juzgado se tuvo conocimiento de esa posible irregularidad, la Brigada de Delincuencia Económica del Cuerpo Nacional de Policía, cumplimentando escrupulosamente y con todas las garantías procesales, elaboró un informe en el que ya sí, se pusieron de manifiesto posibles irregularidades, que implicaron la imputación del Sargento de la Policía Local de Caravaca de la Cruz y la continuación de la investigación hasta su total esclarecimiento. Señala el Juzgado, con todo acierto, que a partir de ese informe es cuando realmente comienza la investigación con todas sus consecuencias.

Como bien señaló el Ministerio Fiscal, la delación anónima no impide ni limita el derecho de defensa, ni causa indefensión, pudiéndose en toda la fase instructora aportar como descargo todos los medios de prueba que se quisieran ejercitar.

Procede aquí puntualizar que en el caso enjuiciado, no se trata de una denuncia anónima, sino una denuncia formalizada por dos concejales determinados nominativamente, que aportaron una documentación que les había llegado de forma anónima.

Pues, bien, aunque se tratara de una denuncia anónima, nuestra jurisprudencia le atribuye virtualidad para iniciar una investigación.

Así, la STS 318/2013, de 11 de abril , nos dice al respecto que la lógica prevención frente a la denuncia anónima no puede llevarnos a conclusiones contrarias al significado mismo de la fase de investigación. Se olvidaría con ello que el art. 308 de la LECrim referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias "*inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren conocimiento de la perpetración de un delito*". Es indudable que ese conocimiento puede serle proporcionado por una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante. Cuestión distinta es que ese carácter anónimo de la denuncia refuerce el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la verosimilitud de los hechos delictivos puestos en su conocimiento. Ante cualquier denuncia -sea anónima o no-, el Juez instructor puede acordar su archivo inmediato si el hecho denunciado "*... no revistiere carácter de delito*" o cuando la denuncia "*... fuera manifiestamente falsa*" (art. 269 LECrim). Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim , hace posible el inicio de la fase de investigación.

De manera que tal denuncia permitía desde luego el inicio de la investigación, por ser los hechos denunciados presuntamente constitutivos de delito.

SEXTO.- El caso que analizamos tiene cierta semejanza con lo ya pronunciado por esta Sala Casacional en la sentencia STS 116/2017, de 23 de febrero ("Caso de la lista Falciani"), en donde se examina la validez de la prueba documental bancaria obtenida en un registro domiciliario en Francia, procediendo la documentación de una sustracción ilícita en una entidad bancaria suiza (*HSBC Private Bank*).

Esa resolución recoge las sentencias que se han ido dictando en los países de nuestro entorno sobre la posible ilicitud y los efectos de la referida prueba documental bancaria obtenida ilegalmente fuera de sus respectivas jurisdicciones (ver sentencia del Tribunal Supremo belga de 22 de mayo de 2015, caso KB Lux ; sentencias del Tribunal Supremo francés de 31 de enero de 2012 , recurso núm. 11-13097, dictada por la Sala Mercantil de la Corte de Casación francesa, y la sentencia de la Sala de lo Penal de la misma Corte de Casación de 27 de noviembre de 2013 , recurso núm. 13-85042; las sentencias de la Corte de Casación italiana, Sección Tercera, de 26 de septiembre de 2012 -núm. 38753 - y 17 de abril de 2013 -núm. 29433 -; la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 de noviembre de 2010; y, por último, la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *US vs. Verdugo- Urquidez* , 494 US 259, 1990).

La precitada sentencia de esta Sala 116/2017 , después de consignar los párrafos nucleares de las referidas resoluciones, concluye afirmando que casi todos los Tribunales reseñados, con unos u otros matices, coinciden en descartar el efecto contaminante, subrayando así la legalidad de la fuente próxima de prueba - la entrega por las autoridades francesas- y rechazando la indagación remota de cómo los agentes llegaron a obtener esos documentos.



En la sentencia 116/2017 se incide en que cuando se trata de fijar los límites de la licitud probatoria y de definir las reglas de exclusión, no puede operarse con soluciones miméticas, pese a que el supuesto de hecho enjuiciado por otras jurisdicciones presente notas de extraordinaria similitud con el que es ahora objeto de nuestra atención. Los sistemas procesales europeos, por más que estén contruidos a partir de principios estructurales compartidos, no siempre convergen en la definición de lo que por ilicitud probatoria deba entenderse. De ahí la necesidad de atender a las singularidades de cada sistema. Se da la circunstancia de que la doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática, antes al contrario, ha experimentado una más que apreciable evolución desde su formulación inicial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Esta doctrina aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez - prosigue diciendo la sentencia 116/2017 - despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido.

De cualquier modo, en nuestro caso, la denuncia no ha sido la fuente probatoria de donde deducir la culpabilidad -no declarada del acusado-, sino el vehículo para comenzar una investigación judicial que ha contado con resoluciones judiciales acordando la oportuna injerencia y el acopio de datos y fuentes probatorias lícitas y conducidas policialmente mediante una investigación que ha de ser, en su momento, objeto de libre valoración judicial.

Por eso, la Sentencia del caso Falciani no es exactamente el mismo supuesto, ya que allí fueron los datos bancarios supuestamente sustraídos lo que resultaron ser la fuente de la información probatoria para la condena.

Y tampoco es el mismo caso, el citado por la Audiencia "a quo", la STS 908/2016, de 30 de noviembre, en un supuesto de cesión de datos protegidos, porque el concejal concernido en dicha resolución judicial cedió los datos obtenidos ilícitamente a una agencia de detectives privados para llevar a cabo una investigación. En tal Sentencia, se razona que no consta que el concejal solicitara oficialmente información sobre el tema, una vez recibidos los informes, y en el caso que enjuiciamos es paladino que sí se solicitaron al Ayuntamiento tales datos. Y por otro lado, en el precedente invocado, lejos de solicitar tales datos oficialmente, lo que se hizo fue contratar a un equipo de detectives privados, para que realizara un seguimiento y elaborara el correspondiente informe. Por consiguiente, en dicho caso se impulsa una investigación de índole privada, y aquí lo que se hace es poner los hechos en conocimiento del Juzgado a efectos de que se investigue el presunto delito relacionado con la actividad pública del sargento de la policía local.

SÉPTIMO.- De las consideraciones que dejamos expuestas, se deduce que la sentencia recurrida infringió el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, al proporcionar un irrazonable discurso argumental, que lleva como consecuencia la nulidad de la Sentencia dictada y la devolución a los jueces de instancia, para que, superada la nulidad de la denuncia que han declarado, y de los datos de que se ha nutrido, analicen el patrimonio probatorio incorporado a la vista, a través de lo sucedido en el plenario, y dicten de nuevo sentencia en los términos cuya valoración a ellos corresponde, conforme a lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Todo ello con declaración de oficio de las costas de esta instancia casacional, y conforme dispone el art. 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1º.- Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la acusación popular **DON Leovigildo y DON Mariano**, contra Sentencia núm. 36/2018, de 31 de enero de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia.

2º.- DECLARAMOS de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- En consecuencia, **CASAMOS y ANULAMOS** la referida Sentencia núm. 36/2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, **ORDENANDO** que por los mismos Magistrados, dicten otra, en la que prescindiendo de la nulidad declarada de la denuncia y de su contenido, analicen el material probatorio y dicten de nuevo Sentencia.

4º.- COMUNÍQUESE la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Vicente Magro Servet Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ