

Roj: **STS 3075/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3075**Id Cendoj: **28079120012010100458**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/06/2010**Nº de Recurso: **11429/2009**Nº de Resolución: **513/2010**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 2226/2009,**
STS 3075/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil diez.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Jose Enrique , Alfonso , Darío** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que condenó a los acusados, por delitos **asesinato, detención ilegal, robo y tenencia ilícita de armas** ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Esteban Gutiérrez y Olmos Gómez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Zaragoza, instruyó sumario con el número 2 de 2007, contra Jose Enrique , Alfonso , Darío y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sección Primera, con fecha 10 de julio de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Conforme a la prueba practicada y en virtud de lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha resultado probado que desde Valladolid, Jose Enrique , Alfonso , Darío , todos ellos mayores de edad, y una cuarta persona sin identificar pero que era conocida como " Pulga " , se desplazaron a la ciudad de Zaragoza, tras tener conocimiento de que Prudencio , conocido en la ciudad de Zaragoza por la Policía, por su implicación en el mundo de las drogas, podía tener dinero por valor de unos doscientos millones de las antiguas pesetas, con el claro propósito de apoderarse de la cantidad citada en poder del mentado Prudencio , y para cuya consecución estaban dispuestos a realizar las actividades necesarias, incluida la muerte de Prudencio . Para ello, Jose Enrique se hizo con la pistola marca Llama, modelo M-82, calibre 9 milímetros, con la numeración de serie borrada y que empleó posteriormente a tal fin.

En la madrugada del pasado 28 de marzo de 2006, los citados Pulga , Alfonso , Darío y Pulga llegaron a la localidad zaragozana de La Almunia de D^a Godina donde en el Hotel denominado "El Patio de Goya", en una habitación simple (la número NUM016) y en otra triple (la número NUM017) pernoctaron los cuatro, abandonando por la mañana del mismo día el hotel y dirigiéndose a Zaragoza.

Una vez en esta ciudad, los cuatro citados se dirigieron al barrio de Valdefierro donde, en hora no concretada pero en todo caso durante la tarde, interceptaron a Prudencio a quien abordaron cuando se disponía a entrar en su domicilio habitual sito en el número NUM000 de la CALLE000 , introduciéndole por la fuerza y contra su voluntad en una furgoneta desde la que se habían desplazado desde Valladolid y que conducía Alfonso ,



donde Jose Enrique , usando una navaja o cuchillo le estuvo haciendo cortes al objeto de que revelara dónde tenía el dinero. Como quiera que Prudencio nada dijera, o diera explicaciones insatisfactorias, Alfonso , Darío , Jose Enrique y Pulga , con Prudencio y contra su voluntad, procedieron a registrar el citado domicilio de la CALLE000 número NUM000 de Zaragoza, que poseía un sistema de alarma desconectado hacía tiempo para a continuación, en la furgoneta de referencia, los cuatro citados, llevando consigo y contra su voluntad a Prudencio , se dirigieron a la localidad de Pinseque, próxima a Zaragoza, donde éste tenía una segunda vivienda o chalet que ocupaba de manera más esporádica, donde tras desconectar durante la madrugada, concretamente a las 1,36 horas, del día 29 de marzo de 2006 el sistema de alarma, procedieron a su registro, no encontrando lo que buscaban, los doscientos millones de pesetas, si bien entre las dos viviendas se apoderaron de 18000 euros que Prudencio tenía guardados así como de su teléfono móvil Motorola V600 con IMEI número NUM001 , usado con el número de teléfono NUM002 , de dos teléfonos móviles más, Motorola V975, con IMEIS números NUM003 y de un brazaletes, una cadena y de un cordón todos ellos de oro que portaba consigo.

Tras acabar este segundo registro, y ya en la madrugada del día 29 de marzo de 2006, volvieron a la furgoneta, y una vez dentro de ésta, Jose Enrique disparó con la pistola que portaba, de arriba abajo, en la rodilla de Prudencio que se encontraba sentado, para a continuación dispararle, a cañón tocante o muy próximo, en la parte de atrás de la cabeza, en concreto en la zona parieto occipital izquierda, y saliendo el proyectil con estallido, por la acumulación de los gases del disparo, por la zona parieto frontal derecha, lo que ocasionó la muerte inmediata de Prudencio , todo ello en presencia de Alfonso , Darío y el llamado " Pulga ". Darío y Pulga procedieron inmediatamente a retirar el cadáver de Prudencio y arrojarlo a una acequia de riego próxima (Acequia de San Juan), oculta a la vista por unos cañaverales y de un metro de profundidad. Seguidamente y como quiera que la bala que fue disparada en la nuca a Prudencio , había atravesado el cerebro y salido por la zona frontal, dato perceptible por Jose Enrique , Alfonso , Darío y Pulga , procedieron a buscarla dentro de la furgoneta, y al no aparecer optaron por hacer desaparecer la furgoneta, quemándola, si bien no ha sido posible encontrar sus restos.

Mientras ocurre esta secuencia de hechos, desde el teléfono Motorola V600 con IMEI número NUM001 , y teléfono NUM002 , propiedad de Prudencio , se realizaron por Alfonso y Darío varias llamadas telefónicas a los números NUM004 (doce llamadas) y NUM005 (diez llamadas), cuyas titulares eran Aurora y Gloria , ambas mayores de edad, y compañeras sentimentales en ese momento de los citados Alfonso y Darío respectivamente. También se realizan dos llamadas al número de teléfono móvil NUM006 , propiedad de Rafael , mayor de edad, hospitalizado en ese momento en Valladolid en el Hospital Sagrado Corazón, y padre de las anteriormente citadas Gloria y Aurora . La última llamada desde el teléfono móvil de Prudencio se realiza a las 1,27 horas de la madrugada del día 29 de marzo de 2009.

El cadáver de Prudencio fue encontrado, en alto grado de descomposición, el día 22 de mayo de 2006 en la citada acequia de san Juan del término municipal de Garrapinillos (Zaragoza), en las proximidades de Pinseque por unos operarios cuando procedían a la limpieza de la misma. La identidad quedó determinada por la documentación y ropa que portaba así como por el estudio de ADN que la confirmó.

El cadáver presentaba en sus ropas desgarraduras y coseduras indicativas de agresión física.

En la zona fronto lateral derecha, el cadáver presentaba estallido craneal de amplias dimensiones, y en la zona de unión parietal occipital posterior, presentaba un orificio de contorno regular redondeado de 9 mm de diámetro compatible con bala del mismo calibre. Conforme al estudio radiológico efectuado, el cadáver presentaba además fractura de la clavícula izquierda y fractura en el extremo distal de la diáfisis del fémur izquierdo con impactación en la zona intercondílea, compatible con disparo por arma de fuego, siendo la data de la muerte compatible con la fecha de desaparición a finales de marzo de 2009.

Por auto del Juzgado de Instrucción número Cinco de Zaragoza de fecha 14 de marzo de 2007 , se autorizaron la entrada y registro en los domicilios de los acusados encontrándose en el domicilio de Jose Enrique y de María del Pilar , sito en la calle Zaratán de Valladolid, un total de doce teléfonos móviles entre ellos los dos Motorolas, uno modelo V600 con IMEI número NUM001 , y otro modelo V975 con IMEI número NUM003 , y otro marca SAMSUNG, modelo SGH T100, con IMEI número NUM007 , todos ellos propiedad del fallecido; una pistola marca Llama, modelo M-82, calibre 9 mm con la numeración de serie borrada por procedimientos físicos y recamarada para cartuchos de 9 mm parabellum y quince cartuchos metálicos con balas ojivales blindadas, oculta en la mesilla de noche y con el cargador con munición, en perfecta aptitud de disparo; una escopeta recortada con el número de serie borrado y en perfecto estado de funcionamiento, tratándose de un arma prohibida encuadrada en el artículo 4-1-a del vigente Reglamento de Armas y Explosivos, doce cartuchos de escopeta de calibre 12, tres vainas percutidas, dos cartuchos del calibre 22,29 cartuchos del calibre 9 mm y 33 cartuchos de escopeta del calibre 12 en perfectas condiciones para ser disparados; dos navajas, una báscula de precisión y 1,10 gramos de cocaína con una riqueza del 29'96% y 322'16 gramos de polvo blanco. Ni Jose Enrique , ni María del Pilar poseen licencia ni las guías de pertenencia de las armas citadas. El terminal



telefónico con IMEI número NUM001 venía siendo utilizado desde el día ocho de abril de 2006 con el número de teléfono NUM008 , correspondiente a una tarjeta prepago de la que era usuaria María del Pilar .

En el domicilio de Rafael sito en el piso NUM009 , letra NUM010 del número NUM011 de la CALLE001 de Laguna del Duero de Valladolid, se intervinieron 22.600 euros en metálico, más 995 euros que portaba encima. En su casa de Camino de Fuente Amargo, también de Valladolid, se intervinieron, tres vehículos de alta gama puestos a su nombre en la Dirección General de Tráfico, una báscula de precisión, una cadena y un cordón de oro reconocidos como propiedad de Prudencio , y un brazalete de oro.

En el domicilio de Aurora y de Alfonso , sito en la AVENIDA000 , numero NUM012 , NUM013 de Laguna de Duero (Valladolid) se intervino una canana de 25 cartuchos de escopeta calibre 12 con la inscripción Long-40.

Junto al río Pisuerga, y en la denominada "Bodegas Moya", sita en Cabezón de Pisuerga (Valladolid), se halló una pistola semiautomática de la marca "Victoria", recamarada para cartuchos metálicos de 6,35 mm con número de serie 93276, y provista de su correspondiente cargador, con fuerte oxidación y no apta para el disparo, encontrada en el citado paraje por la Policía quien manifiesta que Teodosio fue quien indicó el lugar en el que se encontraba.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: PRIMERO.- CONDENAMOS al procesado Jose Enrique , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, y en quien no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito Asesinato agravado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de VEINTIDÓS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Como autor responsable de un delito de Detención ilegal, ya definido, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Como autor responsable de un delito continuado de Robo con violencia e intimidación en las personas, ya definido, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y como autor responsable de un Delito de tenencia ilícita de armas, ya definido, a la pena de DOS AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

SEGUNDO.- CONDENAMOS al procesado Alfonso , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, y en quien no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito Asesinato agravado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de VEINTIDÓS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Como autor responsable de un delito de Detención ilegal, ya definido, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y como autor responsable de un delito continuado de Robo con violencia e intimidación en las personas, ya definido, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

TERCERO.- CONDENAMOS al procesado Darío , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, y en quien no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito Asesinato agravado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de VEINTIDÓS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Como autor responsable de un delito de Detención ilegal, ya definido, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y como autor responsable de un delito continuado de Robo con violencia e intimidación en las personas, ya definido, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

CUARTO.- En cuanto a responsabilidad civil los condenados, conjunta y solidariamente, deberán indemnizar a los herederos de Prudencio en la cantidad de 100.000 euros por su fallecimiento más la cantidad de 18.000 euros por el dinero sustraído, más los intereses legales oportunos.

QUINTO.- Los condenados satisfarán la parte proporcional de las costas, con inclusión de la de la Acusación Particular.

SEXTO.- ABSOLVEMOS a los procesados Gloria , Aurora , Rafael , Teodosio y María del Pilar de los delitos de asesinato, detención ilegal, robos con violencia y tenencias ilícitas de armas por los que venían siendo acusados respectivamente por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, con declaración de oficio de la parte proporcional de las costas procesales.



SÉPTIMO.- Entréguese a los herederos de Prudencio la cadena y el cordón de oro intervenidos, así como los tres terminales telefónicos, dos Motorolas, uno modelo V600 con IMEI número NUM001 , y otro modelo V975 con IMEI número NUM003 , y otro marca SAMSUNG, modelo SGH T100, con IMEI número NUM007 , todos ellos propiedad del fallecido.

Devuélvase a Rafael el brazalete de oro y el dinero que se le intervino.

Devuélvase a los acusados absueltos el dinero que se les intervino.

Dése a los demás efectos intervenidos el destino legal correspondiente.

Declaramos la insolvencia de los citados condenados, aprobando los autos que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor.

Y para el cumplimiento de las penas principales que se imponen, les abonamos todo el tiempo que han estado privados de libertad por razón de esta causa; y que ya consta en el encabezamiento de esta resolución.

Cúmplase con lo establecido en el artículo 15.4 de la Ley 35/95, de 11 de diciembre , de delitos violentos y de agresión sexual.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Jose Enrique , Alfonso , Darío , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Jose Enrique

PRIMERO .- Al amparo del art. 851.3 LECrim .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 852 y 849.1 LECrim . y art. 5.4 LOPJ . se alega infracción art. 24 CE .

TERCERO .- Al amparo del art. 852 LECrim . se alega la infracción del art. 18.3 CE .

CUARTO .- Al amparo del art. 852 y 849.1 LECrim . y art. 5.4 LOPJ . se alega infracción art. 24 CE .

QUINTO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se alega infracción del art. 11.1 LOPJ .

SEXTO .- Al amparo del art. 852 y 849.1 LECrim . y art. 5.4 LOPJ . se alega infracción art. 24 CE .

SEPTIMO .- Se alega error de hecho en la apreciación de la prueba.

Recurso interpuesto por Alfonso y Darío

PRIMERO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . se alega infracción del art. 24 CE .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . se alega la aplicación indebida de los arts. 163, 139.1 y 2 y 140 CP. así como de los arts. 237, 242.1 y 2 y 74 CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciocho de mayo de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Jose Enrique

PRIMERO: El motivo primero por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim . por cuanto la sentencia recurrida no establece con precisión y claridad cuales son los hechos que han resultado probados.

Se señala en síntesis en el motivo que la sentencia omite cuales son las razones y argumentos en virtud de los cuales llega al convencimiento de la autoría del recurrente, al no exponer las pruebas que le llevan a tal convicción, y al acudir a la prueba de indicios no discierne cuales son la pluralidad de hechos, cuales son los periféricos plenamente acreditados, qué relación guardan para que no nos encontremos ante una simple conjetura en la participación del recurrente en los hechos enjuiciados.

El motivo debe ser desestimado.



La falta de claridad solo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.3, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.4) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho o vulneración derechos fundamentales.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado que suponga la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras STS núm. 1610/2001, de 17 de septiembre, STS nº 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la motivación.

Sin embargo, este motivo, incluido legalmente entre los que dan lugar a la anulación de la sentencia por quebrantamiento de forma no permite integrar el hecho probado con otros aspectos fácticos que, según el recurrente hayan quedado probados y considere de interés para su posición. La valoración de la prueba no corresponde a las partes, sino al Tribunal de instancia. En consecuencia, la redacción del hecho probado se efectúa por el Tribunal expresando en el mismo los aspectos del hecho que hayan quedado probados, según aquella valoración, y que sean relevantes para la subsunción, pudiendo excluir aquellos que considere intrascendentes. En este sentido es exigible que describa claramente aquello que después es objeto de la calificación jurídica. Las pretensiones modificación del relato fáctico solo podrán encauzarse a través de un motivo formalizado por error de hecho en la apreciación de la prueba, desde la perspectiva de la acusación, o, además, a través de la alegación de la presunción de inocencia, desde la óptica de la defensa.

Pero, en todo caso -dice la STS. 140/2010 de 23.2 - la estimación de un motivo por falta de claridad con apoyo en el artículo 851.1º de la LECrim , nunca daría lugar a una rectificación del relato fáctico y a la sustitución de los hechos que declaró probados el Tribunal de instancia por otros diferentes.

En el caso presente el relato de hechos probados es claro y comprensible y detalla lo acaecido en términos que permiten la adecuada calificación jurídico penal y pues basta leer la narración para comprobar cómo resulta plenamente inteligible su contenido, lo que pretende el recurrente al denunciar la ausencia de pruebas o corregir el resultado que de su valoración obtiene el Tribunal es ajeno a este motivo casacional.

SEGUNDO: Los motivos segundo, cuarto y sexto por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim . por infracción, respectivamente, del art. 24 CE . (derecho a la tutela judicial efectiva), y del art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia), y por infracción del art. 849.1 LECrim . al amparo del art. 5.4 LOPJ . por infracción del art. 24 CE (derecho a la presunción de inocencia).

El recurrente expone de forma conjunta las vulneraciones denunciadas dada su íntima conexión.

Así considera producida las vulneraciones denunciadas por cuanto se articula el pronunciamiento condenatorio a partir de una prueba de indicios, vertebrada a partir de la existencia de unas escuchas telefónicas cuya constitucionalidad también se cuestiona.

Dichas escuchas no fueron ratificadas en la vista oral y no se ha acreditado por ningún medio ni estudio fonográfico que las personas grabadas en dichas cintas con las mismas que resulta encausadas.

Además de las escuchas telefónicas, la sentencia recoge de forma imprescindible para la condena, escuchas realizadas en los calabozos de los detenidos, en dependencias policiales, en calidad de detenidos, alcanzándoles el art. 520 LECrim . en tanto que se les debe informar del derecho constitucional a no declarar contra si mismos, a no declararse culpables y a no conocer el motivo de su detención, por lo que el incumplimiento de este precepto, debe anular por inconstitucional las escuchas así realizadas, máxime cuando no han sido ratificadas posteriormente a presencia judicial.



Consecuentemente estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia dada la exigencia de que solo puede entenderse como prueba la producida con las debidas garantías, practicada en el juicio oral con la intermediación del órgano judicial y con observancia de los principios de publicidad y contradicción.

Las quejas del recurrente no pueden ser acogidas.

a) Es necesario dejar claro que el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir su más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas originales están a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe publica del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo, siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en SSTs. 960/99 de 15.6, 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4 ó como dice la STS. 1112/2002 "su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documental, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas".

En definitiva los requisitos relativos al protocolo de la incorporación de las escuchas para su posterior utilización como prueba en el juicio son:

- 1) La aportación de las cintas.
- 2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.
- 3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales.
- 4) La disponibilidad de este material para las partes.
- 5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional.

Consecuentemente las transcripciones de las cintas, solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes mas relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario judicial (SSTs. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9).

En el caso presente aunque en el juicio no se procedió a la audición de las cintas, las transcripciones de las mismas fueron leídas por el Secretario, en concreto los folios 1021 a 1033 de la causa relativos a las conversaciones mantenidas entre el acusado Alfonso con un tercero inicialmente imputado, en el calabozo de la Comisaría de policía de Las Delicias de Valladolid, y con Sonia y Gloria , y aunque las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas a los acusados y de las grabadas en los calabozos de Valladolid fueron realizadas por la Policía, fueron cotejadas por el Secretario del Juzgado Instrucción nº 5 de Zaragoza, en presencia de los letrados de las partes, correspondiéndose con lo grabado (acta audición folios 1224, 1225 y 1226).

b) Y con respecto a la falta de prueba fonométrica, en la STS. 705/2005 de 6.6 , decíamos en cuanto a la alegación de que no se puso en conocimiento de los acusados la audición para reconocer sus voces y en su caso, realizar la prueba fonométrica, que consta en los autos que el material quedó a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hicieron, por lo que sería aplicable la doctrina de esta Sala (SSTs. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000), según la cual "es la parte la que debió instar su realización, de modo que si no lo hizo, reconoció implícitamente su autenticidad", tal como sucedió en el caso examinado en el que no consta petición en tal sentido su referencia a ello en los escritos de conclusiones provisionales de las partes.

c) Respecto a las escuchas realizadas en los calabozos de las dependencias policiales, se denuncia su nulidad, en base al art. 520 LECrim . en tanto infracción del Derecho Constitucional a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a conocer el motivo de su detención, denuncia que debe ser analizada desde la



jurisprudencia del TEDH relativa a denuncias por violación del art. 8.1 convenio según el cual "toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia".

Así en la STEDH de 20.12.2005, Wisse contra Francia se precisa que: «Hay una serie de elementos pertinentes a tomar en consideración cuando se trata de determinar si la vida privada de una persona se ve afectada por unas medidas tomadas fuera de su domicilio o de sus locales privados. Puesto que hay ocasiones en que la gente, sabiéndolo y de manera intencionada, se implica en actividades que son o pueden ser grabadas o de las que se informe públicamente o puedan serlo, la expectativa de privacidad de una persona puede ser significativa, aunque no necesariamente un factor concluyente. Una persona que camina por una calle será vista inevitablemente por cualquier otra persona que también esté presente. Controlar por medios tecnológicos la misma escena pública (por ejemplo, un guardia de seguridad observando por un circuito cerrado de televisión) es de similares características. Las consideraciones sobre la vida privada surgen, sin embargo, una vez que existe un registro sistemático o permanente de tal material del dominio público». El Tribunal distingue así la vigilancia de los actos de una persona en un lugar público por seguridad, de las grabaciones de dichos actos que pueden ser utilizadas con otros fines que van más allá de los que el interesado haya podido prever (STEDH Perry contra Reino Unido de 17.7.2003) para establecer, en el ámbito de las medidas secretas de vigilancia o de captación de comunicación por las autoridades públicas, la frontera de la intimidad de la vida privada garantizada por el art. 8 del Convenio".

En la jurisprudencia del TEDH se ha constatado a menudo que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entraba en el campo de aplicación del artículo 8 del Convenio, tanto en lo referente al derecho al respeto de la vida privada como de la correspondencia. Lo ha hecho, por ejemplo, en la colocación y utilización de aparatos de escucha en una celda de un detenido en prisión (STEDH de 25.9.2001, P.G y J.H. contra Reino Unido); en el establecimiento de un dispositivo de vigilancia de audio y vídeo colocado en la celda de un detenido en prisión y en la zona de visita de esta (STEDH. 5.11.02), (Allan contra Reino Unido); a la grabación y conversaciones telefónicas de un preso por las autoridades penitenciarias, utilizadas posteriormente como elemento de prueba para condenarle por otro delito (STEDH. 27.4.2004, Doerga contra Holanda) y la ya citada 20.12.2005, Wisse contra Francia, sentencia ésta que considera que la grabación sistemática de las conversaciones en el locutorio de la prisión entre los demandantes y sus allegados, con fines distintos al afán de seguridad de la prisión preventiva, puede incluirse en las nociones de "vida privada" y de "correspondencia" y además nada indica que los demandantes sometidos a prisión preventiva esperasen que se grabasen en el locutorio con la intención de constituir pruebas susceptibles de ser aportadas en el juicio.

En estas consideraciones el Tribunal consideró que la grabación y subsiguiente utilización de las conversaciones mantenidas en el locutorio por los demandantes con sus allegados se consideran una injerencia en la vida privada.

No obstante queda por determinar si dicha injerencia se justificaba respecto al segundo apartado del art. 8 ("no podrá haber injerencia de la actividad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia "está prevista por la Ley" y constituye una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para (...) la prevención del delito (...)").

La expresión "prevista por la Ley" que figura en el artículo 8.2 exige en primer lugar que la medida impugnada tenga alguna base en la Legislación interna; en segundo lugar se refiere a la calidad de la Legislación en cuestión, exigiendo que sea accesible a la persona afectada, que además debe ser capaz de prever sin consecuencias para ella y que sea compatible con la norma de Derecho STEDH Koop contra Suiza de 25.3.98). En el contexto de la intervención de comunicaciones por las autoridades públicas, debido a la falta de control público y al riesgo de mal uso de esta facultad, la legislación interna debe disponer alguna protección de las personas contra las injerencias arbitrarias en los derechos protegidos por el art. 8 del Convenio (sentencia Halford contra el Reino Unido de 25.6.97).

Sin embargo la frase "prevista por la Ley" implica condiciones que van más allá de la existencia de su base legal en la legislación interna y exigen que la base legal y sea "accesible" y "previsible".

Una norma es «previsible» si está formulada con la suficiente precisión como para permitir a la persona afectada, si es necesario con el consejo adecuado, regular su conducta. El Tribunal ha recordado constantemente -por ejemplo Matheron contra Francia de 29.3.2005- que las condiciones cualitativas incluidas en las palabras "previstas por la Ley" en el sentido del art. 8.2 exigen la accesibilidad de la Ley a la persona en cuestión, que asimismo debe poder prever sus consecuencias y su compatibilidad con la preeminencia del Derecho. En los casos Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia, sentencia de 24.4.90, el Tribunal subrayó la importancia de ese concepto en los siguientes términos:



«Implica que debe existir una medida de protección legal en la legislación interna contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el apartado 1 [del artículo 8]. Especialmente cuando una facultad del Ejecutivo es ejercida en secreto, los riesgos de arbitrariedad son evidentes. Indudablemente, las exigencias del Convenio, principalmente en lo que respecta a la previsibilidad, no pueden ser exactamente las mismas en el especial contexto de la intervención de las comunicaciones con fines de investigación policial o judicial, ya que éstas son donde el objeto de la legislación aplicable tiene que poner restricciones a la conducta de los individuos. En concreto, la exigencia de la previsibilidad no puede significar que una persona deba ser capaz de prever cuándo las autoridades podrán interceptar sus comunicaciones para que pueda adaptar su conducta a ello. Sin embargo, la legislación debe ser suficientemente clara en sus términos como para dar a los ciudadanos una indicación adecuada de las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades públicas están facultadas para acudir a esta secreta y potencialmente peligrosa injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia. En su sentencia de 25 marzo 1983 en el asunto Silver y otros, el Tribunal decidió que "una Ley que confiere discrecionalidad debe indicar el alcance de esa discrecionalidad", aunque los procedimientos detallados y las condiciones que deben ser observadas no hayan necesariamente quedado incorporados en las normas de la Ley sustantiva. El grado de precisión exigido por la "Ley" dependerá de la cuestión concreta. Ya que la puesta en práctica de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al control de las personas afectadas o del público en general, sería contrario a la norma de Derecho que la discrecionalidad legal concedida al Ejecutivo o a un Juez se expresara en términos de poder sin límites. Por lo tanto, la Ley debe indicar el alcance de tal discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio, con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria».

Además, la derivación y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas constituyen una grave injerencia en la vida privada y la correspondencia y debe por lo tanto estar basada en una «Ley» particularmente precisa. Es esencial tener claras y detalladas normas a este respecto (véanse *Kruslin contra Francia* y *Huvig contra Francia*, anteriormente citadas).

TERCERO: Analizando estas exigencias desde el prisma de nuestra legislación interna, el art. 18.2 CE . garantiza el secreto de todas las comunicaciones, sea cual sea el medio por el que éstas se producen, por tanto también de aquellas comunicaciones que, de forma verbal y directa, puedan producirse entre dos o más personas en un lugar cerrado, sin mediación de artificio o aparato alguno, sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia han cuestionado la posibilidad de que pueda alzarse el secreto de las comunicaciones, aún con resolución judicial habilitante.

Así un sector doctrinal mantiene que la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado está fuera del ámbito de aplicación del art. 579 LECrim . porque una interpretación contextual del término comunicaciones, y no gramatical, remite a las enumeradas como tales en el primer inciso del precepto, esto es, las postales, telegráficas o telefónicas.

Igualmente otros autores en la misma postura descartan la licitud de la intervención verbal por ser contraria al art. 18.3 CE y por lesionar directamente la intimidad, art. 18.1 CE , de quienes fueron objeto de la intervención u observación. Destacan que el estudio de este precepto obliga a buscar su contenido, mediante su interpretación en un triple sentido.

Primero, interpretación restrictiva de la norma en cuanto limitativa de un derecho fundamental. En segundo lugar, interpretación lógico-sistemática buscando el sentido de los términos legales, según su ubicación y contexto en que se utiliza, de acuerdo con la finalidad de la norma para decidir cuales son los supuestos objeto de aplicación, toda vez que la interpretación gramatical deviene insuficiente, de acuerdo a los criterios acogidos en el art. 3 C.Civil . En tercer lugar, la aplicación del principio de legalidad procesal, ex art. 1 LECrim . prohíbe la analogía *iu malam partem*. Formulada así la operación intelectual de la interpretación del art. 579.3 LECrim , considera que es notorio que el legislador se ha querido referir únicamente a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas y no a otras distintas a éstas.

En sentido contrario otro sector doctrinal opina que el precepto constitucional para la intervención u observación de dichas comunicaciones es el art. 18.3 CE . y el requisito de la previsión legal que exige al art. 8 TEDH, se encuadra en el párrafo 3 del art. 579 que también sería aplicable a este tipo de comunicaciones verbales directas entre dos o más personas. La cuestión a resolver consistiría en la interpretación adecuada del último inciso del aludido párrafo tercero que se refiere a las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. Según este sector doctrinal caben dos posibles soluciones. La primera consiste en entender que así como al utilizar antes en el mismo párrafo el término comunicaciones se refiere específicamente a las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, al final del párrafo se refiere a las comunicaciones en sentido genérico, que incluye por tanto, todo tipo de comunicaciones efectuadas por



cualquier medio. Y si bien en este punto la doctrina suele poner como ejemplo los modernos medios de transmisión de las comunicaciones como el teléfono, terminales de ordenador, videofónos etc., entiende en una interpretación gramatical del término comunicación debe llevar a la conclusión de incluirse aquí no solo las demás comunicaciones efectuadas a través de esos modernos medios de telecomunicación, sino también todo tipo de comunicaciones de la que se sirva la persona sobre la que recaen indicios racionales de criminalidad para la realización de sus fines delictivos, y entre ellos, claro está, la que se efectúa a través del medio más simple la verbal, efectuada a viva voz, directamente, entre dos personas, y que puede ser objeto de escucha, aprehensión e incorporación a un documento sonoro a través de los modernos aparatos de escucha y grabación que proporciona el avance de la técnica. La segunda interpretación consiste en entender que las comunicaciones a las que se refiere el último inciso del párrafo tercero del art. 579 LECrim. son las comunicaciones de terceras personas que no saben que son utilizadas con fines delictivos, ambas interpretaciones, consideran estos autores, no se excluyen y por tanto, entiende que existe una regulación legal, de carácter procesal en la que basarse para poder determinar los requisitos son necesarios y en qué forma debe adoptarse la intervención de las comunicaciones de dos o más personas a través de la instalación de aparatos de escucha, transmisión y/o grabación en lugar cerrado, insistiéndose en que no parece lógico afirmar la ausencia de regulación para grabar una conversación verbal directa, cuando lo sustantivo, en la protección del art. 18.3 CE, es el hecho de conversar y no el medio utilizado. Por ello se dice que cuando el legislador regula la intervención de las comunicaciones en el art. 579 LECrim. está dando por supuesto que se incluye la conversación oral, puesto que lo que se protege es la conversación en sí misma considerada.

Otros autores consideran lícita la instalación de ingenios en los domicilios de particulares o simplemente en los lugares donde tenga lugar la conversación, aunque rechazan el criterio de la analogía con el art. 579 LECrim, pues en la adopción de medidas restrictivas de derechos solo es admisible la analogía in bonam partem, siendo así que la intervención de comunicaciones sin empleo de medios mecánicos supone una mayor gravedad en la intromisión de la intimidad de las personas, y estiman que la autorización judicial que contempla el art. 18.3 CE. sería por sí sola bastante para la adopción de este tipo de intervenciones.

Siendo así si bien el art. 579 LECrim. adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE, para la protección del derecho del secreto a las comunicaciones interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8 Convenio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha venido supliendo aquellas deficiencias y la STC. 26/2006 de 30.1, ya ha señalado que "no puede afirmarse, en el momento actual que el Derecho interno no respete las exigencias derivadas del art. 8 Convenio, sino que a este Tribunal le corresponde suplir las insuficiencias apreciadas en el precepto legal citado hasta que se produzca la necesaria intervención del legislador", lo que ha llevado al propio TEDH Auto de 25 septiembre 2006 caso Abdulkadir contra España a declarar que "si bien es deseable una modificación legislativa incorporando a la Ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, tal y como ha señalado constantemente el propio Tribunal constitucional, el tribunal considera que el art. 579 LECrim, modificado por LO. 4/88 de 25.5 y completado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo formula normas claras y detalladas y precisa, a priori, con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado". (sentencia Lambert contra Francia de 24.8.98).

CUARTO: Postura esta que fue la seguida por esta Sala en STS. 173/98 de 10.2, que afrontó directamente el problema que presentan este tipo de comunicaciones cuestionándose la constitucionalidad y legalidad de la instalación de artificios técnicos en una celda, lo que se hizo para conocer las conversaciones entre dos presos preventivos, con la esperanza de obtener así la identidad de otra persona implicada en delitos de homicidio, violación y tenencia ilícita de armas, y en particular abordó el problema de si la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabaciones, mediante aparatos en lugar cerrado, en concreto en una celda de prisión preventiva cumple la exigencia de previsión y reserva legal que legitima tal injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, y señaló que en principio, la distinción entre conversaciones telefónicas y cualquier tipo de conversación privada no es aceptada por el Tribunal Constitucional que destacó en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, 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..." También las sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo sentencias de 18 de abril y 23 de diciembre de 1994, entre otras, han recogido que el art. 18.3 de la Constitución contiene dos partes completamente diferentes y diferenciadas: una primera, imbuída del carácter de defensa de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado, afirma el derecho al secreto, plasmación singular de los principios declarados en el art. 10.1 de la Constitución Española -dignidad de la persona y afirmación del libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden público y de la paz social- y que se encuentra



íntimamente vinculado al derecho a la intimidad, pero sin confundirse plenamente, ya que toda comunicación es para la norma fundamental secreta y sólo algunas, como es obvio, serán íntimas y privadas.

A este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica -en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el Juez- y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado.

Y aunque se aceptase la argumentación del recurrente de que la intervención se produce en los calabozos de la policía y a unos detenidos habrá que recordar que la LO. 1/79 de 26.9, General Penitenciaria, art. 51 y el Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/96 de 9.2, arts. 46 y 47, permiten que las comunicaciones orales (y escritas) sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial, mucho más cuando sea el propio Juez Instructor de la causa el que lo acuerde.

Y como ha destacado la sentencia de este Tribunal 245/95 de 6 de marzo de 1995, la sentencia 1283/1994, de 20 de junio, se refiere al artículo 51,2 de la Ley Orgánica General penitenciaria y que recoge, precisamente, que no deben confundirse las dos clases de comunicaciones que son de distinta naturaleza y vienen, por ello, a suponer regímenes legales claramente diferenciados. Dice así la sentencia del Tribunal Constitucional: <<Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la L.O.G.P. distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas -art. 51,1 - con los requisitos que de forma resumida señala la STC. 175/97 : persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley, que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada; notificada al interesado, por cuanto debe tenerse en cuenta que la intervención tiene únicamente fines preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría previa autorización judicial, por ello la mencionada notificación en nada frustra la finalidad perseguida y supone una garantía para el interno (SSTC. 40/97 de 24.11, 192/2002 de 28.19), y que sea comunicada al Juez de Vigilancia para que éste pueda ejercer el control de la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea y proporcionada con el fin perseguido, y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales -art. 51,2-; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del art. 51,5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas "por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento", según precisa el art. 51,1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51,2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario>>. La razón resulta clara, pues la intervención de la conversación de un interno y su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquél) realizada por la autoridad administrativa "es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales". Por ello la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el "supuesto de terrorismo" y "la orden de la autoridad judicial".

Pues bien, sí se permite al Director en la normativa penitenciaria mucho más al Juez de Instrucción a autorizar la grabación de las conversaciones entre detenidos en calabozos policiales, cuando su finalidad y su labor sea garantizar precisamente una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha estimado violación del art. 8.1 del Convenio cuando la injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden y las prevenciones penales (sentencia 6.9.76, caso Klass y otros); cuando está prevista por la Ley y es justificable como necesaria en una sociedad democrática (sentencia 25.3.83, caso Liver y otros); o sea particularmente proporcionada al fin legítimo perseguido (sentencia 24.3.88, caso Olson). Ello sin perjuicio de las especiales cautelas y garantías que deberán adaptarse para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en estos casos para intervenir las comunicaciones de una o varias personas. Así, en todo caso, deberá ir precedida de la existencia de indicios racionales suficientes de la existencia de un delito y de criminalidad contra personas determinadas. Asimismo, la adopción de la medida deberá estar presidida por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. En base al primero deberán ponderarse cuidadosamente los intereses en juego, los beneficios a obtener para la causa y los principios que puedan ocasionarse. La aplicación del principio de proporcionalidad en lo que a la aplicación de la medida se refiere nos llevará a la conclusión de que solo debe aplicarse en supuestos excepcionales, por delitos graves, en los que concurren claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda nunca basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas y por el tiempo imprescindible que, por la propia naturaleza de la medida acordada, será en la práctica, mucho menor que el usual en las intervenciones telefónicas. Por otra parte, el principio de subsidiariedad nos indica que esta medida únicamente debe acordarse cuando no sea posible obtener, de otro modo, el mismo resultado y al mismo tiempo sea necesaria su adopción para el buen fin de la instrucción de la causa.



QUINTO: En el caso presente la Brigada de Policía Judicial -delincuencia violenta-, Jefatura Superior de Aragón-Dirección General de la Policía, mediante oficio de 13.3.2007 (folios 445 a 453), tras efectuar un amplio resumen de las investigaciones llevadas a cabo por la desaparición y posterior muerte violenta de Prudencio y poner en conocimiento del Juzgado que se iba a proceder a la detención de las personas implicadas en la investigación (Rafael , Aurora y Alfonso , Teodosio , Eliseo , Aurora y Darío ; Jose Enrique y María del Pilar), solicitó, además de diversos mandamientos de entradas y registros en los domicilios de los anteriores que se autorizara la colocación de medios ocultos de grabación audiovisuales (captación de imagen y sonido) en las celdas de los calabozos de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid en la que ingresen los detenidos al considerarse una medida necesaria e imprescindible para el buen fin de la investigación, habida cuenta que así podrían aportarse las conversaciones de los detenidos al proceso judicial.

El Juzgado de Instrucción por auto de 14.3.2007 considera el precepto habilitante para la intervención del art. 579.2 LECrim . y aplicando la doctrina sentada en la STS. 10.2.98 , antes citada, por la que "no resulta concebible que se protege menos una conversación por ser telefónica, en cuanto puede ser legítimamente intervenida por el Juez y no lo puede ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado", y de forma analógica la elaborada en torno a la captación de imágenes en las que se hace constar por la policía actos criminales considerándose prueba válida incluso sin autorización judicial que solo debería recabarse en el supuesto de que las mismas se realizaran en un recinto cerrado (SSTS. 23.9.99 y 27.9.2002 entre otras), teniendo en cuenta que se trata de investigar una muerte violenta de una persona, cuyo cadáver fue encontrado con un disparo en la cabeza y cuyo teléfono móvil fue utilizado por sus supuestos captores antes de producirse esta, lo que dio lugar a la adopción de una línea de investigación basada en la intervención de una serie de teléfonos móviles cuyo resultado arrojó fundados indicios en relación a las personas cuyas conversaciones se pretende grabar y tras proceder a su detención y con anterioridad a ser puestas a disposición judicial pudieran encontrarse implicadas en el hecho en cuestión, concluye con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada y precisamente "para evitar que los imputados pudieran ver mermado su derecho de defensa y su derecho a no declarar contra sí mismos, no se podrá instalar los aparatos de escucha en el lugar donde aquéllos tengan acceso a la entrevista reservada con su letrado dado que el imputado puede revelar a su letrado los secretos que quedan bajo la reserva del secreto profesional", acordando en la parte dispositiva que no podrán utilizarse los sistema de captación en el habitáculo reservado para que los imputados mantengan la entrevista reservada con su letrado, que permanecerá separado de las celdas en que se instalarán las escuchas y que la colocación de los micrófonos se realizará por los técnicos de la policía judicial "en presencia del Secretario Judicial que levantará acta en relación a la citada colocación y, en su caso, de la separación debida entre las celdas y el lugar donde los detenidos se entrevisten con su letrado".

Como tal acuerdo del Instructor no cabe considerarlo arbitrario en cuanto a la proporcionalidad de la medida, sus cautelas y garantías, para preservar los derechos de los detenidos, art. 520 LECrim , hay que estimar tal prueba legítima e infundada la queja del recurrente.

SEXTO: En efecto, en relación a la infracción de los derechos previstos en el art. 520 LECrim , al tratarse de detenidos en calabozos policiales: derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo o a confesarse culpable, arts. 17.3 y 24.2 CE , debemos recordar que tales derechos se ponen en funcionamiento cuando el acusado está sujeto a los poderes coercitivos del Estado por su detención. El derecho le protege contra el uso por parte del Estado del poder de subvertir el derecho de un acusado a elegir si quiere o no hablar con las autoridades.

En cuanto al privilegio contra la autoincriminación o el derecho a permanecer en silencio el TEDH, sentencia Allan contra Reino Unido de 5.11.2002 , ha reiterado que esos derechos están generalmente reconocidos en los patrones internacionales que se encuentran en el núcleo de un proceso equitativo. su finalidad es proporcionar a un acusado la protección contra una coacción impropia por parte de las autoridades y evitar así errores judiciales y garantizar los fines del art. 6 /sentencia John Murray contra Reino Unido de 8.2.96). El derecho a no autoincriminarse afecta en primer lugar al respeto a la voluntad de la persona acusada a permanecer en silencio y presupone que la acusación en un proceso penal busca probar el caso contra el acusado sin recurso a pruebas obtenidas por medios no previstos legalmente desafiando la voluntad del acusado (sentencia Saunders contra Reino Unido de 17.12.96), por cuanto -decimos nosotros- la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales.

Al examinar si el proceso ha hecho desaparecer la verdadera esencia del privilegio contra la autoincriminación, el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido (veáse sentencia Heaney y McGinness contra Irlanda de 27.12.2000 y sentencia J.B. contra Suiza de 3.5.2001).



Cuando la policía utiliza un subterfugio -por ejemplo, introducir en la celda otra persona, de acuerdo con la Policía- para sonsacarle información, para interrogar a su acusado, después -o antes- de que éste haya advertido que no quiere hacer declaraciones, está consiguiendo de manera incorrecta información que no habría podido obtener de haber respetado el derecho constitucional del detenido o permanecer en silencio, se violan sus derechos porque se le priva de su opción. Sin embargo, en ausencia de comportamiento para obtener esa información por parte de la policía, no existe violación del derecho del acusado a elegir si quiere o no declarar ante la Policía. Si el detenido habla, es su propia opción y se debe suponer que ha aceptado el riesgo de que quien reciba esa información pueda informar a la policía o de que su conversación está siendo grabada.

En el caso presente, se advierten similitudes en los casos del TEDH, Khan contra Reino Unido de 12.5.2000 y P.G y J.H. contra Reino Unido de 25.9.2001, la fijación de los aparatos de escucha y grabación de las conversaciones no fueron ilegales en el sentido de ser contrarias a la Ley penal interna, y no existe indicio alguno de que el detenido, en su conversación con otro detenido por los mismos hechos y conocido suyo, hubiera sido coaccionado para hacerlas o de que fuera una trampa o una inducción.

En estas condiciones no debe entenderse que la información obtenida de las grabaciones -con las especiales garantías que se señalaban en el auto habilitante para preservar el derecho de defensa y comunicación con un letrado-, haya sido obtenida en contra de la voluntad del detenido y su utilización en juicio fuera en contra de su derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse.

SEPTIMO: El motivo tercero por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim . por infracción del art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones), dado que las escuchas realizadas en el presente procedimiento deben considerarse como ilegales al vulnerar tal derecho al no haberse configurado como última ratio sino que resultaron ser el nacimiento de la investigación, tal como reconoce la propia sentencia.

El inicio de las escuchas se produce por el oficio policial de 5.4.2006, pero dicha petición no cumple los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional sobre la existencia de un posible delito, personas que pueden estar implicadas y mínima actividad investigadora, existiendo solo "meras hipótesis subjetivas", y el auto de 5.4.2006 es nulo en cuanto a su fundamentación jurídica sin que analice los presupuestos objetivos exigidos por la jurisprudencia ni tampoco fundamenta la necesidad de la medida.

Además se inicia la investigación con el listado de llamadas del teléfono de Prudencio , listado cuya obtención mediante el mecanismo técnico utilizado por las compañías telefónicas constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al cubrir también dicho secreto la identidad subjetiva de los interlocutores.

El motivo debe ser desestimado.

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además, de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/99 de 5.4, 166/99 de 27.9, 167/2002 de 18.9, 259/2005 de 24.10, 253/2006 de 11.9, 197/2009 de 28.9). También hemos afirmado que aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC. 167/2002 de 18.9, 184/2003 de 23.10, 259/2005 de 24.10, 136/2006 de 8.5). En igual sentido esta Sala Segunda, sentencias 14.4.98, 19.5.2000, 11.5.2001, 2.11.2004, 11.9.2995 , ha estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamenta en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan las SS. 26.6.2000, 3.4 y 11.5.2001, 17.6 y 27.10.2002 , entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por



la Policía Judicial. Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicite su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable -a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella- pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

En el caso presente el auto de 5.4.2006 con base al art. 18.3 CE, decreta la intervención y escucha del teléfono correspondiente a Prudencio haciendo referencia al oficio policial en que se solicita dicha intervención para el esclarecimiento del delito investigado.

En el oficio policial se destaca el Atestado NUM018 tramitado por la Comisaría de Delicias de ésta ciudad como consecuencia de la denuncia de la desaparición de Prudencio, siendo el último día que se tuvo noticias del mismo, el pasado día 28.3.2006, sobre las 20,00 horas, y ante la extrañeza de no acudir al domicilio materno durante la mañana del día 29, su madre se trasladó al domicilio de aquel, comprobando que la puerta de acceso se encontraba abierta y en el interior revuelto. A continuación se detallan las investigaciones llevadas a cabo por los funcionarios del grupo de la Brigada de Policía judicial junto con funcionarios adscritos a la Brigada de Policía científica, trasladándose con Amadeo, hermano del desaparecido, al domicilio de éste, comprobando que efectivamente, su interior presentaba indicios de haber sido objeto de un registro, faltando al menos, las joyas que guardaba en un joyero en su dormitorio, por lo que se realizó la correspondiente Inspección ocular y reportaje fotográfico del lugar.

Asimismo se señala que tras efectuar esta inspección ocular, los funcionarios actuantes, junto con el hermano del desaparecido, se trasladaron a una segunda residencia que este poseía en la localidad de Pinseque (Zaragoza) en la AVENIDA001 NUM014, comprobando que al igual que en el anterior, se había efectuado un registro en su interior, por lo que necesariamente se procedió a realizar una Inspección técnico policial, por parte de los funcionarios de la Brigada de Policía científica.

Por ello y dado que la desaparición de Prudencio pudiera haber sido violenta, se solicitó, entre otras diligencias, la intervención de las comunicaciones, con todos los datos asociados, del teléfono NUM002, perteneciente al propio Prudencio, intervención que fue acordada por auto judicial de 5.4.2006, que no puede entenderse vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE, al ser una medida necesaria en una investigación ya iniciada para averiguar la desaparición denunciada por la familia del titular de aquella línea telefónica, siendo fundada la sospecha de que esa desaparición había sido violenta.

De otra parte, el citado auto -a pesar de la omisión meramente material de su parte dispositiva- identifica a la persona y al teléfono objeto de intervención, sin que el hecho de que de la autorización otorgada pueda identificarse a las personas implicadas -cuya identidad se desconocía- suponga indeterminación subjetiva alguna. Como se advierte en la STC. 150/2006 de 22.5, de la jurisprudencia de dicho Tribunal "no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir "pues tales exigencias" resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras organizadas". Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas -en este caso las sospechas fundadas de la desaparición violenta del titular del teléfono-.

Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican a través o con este teléfono, al parecer sustraído por los implicados en aquella desaparición, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes.

OCTAVO: Respecto a la cuestionada obtención del listado del tráfico telefónico, llamadas efectuadas y recibidas del teléfono NUM002 del desaparecido Prudencio, solicitado en el oficio policial de 5.4.2006, desde el periodo comprendido entre el 28.3.2006 y ese día, hemos dicho, STS. 707/2009 de 22.6, que resulta imprescindible plasmar la doctrina del Tribunal constitucional sobre esta modalidad de limitación del secreto de las comunicaciones y los matices que presenta con respecto a otras injerencias de mayor calado en el referido derecho fundamental.

En la STC. 123/2002 de 20.5, con motivo de cuestionarse la aportación de un listado de llamadas telefónicas que había sido autorizado mediante una mera providencia judicial sin la debida motivación, el Tribunal



Constitucional comienza recordando que el TEDH en el caso Malona, reconoció que el sistema del recuento es por naturaleza distinto a la interceptación de las comunicaciones, pues puede tener una finalidad lícita como es la comprobación de la exactitud de los cargos que se exigen a los abonados, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos, mientras que la interceptación de las comunicaciones no es deseable ni lícita en una sociedad democrática y también dejó afirmado que la utilización de los datos obtenidos por el recurrente puede plantear problemas en relación con el art. 8 TEDH ya que "en los registros así efectuados se contienen informaciones -en especial, los números marcados- que son parte de las comunicaciones telefónicas. En opinión del Tribunal, ponerlos en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado, se opone también al derecho confirmado por el artículo 8".

Continúa argumentando la STC 123/2002 que el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas "garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico etc...- de la misma.

Por ello -dice el Tribunal Constitucional- la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La aplicación de la doctrina expuesta -prosigue razonando la referida sentencia- conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión.

Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes.

El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo.

Ahora bien -matiza la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2006 de 30.1 - aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "escuchas telefónicas", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.

Esa doctrina del Tribunal Constitucional ya ha sido aplicada en algunos precedentes de esta Sala de Casación, especialmente en la sentencia 889/2004, de 9 de julio, en la que después de explicar que el "recuento" consiste en el uso de un instrumento - un contador combinado con un aparato impresor- que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y la duración de cada llamada, ha admitido la aplicación de ese procedimiento de obtención de datos en virtud de una resolución judicial que reviste la forma de providencia, integrada a su vez en los hechos indiciarios que contiene la solicitud policial de la adopción de la medida, argumentando la Sala con base en la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta.



La traslación de la doctrina precedente al caso que se enjuicia en el presente recurso de casación hace inviable la pretensión de nulidad probatoria que formula la defensa con el argumento de la vulneración de derechos fundamentales; por cuanto la autorización judicial para averiguar el listado de llamadas efectuadas y recibidas desde el teléfono móvil NUM002 del desaparecido Prudencio solicitada en el oficio de 5.4.2006 fue concedida por auto de la misma fecha, lo que impide hablar de tal vulneración.

NOVENO: El motivo quinto por infracción del art. 849.1 LECrim . por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia, en concreto el art. 11.1 LOPJ, lo que supone la nulidad de todas aquellas actuaciones que tengan su origen en una intervención telefónica ilegítima o irregular, como incide en la sentencia que se recurre: ausencia de fundamento bastante para su autorización, conculcación del principio de proporcionalidad y defectos trascendentales en la resolución judicial dado que el auto judicial de su parte dispositiva no comunica el número de teléfono que deben intervenir, siendo de aplicación la teoría del fruto del árbol envenenado al existir una conexión de antijuricidad entre la prueba inicialmente viciadas y odas las derivadas de ella por lo que toda la prueba ha de ser declarada ilegal.

El motivo debe ser desestimado.

En este extremo, debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida en sentencias 416/2005 de 31.3, y 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/09 de 4.1, 1183/2009 de 1.12, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.



En palabras de la STS 161/99 de 3.11 , es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001 .

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9 , que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3 , ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2.4, citando ATC. 46/83 de 9.2, y SSTs. 51/85 de 10.4, 174/85 de 17.12, 63/93 de 1.3, 244/94 de 15.9).

En el caso que se examina las cuestiones relativas a la ilicitud de las intervenciones telefónicas ya han sido analizadas en los motivos precedentes, remitiéndonos a lo argumentado para evitar innecesarias repeticiones, y respecto a la omisión en la parte dispositiva del auto del número de teléfono a intervenir, la sentencia impugnada da respuesta adecuada a la queja del recurrente desde el momento en que el delito debe ser valorado como en todo, de modo que todas sus partes quedan integradas entre sí, por lo que la expresa mención que a tal respecto se hace en los hechos de la citada resolución, mención claramente unívoca y ausente de cualquier tipo de duda, subsana esa irregularidad meramente formal.

DECIMO: El motivo séptimo por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim. por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documento que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Como hemos dicho en la reciente sentencia 383/2010 de 5.5 , debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim . sólo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia



salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Esto es lo que pretende el recurrente al proponer una nueva redacción del factum en los siguientes extremos:

a) no existe prueba alguna de que en la fecha de los hechos Jose Enrique se encontrase en la ciudad de Zaragoza.



- b) existe una discrepancia importante entre los móviles reflejados en el Acta de registro realizado por el Secretario (10 móviles) y los que aparecen finalmente en los Autos (12), no pudiendo identificar con precisión qué tipo de móvil fueron los encontrados en el domicilio de Jose Enrique .
- c) nadie reconoce el Motorola V600 (IMEI NUM001) como propiedad de Prudencio .
- d) no existe ni una sola grabación en los autos del IMEI NUM001 de donde se deduzca que María del Pilar utilizaba dicho móvil.
- e) no existe prueba directa ni indirecta que nos permita suponer que con la pistola encontrada en posesión de Jose Enrique se realizasen los hechos enjuiciados.

Ahora bien para llegar a estas conclusiones el recurrente lo que realmente impugna es la existencia de prueba de cargo de su participación en los hechos, cuestionando la prueba indiciaria tenida en cuenta por la Sala entremezclando, por tanto, cuestiones relativas al error de hecho con otras propias de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

DECIMO PRIMERO: No obstante la voluntad impugnativa del recurrente permite a esta Sala corregir, en beneficio del reo, cualquier error de derecho suficientemente constatado (SSTS. 139/2009 de 24.2, 268/2001 de 19.2, 306/2000 de 22.2, 212/99 de 18.2, 401/99 de 10.4, 1044/98 de 18.9). En efecto esta Sala casacional, con asunción de su plena jurisdicción, puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental implícitamente está asumido por el acusado al formular pretensión revocatoria, criterio ya aceptado por la Sala en Sentencia de 449 de 26 de Marzo de 1998 .

Analizando por tanto la pretensión del recurrente que se traduce en afirmar la inexistencia de prueba que permita desvirtuar el derecho a su presunción de inocencia, como venimos afirmando -por ejemplo STS. 56/2009 de 3.2 - tal derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado». Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el Art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes el Tribunal Constitucional, sentencia 204/2007 de 24.9 , ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

Por otro lado, a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar su pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.
- b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC. 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10 , el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria .*puede efectuarse tanto desde el canon de su **lógica o coherencia** (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su **suficiencia o carácter concluyente** , (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.*

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción



judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

En similar sentido la STS. 745/2008 de 25.11 nos dice que el ámbito de conocimiento de esta Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

- a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos.
- b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.
- c) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

En efecto esta Sala -por todas STS. 1372/97 de 11.11 - *tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) *La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) *Los hechos constitutivos de delito debe deducirse a esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano, explicitado en la Sentencia.*

Por tanto la prueba indiciaria o por presunciones queda ceñida a dos puntos: desde el punto de *vista formal* a verificar la expresión de los indicios o hechos-base acreditados que partiendo de ellos, lleguen al hecho-consecuencia ; y desde un *punto material* , el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios, o uno de singular potencia acreditativa, y que no estén destruidos por contraindicados, y fundamentalmente a la expresión del juicio de inferencia y que éste sea razonable, entendiendo tal razonabilidad como "*enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000 de 26.6, 1364/2000 de 8.9, 24/2001 de 18.1).

DECIMO SEGUNDO: En el caso presente la sentencia recurrida admite que no existe una prueba directa de la autoría de los hechos, pero existen declaraciones de los coimputados y una serie de indicios que permiten llegar a la plena convicción de que Jose Enrique es el autor material de los delitos de asesinato, detención ilegal y robo con violencia e intimidación.

Así parte de que de las conversaciones intervenidas judicialmente al coimputado Alfonso y de la declaración judicial del coimputado Darío , se deduce que la persona que mató a Prudencio se desplazó con ellos y otra persona conocida como Pulga desde Valladolid, pernoctando todos en La Almunia de Doña Godina.

En los registros efectuados en el domicilio del recurrente Jose Enrique se encuentran los tres teléfonos móviles del fallecido: Motorola modelo V600 con IMEI número NUM001 , Motorola modelo V957 con IMEI número NUM003 , y Samsung modelo SGHT 100 con IMEI número NUM015 , y una pistola marca Llama, modelo M-82, calibre 9 mm. Con la numeración de serie borrada por procedimiento físicos y recámara para cartuchos de 9 mm. Parabellum, pistola del mismo calibre del arma con que se disparó y mató a Prudencio .

En las conversaciones intervenidas (folio 1027) Alfonso manifestó que fue el " Chili " quien se quedó con el oro del " Gamba " , siendo aquél, según la policía, el apodo del recurrente, por lo si en poder del inicialmente acusado y absuelto en la sentencia Alfonso , persona con la que de las conversaciones telefónicas mantenidas con posterioridad a la muerte e Prudencio , se deduce que Jose Enrique tenia relaciones, se encontraron una cadena y un cordón de oro, que han sido reconocidos como propiedad de la víctima por su hermano Jesús María y su compañera sentimental Miriam , es lógico deducir que tales joyas llegaron a su poder a través



del recurrente, siendo también relevante que mientras Prudencio fue retenido, desde uno de sus teléfonos, motorola V600 con IMEI núm. NUM001 y teléfono NUM002, se efectuaron dos llamadas al móvil propiedad de Rafael, doce llamadas al número NUM004 y diez al número NUM005 cuyos titulares eran Aurora y Gloria, hijas de Rafael y compañeras sentimentales de los coimputados Alfonso y Darío.

La compañera sentimental del recurrente María del Pilar era la usuaria del teléfono NUM008, que estuvo asociado al terminal telefónico con IMEI NUM001 -el número del motorola V600 propiedad del fallecido, desde el 7.4.2006- días después de la muerte de Prudencio. Por ello, es evidente que la persona que cometió el homicidio se hizo con su teléfono móvil y se lo entregó a María del Pilar, siendo lógico y racional deducir que fue el recurrente, su compañero sentimental y en cuyo domicilio se encontraron los tres móviles del fallecido.

De todos estos datos y sobre la base de que no está acreditado que Jose Enrique estuviera en Valladolid en la fecha en que ocurren los hechos y la presencia del arma que se encuentra en su domicilio, llevan a la Sala de instancia a la conclusión racional de que fue el mismo quien golpeo, hirió con una navaja, disparó en la rodilla y luego a cañón tocante o muy próximo a la cabeza, disparó contra Prudencio, matándole, pese a que ni Alfonso ni Darío se atreven a identificarle, desprendiéndose de las conversaciones telefónicas intervenidas que fue la misma persona quien realiza todas estas acciones.

El recurrente cuestiona la fuerza acreditativa de los indicios señalados en la sentencia: así intenta acreditar que él se encontraba en Valladolid cuando los hechos sucedieron presentando un certificado de vida laboral (folio 1285) y las declaraciones de dos testigos uno de ellos el responsable de la empresa, que le sitúan en una época en Valladolid, pero olvida que quedan excluidos del concepto de documentos a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas, la razón reencuentra en que las pruebas personales, como la testifical, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (SSTS. 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 24.9).

Que el acusado no tenga mote alguno está en contradicción con los informes policiales en sentido contrario en relación con la conversación obrante al folio 1027.

En cuanto al posible error de la sentencia al recoger que fueron doce los teléfonos móviles encontrados en el domicilio del recurrente cuando del acta de entrada y registro se deduce que fueron diez (folios 566 y ss.), lo que resulta indiscutible (folios 800 y ss.) es que el IMEI NUM001 era usado por Prudencio y que dicho IMEI estuvo asociado al Motorola V600, usado con el número de teléfono NUM002, el recurrente aduce que nadie ha reconocido el motorola V 600 (IMEI NUM001), como propiedad del fallecido, con independencia de que sea cierto de que en la diligencia de reconocimiento de efectos intervenidos en relación a estos hechos, la mayor parte de los comparecidos no reconocen los teléfonos móviles que se les exhiben, el hermano del fallecido Jesús María si reconoció el Motorola V975, y respecto del V600, al que se refiere el recurrente, dijo estar en duda aunque creía que también era de su hermano, al igual que el Samsung, modelo SGH T100, (folio 827 y ss.), lo importante es que desde el 7.4.2006 el Terminal telefónico con IMEI número NUM001 de aquél móvil y usado con el número teléfono NUM002, propiedad del fallecido, venía siendo utilizado con el número de teléfono NUM008 correspondiente a una tarjeta prepago de la que era usuaria María del Pilar (folio 352).

Y respecto a la pistola intervenida en el domicilio del recurrente, es cierto que salvo la coincidencia del calibre con el indicado en los informes periciales era la utilizada en los hechos, no existe prueba científica de que fuera el arma con la que se disparó al fallecido, aunque dado el tiempo transcurrido desde los hechos 29.3.2006 a la ocupación del arma 14.3.2007, casi un año con la más que probable manipulación de la misma para hacer desaparecer cualquier resto compatible con la existencia de un disparo - pero sí constituye un indicio más que puede ser valorado por el Tribunal, y en todo caso esta Sala, SS. 1012/2003 de 11.7, 260/2006 de 9.3, 1057/2006 de 3.11, 487/2006 de 17.7, 56/2009 de 3.2, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir la recurrente se limita a analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarlos del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pero sabemos que la fuerza convictiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (SSTS. 19.10.2005, 4.7.2007).



No otra cosa acaece en el caso que se analiza. Se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta por varios hechos base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso, que en una global y conjunta valoración ha permitido a la Sala de instancia construir un juicio de inferencia y llegar al hecho consecuencia que se quería acreditar y que se describió en el factum, que fue el autor material de los delitos imputados.

No se está, por tanto, ante insuficiencia probatoria alguna, antes bien, la conclusión surge de forma natural del encadenamiento de los indicios analizados, fruto de un juicio inductivo totalmente acorde con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y conocimientos científicos, por lo que con toda claridad se está extramuros de toda decisión arbitraria o infundada (STS. 506/2006 de 10.5).

El motivo por lo expuesto se desestima.

RECURSO INTERPUESTO POR Alfonso y Darío

DECIMO TERCERO: El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . por haberse infringido el art. 24 CE . que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, a no sufrir indefensión y a un proceso con todas las garantías, así como a la tutela judicial efectiva. Igualmente en cuanto al derecho a no confesarse culpable incluido en el derecho a la defensa, y el art. 9.3 CE . (principio legalidad y seguridad jurídica).

Cuestiona el recurrente la falta de motivación del auto inicial de 5.4.2006 que acordó la intervención telefónica del desaparecido y la omisión del número de teléfono a intervenir y su titular en la parte dispositiva, que las escuchas fueran transcritas y seleccionadas por la policía, y no por el Secretario a presencia de los imputados y de sus letrados, sin que se haya hecho o practicado prueba fonotécnica de las voces de los recurrentes, las cuales han negado haber mantenido dichas conversaciones.

Asimismo en relación a las escuchas autorizadas judicialmente en los calabozos de las dependencias policiales y que iban aocular los detenidos no pueden considerarse válidas por vulnerar derechos fundamentales, y por último, partiendo de esa nulidad inicial del auto de 5.4.2006 , todas las demás pruebas obtenidas a raíz de estas escuchas son nulas y no deben ser tenidas en cuenta como prueba suficiente para condenar a los recurrentes.

Siendo las cuestiones planteadas similares a las suscitadas en el recurso del coimputado Jose Enrique , el motivo debe ser desestimado, dando por reproducidos los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos que anteceden para evitar innecesarias repeticiones.

DECIMO CUARTO: El motivo segundo por infracción de Ley por la vía del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 163, 139.1 y 3 y 140 CP, así como de los arts. 237, 242.1 y 2 del mismo Texto legal.

Los recurrentes entienden que no quedó acreditada, *en relación al delito de robo con violencia o intimidación*, que el fallecido tuviera dinero en sus casas, ni pueden afirmarse que las joyas y móviles intervenidos fuesen de su propiedad, sin que esté probado la violencia o la intimidación.

En relación *con el delito de detención ilegal* no existe prueba alguna que determine su participación en los hechos, al no poder ser tenida en cuenta la conversación transcrita por la Policía mantenida en los calabozos, que no ha sido reconocida por el Sr. Alfonso , y el simple hecho de que estuvieran en la localidad de La Almunia a Doña Godina no se puede utilizar para situar a los recurrentes en el lugar de los hechos.

Y en cuanto *al delito de asesinato* tampoco existe prueba de su autoría pues el hecho de que estuvieran en el lugar de los hechos no implica que su presencia fuera necesaria para la muerte del Sr. Jesús María , cuyo autor material fue otra persona.

El motivo debe ser desestimado.

Los recurrentes insisten en cuestionar la prueba practicada, cuya racionalidad y suficiencia debió impugnarse por la vía del art. 852 LECrim . vulneración presunción de inocencia, olvidando que -como dice en la STS. 121/2008 de 26.2 - el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia por no constituir ni una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.



Por ello con basta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim . se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados proclamadas por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas.

Pues bien en el factum expresamente se recoge como los dos recurrentes en unión de Jose Enrique y una cuarta persona sin identificar pero que era conocida como " Pulga ", "se desplazaron a la ciudad de Zaragoza, tras tener conocimiento de que Prudencio , conocido en la ciudad de Zaragoza por la Policía, por su implicación en el mundo de las drogas, podía tener dinero por valor de unos doscientos millones de las antiguas pesetas, con el claro propósito de apoderarse de la cantidad citada en poder del mentado Prudencio , y para cuya consecución estaban dispuestos a realizar las actividades necesarias, incluida la muerte de Prudencio . Para ello, Jose Enrique se hizo con la pistola marca Llama, modelo M-82, calibre 9 milímetros, con la numeración de serie borrada y que empleó posteriormente a tal fin.

En la madrugada del pasado 28 de marzo de 2006, los citados Jose Enrique , Alfonso , Darío y Pulga llegaron a la localidad zaragozana de La Almunia de D^a Godina donde en el Hotel denominado "El Patio de Goya", en una habitación simple (la número NUM016) y en otra triple (la número NUM017) pernoctaron los cuatro, abandonando por la mañana del mismo día el hotel y dirigiéndose a Zaragoza.

Una vez en esta ciudad, los cuatro citados se dirigieron al barrio de Valdefierro donde, en hora no concretada pero en todo caso durante la tarde, interceptaron a Prudencio a quien abordaron cuando se disponía a entrar en su domicilio habitual sito en el número NUM000 de la CALLE000 , introduciéndole por la fuerza y contra su voluntad en una furgoneta desde la que se habían desplazado desde Valladolid y que conducía Alfonso , donde Jose Enrique , usando una navaja o cuchillo le estuvo haciendo cortes al objeto de que revelara dónde tenía el dinero. Como quiera que Prudencio nada dijera, o diera explicaciones insatisfactorias, Alfonso , Darío , Jose Enrique y Pulga , con Prudencio y contra su voluntad, procedieron a registrar el citado domicilio de la CALLE000 número NUM000 de Zaragoza, que poseía un sistema de alarma desconectado hacía tiempo para a continuación, en la furgoneta de referencia, los cuatro citados, llevando consigo y contra su voluntad a Prudencio , se dirigieron a la localidad de Pinseque, próxima a Zaragoza, donde éste tenía una segunda vivienda o chalet que ocupaba de manera más esporádica, donde tras desconectar durante la madrugada, concretamente a las 1,36 horas, del día 29 de marzo de 2006 el sistema de alarma, procedieron a su registro, no encontrando lo que buscaban, los doscientos millones de pesetas, si bien entre las dos viviendas se apoderaron de 18000 euros que Prudencio tenía guardados así como de su teléfono móvil Motorola V600 con IMEI número NUM001 , usado con el número de teléfono NUM002 , de dos teléfonos móviles más, Motorola V975, con IMEIS números NUM003 y de un brazalete, una cadena y de un cordón todos ellos de oro que portaba consigo.

Tras acabar este segundo registro, y ya en la madrugada del día 29 de marzo de 2006, volvieron a la furgoneta, y una vez dentro de ésta, Jose Enrique disparó con la pistola que portaba, de arriba abajo, en la rodilla de Prudencio que se encontraba sentado, para a continuación dispararle, a cañón tocante o muy próximo, en la parte de atrás de la cabeza, en concreto en la zona parieto occipital izquierda, y saliendo el proyectil con estallido, por la acumulación de los gases del disparo, por la zona parieto frontal derecha, lo que ocasionó la muerte inmediata de Prudencio , todo ello en presencia de Alfonso , Darío y el llamado " Pulga ". Darío y Pulga procedieron inmediatamente a retirar el cadáver de Prudencio y arrojarlo a una acequia de riego próxima (Acequia de San Juan), oculta a la vista por unos cañaverales y de un metro de profundidad. Seguidamente y como quiera que la bala que fue disparada en la nuca a Prudencio , había atravesado el cerebro y salido por la zona frontal, dato perceptible por Jose Enrique , Alfonso , Darío y Pulga , procedieron a buscarla dentro de la furgoneta, y al no aparecer optaron por hacer desaparecer la furgoneta, quemándola, si bien no ha sido posible encontrar sus restos".

Relato fáctico al que la Sala llega a partir de las pruebas que detalla en el fundamento jurídico sexto que ya han sido detalladas en el motivo séptimo del recurso interpuesto por el coimputado Jose Enrique -especialmente las conversaciones intervenidas judicialmente en dependencias policiales en las que el recurrente Alfonso habla de una muerte ocurrida en Zaragoza (folios 1021 y 1023) y que fueron ellos quienes le pegaron un tiro en la rodilla y otro en la cabeza (folios 1023, 1024 y 1130), que lo tiraron (al muerto) Darío y el Caquí a un riachuelo, que le clavó cuchillos y que estuvo tres horas de agonía (folios 1023 y 1024). Asimismo Alfonso habla de una furgoneta que llevaba (folios 1021, 1022, 1129 y 1130) y describe el lugar donde es arrojado el cuerpo de Prudencio , cañaverales con agua estancada y próximo a una fabrica de cemento, de forma coincidente al lugar donde el cadáver apareció (folio 1139), y la declaración de Darío a presencia judicial (folios 1558 a 1560) en la que reconoce que tanto él como Alfonso y un tercero estuvieron en un hotel, lo que se corresponde con la factura abonada por Alfonso , que habían acudido con una furgoneta que conducía éste último, que luego encuentran a quien resulta fallecido y que esa tercera persona que les acompaña es quien lo mata en Pinseque.



De lo expuesto, unido a las llamadas que estos recurrentes realizaron mientras estos hechos sucedían desde el teléfono Motorola V600 con IMEI NUM001 y teléfono NUM002 , propiedad de la víctima a sus compañeras sentimentales, deduce la Sala racionalmente que tanto Alfonso como Darío estuvieron presentes en el momento en que se da muerte a Prudencio , obligándole a subir en la furgoneta cuando iba a su domicilio.

Asimismo la sentencia de las mismas conversaciones intervenidas a Alfonso considera acreditado - fundamento jurídico 5º-, que entraron en las casas (folios 1021, 1022, 1023) y cogieron dos millones o tres (folio 1022) y que el " Chili " llevaba el oro del " Gamba " (el fallecido), lo que unido a que las viviendas habían sido registradas y que había desaparecido una cadena, un brazalete y un cordón de oro, que fueron hallados en poder de un tercero, así como tres teléfonos móviles que luego aparecieron en el domicilio del coimputado Jose Enrique , evidencia la comisión del delito de robo.

Siendo así la subsunción que la Sala efectúa del referido relato fáctico es plenamente acertada, discrepan los recurrentes de que su simple presencia en el lugar de los hechos no permite calificar tal actuación como de necesaria, pues el autor material del disparo lo hubiera llevado a cabo sin necesidad de ayuda alguna.

El tribunal de instancia razona sobre la calificación jurídica de la conducta de los ahora recurrentes, partiendo de ese acuerdo entre todos ellos, aceptando incluso que fuera necesaria la muerte del asaltado, y considera necesaria su presencia para que Jose Enrique materializara la muerte de Prudencio , al llevarle al lugar, forzando y obligándole a entrar contra su voluntad en la furgoneta y en sus domicilios, y estando presentes cuando era maltratado y disparado en la rodilla por Jose Enrique , y en el momento del disparo en la cabeza.

Esta Sala comparte la calificación jurídica de su conducta realizada por el Tribunal de instancia: no se puede aceptar el argumento esgrimido por los recurrentes sobre la innecesariedad de su presencia y carencia por tanto del dominio del hecho.

Ciertamente la entrega de un cuchillo, cuando se ha iniciado una pelea con agresiones físicas, supone un aporte relevante que acorde con doctrina de esta Sala integra la participación a título de cooperador necesario en la muerte causada con el uso de ese cuchillo.

No se puede aceptar el argumento esgrimido por el recurrente, para rechazar la cooperación necesaria, afirmándose que carecía del dominio del hecho.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 258/2007, de 19 de julio , que la diferencia entre cooperador necesario y coautor, que es una imposición del nuevo texto del art. 28 de 1995 , tiene una especial relevancia a partir de la introducción de la coautoría y la autoría mediata en el texto de la ley y de la adopción en la jurisprudencia del criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores (coautores y autores mediatos) y partícipes. En efecto, es evidente quien pone una condición sin la que el hecho no se hubiera cometido tiene el dominio del hecho, pues éste debe ser atribuido a quien puede interrumpir la ejecución del delito retirando la que es una condición sin la que éste no se hubiera efectuado. Ello podría sugerir que la cooperación necesaria es superflua, porque no es más que una repetición del concepto de autor. Sin embargo, la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo. En otras palabras el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo.

Y eso es lo que ha acaecido en el supuesto que examinamos. Es cierto que el ahora recurrente no intervino en la ejecución de la acción homicida realizada por el coacusado Segismundo . Su aporte fue anterior, haciendo entrega a éste último del cuchillo que utilizó para ejecutar la acción homicida, sin que tuviera, por consiguiente, el dominio del hecho en la causa de esa muerte, pero ello no excluye que su aportación puede ser calificada como de cooperador necesario.

La distinción del cooperador necesario del mero cómplice ha sido igualmente examinada por la jurisprudencia de esta Sala, y se ha inclinado por la relevancia de la aportación, como se señala en la Sentencia 434/2007, de 16 de mayo , en la que se declara que quien hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos, pero sí puede ser un partícipe necesario. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero , declara que ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11



de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario.

Y esa relevancia y necesidad pueden afirmarse en quien interviniese con anterioridad -ayudando a detener a la víctima e introducirla en la furgoneta-, estar presentes cuando se realiza el disparo que acabó con su vida, actuación que era previsible para ellos dada la secuencia anterior de los hechos, e incluso, con posterioridad, cooperan en retirar el cadáver y arrojarlo a una acequia de riego próxima, oculta entre cañaverales, por lo que de no haber contado el autor material con la presencia de los recurrentes y su actuación cooperando en la detención de la víctima y su traslado en los términos fijados en el relato fáctico, difícilmente podía haber podido consumir su víctima.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

DECIMO QUINTO: Desestimándose los recursos, las costas se le imponen a los recurrentes, art. 901 LECrim .

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Jose Enrique , Alfonso , Darío** , contra sentencia de 1o de julio de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que les condenó como autores de un delito de asesinato, detención ilegal, robo y tenencia ilícita de armas; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Carlos Granados Perez D. Perfecto Andres Ibañez D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Siro Francisco Garcia Perez

Voto particular

que formula el magistrado Perfecto Andres Ibañez a la sentencia número 513/2010, de 2 de junio que resuelve el recurso de casación número 11.429 /2009P El criterio de la mayoría es que la instalación, con autorización judicial, de un dispositivo de escucha oculto, en la celda de la comisaría en que se encontraban detenidos los sospechosos de un delito, con el fin de captar sus conversaciones, y porque, era previsible que fueran a hablar entre ellos del asunto objeto de investigación, por el que ya estaban siendo policialmente imputados, es conforme a nuestro derecho interno, pues contaría con la necesaria cobertura legal y constitucional, y también al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si no he entendido mal, se considera que existe la necesaria previsión legal, de un lado porque la clase de comunicación (directa entre los implicados), si amparada por el derecho al secreto del art. 18,3 CE sería también de las susceptibles de injerencia judicialmente autorizada dentro de un proceso penal; y, además, en este caso, la medida estaría entre las contempladas en el art. 579,3 Lecrim y entre las que permiten los arts. 51 de la Ley General Penitenciaria y 46 y 47 del Reglamento de la misma. En fin, se estima que el carácter subrepticio de la escucha en el lugar de la detención habría respetado el derecho de los afectados a guardar silencio, porque no fueron forzados a hablar y tampoco estimulados a hacerlo por algún medio insidioso, sino que se comunicaron entre ellos de manera voluntaria. Mi discrepancia con tal modo de discurrir es plena: porque no concurre previsión legal en los términos del Convenio citado y como la requiere conocida jurisprudencia del TEDH, que cita la sentencia, y, en tal sentido, la interceptación fue ilegítimamente practicada, con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los escuchados. Y también -y de manera muy especial, dado el marco- porque se hizo con franca ruptura del derecho de defensa, que es como decir del proceso penal acusatorio, y de otros derechos fundamentales. En cuanto a lo primero, hay que señalar que la sentencia identifica dos posiciones doctrinales sobre la posible instalación, con autorización judicial, de escuchas en lugar cerrado para captar sonido ambiente, al amparo de los arts. 18,3 CE y 579 Lecrim; para al fin decantarse por la más laxa, la que brinda la menor tutela a los derechos fundamentales en riesgo y que, además, no puede tener más precario fundamento. En efecto, pues, en esencia, se cifra en el uso del último inciso del párrafo tercero del segundo artículo citado, cuando habla "de las comunicaciones de las que se sirvan" (los sospechosos), *desconectando* esta expresión de la inmediatamente anterior, la vertebradora del precepto en su totalidad, comprensiva *sólo* de las "comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas", que, en una interpretación contextual e integrada del mismo, son el verdadero y *único* objeto de regulación. Lo que significa, lisa y llanamente, que la intervención sobre las de otra clase *no está contemplada* : para ellas no hay previsión, y mal podría acordarse con el



imprescindible fundamento legal. Así, es bien claro que el art. 579 Lecrim no ampara la posibilidad de invasión de las comunicaciones entre sujetos presentes. Y que el vocablo "comunicaciones" de su apartado tercero no introduce -no podría hacerlo de forma implícita, en materia tan sensible- una modalidad de las mismas ajena a las expresamente consideradas. Cuando, además, la expresión en la que se integra tiene un sentido francamente obvio: la observación puede también extenderse a las comunicaciones que son preciso objeto de regulación, esto es, las "postales telegráficas o telefónicas" mantenidas por otros sujetos de "las que se sirvan" los investigados. Ciertamente que en una interpretación hiperliteralista y deconstructiva del precepto en el término "comunicaciones", debidamente descontextualizado, caben las de cualquier tipo. Pero obrar así no es interpretar con rigor, y menos con el que exigen las normas de aplicación del *ius puniendi*; sino valerse de una clara e injustificable imperfección técnica del lenguaje legal para *construir* una norma contra la *ratio legis*: un precepto no escrito de creación jurisprudencial. Una regla *tercera o supernumeraria* que diga lo que no dice ninguna de las tomadas como supuesta base de la misma. Otro tanto hay que afirmar de la invocación de los preceptos citados relativos al marco penitenciario (verdadero y único objeto de regulación) para *convertir* por esa vía oblicua una medida de tal régimen específico en un *medio de investigación procesal objetivamente ausente y extraño a nuestro sistema jurídico vigente* en materia de proceso criminal. Sin que pueda servir como *argumento* que el juez *tendrá que poder* lo que puede el director de un centro de reclusión. Porque esta clase de analogía de un supuesto *sentido común* lo sería del propio del hombre de la calle, no del jurista, que mal puede convertirla en fuente de derecho. Máxime cuando concurre una patente heterogeneidad tanto en el fin como en la modalidad de ejercicio de la interceptación. Y semejante modo de discurrir, que podría servir para mover la voluntad del legislador, no vale en cambio para cubrir el ostensible vacío legal. Esto, en rigor, debiera bastar para excluir esa *suplencia* extensiva, porque no cabe trasladar al campo de la jurisdicción instrumentos de control propios de un régimen administrativo de especial sujeción, que no es, precisamente, el de quienes gozan del amparo de preceptos como los que conforman la disciplina constitucional del proceso. El TEDH en múltiples sentencias habla de la necesidad de previsión legal, en tanto que condición de legitimidad de las injerencias en el marco de la intimidad y del secreto de las comunicaciones. Ello como garantía de conocimiento por los eventuales afectados de las actuaciones que podrían llegar a concernirlos, a fin de que puedan saber a *qué atenerse*. De aquí se deriva para el legislador una ineludible exigencia de calidad en el uso del lenguaje, más precisamente, de transparencia y rigor descriptivo en la delineación de los supuestos. Pues bien, siendo así, es patente que, en este punto, el legislador español -en la hipótesis de la mayoría- no ha cumplido en modo alguno sus deberes. Para demostrarlo basta reparar en el auténtico laberinto *interpretativo* en el que hay que sumergirse para llegar a la conclusión de que nuestro ordenamiento contiene una disposición legal como la tan artificiosamente fabricada en este caso. Acudiendo a una alambicada y amplificadora operación de síntesis de otras varias ideadas con un fin distinto del perseguido con la operación que se cuestiona. Pero hay más, dado que en el supuesto a examen no sólo concurre afectación del secreto de las comunicaciones verbales entre personas presentes. Pues éstas se hallaban, precisamente, en el que tendría que considerarse en ese momento su *domicilio*, el ámbito de ejercicio de su única posible y precaria intimidad, necesariamente compartida, que fue invadido; justo porque iba a ser ese su destino, y por un motivo que nada tenía que ver con la seguridad de los detenidos ni con las peculiaridades propias del régimen administrativo de la detención. En una actuación, no justificada por motivos de esta última clase y completamente ajena en la forma a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de allanamiento domiciliario. Por si fuera poco, la medida incidió pesadamente en el derecho de defensa, banalizándolo, con manifiesta quiebra del *nemo tenetur*. Ciertamente que se dice que en la obtención de las declaraciones no habría habido provocación o *trampa*. Pero no lo veo así, porque es claro que los escuchados hablaron en la creencia de que lo hacían *sólo para ellos*, en el aludido ámbito de intimidad compartida; obrando, con toda seguridad, de un modo distinto a como lo habrían hecho ante el posible provocador infiltrado con el encargo *sonsacarles* al que se alude en la sentencia; o sea, en situación de total inermidad ante el investigador. Y -diría- no cabe mayor insidia que la de convertir en *declaración* autoinculpatoria o heteroinculpatoria la conversación o el soliloquio del detenido que se considera a salvo de escuchas, y da por descontado que, privado de libertad, goza, sin embargo, de los restantes derechos fundamentales previstos en la Constitución, y, en particular, los que asisten al imputado. Sucede, en fin, que el derecho a no declarar expresa algo más que una facultad o una opción defensiva, de uso facultativo por aquél. Es también, o mejor dicho, primero, expresión de la renuncia del ordenamiento constitucional a *servirse* de él como medio de prueba, en especial contra sí mismo: por imperativo del derecho a la presunción de inocencia, que desplaza toda iniciativa inculpativa y el deber de probar sobre quien acusa, imponiéndole la utilización de otras fuentes de conocimiento. En definitiva, creo que la intervención judicial de que se trata es constitucionalmente ilegítima, y así debió ser declarada en la sentencia, con los efectos del art. 11,1 LOPJ. Y en tal sentido tendría que haberse estimado el recurso.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Manuel Maza Martin



Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal he de expresar, no obstante, mi plena conformidad con el contenido del Voto Particular discrepante de aquella, suscrito por el también miembro de la Sala D. Perfecto Andres Ibañez.

Por consiguiente, junto a las que en mi opinión son ya de por sí acertadísimas argumentaciones contenidas en dicho Voto, en referencia a aspectos tan esenciales como la ausencia, en nuestro ordenamiento, de cobertura legal habilitante para la práctica de la diligencia en cuestión o la dimensión constitucional de semejante carencia, argumentaciones a las que expresamente me adhiero, tan sólo considero de interés insistir aquí en el dato, para mi del todo concluyente, de la situación de absoluto sometimiento en que los "espiados" se hallaban, privados de libertad en las dependencias policiales, lo que hace que una injerencia en su intimidad como la consistente en escuchar sin su conocimiento sus pláticas, que en circunstancias distintas de la referidas podría quizá llegar a considerarse lícita si, como en este caso, cuenta con el debido control jurisdiccional, se convierta en una verdadera "trampa" o "treta" ("trickery" en el Derecho anglosajón, que con mayor amplitud y frecuencia ha abordado estos tipos de "artimañas" utilizadas por los investigadores del delito), ejecutada precisamente por quienes, en su condición de funcionarios encargados de la custodia de los detenidos, mayor obligación tenían de preservar y garantizar todos los derechos de éstos, incluidos los correspondientes al ámbito de su intimidad, y a excepción por supuesto de la privación de libertad deambulatoria, que es la única y exclusiva limitación de derechos que puede obrar como contenido propio de la detención acordada.

Aprovechar, por tanto, esa detención y la situación de aislamiento e impedimento de otras alternativas que la misma ocasiona, para obtener información de manera subrepticia y ajena a la voluntad de unos informantes sometidos a tales condiciones sin posibilidad alguna de eludirlas, a mi juicio constituye una actuación por completo ajena a los instrumentos propios de un Estado de Derecho, que en modo alguno puede merecer aprobación como técnica de investigación criminal y, menos aún, como vía para la obtención de material probatorio ulteriormente utilizado en el enjuiciamiento.

Así mismo, he de significar lo que tal comportamiento policial y judicial supone, en mi criterio, de evidente vulneración de los derechos de los investigados a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables, derechos de los que gozaban plenamente al tiempo de la debatida diligencia de investigación y de los que habían sido ya debidamente instruidos los detenidos con carácter previo a su privación de libertad, pues en realidad se obtuvo de ellos una información que voluntariamente no deseaban facilitar, haciéndoles creer que estaban solos en el calabozo, cuando ello no era así, ya que los oídos de unos terceros ocultos a su vista asistían también a la conversación, tomando conocimiento del contenido de la misma desde el exterior de la celda.

Por otra parte, el hecho de que la información obtenida de tal modo no fuera utilizada de manera principal para la inculpación de los propios conversadores objeto de "escucha" sino contra una persona ajena a ellos, copartícipe de los mismos hechos delictivos, a cuya identidad éstos hicieron alusión en su diálogo, extremo en el que la opinión mayoritaria del Tribunal hace especial hincapié para excluir la vulneración del referido principio "*nemo tenetur se detegere*" o "*nemo tenetur se ipsum accusare*", en modo alguno puede servir a ese fin de la exclusión de la infracción constitucional puesto que, en definitiva, a través del contenido de la conversación los detenidos confirmaban también su participación en los ilícitos, con independencia de que pudieran existir otros elementos probatorios independientes que igualmente les incriminasen, pues el derecho constitucional a no declarar evidentemente no puede resultar dependiente de la existencia, o no, de otras pruebas, sino que merece ser respetado por sí mismo, aunque exista acreditación plena por vía ajena a la declaración respecto del contenido de ésta.

Es precisamente por todo ello por lo que se explica, según mi opinión, el que, aunque en nuestro ordenamiento esté permitida, mediando la oportuna autorización judicial, una injerencia tan gravísima para el investigado como la intervención de sus conversaciones telefónicas, la práctica de tal diligencia no resulte, sin embargo, posible una vez que se ubica al investigado en el lugar de imputado, precisamente porque a partir de ese momento su derecho a no ser fuente productora, ni voluntaria ni involuntariamente, ni con conocimiento de ello ni de manera inconsciente, de material probatorio que le incrimine ("*nemo tenetur*") ha de prevalecer sobre cualquier otra consideración, especialmente frente a eventuales planteamientos utilitaristas y de mera eficacia policial que tan contradictorios suelen resultar con el respeto adecuado a las garantías básicas de un procedimiento penal democrático.

En definitiva, concluyo reiterando la coincidencia con mi compañero Marco Antonio en que la expresada diligencia y su resultado debieron de ser declarados ilícitos, por vulneración de derechos fundamentales, con las consecuencias procesales que a partir de ello habrían de derivarse.



PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ