



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 64
Fax: 928 42 97 78
Email: s06audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Tribunal del jurado
Nº Rollo: 0000022/2015
NIG: 3500441220110002597

Proc. origen: Tribunal del jurado Nº proc. origen: 0000001/2012-00
Jdo. origen: Juzgado de Primera Instancia Nº 5 (antiguo P. Inst. e Instr. Nº 5) de Arrecife

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Acusado	Fernando Becerra Robayna		Armando Curbelo Ortega
Imputado	Luis Fernando Lleo Khunel	Luis Fernando Lleo Kuhnell	Octavio Esteva Navarro
Acción popular	ASOCIACION DE JURISTAS EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD Y LAS GARANTIAS JIMENEZ DE ASU	Jose Antonio Zambrano Suarez	Bonifacio Villalobos Vega

AUTO

AUTO

Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente

D. Salvador Alba Mesa.

En Las Palmas a diez de abril de dos mil diecisiete.

Dada cuenta ;

HECHOS

PRIMERO.- En este Tribunal se tramita el procedimiento de Ley del Tribunal del Jurado , arriba indicado , en el que habiéndose planteado cuestiones previas al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 de la LOTJ por la representación procesal de don Luis Lleó , tuvo lugar la correspondiente vista, previa oposición del Ministerio Fiscal , el pasado día 1 de febrero del corriente .

SEGUNDO.- la defensa , tras exponer una serie de cuestiones denunciando vulneración de derechos fundamentales , que se centraban en su mayoría en la nulidad de las grabaciones realizadas a don Carlos Espino y don Fernando Becerra, intervenciones telefónicas y resoluciones ordenando el secreto de sumario , terminaba solicitando la estimación de las mismas , y el sobreseimiento del procedimiento respecto de don Luis Lleó.

TERCERO.- el Ministerio Fiscal se opuso por escrito de 27 de enero de 2017 , en el que tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente , terminaba solicitando :

El Fiscal al amparo de lo previsto en el artículo 36.1 e LOTJ propone los siguientes medios de prueba:





PRUEBA PERICIAL: 1ª) Se interesa la citación al juicio oral en su condición de PERITOS de los agentes de la Comisaría de la Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía en Madrid a los efectos de ratificar y ampliar los informes periciales obrantes en las actuaciones a) El agente del CNP de la Sección de Acústica Forense bajo el número profesional Inspector número 63.914 que emitido su informe "VOZ 128/14" el 18 de julio de 2014.(obrante a los folios 11.288 a 11.3226)

b) El Jefe de la Sección de Acústica Forense del CNP que emitió su informe aclaración al anterior con referencia "VOZ 187/14 (Re: VOZ 61/14 y 128/14)" el 18 de septiembre de 2014. (Obrante a los folios 11.415 y 11.416)

d) Los agentes del CNP de la Sección de Tecnología de la Imagen-Audiovisuales bajo el número profesional 65.086, así como, del inspector jefe provisto del número profesional 17.608 que emitieron su informe "Informe Pericial 8/2014 y efectos" el 25 de septiembre de 2014 así como los informes ampliatorios aclaratorios al informe último de la Sección de Tecnología de la Imagen-Audiovisuales a solicitud del Juez a quo.(Obrante a los folios 11.504 a 11.514 y folios 11.608 a 11.615)

2ª) Impugnada la validez de los cd's de SITEL por la representación procesal del acusado Lleó, se interesa que se ordene por el Magistrado Presidente, para el sólo caso de que sea admitida la prueba pericial propuesta por el acusado, y por tanto, no se tenga en consideración las alegaciones de rechazo contenidas en este escrito por el Ministerio Fiscal PRUEBA PERICIAL ANTICIPADA consistente en que por especialistas del DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA DEL SERVICIO DE CRIMINALÍSTICA DE LA GUARDIA CIVIL se proceda a la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial.

Para una mayor acotación de la prueba propuesta se precisaría que el contenido de las llamadas (debidamente cotejadas) y reseñadas en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, cuya audición se ha interesado en el acto de la vista ante el Tribunal del Jurado (las 29 llamadas telefónicas reflejadas) y contenidas en los CDS que como piezas de convicción se hallan a disposición del Magistrado Presidente(bajo la custodia de la Letrada de la Administración de Justicia) sean verificadas con los contenidos registrados en el Servidor Central del SITEL.

Motivación de la propuesta de prueba:

Sabido es que este contraste puede realizarse por el juzgado en los terminales correspondientes para acreditar su identidad con la "matriz" del servidor central. Comoquiera que se ha interesado por la defensa del Sr Lleó una pericial de parte sobre este contenido (folio 523 y 524 de su escrito de alegaciones)

"21.- DE LA PERICIAL FORENSE TÉCNICO-INFORMÁTICO, consistente en el informe de investigación técnica pericial no 213/2014, emitido en fecha 11 de octubre de 2014 que consta de 58 folios numerados a una sola cara con un anexo que consta de 39 folios y un cd firmado digitalmente, por la entidad Netcomputer Forensics, S.L., especialista forense en informática-acústica forense y análisis de videos, siendo la finalidad del informe pericial:





1o.- si las grabaciones aportadas al procedimiento en formato o soporte cds correspondientes a las interceptaciones autorizadas por el sistema Sitel han sido obtenidas cumpliendo con los protocolos establecidos por el propio sistema de interceptación en cuanto a garantizar las exigencias del artículo 230 de la lopl, esto es, la autenticidad e integridad de los archivos grabados, así como con los protocolos establecidos para la obtención de evidencias digitales y cumplido con la cadena de custodia de los ficheros informáticos originales

2o.- si hay concordancia entre la data de grabación/creación de los 102 de los 162 cds conteniendo los archivos con las conversaciones interceptadas, generados por el sistema Sitel, y la fecha y hora de las conversaciones y si los cds cuentan con algún dispositivo de control que permita asegurar la autenticidad e integridad de lo grabado. Si las transcripciones de las conversaciones entregadas por la fuerza actuante al juzgado se han producido en el espacio temporal señalado por las actas, los oficios policiales y los proveídos judiciales.”

A los fines representados por el Ministerio Fiscal se hace necesaria –si la anterior prueba de parte es admitida- su contraste con la práctica de la prueba pericial como la solicitada en este escrito.

DOCUMENTAL, por lectura de los siguientes folios de las actuaciones que al tiempo de hacer el escrito de acusación no se pudieron reseñar por corresponder a las periciales propuestas anteriormente que son de fecha posterior al tiempo de la presentación del escrito de calificación.

Folios 11.288 a 11.3226; 11.415 y 11.416; folios 11.504 a 11.514 y folios 11.608 a 11.615.

CUARTO.- tras la celebración de la vista prevista por el artículo 36 de la LOTJ ,que tuvo lugar el pasado 2 de febrero de 2017 , quedaron los autos sobre la mesa de este Magistrado Presidente para el dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- sobre la pretendida prejudicialidad penal positiva.

Plantea el acusado como primera cuestión que debe despejarse a los **efectos del artículo 36.1 apartado a) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado** , la **existencia de prejudicialidad penal positiva**, y lo hace sobre la base de que gran parte de los documentos que sirven de base a este procedimiento , proceden de las DP 697/2008 por desglose de los originales de los mismos. El Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife incoo las diligencias previas número 654/2014 por la presunta comisión por funcionarios públicos de un delito continuado de falsedad en documento público e infidelidad en la custodia de documentos , incoadas por denuncia inicial formulada por quien fuera Magistrado Instructor de aquellas diligencias previas 697/2008 , ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife y la propia Fiscalía y continuada y ampliada la misma por sendos testimonios deducidos por la actual Magistrada Instructora de tales diligencias (en el momento de la formulación de las cuestiones previas , claro está) en los que cuestionaba la fé pública judicial del Secretario Judicial don Jose Ramón Vera . De entre los hechos presuntamente delictivos que eran objeto de aquellas diligencias y testimonios remitidos por el Juzgado de Instrucción se trataba de investigar la supuesta o presunta infidelidad en la custodia de documentos de un cd-dvd que contenía o debía contener la grabación de la reunión acaecida el 20 de mayo de 2009 entre el Srt. Espino , el Sr. Becerra y el Sr. Lleo y cuyas tres copias en soportes informáticos habrían desaparecido del mundo físico material , incluida la propia grabadora origen de los mismo y la copia de seguridad obran en el Servidor central de la Guardia Civil.





Tras múltiples alegatos que realiza el acusado en su denso escrito de cuestiones previas , viene a llegar a la conclusión de que procede suspender el curso de este procedimiento por prejudicialidad penal positiva hasta en tanto se ventilen las DP 654/2014 que investigarían la desaparición de resoluciones , grabaciones y demás .

El Ministerio Fiscal en su escrito de oposición a las cuestiones previas planteadas , razona que la prejudicialidad penal positiva debe ser rechazada , básicamente por dos razones. La primera , porque no está prevista como cuestión previa a plantear por el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento CRiminal, y la segunda , sencillamente porque no existe en nuestro ordenamiento procesal penal la prejudicialidad penal positiva.

No obstante esta afirmación del Ministerio Público , este Magistrado debe resolver esa primera cuestión prejudicial planteada , pues hábilmente el acusado plantea esa prejudicialidad desde la perspectiva de vulneración de derechos fundamentales , lo que sí encuentra encaje procesal en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. NO obstante , en la vista se renunció al planteamiento de esta cuestión , pese a lo cual se procede a su resolución .

Es evidente , que lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es una prejudicialidad penal prevista para el proceso penal , pues es contradictorio y quebraría el principio de libre valoración de la prueba el hecho de que porque se dude de la legitimidad de un documento o de la autenticidad del mismo no se pueda valorar por el Tribunal , antes de que otro Tribunal declare dicho documento como objeto o vehículo para la comisión de un hecho delictivo. Debe permitirse valorar la prueba en su conjunto , con amplitud , sin que por esta razón pueda rechazarse el argumento de fondo que propone el acusado , argumento que puede hacer valer en juicio oral cuando se trate de valorar la fuerza probatoria de tales documentos y que , sin duda , puede incidir en dicha valoración .

Las cuestiones prejudiciales son aquellas que se plantean en conexión con el objeto del proceso y que son competencia de otro orden jurisdiccional (afectan a la competencia genérica del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) distinto del que conoce de la cuestión principal, no obstante lo cual, el legislador ha optado, por razones de política legislativa, por permitir en ocasiones que resuelva sobre ellas el mismo tribunal que conoce de la cuestión principal, si bien a los solos efectos del proceso principal en el que surgen.

De entre los diversos conceptos que se han desarrollado de las cuestiones prejudiciales, destacan fundamentalmente dos concepciones: desde una visión amplia, se hace referencia a la denominada prejudicialidad "homogénea", entendiéndose por tal aquellas cuestiones que se suscitan de manera conexa con la cuestión de fondo que se plantea en el proceso, y que, por la naturaleza a la que responde, pueden estar atribuidas a la competencia de un tribunal del mismo orden jurisdiccional; por otro lado, desde una visión estricta de la prejudicialidad, se está haciendo referencia a la prejudicialidad "heterogénea", cuya competencia se atribuye a tribunales de distinto orden jurisdiccional.

Los elementos delimitadores de las cuestiones prejudiciales pueden quedar específicamente determinados del modo siguiente:

a) Guardan conexión con el objeto del proceso, refiriéndose a la relación jurídica material que se ventila, no a la procesal.





b) La conexión con la relación jurídica material del proceso principal no comporta, sin embargo, una dependencia absoluta respecto del proceso principal, sino que, antes al contrario, en sí es autónoma como objeto de un proceso, lo que sucede es que cuando surge y se plantea es por su conexión o vinculación con el proceso principal, y es respecto de éste que puede predicarse un cierto carácter accesorio.

c) A diferencia de lo que sucede con las cuestiones incidentales, no es nota definidora de las prejudiciales la existencia de un procedimiento y una resolución autónoma, y ello por cuanto el legislador decide la solución que entiende más acorde, atendida la clase de cuestión prejudicial que se hubiere planteado. De este modo, en ocasiones decide canalizar formalmente la cuestión prejudicial a través de un procedimiento con resolución propia, y en otras se une al proceso y a la resolución principal, dando lugar a las prejudiciales devolutivas o no devolutivas.

d) La verdadera cuestión prejudicial es la que es competencia de los tribunales de otro orden jurisdiccional distinto del que está conociendo del proceso principal (concepto estricto de cuestión prejudicial).

La Sentencia 30/1996, el Tribunal Constitucional declara que:

"El necesario respeto al principio de independencia judicial resta, como regla general, relevancia constitucional a estas posibles contradicciones entre resoluciones dictadas por Tribunales integrados en órdenes jurisdiccionales distintos, sin que sea misión de este Tribunal el establecer unificación alguna al respecto (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1995, entre otras). Por ello, sin dejar de reconocer los inconvenientes que pueden derivarse de la posibilidad de que se produzcan sobre los mismos intereses sentencias contradictorias, en cierta medida, a causa de una determinada interpretación judicial de un sistema legal que establece la concurrencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos (Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1989, 116/1989, 171/1994), hemos sostenido la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1984, 62/1984, 171/1994) como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada, y a los solos efectos del propio proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1994).

Como regla general, carece, pues, de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales (Sentencias del Tribunal Constitucional 158/1985, 70/1989, 116/1989)".

Tal declaración supone, pues, que es perfectamente legítimo desde el punto de vista constitucional el hecho de que la ley permita que un mismo órgano judicial, a los solos efectos prejudiciales, pueda pronunciarse sobre cuestiones ajenas a la competencia genérica de su respectivo orden jurisdiccional, sin que las contradicciones que entonces puedan surgir entre





los pronunciamientos dictados por órganos pertenecientes a diferentes órdenes jurisdiccionales alcancen relevancia constitucional, dada la vigencia del principio de independencia judicial.

Con ello quiere significarse, en último término, que ningún precepto de la Constitución impone un sistema determinado de prejudicialidad, por lo que la elección entre uno u otro constituye una simple decisión de política legislativa carente de relevancia constitucional.

Por tanto, con independencia de que las DP 654/2014 se encuentren o no sobreesidas libremente, lo que debe compartir este Tribunal con el Ministerio Fiscal es el hecho de que no puede prosperar una prejudicialidad penal positiva como la planteada por el acusado, pues esta prejudicialidad no se prevé en nuestro ordenamiento jurídico. Sobran argumentos sobre si el Juez que investiga esas diligencias previas se encuentra o no sancionado o investigado en el Tribunal Superior de Justicia, pues ello poco tiene que ver con lo que plantea hoy el acusado, ya que el hecho de que un Juez de Instrucción esté investigado en un proceso penal no le resta validez a los actos procesales de este Juez ni a las instrucciones que tramite, y desde luego a las resoluciones que dicte.

En efecto, como dice la STS 846/2012 de 5 de noviembre que argumenta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, en el proceso penal cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido debe resolverse, sin ninguna vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto. Pero siempre dejando claro, que la inexistencia de tal prejudicialidad no obsta a una amplia valoración de la prueba en la que de forma ulterior pueda ponderarse lo alegado hoy por el acusado.

SEGUNDO.- sobre la vulneración de derechos fundamentales por no poder proponer diligencias de investigación en el seno del procedimiento ante el tribunal del Jurado.

Sobre este particular analicemos, en primer lugar, lo que la Ley establece sobre la nulidad de los actos judiciales.

Así, el artículo 238 de la LOPJ establece lo siguiente:

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- 1.o Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*
- 2.o Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.*
- 3.o Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.*
- 4.o Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.*
- 5.o Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial. 6.o En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.*

Es decir, los actos procesales serán nulos si se realizan prescindiendo del procedimiento y además, por esa causa, se haya producido indefensión.





Por su parte , el artículo 25 de la LOTJ establece , al regular la comparecencia sobre el traslado de la imputación que *... en sus intervenciones , las partes podrá solicitar las diligencias de investigación que estimen oportunas “.*

En cuanto a la posibilidad de solicitar diligencia complementarias en la audiencia preliminar , el artículo 29.4 de la LOTJ establece que las partes puede solicitar o proponer diligencias complementarias para su práctica en la audiencia preliminar , sin que puedan ser reiteradas las que hayan sido practicadas con anterioridad.

En este caso , las diligencias que el acusado propone , según se deduce de sus propias manifestaciones en el escrito de cuestiones previas , consistieron en :

1. Diligencias complementarias de investigación dirigidas a acreditar las nulidades de pleno derecho de documentos incorporados a las actuaciones de manera irregular por vulneración de derechos fundamentales de los imputados.
2. Diligencias complementarias de investigación relativas a las actuaciones previas del agente provocador don Carlos Espino Angulo.
3. Diligencias complementarias de investigación que desvirtúen , contradigan o dejen en evidencia por inveraces y no ajustado a la realidad los hechos objeto de esta causa que invoca el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional..

El artículo 27 de la LOTJ establece que *si el Juez de Instrucción acordase la continuación del procedimiento , resolverá sobre la pertinencia de las diligencias solicitadas por las partes , ordenando practicar o practicando por sí solamente las que considere imprescindibles para decidir sobre la apertura de juicio oral y no pudiesen practicarse directamente en la audiencia preliminar prevista en la presente ley..*

Luego , como vemos , son múltiples los momentos en que la parte puede solicitar diligencias , y plantear la nulidad de actuaciones.

La denuncia sobre vulneración de derechos fundamentales porque las diligencias propuestas por el hoy acusado no fueran admitidas por el Juez instructor no conlleva la nulidad de actuaciones , como no puede ser de otro modo.

Ello porque no existe un derecho absoluto a la tutela judicial efectiva consistente en que hayan de practicarse cuantas diligencias solicite la parte , cualquiera que sea , es decir, tanto defensa como acusación , al amparo de lo dispuesto en el artículo 24 de la CE. En absoluto. EL Juez debe practicar aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles y realizar el juicio de pertinencia y utilidad en una resolución fundada en Derecho , que podrá compartir la parte o no , lo que sin duda daría lugar a la interposición de los correspondientes recursos , como así ha sucedido y así se reconoce por el hoy acusado que plantea estas cuestiones.

Por tanto , se podrá o no compartir el criterio del juez de instrucción , pero lo que no podrá sostenerse con solvencia es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o a la defensa , sino se accede a la práctica de cuantas diligencias de instrucción solicite la defensa. A ella también corresponderá motivar la pertinencia y utilidad de la prueba que proponga .

Sobre la vulneración del derecho fundamental a la defensa y asistencia letrada y del derecho fundamental a un proceso público justo sin dilaciones indebidas por la no incoación a límite del procedimiento del tribunal del Jurado desde el 6 de junio de 2008 al 2012 , se debe razonar lo siguiente .





Se fundamenta esta pretensión en el hecho de que la incoación del procedimiento ante el tribunal del Jurado no fue inmediata tras la interposición de la denuncia , cuando en el auto de 30 de marzo de 2012 se delimitaron los hechos punibles , identificando claramente el cohecho , siendo éste delito competencia del Tribunal del Jurado.

Denuncia el acusado una aparente infracción del ordenamiento jurídico , una supuesta inadecuación de procedimiento que además dice haberle causado indefensión. Dejando claro desde el principio que el acusado no indica las razones por las que se le causa indefensión , con concreción específica de las mismas . Se limita a una denuncia genérica de indefensión por vulneración de las normas de procedimiento. El artículo 24 de la LOTJ establece que *cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela , y tan pronto como de cualquier actuación procesal , resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito , cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado , previa valoración de su verosimilitud , procederá el Jue de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado , ...*

Se dice vulnerado este precepto y causada indefensión . Sin embargo , no se comparten tales afirmaciones. En primer lugar , porque no consideramos que se haya producido indefensión .

Así, la STS de fecha 17 de febrero de 2011, nos recuerda que:

"En efecto como hemos dicho en SSTs. 802/2007 de 16.10 y 566/2008 de 2.10, la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos fundamentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe como la negación de la expresada garantía (SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE. sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

*A) Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la **necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa**; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: **no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada**, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.*

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el





proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95, 91/2000, 109/2002).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

B) Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivocada o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95).

Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades





procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas."

En suma, conforme a la doctrina del T.C. se ha de tener en cuenta que, de un lado, se precisa que la nulidad relevante es aquella que haya producido una efectiva indefensión, concepto que no solo es formal, sino material y consistente en la privación del derecho a una parte a alegar y demostrar sus propios derechos, es decir, que la relevancia en el ámbito constitucional de una determinada infracción procesal no viene dada por la irregularidad procesal en sí, sino por la incidencia sobre aquellas facultades de la parte que se resumen en el derecho consagrado en el art. 24.1 C.E. y de otro, que para poder considerar la existencia de indefensión no ha de existir una conducta omisiva de quien alega esa indefensión, de modo que si la lesión se debe de manera relevante a la inactividad o negligencia del lesionado por falta de diligencia procesal, tal infracción resulta condenante a efectos constitucionales.

Luego , sin discutir que tal vez el procedimiento ante el Tribunal del Jurado debió incoarse con anterioridad , no podemos dejar de mencionar que la complejidad de los hechos que eran objeto de investigación en el llamado Caso Unión , DP nº697/2008, justificaba la no inmediata incoación de procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Era necesaria , pues una investigación previa para la concreción de los hechos , y determinar esa verosimilitud a que alude el propio acusado en su planteamiento de cuestiones previas . Esta exigencia de verosimilitud exige una investigación previa a la incoación del procedimiento ante el tribunal del Jurado , y esta investigación previa justifica el secreto de las actuaciones a que se refiere el acusado , desde un punto de vista de excluir cualquier indefensión por ello . Pero debiendo descender al ámbito de la supuesta indefensión alegada por el acusado como vulneración de un derecho fundamental , debemos insistir en que no se concreta por el acusado qué indefensión se le ha podido causar cuando una vez incoado el procedimiento ante el Tribunal del Jurado ha podido solicitar cuantas diligencias entendió procedentes a su Derecho , con independencia de que las mismas fueran rechazadas por la Instrucción , cosa que hubiera sucedido igual en el procedimiento abreviado que en el procedimiento ante el tribunal del Jurado.

El acusado pretende la nulidad del propio auto de incoación de las DP 697/2008 y todo lo sucesivo por vulneración de lo dispuesto en el artículo 24 de la LOTJ y 789.3.2ª de la LECRIM. A este respecto conviene recordar los Autos de la Audiencia Provincial de Málaga , en el marco del famoso Caso Malaya , de fecha 22-01-2010 , No 30 , (resolutorio de los recursos contra el segundo auto de procesamiento) y 29-01-2010 , No 107 (resolutorio de los recursos contra el tercer auto de procesamiento) en cuyos apartado no 31, denegaba la competencia del jurado en Base a las siguientes consideraciones que transcribimos literalmente:





“..Como establece el Tribunal Supremo: La competencia que nuestro ordenamiento otorga al Tribunal del Jurado viene establecida, en primer lugar y de manera directa, en el artículo 1 de la Ley que regula esa Institución, enumerando los delitos cuyo enjuiciamiento se atribuye al Tribunal de legos, entre los que se encuentran indudablemente dos de los ilícitos a los que se refiere este procedimiento, en concreto el asesinato (art. 139 CP) y el allanamiento de morada (art. 202 CP). Pero junto con dicho criterio enumerativo de infracciones, la propia Ley, en su artículo 5, complementa la referida competencia con una serie de reglas, unas de carácter negativo, como las referentes a la exclusión de los delitos contra la vida no consumados, de la prevaricación aunque se encuentre conectada con otras infracciones competencia del Jurado y de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado, sin que se rompa con ello la continencia de la causa, y otras de contenido positivo o inclusivo, tales como las que aluden a la concreta responsabilidad por el grado de participación o de consumación del ilícito o cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos si alguno de ellos fuera de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado o para el caso del enjuiciamiento de diversas acciones u omisiones que constituyan una continuidad delictiva de infracción que, así mismo, fuera competencia del Jurado. Finalmente, el apartado 2 de ese mismo precepto se refiere a los supuestos en los que, por conexidad, la competencia del Tribunal del Jurado atrae a otros ilícitos que, en un principio, no debieran ser enjuiciados ante dicho Tribunal.

Por su parte, el Tribunal Supremo establece que: “La competencia del Tribunal del Jurado se determina por las reglas establecidas en el art. 5 de su Ley específica. Dicha competencia, que atiende, a la calificación del presunto hecho delictivo, se extiende a los delitos conexos, siempre que tal conexidad se origine: porque dos o más personas reunidas han cometido los delitos simultáneamente; porque ha habido concierto previo entre dos o más personas para cometer los delitos en tiempos y lugares distintos; o porque uno de los delitos se haya cometido para perpetrar otro, para facilitar su ejecución o para facilitar su impunidad. El examen del precepto revela su perfecta sincronía con el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo en el supuesto último (el recogido en el número 5o) de ésta: cuando los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse causa por cualquiera de ellos, tuvieran relación o analogía entre sí, a juicio del Tribunal. Además, la Ley del Jurado excepciona de la vis atractiva que establece su art. 5 el caso de que uno de los delitos imputados sea el de prevaricación –ya más arriba hemos hecho referencia al supuesto- y el caso de que los delitos puedan enjuiciarse por separado sin romper la continencia de la causa. Es claro, por tanto, que en ningún caso podría producirse el doble enjuiciamiento de los delitos imputados en esta causa por el Tribunal del Jurado toda vez que uno de ellos es el de prevaricación. Queda, en cambio, por analizar si pueden ser enjuiciados por separado en cuanto la continencia de la causa queda intacta o si, por el contrario, tienen relación o analogía entre sí en cuyo caso necesariamente deberán ser conocidos por este Tribunal. Pues bien, a juicio de este Tribunal los diversos delitos imputados por el Ministerio Fiscal al acusado tienen relación entre sí y no pueden ser enjuiciados en diferentes causas y por distintos Tribunales. El hecho en que basa el Ministerio Fiscal el presunto delito de tráfico de influencias nace, o mejor, tiene acceso judicial, en el curso de la investigación del delito de prevaricación también imputado. El Fiscal, en su intención de acreditar la pérdida de imparcialidad del acusado, esto es, la amistad con el Sr. Aurelio y su interés en el asunto que a éste afectaba, solicitó la declaración de la Juez Sustituta Da María Teresa González Gómez y ésta en su declaración





judicial relató, efectivamente, cuanto se ha declarado probado en el Antecedente correspondiente a esta resolución. De esta entrevista del acusado con la Juez Sustituta –no negada aunque sí en la forma en que ésta la relata- deduce el Fiscal la existencia de un delito de tráfico de influencias, en la medida en que entiende que el acusado, prevaliéndose de su cargo y de su superior rango en la carrera judicial, intentó convencer a aquélla para que cambiara su decisión de continuar con el procedimiento hipotecario que tan gravemente afectaba a su amigo. El hecho, pues, forma parte del entramado probatorio que pone en evidencia, para el Ministerio Fiscal y para esta Sala, como se ha dicho, uno de los elementos constitutivos del delito de prevaricación: la parcialidad del Juez y su interés en que un procedimiento judicial se resolviera de determinada forma. La relación de este hecho con la prevaricación resulta, en consecuencia, evidente y rompería la continencia de la causa su enjuiciamiento por otro Tribunal, con lo que ha de determinarse el enjuiciamiento por éste.

A mayor abundamiento de tales razonamientos, y corroborando el criterio mantenido durante largo tiempo por el Tribunal Supremo en el sentido de que en los supuestos de conexidad subjetiva en los que concurren delitos competencia del Tribunal del Jurado con otros cuyo conocimiento no le venga legalmente atribuido, y en los que no sea posible el enjuiciamiento separado para no romper la continencia de la causa, la competencia no corresponderá, como norma general, al Jurado sino al Tribunal que resulte competente conforme a las reglas generales del art. 14 LE Crim.

Así se desprende de la STS de 29 de junio del 2001 que establece:

Pues bien, si es cierto que en cuanto a los supuestos de conexidad prevenidos en los cuatro primeros apartados del art. 17 de la L.E. Criminal (comisión simultánea por dos o más personas reunidas, comisión previo concierto mutuo, comisión medial y comisión para impunidad), el art. 502 de la Ley del Jurado establece con claridad la “vis atractiva” de la competencia del Tribunal del Jurado, también lo es que el último supuesto de conexidad (la conexidad subjetiva, prevenida en el art. 17.5o) que es precisamente el supuesto que aquí concurre, ha quedado legalmente excluido de dicha expansión competencial.

En consecuencia es claro que el Legislador ha querido excluir los supuestos de conexidad subjetiva de la competencia del Tribunal del Jurado. Como señala acertadamente el Tribunal sentenciador en la doctrina se ha justificado esta exclusión como una norma de tutela de la institución del Jurado, dada la excesiva amplitud de esta última causa de conexidad, que podría determinar la atribución al jurado del conocimiento de supuestos muy complejos y de tipos delictivos muy diversos, totalmente ajenos a la que en el criterio legislativo debería conocer el Jurado, dificultando con ello su funcionamiento.

Debe deducirse, por tanto, de esta disposición legal que en los supuestos de conexidad subjetiva en los que concurren delitos competencia del Tribunal del Jurado con otros cuyo conocimiento no le venga legalmente atribuido, y en los que no sea posible el enjuiciamiento separado para no romper la continencia de la causa, la competencia no corresponderá, como norma general, al Jurado sino al Tribunal que resulte competente conforme a las reglas generales del art. 14 de la L.E. Criminal. Es decir que la competencia se atribuirá a la Audiencia Provincial o al Juzgado de lo Penal en función de la pena legalmente señalada para el más grave de los delitos objeto de acusación, incluido obviamente el delito inicialmente atribuido al Jurado.





Este es el criterio jurisprudencial adoptado mayoritariamente por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo reunido en Sala General para unificar criterios, conforme a lo legalmente prevenido en el art. 264 de la L.O.P.J., el 5 feb. 1999. Criterio reflejado posteriormente en reiteradas resoluciones, como las sentencias de 18 Feb. 1999, 19 Abr. 2000 o 6 Feb. 2001.

Criterio jurisprudencial que ha sido mantenido en el Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 20 de enero del 2010.

Si bien es cierto que en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23 de febrero de 2010 refundiendo esta cuestión, introdujo un nuevo párrafo resolviendo las dudas acerca del delito-fin perseguido por el actor de los hechos a favor del delito más gravemente penado de entre los imputados, en ambos casos se mantiene la Regla 5 que literal y tajantemente estipula que : “Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado “.

Y la regla 6 , in fine que establece que “ En cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial.”

Por lo tanto , no puede considerarse en absoluto nulo el auto de incoación de las DP 697/2008 ni lo actuado con posterioridad al mismo por la no inmediata incoación de procedimiento ante el Tribunal del Jurado como se argumenta por el acusado , pues la magnitud y complejidad del procedimiento , de las personas implicadas en el mismo y la determinación de los hechos obligaba al juez de instrucción a comportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , practicando las diligencias esenciales que se estimaron pertinentes y útiles , procediendo la ulterior incoación del Tribunal del Jurado , que se debe entender ajustada a Derecho.

CUARTO.- SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DOMICILIARIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO JUSTO CON TODAS LAS GARANTÍAS.

Se concreta , en primer lugar , esta cuestión previa en la **vulneración de derechos fundamentales en la grabación de la reunión mantenida entre don Carlos Espino Angulo y don Fernando Robayna de 5 de junio de 2008.**

Sostiene el acusado que si bien la grabación de conversaciones entre dos personas es lícita , desde un punto de vista de no vulneración del secreto de las comunicaciones, cuando se graba por una de las personas que interviene en la conversación lo que no es procedente es que esa grabación esté pre ordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos , evidenciando los de forma casual . Algo que corresponde , según el acusado , a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado , que son quienes podrán preordenar la grabación , contando para ello con previa autorización judicial.

Desde luego , si la grabación realizada en su día por don Carlos Espino estaba pre ordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos y la misma no contó con autorización judicial





, dicha grabación debe quedar excluida de este procedimiento por diversas razones. Sin embargo , si la grabación fue ocasional , se tendrían que valorar otros parámetros para determinar su validez constitucional y legal.

Pues bien , no discutiéndose lo que argumenta el Ministerio fiscal cuando afirma que no se precisaba una grabación para la inocación de unas diligencias previas , y que bastaba únicamente la denuncia de un testigo , de don Carlos Espino , de haber sufrido un intento de soborno , por lo que no existe conexión de antijuricidad cuando se aporta una grabación, afirmación ésta ultima que debe ser analizada pues no puede ser absoluta . Ello es cierto , pero no es menos cierto que esa grabación parece realizarse con la intención pre ordenada de investigar un delito , de constatar su supuesta comisión . Si como dice el acusado , la grabadora es facilitada al testigo por la propia Fuerza actuante , es evidente , que la grabación no fue ocasional e iba preordenada a constatar un delito , lo que debería haber contado con autorización judicial.

Sobre la grabación realizada por un particular en el transcurso de una conversación existe múltiple jurisprudencia que interpreta y sienta su validez para la aportación a un proceso penal, siempre y cuando reúna unas garantías mínimas que vienen dadas por su carácter de prueba documental , de documento electrónico , y son las establecidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial , que en su artículo 230 .2 establece:

2. Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Luego , los requisitos que debe reunir el documento electrónico , en este caso una grabación de una conversación son , evidentemente , la integridad y la autenticidad. De este modo , si se aportó una grabación al procedimiento , por parte de la Fuerza actuante, en este caso , la UCO de la Guardia Civil , se debió aportar el soporte original de la misma a fin de dejar acreditada su autenticidad e integridad , cosa que no se hizo en ningún momento.

La extensa Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre (Sr. Díez-Picazo y Ponce de León), reproducida mucho después por la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2003, de 24 de marzo (Sra. Pérez Vera), ha recalado que con la grabación de una conversación particular no resulta lesionado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, aunque sí puede resultar afectado el derecho a la intimidad.

«El hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional (del recurrente) fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones con su interlocutor, al proceder éste a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que “el artículo 18.3 no sólo protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla... sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte...”. La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.

Se plantea así el problema de si la grabación de la conversación, en la que fue parte el recurrente, constituyó una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del artículo 18.3 de la Constitución y en un equivocado entendimiento de la





relación que media entre este precepto y el recogido en el número primero del mismo artículo.

Se plantea así el problema de si la grabación de la conversación, en la que fue parte el recurrente, constituyó una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del artículo 18.3 de la Constitución y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el número primero del mismo artículo.

El derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable el alegato de que el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede decirse también que el concepto de «secreto», que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984 -caso Malone- reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado «comptage», permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Por su parte , **Sentencia 12/2012, de 30 de enero de 2012**

Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

Por lo que respecta al otro derecho fundamental en conflicto, el derecho a la propia imagen queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el «derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la





imagen con fines puramente lucrativos» (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4).

Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que «[e]l derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz.». En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación.

El presente caso presenta unos contornos o perfiles singulares derivados de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona. Por un lado, como razona en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada «cámara oculta» impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose a su realización y posterior publicación, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniente, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir. La ausencia de conocimiento y, por tanto, de consentimiento de la persona fotografiada respecto a la intromisión en su vida privada es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 68, y de 10 de mayo de 2011, Mosley c. Reino Unido, § 11).

Por otro lado, es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones.

La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (en este sentido, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, Jersild c. Dinamarca, § 31). No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes





sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 70).

Como afirma el Magistrado don Jose Luis Rodríguez Laín en su obra “ El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal “ : *En cuanto respecta a la jurisprudencia del TEDH , desde prácticamente el principio , esta comenzó a utilizar una doctrina , la de la calidad de la norma habilitante , que bebía de los mismos fundamentos dogmáticos de la doctrina estadounidense sobre la expectativa razonable de privacidad . Para que , en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2 del CEDH , se pudiera considerar legítimo un acto de injerencia de los poderes públicos sobre una concreta esfera de la privacidad de un ciudadano , debía existir una norma jurídica que , aparte de superar los controles de proporcionalidad y necesidad en términos de definición normativa , habrá de ser previa a su aplicación ; y además contener con el suficiente detalle una regulación jurídica que permitiera , por una parte , que cualquier ciudadano pudiera tener una idea de cuando y bajo que circunstancias podría verse afectado por la medida restrictiva de su derecho - principio de cognoscibilidad - y por otra , servir de freno a cualquier situación de abuso o arbitrariedad de aquellos amparada en el silencio o la insuficiencia de la norma habilitante. (SSTEDH de los casos Huvig y Kruslimn versus Francia , de 24 de abril de 1990).... Sin embargo , el ejemplo paradigmático sería sin duda el de la celebre STEDH, Sección 4ª , de 3 de abril de 2007 (caso Copland vs. Reino Unido) cuyo paralelismo con la sentencia 241/2012 de 17 de diciembre del tribunal Constitucional es innegable. Ante las sospechas por parte de una institución pública británica de que la recurrente estaba realizando un abuso en el acceso a líneas de tarificación adicional desde los terminales telefónico e informático del despacho donde trabajaba como empleada , la dirección decide realizare un análisis pormenorizado tanto del listado de llamadas contenido en la facturación telefónica como del ratio de los archivos temporales de internet del PC a su disposición. Dentro de los distintos putos de vista a los que es sometida la actuación de la autoridad británica , se encuentra no solo la incuestionable afectación del derecho al respeto de la correspondencia ,... y en concreto una evidente exclusividad en la utilización de datos de carácter personal cedidos por la operadora de telecomunicaciones sino tambien el quebranto de la expectativa razonable de privacidad de la empleada .*

Este criterio sobre la expectativa razonable de privacidad se generaliza con la inserción en la STEDH Sección 4ª , de 2 de septiembre de 2010 (caso Uzun vs. Alemania), donde se destaca la máxima de que la sistemática recopilación y almacenamiento de datos por servicios de seguridad respecto de particulares , incluso sin el uso o cobertura de métodos de vigilancia , constituía en sí una interferencia en el derecho a la vida privada de los particulares. La penetración de esta doctrina sobre la expectativa razonable de privacidad en nuestra jurisprudencia constitucional , viene de la mano de las SSTC 241/2012 y 170/2013 . Esta ultima destaca lo siguiente :

*Según reiterada jurisprudencia constitucional, **el derecho a la intimidad personal**, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. A fin de*





preservar ese espacio reservado, este derecho **“confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”**. Así pues, **“lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada”** (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que **la “esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena”**; en consecuencia **“corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”** (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3), de tal manera que **“el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad”** (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Asimismo, también hemos declarado que **la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada** (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que **el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales** (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5).

Respecto a si la cobertura de este derecho fundamental se extiende al contenido de los mensajes electrónicos, en nuestra STC 173/2011, de 7 de noviembre, hemos puesto de manifiesto que el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal —entre otros datos sobre su vida privada y profesional— forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido; también que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a la intimidad personal “en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado” (FJ 3). Según recordamos en esta misma Sentencia (FJ 4), este criterio es también el seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera específica en su STEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido): “los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo” están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada (§§ 41 y 44).

b) Nuestra doctrina ha establecido también ciertas matizaciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE.

Hemos tenido ocasión de precisar que el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una **expectativa razonable de privacidad o confidencialidad**. En concreto, hemos afirmado que un “criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje





inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)” (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5).

Asimismo hemos de tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, **“el derecho a la intimidad no es absoluto —como no lo es ningún derecho fundamental—, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado”** (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

c) Las anteriores consideraciones de la doctrina de este Tribunal ponen de relieve que el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; también que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si su fiscalización por la empresa ha generado o no la vulneración de dicho derecho fundamental. En el recurso ahora enjuiciado, la traslación de nuestra doctrina a las circunstancias del supuesto nos lleva a alcanzar las siguientes conclusiones.

De forma similar a lo dicho respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, tampoco en este caso podemos apreciar que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial. Conforme a lo razonado en el fundamento anterior, la habilitación por la empresa de esta herramienta informática como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo y el hecho de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial. Este dato constituye una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet (SSTEDH de 25 de junio de 1997, caso Halford c. Reino Unido, § 45; de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 42 y 47). Sin embargo, en el supuesto que ahora nos ocupa, el régimen jurídico aplicable en la empresa respecto al uso de las herramientas informáticas de su propiedad hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral desarrollada a través de este instrumento, como a fin de constatar que su utilización se ceñía a fines estrictamente profesionales y no personales o extralaborales. Tal circunstancia impedía en este caso abrigar una expectativa razonable de privacidad que determinara la entrada en la esfera de protección del derecho a la intimidad, de acuerdo con lo explicado en la ya citada STC 12/2012, FJ 5.





En una análisis apriorístico de la cuestión planteada , debemos destacar que para el señor Becerra , al igual que para cualquier otro ciudadano , existe una expectativa razonable de privacidad y un poder de exclusión , es decir, el derecho a que sus manifestaciones no sean difundidas o captadas por cualquier medio por su interlocutor con la finalidad de hacerlas llegar a la policía . NO en vano , la difusión de una conversación privada , captada de manera subrepticia será constitutiva de delito , precisamente del previsto en el artículo 197 del Código Penal, al disponer que *se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden , revelan , o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*” . No debemos confundir una investigación judicial abierta , en la que un Juez , garante de los derechos y libertades de los ciudadanos , decide vulnerar ese derecho a la intimidad , quebrar ese poder de exclusión y la expectativa razonable de privacidad , sobre la base de unos principios de proporcionalidad y especialidad en aras a la investigación y descubrimiento de hechos supuestamente delictivos, a que un particular auspiciado por las Fuerzas de Seguridad , y siendo un evidente intermediario de las mismas , un medio para realizar una grabación subrepticia que , en absoluto estaría autorizado por nuestra Carta Magna ni por la Carta Europea . El señor Espino utilizó una grabadora oculta facultada por la Guardia Civil , lo que es igual que la Guardia Civil oculte en el despacho del señor Espino dicho dispositivo y obtuviera la grabación , sin autorización judicial ni conocimiento judicial de dicha limitación de derechos fundamentales . En este caso , no era así . No existía una investigación judicial , pues la misma se abre después de efectuar la grabación , y sobre la base de esta grabación , pues ignoramos la validez que hubiera tenido por si misma la sola declaración del señor don Carlos Espino sobre el supuesto ofrecimiento de soborno , así como ignoramos si se hubiera o no acordado una intervención telefónica o cualquier otra medida gravosa de derechos fundamentales sobre la base de la exclusiva manifestación de don Carlos Espino, lo que deberá tenerse en cuenta en su momento a efectos de valoración de la prueba como se dirá . Lo cierto y verdad , es que toda esa investigación se sustentó sobre la base de la grabación que efectuó el señor Carlos Espino de sus conversaciones con Fernando Becerra o Luis Lleó. Ambos tenía ese poder de exclusión y , probablemente , se hubieran conducido en esos encuentros de forma muy diferente o hubieran realizado manifestaciones muy diferentes de haber tenido lugar en algún espacio público , o lugar en el que ese poder de exclusión se hubiera visto sensiblemente difuminado por las circunstancias . Acuden a un despacho oficial y seguros de estar garantizada su privacidad , cosa que no fue así .

Pero es que podemos ir más lejos. Cuando se realiza la grabación subrepticia por el señor Espino , no solo no existía una investigación judicial de supuestos hechos delictivos , sino que ni siquiera existía una investigación policial. Llama la atención que en el origen de todo el procedimiento se encuentra una “ comparecencia “ de don Carlos Espino en su propio despacho profesional . Es decir, no acude don Carlos Espino a dependencias de la Guardia Civil sino que es la Guardia Civil la que , por alguna razón acude al despacho profesional de don Carlos Espino para que éste haga una comparecencia en la que relata lo sucedido un mes antes con don Fernando Becerra , un intento de soborno , y manifiesta a los agentes que necesita algún dispositivo para grabar una conversación que iba a tener lugar al día siguiente , precisamente . Sin más indicio que la manifestación de don Carlos Espino , y sin ni siquiera comunicar a la autoridad judicial en funciones de guardia , al menos , la comparecencia efectuada por don Carlos Espino en la que relataba hechos de tanta gravedad , decide la





Guardia Civil entregar al señor Espino una grabadora oculta para grabar una conversación con don Fernando Becerra , pero a los solos efectos de captar la comisión de un presunto delito .

La grabación del día 5 de junio de 2008 se realizó no de forma ocasional , sino que como demuestra la comparecencia del día 4 de junio de 2008 a que nos hemos referido se realiza para recoger la comisión de un hecho delictivo o , lo que es igual , la confesión de un hecho delictivo. Es decir, los agentes de la Guardia Civil utilizan a don Carlos Espino para obtener una grabación para incorporarla a un atestado , sin comunicar nada al Juzgado de guardia pues , sin duda , se iba a quebrantar el derecho a la intimidad de dos personas . Es evidente que tanto la conversación como la grabación de la misma se provocó , y ello la inhabilita como prueba en este proceso.

Y es que sin duda existió el quebranto al derecho a la intimidad , pues no se mantuvo la reunión en un lugar público sino en un despacho profesional , público , oficial , al que acude don Fernando Becerra seguro de la intimidad que proporciona dicho entorno y con una “ expectativa razonable de privacidad “ , que se vio frustrada por la grabación ya prevista de esa conversación . La intervención de las Fuerzas de seguridad al proporcionar la grabadora para que se grabara la reunión o conversación a los efectos de acreditar la comisión de un delito , convierte esa grabación en ilícita por vulneración de derechos fundamentales y , como tal , y a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ , debe ser excluída desde este momento para que el Tribunal popular no valore un documento que no goza de la licitud necesaria para ser valorado por haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales . No olvidemos, aunque se pretenda dar validez a dicho documento con el reconocimiento de hechos realizado por don Fernando Becerra , que al aparecer en dicha grabación el nombre del acusado don Luis Lleó , sus derechos fundamentales se han visto afectados por dicha grabación , porque si Fernando Becerra tenía una expectativa razonable de privacidad , desde luego lo que no puede un tercero que ni acude a la reunión es pensar que la misma se va a grabar , que su nombre va a salir a la luz , y ello por las manifestaciones de don Carlos Espino o don Fernando Becerra , sin más indicio de su implicación que la propia grabación .

Pero es que además debemos analizar otras irregularidades denunciadas por el ahora acusado sobre la validez de ésta grabación del día 5 de junio de 2008 y las otras que se llevaron a cabo, lo que haremos con motivo de sucesivas impugnaciones de documentos por afectación de derechos fundamentales en los sucesivos fundamentos jurídicos, por pura sistemática en esta resolución.

QUINTO.- sobre la vulneración de un derecho al proceso con todas las garantías . Inviolabilidad del domicilio de don Luis Lleó .

Se pretende la nulidad de una entrada y registro en varios domicilios del señor Lleó , sobre la base de que se remitió un oficio por la UCO solicitando la entrada y registro en cuatro domicilios del señor Lleó , y posteriormente se dictaron dos resoluciones más que comprendían dos domicilios distintos a aquellos cuatro iniciales . Sin embargo , según el propio acusado estos dos autos dictados (documentos 10 y 11) fueron declarados nulos por la Audiencia Provincial , por lo que la cuestión planteada ya está resuelta, como sostiene el Ministerio Fiscal .

SEXTO.- sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por el





dictado de auto de prórroga de las intervenciones telefónicas de teléfonos de los señores Becerra y Lleó. Sobre el auto de 23 de febrero de 2009 , oficio de uno DE 16 DE OCTUBRE DE 2008 , auto de 24 de abril de 2009 y auto de 11 de febrero de 2009 :

Como sabemos , nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado al respecto del secreto de las comunicaciones telefónicas lo siguiente :

En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE. Dicho sintéticamente, éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Por ello, el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2, y

*219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4). Tales exigencias de motivación se reproducen en las prórrogas y en las nuevas escuchas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, **debiendo el Juez conocer los resultados de ésta con carácter previo al acuerdo de prórroga, explicitando las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho**, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicial (en el mismo sentido, SSTC 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 2).*

La STS de 14 de Junio de 2013 por su parte , razona lo siguiente e:

Son innumerables los pronunciamientos de esta Sala que asumen y aplican esos parámetros elaborados en el marco de la jurisprudencia constitucional.

La STC 197/2009 de 28 de septiembre, contiene una buena síntesis de esa reiterada y conocida doctrina:

"a) Desde la STC 49/1999, de 5 de abril , FJ 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre , FJ 2).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: 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. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril , FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3 ; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11 ; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 220/2006, de 3 de julio , FJ 3).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba 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 en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8 ; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 253/2006, de 11 de septiembre , FJ 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3 ; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4 ; 253/2006, de 11 de septiembre , FJ 4). También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa" (STC 299/2000, de 11 de diciembre , FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio , FJ 4)...





...Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial 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 (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 136/2006, de 8 de mayo , FJ 4).

...es claro que faltan otros elementos imprescindibles para poder aceptar la legitimidad constitucional de las intervenciones acordadas, puesto que se afirma la existencia de un delito de tráfico de drogas y de una organización dedicada al mismo, así como la participación en él de la persona investigada, sin expresar, ni siquiera de modo genérico, qué datos objetivos sirven de base a tales afirmaciones.

En efecto, el oficio policial cuyo contenido incorporan los Autos de 28 de enero de 1998 se limita a hacer una mención genérica de las "gestiones practicadas por este Grupo Operativo de Policía Judicial, en conexión con las secciones de estupefacientes de Barcelona y Madrid" (sin especificar, siquiera mínimamente, en qué han consistido tales investigaciones y en función de qué datos se conecta al afectado por la medida con el delito que se pretende investigar), a partir de las cuales se dice tener conocimiento de la existencia de un grupo organizado de personas dedicado al desembarco de estupefacientes y de que "el llamado R.M.R." es el contacto para la concertación de desembarcos de droga en la costa comprendida entre Vinaroz y Ametlla, solicitando la intervención de dos números de teléfono utilizados por el mismo, sin aportar ningún dato objetivo que corrobore tales afirmaciones. Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en numerosas ocasiones, si el conocimiento de la existencia del delito deriva de investigaciones policiales previas, resulta exigible que se detalle en la solicitud policial en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización..."

Segundo.—Obviamente tales premisas coinciden con las proclamadas tantas veces por esta Sala Segunda. Por citar solo una relativamente reciente, la STS 643/2012, de 19 de julio, explica: "La doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala sobre las exigencias que deben cumplirse para que resulte constitucionalmente legítima la interceptación y escucha de las comunicaciones telefónicas de los sospechosos de delito, son bien conocidas y no es precisa su reproducción íntegra. Según tal doctrina es preciso que la decisión que supone la intromisión de los poderes públicos en una esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental, en el caso, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sea necesaria y esté suficientemente justificada, no solo en función de una consideración general y abstracta de los intereses en juego, en cuanto que debe tratarse de la investigación de un delito concreto y que debe ser de gravedad bastante, sino también en relación con la existencia en el caso de datos objetivos que permitan fundar adecuadamente una sospecha acerca de la comisión actual, pasada o futura, de un delito y de la participación del sospechoso en él. Y, del mismo modo, que no existan otras actuaciones de investigación que, de modo evidente, pudieran resultar útiles y que sean menos gravosas para los derechos fundamentales del sospechoso.

No cabe la menor duda que en la lucha contra la criminalidad organizada puede ser de gran utilidad el empleo de té





nicas de investigación que incluyen la adopción de medidas que restringen los derechos fundamentales del investigado, concretamente, la escucha de sus comunicaciones telefónicas. Las leyes de un Estado democrático de Derecho pueden prever en ocasiones limitaciones de los derechos ciudadanos orientadas a la persecución de las conductas que atentan contra sus valores esenciales, y así se reconoce en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Pero tampoco debe existir duda alguna respecto de la necesidad de rechazar la banalización de la restricción de los derechos fundamentales, acudiendo a ese medio de investigación desde que se constate cualquier sospecha. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 24 abril 1990, Caso Kruslin contra Francia , ya declaró que "(33).Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada...". De manera que para acordar medidas que restringen esos derechos individuales es necesaria siempre una previsión legal suficiente y, en el caso, una previa y suficiente justificación.

Siendo conocida la doctrina jurisprudencial, bastará, pues, con recordar algunos aspectos relacionados con las cuestiones aquí planteadas.

En la STC 72/2010 , F. 2, el Tribunal Constitucional, con cita de la STC 197/2009, de 28 de septiembre , F. 4, recordó que "...forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención telefónica o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre , F. 4, 167/2002, de 18 de septiembre , F. 2). De forma que la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos". Del mismo modo, ha destacado el Tribunal que "«la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa» (STC 299/2000, de 11 de diciembre , F. 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio , F. 4)".

Habiendo rechazado el Tribunal Constitucional que el secreto de las comunicaciones pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas (STC 26/2010 , por todas), esta Sala (STS n.º 1363/2011 , entre otras) ha señalado que "...para que la restricción del derecho fundamental pueda ser calificada como legítima, es preciso que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta para alcanzar la conclusión de que la sospecha está suficientemente fundada. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002 , que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre , y STS 1018/1999, de 30 setiembre) , por lo que únicamente pueden conocerse





unos iniciales elementos indiciarios. Pero, sin duda, han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos. Tales indicios han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Han de ser objetivos "en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona" (STC 184/2003, de 23 de octubre). Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 -caso Klass - y de 15 de junio de 1992 - caso Ludí -) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim) (SSTC 49/1999, de 5 de abril , F. 8; 166/1999, de 27 de septiembre , F. 8; 171/1999, de 27 de septiembre , F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre , F. 4; 14/2001, de 29 de enero , F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3 ; 202/2001, de 15 de octubre , F. 4)". (STC 167/2002 de 18 de setiembre)". Por lo tanto, de los indicios disponibles ha de desprenderse la sospecha fundada de comisión de hechos delictivos graves, y no solo la posibilidad de que los sospechosos lleven una vida más o menos desordenada.

Igualmente, en la STS n.º 1049/2011 se decía que "...no integran la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. El indicio de delito que aporte al juez la solicitud policial es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito. Se necesita que la sospecha sea "fundada", es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata. Porque si lo que se presenta al juez como fundamento de la medida es una simple sospecha, conjetura o convicción anímica huérfana de un soporte material concreto y determinado de datos o elementos fácticos externos evaluables y contrastables, lo que se está demandando del juez no es que ejercite la función de "formar criterio" y resolver en consecuencia sobre la





pertinencia de la medida interesada, sino que ejecute un puro y desnudo acto de fé (véanse STC núm. 49/1999 y SSTS de 10 de febrero y 1 de marzo de 2.001), muy distante del juicio crítico de racionalidad sobre la suficiencia o insuficiencia de los datos que la Policía le ofrece".

Finalmente, debe tenerse igualmente en cuenta que en la STS n.º 978/2011 , se afirmaba que los indicios han de entenderse, pues, "...como datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal". Aclarándose seguidamente, ya en relación con el caso allí examinado, que en aquellos casos en que "... la solicitud de intervención telefónica procede de un cuerpo policial, no basta, por lo tanto, con afirmar que la Policía, sobre la base de sus noticias o informaciones, sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito, sino que es preciso que las razones de tal afirmación, es decir, los indicios, los datos objetivos que la autorizan y sobre los que se construye la sospecha, se sometan al juicio del Juez, pues es a éste a quien la Constitución ha encomendado la valoración de su suficiencia, la ponderación de los intereses en presencia y, en definitiva, el examen de la necesidad y la proporcionalidad de la restricción. En consecuencia, no es suficiente que quien solicita la medida comunique que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que comunique el contenido de aquella en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada...

"...ha de recordarse que, como hemos reiterado, no puede confundirse la expresión del convencimiento policial con verdaderos indicios de delito. Los agentes investigadores pueden haber alcanzado sus propias conclusiones respecto de la actividad delictiva de los sospechosos, tanto respecto de su existencia como de su modus operandi. Pero ese convencimiento, que podría autorizar actos de investigación, solo justificaría la restricción de un derecho fundamental por parte del juez, que es a quien corresponde acordarlo, cuando, valorando los datos sobre los que se construye, pueda hacerlo propio, es decir, pueda asumirlo por considerarlo razonable. Dicho de otra forma, cuando pueda considerarlo razonadamente una sospecha fundada y no una mera hipótesis subjetiva. Y para que el juez pueda valorar como razonable la sospecha de delito es absolutamente imprescindible que conozca, no las conclusiones policiales, sino toda la información obtenida con la investigación, especialmente aquellos datos objetivos verificados, aunque sea de forma provisional, sobre los cuales se construye la inferencia que conduce a la conclusión. Y en ese sentido, como incluso se recoge parcialmente en el auto que acuerda la intervención, citando jurisprudencia de esta Sala (STS n.º 844/2002), "...la policía debe ofrecer al Juez -y éste debe exigirlo- su razón de ciencia, es decir, los motivos en los que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés criminalístico invocado por los Agentes de la Autoridad. Existen formas de delincuencia, como la mayoría de las relacionadas con el tráfico





de estupefacientes, que hacen inevitables ciertas singularidades en las técnicas policiales de investigación, pero ninguna singularidad puede ser aceptada si pretende prevalecer a costa de los derechos y garantías constitucionales". No siendo así, si el juez debiera decidir sobre la única base del convencimiento policial, se le estaría exigiendo, no una decisión razonada, sino un acto de fe, por emplear términos de algunas sentencias de esta Sala. Pues tendría que asumir como razonable el convencimiento de un tercero sin conocer sus razones.

Afirmar que una organización criminal existe, que uno de sus jefes es un determinado sospechoso, que introducen droga en España, que actúan de una determinada forma, que unos desempeñan determinados papeles y otros ejecutan otros diferentes, no es aportar indicios de actividad criminal, sino exponer unas suposiciones, conjeturas o, a lo más, unas conclusiones, solo avaladas externamente por el convencimiento de quien las expone. Para que el juez pudiera llegar a las mismas conclusiones debería conocer los datos objetivos que fueron tenidos en cuenta.

Tercero.—Las investigaciones deben estar justificadas por indicios de responsabilidad criminal - art. 579.3 LECrim -. No es razonable confundir estos indicios, necesarios para incidir en el secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza". Eso es lo que parece reclamar en este caso la decisión de la Audiencia de la que legítimamente discrepa el Fiscal cuyos argumentos -adelantémoslo ya- nos parecen persuasivos. No se puede decir que una interceptación telefónica carezca de justificación por haber sido concedida en virtud de meras sospechas siempre que éstas sean razonables y estén suficientemente fundadas. Precisamente por esto, la Policía debe ofrecer al Juez -y éste debe exigirla- su razón de ciencia, es decir, los motivos en que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés invocado por los Agentes de las Autoridad. Como se resalta en las sentencias invocadas, existen formas de delincuencia, como muchas de las relacionadas con el tráfico de estupefaciente, que hacen necesarias técnicas policiales de investigación que implican restricciones de derechos fundamentales. La ausencia de testigos que se sientan "víctimas"; el blindaje y opacidad de sus operaciones, y la capacidad organizativa a ciertos niveles en que se manejan importantes montos económicos aboca a esas técnicas de investigación más agresivas, si no se quiere claudicar en la lucha contra ese tipo de delincuencia.

Por otra parte, la veracidad o solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa e improcedente en este momento el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática.

Citamos también la STS 40/2013, de 22 de enero, en donde se lee:





" Procede ahora recordar cuales sean los presupuestos y requisitos a los que venía sujeta la intervención acordada por la resolución anulada en la sentencia de instancia.

En nuestra Sentencia TS n.º 870/2012 de 30 de octubre , citando al precedente Sentencia TS n.º 478/2012 de 29 de mayo , hacíamos síntesis de la doctrina que afecta a la legitimidad de la medida de investigación que implica limitación de la garantía constitucional de presunción de inocencia, de las que examinaremos en particular los invocados en la sentencia de instancia por no ser los demás objeto de debate...

b) Presupuestos materiales, de los que depende el juicio de proporcionalidad.

Estos vienen constituidos por los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: 1.º) la existencia de un delito; 2.º) que éste sea grave y 3.º) sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FF. 6 y 7); 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 4); 184/2003 de 23 de octubre (FJ 9), dictadas por el Pleno de tal Tribunal).

Sobre este elemento el Tribunal Constitucional ha expuesto reiteradamente, como ratifica la Sentencia 26/2010 de 27 de abril , que la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: 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. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido (STC 49/1999 de 5 de abril , FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999 de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999 de 27 de septiembre, FJ 8 ; 299/2000 de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001 de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001 de 18 de junio, FJ 3 ; 202/2001 de 15 de octubre, FJ 4 ; 167/2002 de 18 de septiembre, FJ 2 ; 184/2003 de 23 de octubre, FJ 11 ; 261/2005 de 24 de octubre, FJ 2 ; 220/2006 de 3 de julio , FJ 3).

c) Reiteradamente se excluye la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva.

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 en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FJ 8); 166/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 171/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 2); 184/2003 , 259/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 261/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 253/2006 de 11 de septiembre (FJ 2).





A este respecto se reitera que es insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser.

2.-Ya hemos dejado indicado, en cuanto a la exigencia de expresión formal de los motivos de la decisión, que la remisión al oficio policial no por poco escrupulosa, deja de satisfacer la exigencia constitucional.

La cuestión se traslada entonces al examen de ese oficio policial para determinar si logra dar cumplimiento a las exigencias materiales que demanda el principio de proporcionalidad. Estimamos que el contenido informativo del oficio policial, que precedió al Auto del instructor de 30 de junio de 2009, soporta el canon constitucional que integran esos requisitos.

Las vigilancias y seguimientos policiales han puesto de relieve la relación entre los titulares de los terminales telefónicos, a los que se refiere la orden de intervención, y la de todos ellos con un lugar concreto cuyas características de ubicación y uso, en especial por razón de los horarios y falta de actividad conocida pese a que allí acuden con frecuencia personas, es bien funcional para la actividad delictiva investigada. Los datos personales de los sujetos indicados hacen razonable inferir una dedicación al tráfico de drogas, delito de gravedad no cuestionada. Tanto más cuanto que esas mismas personas ya fueron objeto de seguimiento en otra investigación en la que, si bien la misma culminó con el descubrimiento de otro delito ajeno al aquí juzgado, con independencia de lo entonces sabido por razón de otras intervenciones telefónicas, aquella otra investigación ya había reportado tanto datos de antecedentes de los investigados como relación con sujetos luego detenidos en aquella otra causa.

Así pues la inferencia de eventual comisión de un delito de tráfico de importante entidad \neg por la pluralidad de intervinientes y disposición de infraestructura \neg y la relación con el mismo de los sujetos indicados, se muestra como harto razonable y de incuestionable suficiencia, al menos en la exigible en el estadio inicial de comienzo del procedimiento judicial.

Los datos que lo avalan van más allá de la subjetiva valoración de los agentes, se corroboran éstas con datos objetivos, externos y verificables por lo que no puede decirse que la investigación por intervención de comunicaciones telefónicas fuera en ese momento meramente prospectiva.

En consecuencia la decisión de la sentencia de instancia no aparece justificada y su consecuente exclusión de los resultados de tal fuente, trasladada mediante el correspondiente medio probatorio al juicio oral, dejó al Ministerio Fiscal privado de su derecho a la utilización de medios lícitos de prueba"

Por lo tanto , para examinar la cuestión planteada en torno al auto de 23 de febrero de 2009 por el que se acuerda la prórroga de las intervenciones telefónicas ; sobre el oficio de la UCO de 16 de octubre de 2008 por el que se solicitaba una segunda ampliación de la intervención telefónica; y demás planteadas acerca de las intervencioness telefónicas planteadas lo que debe ser examinado es si las resoluciones judiciales que así lo acordaban y los mandamientos cursados a raíz de las mismas , estaban revestidos de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos .





Debe dejarse claro , en este momento , a diferencia de lo que considera el Ministerio Fiscal que el análisis de las cuestiones planteadas y su resolución en absoluto implica , de acogerse la tesis de la defensa , concluir que los agentes de la UCO o el Juez de Instrucción cometieron delitos en la instrucción de este procedimiento . Esta afirmación es disparatada pues en este momento lo que procede es el análisis jurídico estricto desde la perspectiva de la posible o no vulneración de derechos fundamentales , mas no el análisis de la concurrencia de elementos objetivos o subjetivos de delito alguno , que ni corresponde a este Tribunal ni se puede valorar en el marco de este procedimiento. Si alguien se considera afectado por alguna actuación que pudiera ser delictiva , deberá acudir al Tribunal competente y ejercitar , si así lo considera, las acciones civiles o penales que le correspondan .

Sentado lo anterior , el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento CRiminal establece el marco legal en el que deben adoptarse las resoluciones en orden a la intervención de las comunicaciones telefónicas, exigiendo para ello la existencia de indicios de delito y la concurrencia de indicios de que por la vía de la intervención telefónica podrán encontrarse o comprobarse hechos o circunstancias de relevancia para la causa .

Debemos hacer nuestros los razonamientos del Ministerio Fiscal en orden a los requisitos que legal , y jurisprudencialmente deben exigirse para la adopción de la medida limitativa de derechos , como son la judicialidad de la medida , la excepcionalidad de ésta y la proporcionalidad. A ellos debemos añadir la especialidad , introducida en la reciente reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento CRiminal , que no hace sino hacerse eco de lo que ya numerosas sentencias del Alto Tribunal exigían. Ello implica que debe rechazarse la medida con la finalidad de iniciar o continuar una investigación prospectiva o generalizada tendente a descubrir cualesquiera delitos que pueda cometer. En absoluto . La medida exige especialidad, es decir, que sea adoptada con la única finalidad de descubrir hechos relevantes para el delito concreto sobre el que existen indicios.

La medida lógicamente exige motivación y sumisión a todos los requisitos que acabamos de exponer. No entra pues , en el análisis de la medida , en cuanto al auto de 23 de febrero de 2009 , si éste se dictó o no desde el Juzgado de la Isla de la Palma , así como los mandamientos, para analizar la vulneración de derechos fundamentales. Pero tampoco puede aceptarse para rechazar la cuestión el auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Canarias de 9 de junio de 2015 , en que el Fiscal sustenta su respuesta a esta cuestión . Ese auto solo concluye que no existen indicios de delito de falsedad en el dictado de dicho auto o de los mandamientos , lo que no le convierte en auto válido a los efectos que analizamos. Debemos analizar si ese auto se dictó o no con cumplimiento de los preceptos legales y respondiendo a las exigencias jurisprudenciales.

Así , las afirmaciones que realiza el acusado en torno a que el Juez de Instrucción se encontraba fuera del Juzgado , en otra Isla , celebrando una fiesta de carnaval , cuando se dicta el auto en cuestión , en principio no tienen por qué restar validez al auto , pues si la autorización judicial procede del Juez competente que en este caso lo era , carece de relevancia a efectos constitucionales si éste se encuentra en el Juzgado o en cualquier otro sitio , pues la ponderación de la medida , la proporcionalidad , la excepcionalidad , la especialidad , puede ser argumentadas por el Juez en cualquier lugar , siempre y cuando será el Juez competente quien dicte la resolución en cuestión . Lo que se sugiere sobre la manipulación de los oficios por el propio agente de la Guardia Civil , así como la pericial que se aporta para acreditar tales extremos son pruebas que deben ser valoradas en el juicio





correspondiente , pero no en este momento en que solo cabe decidir sobre la posible vulneración de derechos fundamentales con las resoluciones adoptadas.

Por ello, tanto el auto de 23 de febrero de 2009 , como el oficio de UCO , a que se refiere el acusado no quebrantaron derechos constitucionales siendo irrelevante a estos efectos que el Juez se encontrara o no en el Juzgado .

Iguales razonamientos deben hacerse sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones relativo al **auto de 24 de abril de 2009** y los mandamientos de intervención de dos nuevos teléfonos del hoy acusado. Lo cierto es que aunque se sostiene por el acusado que ese día el Juez debió ausentarse del despacho oficial antes del fin de la jornada , dice “ seguramente a causa de un inicio anticipado del fin de semana “ , debemos reiterar lo mismo. El Juez que dicta la resolución es el juez competente , el instructor , y es irrelevante a efectos constitucionales si el auto se dicta en el Juzgado o fuera de él , debiendo valorarse en el plenario si los mandamientos en cuestión a que se alude en estas cuestiones previas , fueron firmados por el Juez de Instrucción o lo fueron por una tercera persona , en base a la pericial de parte que se aporta por el acusado . Es en el momento del plenario en el que el tribunal popular deberá valorar estas circunstancias convenientemente expuestas por el acusado en el escrito de cuestiones previas que ahora se resuelve.

La impugnación que se efectua por el auto dictado el 11 de febrero de 2009 RELATIVO a un teléfono de don Ubaldo Becerra , debemos compartir los argumentos del Ministerio Fiscal , pues don Ubaldo Becerra no es parte en este procedimiento. De haberse conculcado algún derecho fundamental del mismo con el dictado de dicha resolución , solo a él corresponde esgrimir esa vulneración de derechos fundamentales por el carácter personalísimo de los mismos.

Sobre la irregular fé pública judicial de determinadas resoluciones “ ilegítimas “ aparentemente dictadas por el Magistrado , estando ausente del Juzgado aquel y el Secretario Judicial :

Se argumenta por el acusado y se relacionan una serie de resoluciones que fueron dictadas por el Magistrado instructor y suscritas por el Secretario Judicial cuando ambos se encontraban de permiso y por tanto ausentes del Juzgado , según se acredita por certificado del TSJ de Canarias. Sobre este particular , este Magistrado debe indicar una cuestión. La primera es que un juez no pierde su condición de tal , y por tanto su jurisdicción por el hecho de encontrarse de permiso , pues no en vano , nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial , regula en la actualidad un permiso para el estudio de causas de especial complejidad . Así las cosas , el hecho de que el Magistrado se encuentre de permiso no le impide dictar una resolución , pues nada le obsta a acudir al Juzgado y dictarla . El hecho de que exista un sustituto legal lo es para aquellas actuaciones en las que el Magistrado titular no pueda intervenir , pero no porque éste haya perdido temporalmente su jurisdicción.

Sin embargo , cuestión distinta es el secretario judicial. Este funcionario es el titular de la fé pública judicial . Las funciones están reguladas (artículos 452 a 462 Ley Orgánica del Poder Judicial), bajo el principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al principio de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás que les encomienden esta ley y las normas de procedimiento respectivo, así como su reglamento orgánico.





Las funciones de los secretarios judiciales no serán objeto de delegación ni de habilitación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 451.3 (excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de secretarios judiciales, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del secretario judicial, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta), (Real Decreto 1608/2005, 30 diciembre, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales artículo 4).

En el Ámbito de la Fe Pública Judicial, (artículo 453 Ley Orgánica del Poder Judicial), corresponde con exclusividad y plenitud, a los Secretarios Judiciales.

En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias [Real Decreto 1608/2005, 30 diciembre, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales artículo 5 apartado a) fija el contenido del Acta, en las actuaciones orales, vistas y comparecencias que se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen el acta a extender por el Secretario Judicial deberá consignar, al menos, y dará fe de los siguientes datos "el número y clase de procedimiento; lugar y fecha de su celebración, tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la practica de las mismas; resoluciones que adopte el juez o Tribunal; y cualquier otra circunstancia o incidencias que no pudieran constar en dicho soporte". "Para el caso de que el contenido del acto procesal no sea recogido en aquel soporte, el acta contendrá, además el reflejo más fiel y exacto posible del resultado de las actuaciones practicadas.

Es decir , la fe pública judicial corresponde a los secretarios judiciales , hoy letrados de la Administración de Justicia con exclusividad y plenitud. Pero el secretario judicial es quien da fe de que una resolución ha sido dictada por un juez , de que se ha autorizado una entrada y registro o una prórroga de intervención telefónica por el Juez instructor de un procedimiento o por cualquier otro . Esta es la garantía del justiciable. Esta es la garantía del acusado hoy , que los autos a que se refiere fueron dictadas por un juez de instrucción , pero cómo se puede garantizar ello si no tenemos la garantía de que el secretario judicial esta presente en el Juzgado al dictado de tales resoluciones judiciales si está de permiso. ¿ Se tiene que presumir que el fedatario público interrumpe su permiso , como dice el Ministerio Fiscal , para acudir al juzgado a dar fe de que el Juez va a autorizar una prórroga de las intervenciones telefónicas ?. No estamos hablando de falsedad , ni tampoco de la comisión de ningún hecho delictivo , sino que de lo que se habla es de la irregularidad o falta de garantía para el justiciable de que una resolución judicial se ha dictado por juez competente , sencillamente porque el secretario judicial está de vacaciones o permiso. Por mucho que se insista por el Ministerio Fiscal en que la formula del VISTO del fiscal es garantía del dictado correcto de las resoluciones , como se ha dicho , la fe publica judicial corresponde con exclusividad y plenitud a los secretarios judiciales (art. 5 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales). Así las cosas , tenemos que las diferentes resoluciones a que se refiere el acusado en su escrito fueron dictadas por Juez competente , pues lo era el Juez de Instrucción que no pierde su





jurisdicción por encontrarse de permiso , pero avaladas por la fe pública judicial de un secretario que , a priori , no estaba presente en el momento del dictado de las mismas por estar de permiso. Podemos entender que un Juez de Instrucción en una causa de la complejidad del llamado Caso Unión no se deje sustituir por ningún otro juez en resoluciones tales como una intervención telefónica que exige la ponderación de las circunstancias e indicios delictivos , y una resolución motivada que exige conocer el contenido de la causa . Lo que no podemos entender es que un fedatario público que se limitara a dar fe del dictado de varias resoluciones judiciales no sea sustituido por el que , efectivamente , se encuentra en el Juzgado en el momento del dictado de tales resoluciones.

<La falta de fe pública judicial por la ausencia del Secretario Judicial alcanza a la validez de la resolución , pues ninguna garantía existe de que haya sido el Juez quien dictó la resolución o , lo que es más importante , que la misma se haya dictado en la fecha que consta en la misma , momento en el cual y con carácter absoluto debe valorarse por el Juez ad quo la solicitud a la vista de las diligencias practicadas por la policía judicial con el fin de garantizar los derechos fundamentales que se van a ver afectados por tales resoluciones. NO se entiende por este Magistrado por qué debe ahora validarse con la presente resolución una irregularidad , dentro de las sucesivas irregularidades constatadas en este procedimiento , que no tiene razón de ser. Si un juez está ausente del Juzgado , su competencia sobre la prórroga de una intervención o una entrada y registro domiciliario es asumida por el Juez que le sustituye y nada tiene ello que ver con la complejidad de la causa , pues es evidente que en los dos primeros años de instrucción de la presente causa , dicha complejidad no era tal , como tampoco era dable presumir posibles filtraciones si intervenía otra autoridad judicial en el procedimiento , porque ello equivaldría a presumir cualquier actuación cuando menos irregular en otros jueces del partido judicial de Lanzarote , presunción inadmisibles desde cualquier punto de vista. NO existía ninguna razón para que tales resoluciones no fueran dictadas o avaladas por la fe pública judicial de quienes estaban investidos de plena autoridad en el Juzgado. Y esa irregularidad que venimos argumentando afectaba sin duda derechos fundamentales , lo que hacía más necesario un exceso de celo en el dictado de dichas resoluciones . Y afectaba derechos fundamentales porque corresponde al juez que autoriza una intervención telefónica o cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales valorar la proporcionalidad de la misma , la necesidad y especialidad de dicha medida , y no a ningún otro juez , ni desde luego dictar autos o dejarlos dictados antes del disfrute de un permiso o durante el mismo para que la Fuerza actuante no tenga problema en continuar con unas escuchas telefónicas.

Sin embargo , esa afectación de derechos fundamentales por la ausencia de garantías en el dictado de tales resoluciones no puede dar lugar a la nulidad de lo actuado pues para ello sería necesario que haya quedado acreditado no solo la concesión de los permisos , o el disfrute de los mismos sino que ambas autoridades, juez y secretario , no fueron las personas que suscribieron tales documentos lo que implica una valoración de prueba que no corresponde realizar en este momento , descartando de momento la anulación de tales resoluciones , sin perjuicio de lo que se llegue a probar en el plenario , pues sin duda podrá someterse en el objeto del veredicto al Tribunal del Jurado , si estas resoluciones no fueron dictadas en su día por quienes en ellas figuran . Y no nos extrañemos de los presentes razonamientos , pues pocos procedimientos existen en este país , al menos que se conozcan , en los que





desaparecen resoluciones, aparecen muchas otras sin firmar o se dictan algunas fuera , no solo de la sede judicial, sino de la propia Isla en la que se dicen dictadas. Y desde este momento conviene avanzar que la fuerza probatoria de todos estos documentos y resoluciones no puede quedar fuera de toda duda , pues no pueden ser más irregulares y desde luego eso debe ser valorado por el Tribunal en su momento . Entiende este Magistrado que ello debería haberse valorado en fases procesales anteriores , y as´evitar la pena de banquillo si ésta es innecesaria , si bien llegados a este punto , deberá valorarse en su conjunto y en fase de juicio oral.

Por lo tanto , si el Tribunal considera en el plenario que debe considerarse probado que estas resoluciones no se dictaron por el Juez de Instrucción , o en la fecha en la que consta , ni suscritas por el Secretario judicial en la fecha que figura en las mismas , la afectación de tales resoluciones (secreto sumarias e intervenciones telefónicas) a derechos fundamentales tales como el secreto de las comunicaciones o el derecho de defensa , darán lugar a su exclusión del procedimiento y consiguiente dictado de sentencia que así lo declare.

SEXTO.- sobre la sistemática irregularidad de la notificación de resoluciones judiciales a los agentes de la UCO.

Las sospechas vertidas por el acusado sobre las notificaciones realizadas a los agentes de la UCO por supuestas irregularidades en las mismas , desde luego , no daría lugar a la nulidad de actuaciones que se plantea o pretende obtener , sencillamente porque no afecta a derechos fundamentales , sin perjuicio de la valoración de todos estos documentos como prueba que se pueda hacer en el plenario. Lo mismo sucede con la irregularidad de los documentos policiales a que se alude en los folios 158 a 163 del escrito de cuestiones previas.

SEPTIMO.- de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del Sr. Becerra Robayna y del Sr. Lleo Kühnel , en relación al oficio de la UCO de 31 de julio de 2008 , del auto de 29 de agosto de 2008 y auto de 1 de septiembre de 2008 .

Sobre la supuesta irregularidad del oficio de 31 de julio de 2008 , por el hecho de que existen dos oficios distintos , debemos destacar que los oficios nunca pueden suponer una vulneración de un derecho fundamental , la cual solo cabe predicarse de las resoluciones judiciales limitativas de tales derechos, ya que los oficios policiales son meras solicitudes .

Sentado lo anterior , debemos centrar la atención en el auto de 29 de agosto de 2008 , lo único destacable y debemos remitirnos a lo dicho anteriormente , es la ausencia del Secretario Judicial en la fecha de dictado de la resolución en cuestión , pues el Juez no había perdido su jurisdicción por el hecho de encontrarse de permiso. Además, ningún origen irregular o ilícito se aprecia en el auto en cuestión por el hecho de que exista discordancia entre dos oficios de la policía , pues el Juez dicta la resolución con su oportuno razonamiento jurídico y correcta ponderación de la concurrencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos.

En cuanto al **auto de 1 de septiembre de 2008** este se refiere a la intervención de un teléfono de don Honorio Nicolás García Bravo , quien no es parte en este procedimiento , por lo que debe rechazarse la pretensión proyectada sobre esta resolución.

OCTAVO.- sobre la fecha de entrega del atestado o diligencia policial nº 182/2008 , debe entenderse que las consideraciones que plantea el acusado en este punto , en nada afectan a





la vulneración de derechos fundamentales sin perjuicio de que por el tribunal , valorando la prueba , se aprecien irregularidades en tales documentos , pero a efectos probatorios , no de vulneración de derechos fundamentales , quedando excluidos , claro está , aquellos documentos que ya se excluyeron en su día por esta Audiencia Provincial. Lo mismo , respecto de los otros atestados a que se alude en su escrito de cuestiones previas en los folios 97 a 106 del mismo.

NOVENO.- del acta de fecha 30 de mayo de 2009 realizada por el Secretario Judicial dando cuenta del volcado de los soportes informáticos incautados por la uso en las entradas y registros realizados en el mes de mayo de 2009 en el marco de la “ Operación Unión “.

En este caso , debemos compartir los argumentos del Ministerio Fiscal en cuanto el registro fue anulado por auto de 20 de enero de 2014 en el rollo 702/2013 de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, por lo que ninguna incidencia tiene en este procedimiento, ya que de los efectos devueltos al hoy acusado ninguna valoración o ponderación podrá realizarse en este procedimiento , careciendo de validez el volcado u obtención de archivos informáticos del interior de los discos duros o dispositivos que fueron devueltos tras la declaración de nulidad del registro indicado.

DECIMO.- vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal (domiciliaria) del Sr. Becerra Robayna .

Destaca el acusado en su escrito que de la grabación , origen del procedimiento , de la conversación que tuvo lugar el día 5 de junio de 2008 y que se realizó en una grabadora entregada por la UCO a don Carlos Espino , no se entregó el soporte original ante el Juzgado de Instrucción sino un CD-R conteniendo la grabación , sin aportar la grabadora digital marca Gnomon , modelo P , número de serie 50217 en la ue se encontraría la grabación supuestamente original. Según providencia de 18 de octubre de 2011 dictada en la pieza separada 12/2012 dimanante de las DP 697/08 se requería al Secretario Judicial para ue dejara constancia de si los agentes de la UCO PROCEDIERON A LA ENTREGA EN EL JUZGADO DEL ORIGINAL DE LA GRABADORA , en cuestión y si fue el Secretario el que procedió directamente a grabar dicha grabación desde dicha grabadora a un CD-R o si fueron los agentes de la uso LOS QUE PROCEDIERON A LA GRABACIÓN AL CD-R. El secretario cumplimentó el requerimiento en una diligencia de 18 de octubre de 2012 n la que afirma que el volcado desde la grabadora original se hizo en sede judicial a presencia del secretario , cuando dictó una nueva diligencia el 30 de octubre de 2012 en la que desmentía la anterior diligencia.

Continúa el acusado manifestando que recientemente los agentes de la UCO han sido requeridos para aportar a las actuaciones las grabadoras con las que se habrían obtenido las grabaciones , requerimiento evacuado contestando la imposibilidad de localizar tales grabadoras en su día empleadas . A continuación realiza una serie de consideraciones sobre tanto el informe pericial de parte unido a los autos y sobre las grabaciones , como del informe emitido por Policía Científica igualmente obran en las actuaciones.

Se alega , asimismo vulneración del derecho a la intimidad personal domiciliaria por el auto de 23 de julio de 2008. Al parecer este auto ordena o autoriza la grabación de la conversación que





tendría lugar el día 24 de julio de 2008 , fecha en que se produjo , cuando del oficio por el que se solicitaba dicha autorización no se podía deducir la fecha. Sin embargo , este dato es baladí a juicio de este Magistrado , pues bien pudo la policía informar con posterioridad al juez , incluso de forma verbal , de que la reunión se iba a producir ese día 24 de julio , lo que no implica vulneración alguna de derecho fundamental .

Cuestión distinta que merece un análisis especial es la denunciada alteración del audio de la reunión de fecha 24 de julio de 2008 entre don Carlos Espino y don Fernando Becerra. El informe de Policía Científica que se acompaña al escrito como documento nº 291 , concluye que ha habido una alteración posterior al momento en que se realizaron los actos de habla originales , si bien esta precisión es muy genérica pues concluyen tras una aclaración solicitada que no pueden determinar si es o no voluntaria esta alteración al no disponer de los dispositivos originales . El informe de parte a que se refiere el acusado (folio 126 de su escrito) no es incompatible con el de la Policía Científica , sino antes bien , complementa al mismo por su extensión y claridad. Lo mismo ocurre con las grabaciones de video de las sucesivas reuniones a que se refiere el escrito de cuestiones previas .

Sobre este particular debe razonarse lo siguiente . Ya se ha indicado más arriba que cualquier documento electrónico aportado a un procedimiento (aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil , art. 4 de la misma y 230 de la LOPJ) debe reunir los requisitos de autenticidad e integridad , pues de lo contrario debe carecer de valor probatorio . Desde este momento , debemos diferenciar con plenitud la primera de las grabaciones , la de la conversación del día 5 de junio de 2008 , del resto de las grabaciones , sencillamente porque la primera carecía de autorización judicial , y el resto no.

Con independencia de ello , lo que a estas alturas de procedimiento se puede concluir a la vista de los diferentes informes periciales de la Policía y de la propia parte acusada , es que las grabaciones han sido alteradas , con diferentes cortes , y que no contamos con la posibilidad de constatar tales grabaciones con los archivos originales sencillamente porque las grabadoras en cuestión han desaparecido o , mejor dicho , no se han aportado al procedimiento. Luego , en términos jurídicos , que las grabaciones no podemos afirmar que sean auténticas y desde luego , con los cortes y ediciones a que aluden los informes periciales , no son íntegras. Por lo tanto , las mismas deben quedar excluidas de este procedimiento y no ser valoradas como prueba , sencillamente por no reunir los requisitos de autenticidad e integridad que exige la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero , debemos razonar si además las mismas ha conculcado o no un derecho fundamental , pues ello llevaría a la nulidad de tales grabaciones y a plantearnos la posibilidad de analizar la pretendida conexión de antijuricidad con el resto de pruebas o medidas de instrucción que se fueron acordando con posterioridad a tales grabaciones y sobre la base de las mismas , pues en ese caso , habría de declararse su nulidad para este procedimiento.

Ya se ha analizado con anterioridad la grabación del día 5 de junio de 2008 , la originaria grabación a partir de la cual se judicializa la investigación policial. Esa grabación se realiza por un particular .

Debemos traer a colación la Sentencia de 23 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo :

Pues bien, la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la





voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior. Piénsese, por ejemplo, en el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales – incluida la información bancaria- de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor. Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidación domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública.

La jurisprudencia de esta Sala ofrece precedentes que no siempre actúan en la misma dirección. Son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, SSTS

239/2014, 1 de abril; 569/2013, 26 de junio; 1066/2009, 4 de noviembre, entre las más recientes).

Pero no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada. Es el caso, por ejemplo, de la STS 793/2013, 28 de octubre, en la que la Sala no hizo valer la regla de exclusión porque “...no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro”. Aunque con matices, esta idea está también presente en el





desenlace de la STS 45/2014, 7 de febrero, en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores.

SÉPTIMO.- El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto. La vulneración de la intimidad de las personas –si éste es el derecho afectado por el particular- no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud. Entre el núcleo duro de la intimidad y otros contenidos del círculo de exclusión que cada persona dibuja frente a los poderes públicos y frente a los demás ciudadanos, existen diferencias que no pueden ser orilladas en el momento de la decisión acerca de la validez probatoria. No pueden recibir el mismo tratamiento, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio. Tampoco pueden ser valorados con artificial simetría unos documentos obtenidos por un particular mediante la entrada subrepticia en el domicilio de otro y la información obtenida de forma casual por un error en la identificación del destinatario. Por la misma razón, tampoco pueden asimilarse en el plano valorativo los contenidos de un DVD en el que se reflejan actos de explícito contenido sexual y los datos referidos, pongamos por caso, a la información contable de una empresa. En definitiva, no pueden recibir el mismo tratamiento, una vez han sido debidamente contextualizadas, las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan al núcleo mismo del contenido material de un derecho fundamental.

Decisivos resultan, por tanto, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado. Pero también lo es atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio. Sólo así la decisión sobre la regla de exclusión no correrá el riesgo de apartarse de su genuino fundamento. Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del ius puniendi. Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la





proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego.

Fuera de ese espacio valorativo, la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. No se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos. Quien se hace con una documentación bancaria con el objetivo inicial de difundirla y provocar así unos titulares mediáticos de gran impacto, puede cambiar de opinión y poner esos contenidos a disposición de las autoridades fiscales. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal. La prohibición de valorar esos documentos en un proceso penal se apoyaría en las mismas razones que ya hemos señalado para la prueba ilícita obtenida por agentes de policía. Y es que, en este caso, los funcionarios del Estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio.

Esta sentencia alude al rechazo del valor probatorio , ex artículo 11 de la LOPJ , de aquellas pruebas obtenidas por el Estado con exceso , es decir, sin respeto a los derechos fundamentales. En este caso , no es un particular que realiza una grabación de una conversación que mantiene con otro , sino que es un particular a quien las Fuerzas de Seguridad facilitan una grabadora para que con la misma obtenga una prueba de un supuesto soborno para aportarla a la investigación , sin contar para ello con autorización judicial. Se trataba de una conversación preparada , y de una grabación preparada . El señor Espino sabía qué iba a grabar y lo grabó . Es decir, se trataba de una grabación preordenada a la investigación de un delito , para nada espontánea , sino confeccionada ad hoc . Y la importancia de ponderar esta grabación inicial , pese a l reconocimiento de Fernando Becerra , o a la aceptación del mismo del contenido de dicha grabación , es la posible conexión de antijuricidad que pudiera existir con otras grabaciones ulteriores o con la interceptación de conversaciones telefónicas . Por ello, se debe analizar la legalidad de esa grabación de 5 de junio de 2008 .

Así las cosas , se trata de una grabación propiciada por la policía , para obtener una prueba de un delito , un reconocimiento de un delito de soborno o cohecho . El señor Espino sabía qué es lo que buscaba en esa reunión o conversación , de hecho iba preparado para grabarla , y lo obtuvo . Quien no sabía nada de la grabación ni de lo que buscaba el señor Espino , ni siquiera tenía ni idea de haber sido denunciado por éste , era don Fernando Becerra, quien realizaba manifestaciones espontáneas , amparadas desde luego , como dijimos por su poder de exclusión , o por su expectativa razonable de privacidad . De hecho , don Carlos Espino rechazó reunirse en una cafetería o lugar público , lo que sin duda llevaría a don Fernando Becerra a entender preservada la intimidad en su conversación . Es evidente , que don Fernando Becerra se hubiera conducido en sus manifestaciones de manera bien distinta de saber, si quiera , que don Carlos Espino ya había acudido días antes a dependencias de la Policía donde la habían facilitado una grabadora con la que inmortalizar el encuentro.





A este respecto , se debe reconocer acierto a la defensa cuando trae a colación una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra relativamente reciente que sostiene lo siguiente :

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 1/2016, de 4 de Enero (EDJ 2016/94633), recoge la doctrina de ese mismo Tribunal en su Sentencia 178/1996 (RJ 1996\1886) en los siguientes términos:

«No obstante, y de manera clara y terminante, la Sala sentenciadora acuerda rechazar la validez de la grabación pues si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación. El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporado a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que esta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho. La Sala sentenciadora, de acuerdo con esta doctrina, prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable.»

OCTAVO.- vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del Sr. Becerra y del Sr. Lleó , que se centra (VIGESIMO SEPTIMO) en la entrada de los CDs de SITEL en el Juzgado y la apariencia de control judicial sobre las interceptaciones telefónicas:

La doctrina de la Sala Segunda (entre otras, por citar tres recientes, las SSTS 441/2010, de 13 de mayo; 457/2010, de 25 de mayo; 616/2010, de 3 de junio) ha establecido un protocolo para la incorporación de las grabaciones o cintas grabadas al proceso a efectos de su pleno valor probatorio. Estos requisitos son los siguientes:

- 1.- La aportación de las cintas.
- 2.- La transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra 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 transcripciones de las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue —como es lo usual— a los funcionarios policiales.
- 4.- La disponibilidad de este material para las partes.
- 5.- La reproducción en juicio mediante la lectura, la petición de su consideración por el Tribunal conforme al art. 726 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.) o mediante la audición en el juicio oral, siempre que se respete el principio de contradicción.





El quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria solo tiene como efecto el que las grabaciones telefónicas no alcancen la condición de prueba de cargo, pero nada obsta a que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y, por tanto, de fuente de prueba respecto de otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

Dicho de otra forma, las irregularidades o vicios que puedan detectarse como consecuencia de una incorporación procesal incorrecta de los resultados de las intervenciones telefónicas, quedan extramuros del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE, y se adentra en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Así, se ha pronunciado la STC 126/2000, de 16 de mayo, en la que se declara «hemos dicho últimamente (SSTC 121/1998, de 15 de junio; 166/1999, de 27 de septiembre; y 236/1999, de 20 de diciembre) que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia».

Esta doctrina se reitera en la STC 167/2002 (Pleno), de 18 de septiembre, al afirmar que «no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5.º; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.º; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 4.º; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 9.º; 14/2001, de 29 de enero, FJ 4.º; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 7.º)».

Por tanto , lo que se denuncia a través del escrito de cuestiones previas sobre la falta de control judicial de las intervenciones telefónicas no es un motivo de nulidad sino que atañe a la validez probatoria de las escuchas o no . Además como bien dice el Ministerio Fiscal , lo alegado al respecto ya ha sido resuelto , por la STS de 26 de abril de 2016 .

NOVENO.- sobre la vulneración de derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del Sr. Romero Betancort , debemos destacar igualmente , que este señor no es parte en este procedimiento por lo que dicha cuestión no cabe ser analizada.

DECIMO.- no se alcanza a comprender la vulneración de derechos que se aprecia por el





acusado en el cese de las interceptaciones telefónicas , pues si cesa la limitación de derechos , no puede existir por ello una infracción de derechos. Se sugiere que existía descontrol judicial de las medidas de intervención telefónica , pero nos debemos remitir a lo ya indicado en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución .

UNDECIMO.- sobre la vulneración del derecho de defensa por la prorrogación de secreto de las actuaciones .

Se alude por el acusado a que se vulnera el derecho de defensa por cuanto muchos de los autos por los que se prorrogó el secreto de las actuaciones (5/08/08; 5/09/08; 21/01/09; 27/07/09; 12/05/2010 o 20/12/2010), se dictaron encontrándose juez y secretario de permiso , vacaciones o baja .

La incidencia de estos permisos en el dictado de resoluciones ya ha sido analizada más arriba y allí nos debemos remitir.

DUODECIMO.- las cuestiones que se plantean en torno a vulneración de derechos a terceras personas ajenas al procedimiento deben rechazarse como se ha indicado anteriormente (folios 162 a 165 del escrito de cuestiones previas).

DECIMO TERCERO.- sobre la vulneración de derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio el Ayuntamiento de Yaiza, y vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del Sr. Lleo (TRIGESIMO QUINTO , de la providencia de 15/05/2009 que tiene por unido a las actuaciones el informe elaborado por la UCO sobre la promoción conocida como COSTA ROJA).

Sobre este particular , como bien dice el acusado , existe un pronunciamiento de la Audiencia Provincial que convalida esta diligencia de entrada y registro , por lo que no cabe un nuevo pronunciamiento sobre idéntica cuestión.

No se parece que vulneración a la inviolabilidad del domicilio o que irregularidad se esgrime respecto de la providencia de 15 de mayo de 2009 relativa al conocido como Informe Costa Roja , sin perjuicio de su valoración probatoria en el acto del juicio.

Sobre el concreto contenido del Informe Costa Roja , debemos reiterar que no se aprecia vulneración de ningún derecho fundamental en su elaboración sin perjuicio de su valoración como prueba en el plenario , donde la defensa podrá plantear al Tribunal las dudas que hoy plantea en ese escrito sobre la procedencia de los datos relativos a tres escrituras y la obtención de los mismos .

DECIMO CUARTO.- respecto de la vulneración del derecho fundamental a la libertad de terceros ajenos a este procedimiento deberá ser en sede del procedimiento donde se haga valer este planteamiento y por las personas titulares del derecho supuestamente vulnerado.

Sobre la vulneración del derecho fundamental a la libertad del Sr. Lleó , se ha de entender que dicha cuestión no entra en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 666 de la LEcr . Lo mismo sucede respecto de las cuestiones que se plantean por vulneración del derecho a la libertad del Sr. Acuña , del Sr. Alvarez Perez.

DECIMO QUINTO.- en cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad por la apertura de cajas de seguridad vinculadas al Sr. Lleó .

El acusado , en su escrito , sostiene una serie de irregularidades en fechas y números e





identificación que por error se habían consignado en diferentes mandamientos dirigidos a entidades bancarias . Sin embargo , esta supuesta irregularidad en modo alguno puede llevar a concluir que se ha vulnerado el derecho a la intimidad , sencillamente porque la apertura de cajas de seguridad se realizó con autorización judicial , con independencia de que esa autorización judicial se hubiera consignado el 27 o el 29 de mayo , pues lo cierto es que se dictó auto para librar los diferentes mandamientos y para autorizar la apertura de las cajas una vez determinada su titularidad. No existe pues ataque a la intimidad .

DECIMO SEXTO .- sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones solicitando el expurgo de las actuaciones de todos los soportes CD s identificados en el informe pericial sobre SITEL aportado por la defensa en la audiencia preliminar por no cumplir lo dispuesto en el artículo 230 de la LOPJ.

Sobre este particular es evidente que la defensa aporta un extenso y técnico informe pericial que ilustra al detalle de las posibles irregularidades existentes en el volcado a los CD s de lo grabado en el sistema SITEL . Esta prueba pericial ha hecho surgir en este Magistrado la duda de la validez de tales transcripciones y de tales grabaciones que de quedar constatada daría lugar a la exclusión de todas las escuchas telefónicas. Sin embargo , el Ministerio Fiscal , al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 de la LOTJ solicita una prueba anticipada para constatar que lo volcado en los CD s no coincide con lo que se encuentra alojado en el sistema SITEL. Y como quiera que este sistema permite esa constatación , es procedente acceder a la prueba solicitada por el Ministerio Fiscal , porque este Magistrado acepta como prueba la pericial aportada por la defensa , que debe ser valorada en su plenitud para lo que es pertinente y necesaria la prueba solicitada por el Ministerio Fiscal. Como dice el Magistrado Rodríguez Lain (El secreto de las comunicaciones y su interceptación legal) “ *Cuando nos enfrentamos a un sistema como SITEL , en el que se garantiza el reenvío al centro de recepción de toda la información interceptada , al menos con la misma calidad de la señal con la ue se emite , siempre contaremos con una fuente originaria de contraste que permite incluso la minimización de riesgos de manipulación o acceso inconsentido mediante las herramientas de control de acceso con que esta dotada , y la garantía que representa el empleo de firma electrónica para los accesos protagonizados por los agentes facultados* “.

DECIMO SEPTIMO.- sobre el quebranto de cadena de custodia con las grabaciones aportadas a este procedimiento y , consiguiente , vulneración de derechos fundamentales.

Siguiendo al Profesor Richard González debemos indicar lo siguiente :

Sobre que sea la cadena de custodia se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo con determinadas expresiones forzadas que chirrían a los oídos de una persona mínimamente sensible. Así se ha dicho que: «es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba». O también la frase complementaria según la cual: «la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico». Véase, en este sentido, la STS 20 de julio de 2011, núm. 776/2011 (LA LEY 119792/2011) en la que TS declara que: «El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en STS 6/2010 de 27.1 "es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de





las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la 'mismidad' de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye". En cualquier caso, más allá de las diferencias de estilo en la definición existe un cierto consenso sobre el modo en el que la cadena de custodia se relaciona con la investigación y la prueba en el proceso penal. En este sentido podemos señalar como características de la cadena de custodia las siguientes:

1.º La cadena de custodia constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por todas y cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve como garantía de la autenticidad e indemnidad de la prueba. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina la «verosimilitud de la prueba pericial» y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal.

2.º La cadena de custodia constituye una garantía de que la evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de la prueba pericial (2) . A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia dependen de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis. Es por ello que en una situación ideal sería el propio perito que realizará el análisis el que procediese a la recogida de las muestras y evidencias, ya que el análisis pericial puede quedar determinado, en gran medida, por el modo como se obtiene y se conserva la muestra a analizar. Ahora bien, esta es una dinámica de trabajo difícil de establecer de modo general y tal vez poco operativa, de modo que bastará con que los técnicos forenses, sean policías o no, actúen conforme con los criterios legales y/o reglamentarios establecidos. A ese fin sirve, precisamente, la Orden JUS de 2010, a la que me refiero en el apartado siguiente, que establece los protocolos sobre recogidas de muestras y rastros y su envío al laboratorio. Lo importante, en definitiva es que en todo informe pericial se contenga la información precisa de los actos de recogida, aprehensión y la cadena de custodia seguida con relación las evidencias o muestras objeto de análisis. En caso contrario se podrá poner en duda el resultado con base en la falta de verosimilitud de la prueba.

3.º La cadena de custodia se refiere y está asociada a la prueba como actividad y también como resultado. Efectivamente, la cadena de custodia determina la validez de la prueba e, indirectamente, de su resultado por cuanto la infracción de sus normas puede determinar que se «aparte» o «expulse» del procedimiento penal la evidencia y/o el resultado que se contuviere en el informe pericial. No puede haber un juicio justo sin una actividad probatoria válida y de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Siendo así, la relación directa de la evidencia con los hechos objeto de enjuiciamiento y su verosimilitud respecto de la prueba pericial son requisitos para su validez. A ese fin es necesario que se garantice que las evidencias que sirven de prueba estén relacionadas con los hechos y que no hayan podido ser





alteradas o modificadas desde su recogida hasta su aportación como prueba al juicio oral. En consecuencia, la cadena de custodia garantiza la verosimilitud de la prueba y por tanto se constituye en requisito necesario del proceso penal, sin el cual no puede hablarse de un juicio justo y con todas las garantías. En este sentido se pronuncia con acierto la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 (LA LEY 318411/2009) que declara que: «... la vinculación de la cadena de custodia a la verosimilitud de la prueba, determina la vinculación de la actividad probatoria del proceso penal con los grandes principios que lo inspiran, de manera que sin verosimilitud de la prueba no puede hablarse siquiera formalmente de juicio justo o "proceso con todas las garantías" como declaró la STC de 29 de septiembre de 2003, antes citada, que otorgó el amparo precisamente por "rotura de la cadena de custodia" en cuanto, como también dijo la STC de 24 de octubre de 2005, "ante una rotura de la 'cadena de custodia' de una prueba resulta prácticamente imposible defenderse en el caso de que los Tribunales estén dispuestos a validarla y sirva como prueba de cargo"».

4.º La cadena de custodia puede acreditarse documentalmente o mediante testimonio. Efectivamente, nada impide que la cadena de custodia se acredite mediante el testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y/o conservaron las evidencias. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el atestado policial donde se suelen contener los actos de la cadena de custodia tienen la consideración de denuncia por lo que suele ser necesario traer al plenario a los policías que actuaron en los actos de la cadena de custodia. De modo que para la plena convalidación de los actos de cadena de custodia será necesaria la declaración en el juicio oral de los agentes que la efectuaron, siempre que alguna de las partes alegue infracción y solicite su presencia. En caso de que la cadena de custodia esté debidamente documentada y no exista ninguna clase de impugnación la jurisprudencia viene considerando que no se producirá ninguna clase de irregularidad pudiendo valorarse la prueba conforme resulta del informe pericial. En cualquier caso, la naturaleza de garantía formal de la cadena de custodia, como en definitiva de muchos actos del proceso penal, debería determinar que el testimonio de los funcionarios que actuaron en el asunto no pudiera suplir la carencia absoluta de documentación que acredite los actos de custodia sobre las evidencias obtenidas en la investigación criminal.

5.º Finalmente, cabe señalar que no afectan a la cadena de custodia los problemas que se puedan plantear con relación a evidencias que puedan haber quedado en la escena o lugar del delito tras una primera inspección de la policía. Este es un supuesto que puede darse y que no se relaciona directamente con la cadena de custodia, sino con la acreditación de la autoría mediante la prueba de la relación entre los hechos delictivos y los acusados. De un caso de esta índole conoce la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, de 30 de marzo de 2012, núm. 147/2012 (LA LEY 143884/2012), en el que se incautaron unas determinadas sustancias estupefacientes en un vehículo de alquiler, tras lo cual se entrega seis días después a su legítimo propietario. Un día después la policía vuelve a registrar el vehículo, ya en manos de la empresa propietaria, y halla otras cantidades de droga. Pues bien en este supuesto no se plantea una infracción de la cadena de custodia que todavía no se había iniciado, sino el problema de si pueden atribuirse a los acusados las nuevas sustancias prohibidas halladas siete días después del primer registro y detención de los acusados cuando el vehículo no estaba bajo custodia de la policía; teniendo en cuenta que otras personas podrían haber accedido al vehículo desde que fue entregado a su propietario. La decisión que toma la AP





Tenerife es considerar que debe prevalecer la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

6.º Finalmente, también debe distinguirse la cadena de custodia de determinadas actividades de investigación o documentación que puedan practicarse sobre los efectos intervenidos y que suelen incluirse junto con los actos de la cadena de custodia. Este es el supuesto, por ejemplo, del pesaje, aplicación de reactivos o destrucción de las de sustancias aprehendidas, la grabación de videos, toma de fotografías. Estos actos suelen aportar mayor información y detalle sobre lo incautado, pero no se corresponden estrictamente con los actos necesarios de garantía de la cadena de custodia. Por esta razón, las diferencias de descripción de los efectos, de la indicación de su naturaleza o del peso de lo incautado no implican necesariamente una ruptura o irregularidad en la cadena de custodia. Véase sobre esta cuestión la SAP Huelva, Secc. 1.ª, de 25 de junio de 2007, Ponente: Fernández Entralgo, Jesús, núm. 13/2007 (LA LEY 212269/2007).

El procedimiento de recogida, custodia y análisis de evidencias está sometido a las normas sobre investigación criminal que en nuestra LECrim. se regulan de un modo impreciso y deficiente debido a las múltiples modificaciones de la Ley, que han conducido a un sistema en el que se entremezclan las competencias del Juez y de la Policía de un modo difícil de entender y mucho más de gestionar en el día a día de la investigación criminal. Como es sabido, la LECrim. de 1882 acoge un sistema de investigación criminal en el que, en principio, se otorga al Juez de instrucción un papel principal, no sólo como «director» de la investigación, sino también como interviniente directo de todas las diligencias de investigación previstas en la Ley incluida la recogida de las muestras y evidencias relacionadas con el delito. Así se prevé en los arts. 326 y ss. LECrim. en los que la Ley señala expresamente que: « Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral ...» (art. 326 LECrim.); o el art. 334 LECrim. que dice que: «El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió...». Sin embargo, y sin perjuicio de que el Juez pueda personarse en el lugar del delito y realizar alguna de las funciones descritas, la función de recoger los objetos de cualquier clase relacionados con el delito se atribuye, con carácter general, a la policía. Así está previsto en los arts. 282 y 292 LECrim. y especialmente en las normas del procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido en las que se prevé que la policía judicial acudirá inmediatamente al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias: « Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial» (art. 770.3 LECrim.) y « Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente» (art. 796.1.6 LECrim.) (3) . Las normas citadas del procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido regulan la cuestión de un modo más adecuado previendo que el Juez de instrucción instruya el procedimiento y «dirija» la investigación y que la policía sea, ordinariamente, la que sobre el terreno recoja los objetos, vestigios y las muestras que pudieran servir para la investigación de los hechos. En su virtud es la policía la que personada en el lugar del delito recoge, custodia y remite a los laboratorios oficiales las evidencias con la finalidad de su análisis pericial y su utilización como prueba que pueda fundar una sentencia condenatoria. Determinada la competencia para la recogida de evidencias el problema se halla en la ausencia en la LECrim. de normas suficientes que





determinen con precisión como se actúa. Es decir como se procede en la recogida, custodia y remisión de las muestras e indicios de modo que quede garantizada su integridad y la validez de la prueba pericial que se realice. A ese fin se refieren insuficientemente algunos preceptos de la LECrim., entre otros los arts. 13, 326, 330, 334, etc., y especialmente el art. 338 LECrim. que dispone que: «... los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito».

Más precisas son otras normas reglamentarias que regulan, parcialmente, esta cuestión, pero que carecen del rango y la sistemática adecuada para servir correctamente a la regulación de una materia de indudable importancia por su relación con el derecho a un juicio justo que puede quedar vulnerado cuando las pruebas no sean válidas por la rotura de la cadena de custodia. Resulta evidente, por tanto, la necesidad de regular con precisión la documentación de todos los actos de recogida, custodia y remisión de las evidencias de forma que queden registradas todas las circunstancias relativas a las cosas, objetos o muestras recogidos con relación a una investigación criminal (4) .

Entre las normas que regulan esta materia cabe citar las siguientes: En primer lugar, la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Se trata de una regulación moderna y útil, redactada como un conjunto de normas o reglas que debe observar la policía para tomar y enviar muestras aptas para su análisis por parte del Instituto Nacional de toxicología y ciencias forenses. En la norma se hace referencia a la cadena de custodia, pero únicamente como una de las informaciones que debe contener el formulario de solicitud de análisis o estudios de muestras [art. 3.3 f)]. Información que se limita a un pequeño cuadrado en el que se debe hacer constar: nombre u organismo, fecha y hora, actividad de custodia sobre las muestras (sic) y firma. Se trata de una información insuficiente para garantizar debidamente la trazabilidad de las evidencias. Véase que, por ejemplo, la derogada OM de 8 de noviembre de 1996 regulaba con mayor precisión la cadena de custodia haciendo referencia a la constancia de: —La toma de muestras se ha practicado en el día de / / — Las muestras han sido envasadas y etiquetadas por: — Tipo y/o número de precinto— Fecha de remisión de muestras al laboratorio // — Condiciones de almacenaje hasta su envío (rellenar si procede) — Transporte efectuado por: Firmado por:

En segundo lugar, cabe señalar el Acuerdo marco de colaboración entre el CGPJ, la Fiscalía general del estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, el Ministerio del Interior, y la agencia española de medicamentos y productos sanitarios, de 3 de octubre de 2012 que establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La finalidad de este acuerdo, recogida en el apartado II de la Exposición de Motivos, consiste en limitar el período de tiempo durante el cual las sustancias estupefacientes son almacenadas a disposición judicial, con la finalidad de evitar riesgos para la salud y la seguridad ciudadana, especialmente los derivados de la custodia y el almacenamiento de las drogas. A ese respecto, cabe recordar el peligro de sustracción que pende sobre las drogas almacenadas que obliga a emplear un gran número de recursos para su vigilancia. Por otra parte, la custodia de gran cantidad de drogas impide su debida conservación produciendo, en





muchos casos, la degradación de los principios activos de las sustancias intervenidas y su inutilidad para posteriores análisis. Los problemas apuntados determinaron la redacción de los arts. 367 ter 1 LECrim. y 374.1.1.^a CP que establecen la posibilidad de decretar la: «... destrucción (de drogas) conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar posteriores comprobaciones o investigaciones». Sin embargo, la destrucción de las drogas se ha visto condicionada por la falta de coordinación de las distintas administraciones implicadas en el procedimiento de destrucción, cuestión que es a la que atiende el Acuerdo que prevé la actuación coordinada de todas las Administraciones firmantes. Ahora bien, resulta patente el conocimiento por parte de los firmantes de la necesidad de ir más allá de la firma de un Acuerdo para la destrucción de drogas, lo que se manifiesta en la propia regulación del Protocolo que en su primer apartado establece que: «El presente protocolo tiene por objeto abordar la problemática relativa a la documentación, toma de muestras, cadena de custodia y conservación o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que son incautadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.../... en el seno de un proceso penal, con la finalidad de: Garantizar las condiciones de ocupación y conservación de aquellas fuentes de prueba que resulten necesarias para el enjuiciamiento de los hechos delictivos; y Velar porque la sustancia incautada, de carácter ilícito y peligrosa para la salud pública, no vuelva a reintroducirse en los canales de distribución y consumo, excluyendo que las condiciones de su conservación originen un peligro para la propia salud pública o incluso un riesgo de comisión de nuevos delitos». Como se ve el alcance del Protocolo va más allá de regular la destrucción de las sustancias al tratar cuestiones como la cadena de custodia que se regula en el apartado 4.º en el que se dispone la documentación de cada acto que se lleve a cabo sobre las sustancias haciendo constar expresamente los siguientes datos: «a) La persona y el lugar en el que se localizó las sustancias y muestras y la documentación del hallazgo. b) Relación de autoridades responsables de la custodia y de los lugares en que ha estado depositada la droga con indicación del tiempo que ha permanecido en cada uno de ellos, de forma que se garantice la trazabilidad de todo el proceso de custodia. c) El motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. d) Las personas que han accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras». Estas normas se han de poner en relación con el art. 13 Orden JUS 1291/2010, citada anteriormente, que regula el modo en el que se han de remitir al laboratorio las sustancias estupefacientes. A saber: «En caso de alijos superiores a 2,5 kilos se enviarán las muestras resultantes de un muestreo. En los casos de alijos inferiores a 2,5 kilos se enviarán todas las muestras disponibles, preferentemente en su envase original, con la menor manipulación posible». En cuanto al muestreo la Orden JUS se remite a su vez a lo previsto en la Recomendación del Consejo de Europa a la que me refiero a continuación.

En tercer lugar, la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 30 de marzo de 2004 sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas (2004/C 86/04), establece los actos que deberán realizarse para la toma de muestras de las drogas objeto de incautación que son las siguientes: «1. Un informe detallado de la incautación: descripción, numeración, ponderación, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc., de las muestras. 2. Una técnica de muestreo basada en los métodos hipergeométrico o bayesiano, con un nivel de confianza del 95% y una proporcionalidad del 50% (como mínimo la mitad de





los productos), o en el método recomendado por las Naciones Unidas». Finalmente, se refieren a esta materia, los arts. 4 y 31 Ley 17/1967, de 8 de abril, de estupefacientes; el Convenio único de 1961 sobre sustancias estupefacientes y el Convenio de 1971 sobre sustancias sicotrópicas

Las normas citadas son insuficientes en tanto que regulan parcialmente la materia. La Orden JUS de 2010 únicamente regula el modo de recoger y conservar las muestras para la remisión al laboratorio, mientras que el Acuerdo Marco Interministerial de 2012 y la Recomendación del Consejo de Europa se refieren específicamente a las sustancias estupefacientes. Por otra parte, las citadas no son normas legales, sino a la sumo reglamentarias. Entre las citadas normas destaca el Acuerdo Marco de 2012 que, curiosamente, contiene la regulación más detallada de los extremos que deben constar expresamente para la documentación de la cadena de custodia. Estos son los siguientes: 1.º Las personas y lugares de recogida y depósito de las evidencias con expresión del tiempo del acto incluyendo el de duración del depósito. 2.º El motivo del acto, es decir el porque la evidencia ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. 3.º Las personas que han accedido a la evidencia detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras. Los mencionados datos y circunstancias son suficientes para regular adecuadamente esta materia el problema se halla en el lugar en el que se contienen un Acuerdo de colaboración entre administraciones y su limitación a una evidencia concreta como son las sustancias estupefacientes.

En definitiva, no cabe duda de la necesidad de regular la cadena de custodia en la LECrim. al tratarse de una materia esencial para la validez de la prueba. Esa regulación debería contemplar la actividad de recogida, conservación, catalogación, depósito y custodia de evidencias. Ello sin perjuicio de referirse para un mayor detalle a otras normas reglamentarias. A ese fin pueden servir como base las normas contenidas en el Acuerdo Marco de 2012. De ese modo se logrará el debido conocimiento y aplicación de unas normas de cuya observancia depende la validez de la prueba en el proceso penal. Ninguna noticia tengo al respecto de las intenciones del legislador a este respecto, pero sí que podemos analizar el contenido de los dos ¿borradores? presentados con fecha de 2011 y 2013 de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a esta materia. Curiosamente existe un tratamiento dispar, por cuanto en el texto de 2013 se regulan esta, y otras varias cuestiones, de un modo deficiente. Mientras que, sin embargo, el anteproyecto de LECrim. de 2011 atendía específicamente a la cuestión de la cadena de custodia de un modo destacado y considero que, en esencia, acertado.

Efectivamente, en el Borrador de LECrim. de 2011 se dedicaba un apartado especial a la cadena de custodia. Concretamente un capítulo que contenía los arts. 357 a 360 en los que se regulaba: — Las garantías de las fuentes de prueba (art. 357); — La cadena de custodia cuyas características quedaban perfectamente reguladas en el art. 358.1 y 2: «1. La cadena de custodia se inicia en el lugar y momento en que se obtiene o encuentra la fuente de prueba. 2. Corresponde a todos cuantos tengan relación con la fuente de prueba, sean funcionarios públicos o particulares, la obligación de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, garantizando la inalterabilidad de la fuente de prueba». En los arts. 358.3 y 359 se regulaban también el procedimiento básico de gestión de muestras remitiendo en aquello no regulado a futuras normas reglamentarias. Así, en el art. 359.2 se preveían los actos esenciales de la cadena de custodia, que debían documentar: «cada una de las personas o instituciones que





hayan intervenido en la gestión y custodia de la muestra» (art. 359.3): «2. En todo caso se dejará constancia de los siguientes particulares: a) La persona y el lugar en el que se localizó la muestra y la documentación del hallazgo. b) Todas las personas que la hayan tenido a su cargo y los lugares en los que haya estado c) El tiempo que haya estado en poder de cada persona o depositada en un determinado lugar. d) El motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. e) Las personas que han accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras». Se trataba de una regulación que es prácticamente idéntica a la contenida en el Acuerdo Marco de 2012, pero que, naturalmente, adquiere otro relieve a contenerse en una norma legal. Estas normas se complementaban en el art. 360 que preveía los efectos de la cadena de custodia y el procedimiento para su impugnación por las partes: «1. El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral y, en su caso, justificará sus alteraciones o modificaciones. 2. El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba. 3. La cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras». En definitiva, una regulación moderna y plenamente adecuada a los fines exigidos en un sistema procesal penal en el que las normas sobre prueba tienen una importancia esencial para la garantía de un juicio justo.

La sorpresa aparece cuando se analiza el Borrador de LECrim. de 2013 y se advierte que no se contiene ninguna regulación expresa y concreta en esta materia. En su lugar se hallan referencias puntuales en distintos artículos. Así, en los arts. 79 y 287 con relación a las funciones de la policía judicial: «... la Policía Judicial, de oficio o en ejecución de las instrucciones generales o particulares que le hubieran sido transmitidas por el Fiscal, adoptará las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad»; el art. 342 con relación a las funciones del Secretario Judicial en los registros; y finalmente el art. 356 en el que se regula la: «Recogida, aseguramiento e incautación» de los instrumentos y efectos del delito que pudieran ser utilizados como prueba, pero en el que no se contienen normas expresas sobre la cadena de custodia, sino que se limita a establecer que: «Se levantará acta en la que se hará constar su descripción, así como el lugar, tiempo y ocasión en que hubieran sido hallados, la cual podrá ser completada con fotografías o imágenes». En definitiva, la regulación propuesta en el Borrador de LECrim. de 2013 se asemeja en su contenido y estructura a la actualmente vigente contenida en la LECrim. de 1882. Siendo así resulta evidente que no se puede estar conforme con la regulación propuesta que se contiene en un Borrador que, además, regula otras cuestiones de un modo que cabe calificar como mínimo de poco meditado. Por ejemplo, se regulan las piezas de convicción y del aseguramiento de la prueba en sede de medidas cautelares reales (arts. 215 a 217) (Sinceramente, me es imposible hallar o entender la relación que pueda existir entre las medidas cautelares y la prueba). Ya en otras materias, tampoco considero acertada, por ejemplo, la regulación propuesta de la acusación popular (art. 71) que la limita extraordinariamente, la de las intervenciones corporales (art. 284) o, finalmente, resulta chocante la regulación del concepto de flagrancia que se contiene en el art. 343 donde se pretende hacer pasar por flagrancia la mera sospecha. Basta acudir a la conocida STC 341/1993, que declaró inconstitucional parte de la LO 1/1992 de protección de la





seguridad ciudadana, para adivinar cual sería el destino de un precepto como el indicado en el caso que esa norma entrara en vigor.

Expuesto lo anterior únicamente nos cabe esperar que ya sea en un nuevo Código Procesal Penal o bien en una reforma legal de la LECrim. se introduzca por fin en nuestro sistema procesal penal una regulación adecuada de la cadena de custodia que debe seguir en lo básico las reglas contenidas en el Borrador de LECrim. de 2011 o en el Acuerdo marco de 2012 donde se establece la necesidad de documentar cada acto de recogida, traslado y depósito de las evidencias, así como de los motivos de cada acto y el tratamiento científico que se hubiera dado a cada muestra y el estado inicial y final de la misma. En tanto esto no sucede los tribunales se han pronunciado considerando que existe un consenso sobre los requisitos que debe cumplir la cadena de custodia: «Aun cuando no existe una normativa reguladora expresa de las exigencias mínimas garantizadoras formalmente de la indemnidad de la cadena de custodia, las nuevas reformas normativas, la doctrina y la jurisprudencia han construido un cuerpo jurídico que se atiene a la normativa internacional en la materia y coherente con la Recomendación del Consejo de Europa de 30 de marzo de 2004 sobre directivas para la toma de muestras de drogas incautadas en la cual se establecen las pautas que deben regir la cadena de custodia: a) informe detallado (descripción, numeración, pesaje, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc.) de la incautación por parte de las fuerzas del orden destinado a la policía científica y a los tribunales; b) técnica de muestreo conforme a criterios predeterminados; y c) adoptar las medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras....». SAP Madrid, Secc. 29.^a, de 29 de octubre de 2012; núm. 404/2012 (LA LEY 195638/2012). Esta es una relación citada en numerosas sentencias, véase también entre otras la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 (LA LEY 318411/2009).

Sentado lo anterior , este Magistrado coincide con la defensa en lo siguiente . No se han incorporado al procedimiento los dispositivos con los que se efectúan las distintas grabaciones que se encuentran unidas al mismo , ni de la grabación inicial de 5 de junio de 2008 ni de las sucesivas. Ello ya implicaría el rechazo de las mismas , por su falta de autenticidad . Y es que cuando se efectúa una grabación en un soporte digital , las posibilidades de manipulación de la misma con los medios técnicos que cualquier profano tiene a su alcance través de internet , son tan amplias que la sola duda exige contar con el original de las mismas y , desde luego , con el dispositivo de grabación . Si esto es así para un profano , cuanto más para especialistas de la Guardia Civil o Policía . Por ello, nuestra LOPJ en su artículo 230 exige los requisitos de autenticidad e integridad . A ello debemos añadir otra consideración . El secretario judicial no está presente en ninguna diligencia de volcado . Y ya conocemos la jurisprudencia que se apresta a dar validez a tales volcados aun con la ausencia del secretario judicial , pero no debemos olvidar que en estos casos , se cuenta con original o con dispositivo original de grabación . Este Tribunal desconoce los dispositivos empleados , y desde luego el proceso de volcado del contenido grabado por los mismos , por lo que entiende necesaria la presencia del Secretario Judicial en la diligencia de volcado . También tiene derecho a presenciar el volcado los propios afectados , pues de lo contrario ninguna garantía tienen , ante la ausencia de fedatario público de que lo que se incorpora a los CDs o DVDs es lo que realmente se ha grabado por el dispositivo grabador.

El reciente Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 viene a exigir para la validez probatoria del volcado de dispositivos o soportes de almacenamiento o





bien la presencia de los interesados o bien la del Secretario Judicial :

El primer motivo de su recurso se formula al amparo del artículo 852 de la LECRIM , por infracción de precepto constitucional (art. 18 y 24 CE). En el segundo motivo del recurso, se invoca infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECRIM , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

A A través de estos motivos, el recurrente alega nulidad de actuaciones ante la falta de resolución judicial que habilitara el volcado y análisis del contenido del pen drive marca TDK de 4 GB, ya que la única autorización judicial que existe al respecto era para obtener una copia pero no para la pericia, estudio y análisis de su contenido. Además cuestiona la cadena de custodia del pen drive objeto de volcado. Asimismo denuncia que estuvo ausente tanto en la transcripción como en el cotejo del contenido del pen drive. Ambos motivos están relacionados entre sí, por tanto, procede su agrupación y resolución conjunta.

B El art. 11.1 de la L.O.P.J . establece que "en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Con carácter general la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, para asegurar que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto (STS 301/2013, de 18 de abril).

C En el caso que nos ocupa, la Sala de instancia se pronunció sobre las alegaciones del recurrente, que expuso como cuestión previa al inicio del acto de juicio, contestándolas detalladamente en el Fundamento Primero de la resolución recurrida. De análisis de las actuaciones, consta que el auto de entrada y registro de fecha 17 de abril de 2013 autorizaba la aprehensión de los efectos e instrumentos procedentes de las conductas delictivas investigadas. Entre ellos se encontró el pen-drive marca TDK de 4GB y la tarjeta de memoria de la marca Olympos XD. El otro pen-drive marca Tranced de 4GB, se le intervino al acusado en el momento de su detención.

En relación con los objetos intervenidos en el momento de dictarse el auto de 24 de abril de 2013, sólo podía referirse al volcado del pen drive marca TDK, ya que el otro pen-drive fue incautado al acusado en el momento de su detención, que tuvo lugar posteriormente al dictado del auto. Por ello la Sala de instancia llega a la conclusión de que este pen drive no debe ser tenido en cuenta a los efectos probatorios, pero sí el pen drive TDK, cuyo volcado y análisis venía avalado por resolución judicial.

En relación a la alegación por parte del recurrente acerca del quebrantamiento de la cadena de custodia, señala la sentencia recurrida que los objetos intervenidos se custodiaron en el depósito de efectos judiciales y la unidad policial actuante, mediante oficio de 23 de abril de 2013 dirigido al Juzgado de Instrucción, interesó autorización para proceder al volcado de los datos contenidos en tales soportes informáticos (folio 390). Posteriormente, el Juzgado de Instrucción, mediante auto de fecha 24 de abril de 2013, acordó que el volcado de datos se realizara mediante la fe pública del Secretario Judicial, que una vez realizado ello se entregara





la copia a la fuerza actuante y que sobre la copia así obtenida se efectuara la pericia (folios 391 y 392). A continuación, consta el oficio de fecha 3 de junio de 2013 (folios 718 y 719) solicitando que se dieran instrucciones al encargado del Depósito de Efectos Judiciales para que hiciera entrega a los funcionarios de policía de tales efectos, a fin de que por el Secretario Judicial se procediera al volcado del contenido de los dos pen drive. Recibido el anterior oficio, se dictó diligencia de ordenación autorizando el traslado de los efectos (folio 720). El volcado tuvo lugar el 7 de junio de 2013, extendiéndose la correspondiente diligencia por parte del Secretario Judicial (folio 731), en la que se hizo constar que lo contenido en ambos soportes se trasladaba a un pen drive virgen marca Verbatim. El iter procesal descrito evidencia que no hubo ruptura en la cadena de custodia y que el volcado de datos y el estudio de su contenido tuvo cobertura judicial mediante el dictado del correspondiente auto.

Por otro lado, alega el recurrente no que fue citado, ni él ni su letrado para el acto del volcado, asimilándolo a la apertura de la correspondencia privada. Sin embargo, realmente dicha actividad no consiste en seleccionar archivos concretos, sino realizar una copia. La presencia del imputado en la diligencia de volcado, en cuanto que no se toma ni aparta nada, sino que consiste meramente en la realización de la copia, no se justifica en dotar de mayor garantía a la operación de volcado, pues la misma cuenta con la presencia del Secretario Judicial, que da fe del traspaso de datos desde el soporte aprehendido a otro virgen.

Por tanto, la prueba a que hace referencia el recurrente no ha sido conseguida vulnerando los derechos fundamentales, sino de forma regular y por ello constituye prueba de cargo válidamente obtenida.

En este caso, ninguna de las grabaciones es volcada a presencia del Secretario Judicial, ni de los interesados, ni contamos con posibilidad de contrastarlo con el dispositivo de grabación supuestamente utilizado para su captación.

La grabación tiene la consideración de documento electrónico (STS 441/2010 de 13 de mayo o 280/2011 de 12 de abril). La posibilidad de aportación como prueba de grabaciones de conversaciones, imágenes o datos captados tiene un concreto reflejo en el artículo 382.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La norma, en su apartado 2, permite la presentación de elementos de convicción instrumentales, incluidos dictámenes periciales que puedan aportar información adicional sobre la autenticidad y exactitud de lo reproducido. La norma es objeto de complemento por el artículo 384 de la LE, en el que se parte de la base de que, cuando esta información permanece almacenada en concretos dispositivos electrónicos de almacenamiento, las partes deben facilitar al órgano judicial tal soporte; y además, en su caso, los medios que permitan su examen por el Tribunal.

A estas alturas es conocido que si un particular graba una conversación con otro ello no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Pero esta libertad que tiene un particular, partícipe en una conversación, aunque limitado por el derecho a la expectativa razonable de privacidad ya indicado, no puede trasladarse en ningún momento al Estado. El Estado que pretende la incorporación y utilización de esa grabación en un proceso o procedimiento judicial o administrativo está seriamente limitado pues debe exigir que el documento (grabación) reúna los requisitos de autenticidad e integridad, debe exigir el original del documento si se pone en duda su autenticidad, y desde luego debe despejar toda duda sobre la posible falta de integridad. El Estado sí tiene esos límites, sencillamente porque son límites que impone la Ley y nuestra más reciente jurisprudencia.





Asimismo , respecto de la eficacia probatoria de las intervenciones telefónicas realizadas por el sistema SITEL , debemos recordar la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal , perfectamente contenida en la Sentencia de 2 de octubre de 2012 :

En relación con la eficacia probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL, y sin perjuicio de reconocer y respetar posiciones discrepantes, es procedente acoger la doctrina mayoritaria de esta Sala, cuya función esencial es precisamente la de garantizar la seguridad jurídica, evitando resoluciones judiciales contradictorias que perjudican la unidad del ordenamiento y la igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley penal, para lo cual es conveniente mantener internamente criterios claros y uniformes.

En este sentido, y siguiendo la STS 554/2012, de 4 de julio, la legitimidad de la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL ha sido confirmada por múltiples sentencias de esta Sala, entre las que pueden citarse: SSTS 250/2009 de 13 de marzo; 308/2009 de 23 de marzo; 1078/2009 de 5 de noviembre; 1215/2009 de 30 de diciembre; 740/2010 de 6 de julio; 753/2010 de 19 de julio; 764/2010 de 15 de julio; 293/2011 de 14 de abril; 565/2011 de 6 de junio; 410/2012, de 17 de mayo; 573/2012, de 28 de junio; 554/2012, de 4 de julio, etc.

Siguiendo la referida STS 554/2012, de 4 de julio, podemos describir el sistema diciendo que SITEL (sistema de interceptación legal de las telecomunicaciones) diseñado para sustituir las carencias del anterior sistema de interceptación, se construye sobre la base de enlaces punto a punto con las Operadoras de telefonía, que transmiten la información correspondiente a la interceptación que dichas Operadoras realizan en su sistema, para almacenarse en el sistema central del Cuerpo Nacional de Policía.

Los enlaces punto a punto establecidos, permiten únicamente la entrada de información procedente de la Operadora, la cual, automáticamente, es almacenada por el sistema central en el formato recibido, con características de solo lectura, sin intervención de los agentes facultados, y queda guardada con carácter permanente en el sistema central de almacenamiento a disposición de la Autoridad judicial.

Para garantizar el contenido de la información dichos ficheros son firmados digitalmente, utilizando el formato de firma electrónico denominado PKCS#7 Detached, utilizando un certificado Camerfirma (como entidad certificadora autorizada) emitido por el Cuerpo Nacional de Policía y que se asocia a la máquina SITEL para que pueda firmar de forma desasistida los ficheros relativos al contenido e información asociada de la interceptación.

Una vez que en el sistema central se realiza el proceso de firma, se genera un nuevo fichero que contendrá la firma electrónica, y que verificará tanto el contenido de la comunicación, como los datos asociados a la misma. Así, el sistema de firma electrónica nunca altera el contenido del archivo original que se está firmando.

Los usuarios del sistema, los grupos operativos encargados de la investigación, no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento, recogiendo únicamente un volcado de esa información con la correspondiente firma electrónica digital asociada, transfiriéndola a un CD o DVD para su entrega a la Autoridad judicial, garantizando de esta manera la autenticidad e integridad de la información almacenada en el sistema central.





En base a todo ello, y siguiendo nuevamente la referida STS 554/2012, de 4 de julio, ningún reparo cabe hacer al empleo de esta tecnología informática. Como señala la reciente sentencia STS 573/2012, ha de recordarse que, tras un intenso debate acerca del sistema SITEL, la mayoría de esta Sala ha considerado dicho modo de proceder como técnicamente fiable, por encima incluso del sistema "tradicional" de grabación de esas comunicaciones. Y en la sentencia 410/2012, de 17 de mayo, se señala que la posibilidad de manipulación o alteración del resultado de las intervenciones en el sistema SITEL es prácticamente imposible.

Cuando el Juez ordena una intervención telefónica no impone la utilización de ningún sistema, sino que autoriza los más avanzados o los que en un momento dado utilice la policía judicial, siempre que ofrezcan plenas garantías, como sucede con el sistema SITEL según la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, que es el que se ha incorporado con carácter general en nuestro ordenamiento.

En consecuencia, si la doctrina jurisprudencial ya ha estimado que, con carácter general, el sistema SITEL ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y teniendo en cuenta que es el sistema de uso habitual en todos los procedimientos judiciales, resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema, en todos y cada uno de los juicios que se celebran en los Tribunales españoles en los que se aporten como prueba dichas intervenciones, por lo que la decisión del Tribunal sentenciador denegando la prueba propuesta por considerarla superflua con cita expresa de nuestra doctrina jurisprudencial fue correcta y razonable, y debe de ser confirmada.

Los dos referidos motivos deben rechazarse.

Lo que sostiene el acusado en su escrito de cuestiones previas no es incompatible con esta jurisprudencia. El acusado sostiene sobre la base de una prueba pericial de parte que la transferencia de archivos de SITEL a los CD s aportados al Juzgado se realiza por unos agentes y que éstos agentes han podido incluir , incluso de forma desordenada en el tiempo , aquel contenido grabado por SITEL que han decidido aportar , es decir , no la totalidad de lo grabado por el sistema SITEL. Desde luego , la pericial que aporta la defensa es detallada y extensa , sin que exista ningún dato o indicio que contradiga lo que los peritos de la defensa plantearon en su día y ahora plantean a este Tribunal como cuestión previa. Por ello, no se duda de la veracidad del contenido de tales informes y si examinamos su contenido se debe compartir la afirmación que hace la defensa respecto de a falta de autenticidad de los CDs acompañados y unidos a este procedimiento con el contenido de las intervenciones telefónicas. No se trata ya de valorar si las intervenciones telefónicas se realizaron o no correctamente , lo que correspondía ponderar en fase de instrucción , pues ya hemos reiterado amen de ser conocida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la distinción entre la validez de un document como prueba y su validez como medio de investigación . En este caso , debemos valorar la validez de tales CD s como prueba , más aún si cabe en un procedimiento de esta naturaleza , un juicio con Jurado , donde el Tribunal popular formado por legos en Derecho deberá valorar las pruebas que se practiquen en su presencia , sin que puedan apreciar su validez probatoria o no , por su evidente falta de conocimiento al respecto .





Sentado lo anterior , para que una documento electrónico tenga validez a efectos probatorios precisa reunir los requisitos de autenticidad e integridad . Según ese informe pericial de parte aportado por la defensa , la falta de archivos originales de las grabaciones de las intervenciones telefónicas y la falta de firma electrónica del agente que procede a la grabación , resta o elimina autenticidad a los documentos .

Falta de firma electrónica , falta de transcripciones de la totalidad de las intervenciones telefónicas contenidas en los 102 CD s aportados a la causa ,

La sentencia de esta misma Audiencia Provincial , Sección Sexta , de 22 de enero de 2015 afirma lo siguiente :

Se invoca, como se dijo, la ruptura de la cadena de custodia en base al lugar en el que se encontraban almacenados los CDs con las grabaciones, parece aconsejable poner de manifiesto algunas consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo respecto al sistema SITEL así en la Sentencia de 22 de octubre de 2014, que venía a declarar como impertinente la prueba pericial informática sobre la integridad del sistema, se dice:

"De acuerdo con esta idea, el Tribunal Supremo ha rechazado de forma diáfana las quejas acerca de la autenticidad del SITEL , reputando tal sistema integrado de telefonía, incluso, como un avance respecto de los protocolos y mecanismos preexistentes (cfr. STS 722/2012, 2 de octubre). Su difícil "... por no decir imposible manipulación " (STS 1215/2009, 30 de diciembre), convierten este sistema en "... preferible a los medios de intervención anteriores a su implantación" (1078/2009, 5 de noviembre). Todo indica, por tanto, que la puesta en tela del juicio del SITEL , cuando se limita a cuestionar in abstracto la fiabilidad del sistema, sin apuntar razones que hagan pensar que, en el caso concreto que es objeto de examen, pudo haberse producido alguna manipulación de los contenidos de los CDs aportados al Juzgado, no puede tener acogida".

En idéntica línea la de de 1 de octubre de 2014 declara

" Finalmente en cuanto a la queja que concierne a la autenticidad de la información trasladada al Juzgado en relación con el contenido de la grabación en el sistema SITEL también hemos de recordar lo ya dicho en nuestra STS no 255/2014 de 19 de marzo que ya: dijimos en la Sentencia de esta Sala Segunda, no 659/2013 de 9 de julio , con cita de la STS 1215/2009 de 30 de diciembre : se ha insistido en la acomodación del sistema SITEL a la norma constitucional, refiriéndose a la autenticidad de los DVD's sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro salvo prueba en contrario, pues se trata de documentos con fuerza probatoria avalada incluso legalmente acudiendo como complemento a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico, la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil). La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida.

En la citada sentencia se hacía referencia al caso concreto destacando, como hacemos aquí, que: las defensas no especificaron anomalías concretas que pusieran en cuestión la autenticidad y la integridad de las grabaciones aportadas a la causa, ni tampoco interesaron que por el órgano judicial se procediera a una compulsión de los DVD's con la grabación original que obra en el servidor central, diligencia que solo se practicaría en los supuestos en que





hubiera razones indiciarias que justificaran el coste procesal de una pericia de esa índole.

Siendo relevante la doctrina por la que se concluye que: el mero hecho de que faltara la firma electrónica no podría entrañar necesariamente la nulidad probatoria que postula la defensa del acusado, pues ni esa firma garantiza de por sí la autenticidad e integridad de los soportes informáticos ni su ausencia permite concluir que han sido

manipulados o alterados. La mera omisión de la firma no puede, pues, abocar automáticamente a la falta de autenticidad y de integridad del contenido de los soportes informáticos ni a la declaración de la nulidad probatoria, sino que nos llevaría, en el caso de que concurrieran sospechas de irregularidades o ilegalidades denunciadas por la parte, a que el Secretario judicial realizara una compulsa en el servidor central con el fin de verificar la integridad y autenticidad de las grabaciones aportadas a la causa (STS 207/2012 , de 12 de marzo)".

Siendo definitiva la de 4 de junio de 2014

" 2. Por lo que se refiere a la última cuestión, además de lo dicho en relación con los motivos equivalentes de otros recurrentes, hay que insistir que e sta Sala ha rechazado la pretendida ausencia de garantías del sistema de interceptación telefónica SITEL , utilizado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español ,en sentencias ,como las SSTS de 19-12-08, no 906/2008 ; 29-6-09, no 756/2009 ; 13-3-09, no 250/09 ; 23-3-09, no 308/09 ; 5-11-09, no 419/09 ; 12-11-09, no 114/09 .

En concreto la STS 1215/2009, de treinta de diciembre , argumenta que "si bien, en todo caso, no es absolutamente descartable una posible manipulación , su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables. Las objeciones deben hacerse a partir del momento en que se alza el secreto de las grabaciones y las partes tienen expedita la vía, para solicitar su audición. Una mínima coherencia profesional, les obliga a plantear esta cuestión en el debate en la instancia Por ello, y sin perjuicio de lo expuesto con carácter general sobre el sistema técnico de grabación de los teléfonos de la telefonía móvil, que seguramente en un futuro será superado o modificado por el progreso de la técnica, la cuestión de la autenticidad de los contenidos de los soportes CD se debe plantear con antelación al juicio oral para que pueda ser adecuadamente debatido.

Se ha dicho que estos discos, dadas las características de la tecnología digital, pueden ser alterados mediante sofisticadas operaciones de laboratorio. Esta objeción nose descarta, ahora bien, así como en el antiguo sistema la manipulación, los cortes

eran posibles sin saber de forma cierta quien los había realizado materialmente, en el sistema S.I.T.E.L se deja huella identificadora del manipulador ya que debe facilitar su clave de identificación para entrar en el disco duro. En este caso, nos encontraríamos ante un delito que de confirmarse su existencia a posteriori podría dar lugar a la revisión de la sentencia. Del mismo modo que hemos dicho que los análisis de los laboratorios oficiales gozan de una garantía de autenticidad y buenas prácticas, lo mismo se debe decir de este sistema, salvo prueba en contrario.

El disco duro centralizado se integra en el mobiliario o estructura que constituye la base material del centro de escuchas. Equivale a los chasis y motores, en los que se insertaban las





bobinas sobre las giran las cintas. Como posible elemento probatorio siempre se ha exigido es el soporte que contiene y hace audibles y comprensibles las grabaciones pero nunca se ha considerado indispensable, por razones operativas, el traslado a la sede judicial de mueble o consola que albergaba la bobina de las cintas. Nunca se ha pedido ni sería razonable y, además, en un sistema como el que nos ocupa, obligaría a suspender todas las escuchas en curso mientras el macro disco duro se encuentra en las instalaciones judiciales.

El contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario. Se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo cumplimentariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil). En estos casos la ley contempla la posibilidad de llevar a los autos el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

En todo caso, consideramos que estas disposiciones establecidas en el ámbito de un conflicto privado no obligan a traer como original todo el sistema informático

centralizado. El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fé pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas.

No se puede pretender, como ya se ha dicho, que se aporte el ordenador central como documento original. Está abierta, sin restricciones, la posibilidad de negar la autenticidad de los contenidos del DVD. Si se impugna su veracidad, nos situamos, según se ha dicho, ante una pericia contradictoria que permite, con los actuales sistemas, realizar una auditoría informática que dadas las posibilidades y perfeccionamiento técnico permite supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones. Esto es aplicable a los puertos centrales del sistema SITEL y a todos los sistemas centralizados de cualquier otro organismo oficial como el actual sistema del Registro de la Propiedad, a los ordenadores centrales de la Agencia Tributaria o de entidades financieras como los grandes bancos o las empresas de suministro de servicios telefónicos, eléctricos o de gas. Conviene recordar que en el supuesto de impugnación de un asiento del Registro de la Propiedad, hoy día informatizado, esta prohibido por la Ley y el Reglamento Hipotecario que los libros salgan de las oficinas registrales por lo que la pericia contradictoria habrá de hacerse sobre las bases de funcionamiento del sistema.

Cuando se alega la falta de control judicial de las escuchas por no haberse aportado los soportes originales, hay que hacer constar que los agentes policiales manifiestan que las grabaciones se realizaron en el disco duro del servidor central de donde se pasan, mediante volcaje, a los DVD que se remiten al juzgado. Lo verdaderamente esencial radica en que el juez conozca el contenido del curso de las escuchas. Las referencias jurisprudenciales a las cintas magnetofónicas se hacían en función de la tecnología aplicable en épocas anteriores para grabar las escuchas. Las tecnologías han avanzado, por lo que las cintas pueden ser sustituidas por cualquier otro medio. Lo sustancial es la autenticación de las grabaciones y la posibilidad de conocer su contenido en un soporte (en este caso DVD) que las refleje.





El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas.

La autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión. Si en alguna ocasión las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad, deberán explicar suficientemente en que basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL .

El Reglamento que desarrolla la Ley de Protección de Datos, publicado por Real

Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, dedica especial atención a las medidas de seguridad de los sistemas informáticos que pueden almacenar datos, que clasifica según su mayor o menor intensidad. El Reglamento contempla medidas de seguridad de nivel alto, que describe en el artículo 101 al disponer que la identificación de los soportes se deberá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permita a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido y que dificulten la identificación para el resto de las personas. Estas medidas de seguridad están previstas y son parte de las garantías que ofrece SITEL . No es exigible, en todo caso, el cifrado de los datos ya que permite utilizar otro mecanismo que garantice que dicha información no sea accesible o manipulada durante su transporte. El artículo 104 insiste en las mismas previsiones, considerando de alta seguridad, tanto el cifrado como cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible o manipulada por terceros."

Por su parte esta Sala también ha dicho (STS. 12-11-2009, no 1114/2009) que "respecto del actual sistema informático SITEL , también carece de razón el recurrente, si se entendiera que la operativa seguida en este proceso con entrega de un CD con el archivo sonoro certificado digitalmente afecta al derecho fundamental a un proceso

debido con todas las garantías, porque los presupuestos de la jurisprudencia citada han cambiado radicalmente en cuanto han desaparecido las grabaciones analógicas en cintas máster, de forma que no puede hablarse de ausencia de grabaciones originales aportadas al Juzgado, como explicará más adelante, por el hecho de disponer de un CD con el archivo sonoro procedente del servidor central de la Dirección General de la Guardia Civil y Policía certificado digitalmente, ya que éste ha de considerarse archivo original, con independencia de que se conserve el archivo sonoro matriz en el disco duro del servidor citado.

Por otra parte, la posibilidad de efectuar una auditoría informática, sobre la integridad del sistema, está siempre presente. Los responsables del sistema SITEL recalcan que la entidad " AC Camerfirma " es la entidad de certificación que garantiza la integridad de las grabaciones efectuadas con el sistema, tanto por la Guardia Civil como por la Policía Nacional, y que aquéllas, caso de ponerse en duda por alguna parte del procedimiento pueden contrastarse con los datos que estén en posesión de las operadoras".





De esta suerte cabe concluir que el Sistema SITEL cumplimenta las garantías exigidas por la norma constitucional y su utilización no vulnera derecho fundamental alguno de las personas investigadas, si bien el propio Tribunal Supremo ya ha expuesto determinadas cautelas, y así en su Sentencia de 12 de marzo de 2013, estableció que la legitimidad del sistema no excluía la necesidad de que, dada su naturaleza invasiva e incisiva, por los tribunales se adopten medidas encauzadas a la destrucción de las grabaciones una vez que ya no se precisen para operar probatoriamente en la causa, adoptando las necesarias cautelas para evitar el almacenamiento masivo de datos relativos a la actividad de una pluralidad de personas. " es por ello que los tribunales en la causas en que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar de oficio en sus sentencia la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las entregadas a la autoridad judicial y verificando en ejecución de sentencia una vez firme que tal destrucción se ha producido "

Cautelas que, además, se han de extremar una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha invalidado en Sentencia de fecha 8 de abril de 2014 la Directiva 2006/24/CE, que afecta a la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, pero que en ningún caso afecta al hecho mismo de la interceptación de las comunicaciones.

Por tanto, y dejando al margen la posible inadecuada ubicación de los CDs originales, no han aportado las defensas indicio alguno que permita dudar, no sólo de que dichos grabaciones son las originales, que de las mismas, como ya dijimos, se expidió copia a las partes, y que, y este aspecto es el más relevante, que estas grabaciones originales son las que han sido oídas en el juicio. En resumen para poder dar por cierta la manipulación del sistema SITEL, es decir las grabaciones contenidas en el servidor central, se ha de exigir un plus probatorio que no se ha practicado en la vista, más allá de las dudas, tan legítimas como interesadas, planteadas por las defensas.

Y es que como señala la Sentencia de 6 de octubre de 2014:

"Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de lo que se ha denominado «la "mismidad" de la prueba» (STS 1190/2009, de 3 diciembre). A tal respecto, se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye.

También hemos dicho que no basta sospecha sino evidencia de tal ruptura de la cadena de custodia . La STS 709/2013, de 10 de octubre , declara que debe exigirse prueba de la manipulación de la cadena de custodia y no la mera posibilidad".

No podemos dejar de recordar la STEDH , Sección 4ª de 18 de mayo de 2010 (caso Kennedy vs. Reino Unido , asunto 26839/05) que destaco la exigencia de la conservación del material objeto de interceptación en lugar seguro , con restricción de accesos tanto personal como electrónico , con concreta determinación de los destinatarios o personas habilitadas .





Pero , en cualquier caso , como dijimos más arriba , el sistema SITEL permite contrastar los CDs aportados con la información preservada en el propio sistema , prueba que ha solicitado el Ministerio Fiscal y a la que , es de Justicia , acceder al haberse admitido la prueba pericial de la defensa en el mismo sentido ,esto es , enervar la autenticidad e integridad de las grabaciones de conversaciones telefónicas incorporadas a este proceso.

DECIMO OCTAVO.- poniendo un poco de orden en la presente resolución , se deben concluir los razonamientos afirmando lo siguiente .

Las grabaciones de las reuniones mantenidas entre el señor Becerra y el señor Espino , todas ellas , no son admisibles como prueba en este proceso por su falta de autenticidad e integridad y por la afectación y vulneración de derechos fundamentales acaecida con motivo de su elaboración . El hecho de que la originaria grabación , la de 5 de junio de 2008 , no fuera autorizada por resolución judicial , se llevara a cabo de forma pre ordenada a la obtención de pruebas materiales de un delito que se sabía se podía cometer como queda constatado por la comparecencia de 4 de junio efectuada por don Carlos Espino en su propio despacho profesional ; se hiciera de forma subrepticia y teledirigida y no de forma espontánea , conlleva a declarar la nulidad de dicha grabación . A ello debemos añadir que la misma se sabe , manipulada por la existencia de cortes que evidencian una edición , como queda acreditado por los informes periciales de parte y de la propia Policía Científica , por lo que carece de todo valor a efectos probatorios y de todo valor como medida de investigación . La nulidad de ese documento a los efectos procesales y constitucionales conlleva la del resto de grabaciones pues sin duda se había generado una expectativa de privacidad en la persona grabada cuyo quebranto es condenado , como hemos dicho , por nuestro Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. De ahí , la afectación de derechos fundamentales de terceras personas mencionadas en esa grabación , como es el hoy acusado don Luis Lleó , conlleva la exclusión de tales grabaciones de este procedimiento. No disponiendo de ningún dispositivo de grabación , ni de ninguna grabación original , como consta en el procedimiento , tales grabaciones deben quedar desterradas , desde ya , de este procedimiento , sin que sea posible su valoración por el Tribunal popular.

Sobre la conexión de antijuricidad de estas grabaciones con el resto de diligencias acordadas a raíz de las mismas diremos lo siguiente .

La STS de 17 de febrero de 2014 , Sala Segunda , hace las siguientes consideraciones al respecto de la desconexión de antijuricidad :

DECIMO .- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de Vicente , por error de hecho en la valoración de la prueba, en relación con el Art. 5 4o LOPJ , denuncia la vulneración del Art. 18 2o de la CE , alegando que la declaración de nulidad del auto de intervenciones telefónicas de 10 de noviembre de 2011, debió anular por aplicación de la conexión de antijuricidad todas las pruebas de cargo que se deducen de dicho auto, incluida la declaración en el juicio oral del propio recurrente.

Como ha recordado reiteradamente esta Sala (por ejemplo en la STS 301/2013, de 18 de abril), el art. 11.1 de la L.O.P.J . establece que " en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".





La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal.

Con carácter general la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, para asegurar que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto (STS 301/2013, de 18 de abril).

El Tribunal Constitucional, cuya doctrina en esta materia nos vincula (Art. 5 1o LOPJ), ha matizado la aplicación del Art. 11 LOPJ , en función de la extensión que su propia jurisprudencia iba otorgando a las violaciones constitucionales en materia probatoria y las consecuencias anulatorias que esta extensión podía determinar en caso de aplicación ilimitada del efecto indirecto, desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en la STC 81/98, de 2 de abril , dictada por el Pleno. Doctrina que por algunos sectores doctrinales se ha calificado como una regla de exclusión de origen nacional.

La conexión de antijuridicidad supone el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero esta conexión no es meramente causal sino que admite excepciones, que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional. Es decir que para evitar extender hasta el infinito el efecto prohibitivo derivado del artículo 11.1 LOPJ . se admiten excepcionalmente factores de corrección. Este criterio del Tribunal Constitucional coincide, en líneas generales, con las doctrinas vigentes en el Derecho Comparado sobre esta materia (STS 811/2012, de 30 de octubre y STS 301/2013, de 18 de abril).

El juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización.





UNDECIMO.- El análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

En primer lugar es necesario realizar el análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa.

Lamentablemente esta aportación de nuestra doctrina constitucional ha sido ignorada, por lo general, en los análisis doctrinales referidos a esta materia, que se suelen quedar en meras recopilaciones de aportaciones de derecho comparado, en relación con la doctrina de los frutos del árbol envenenado y las "exclusionary rules", prescindiendo del matiz diferencial introducido por la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en relación a los supuestos en que no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en la perspectiva externa

Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas.

Es decir que desde la resolución STC 81/98, de 2 de abril, el Tribunal Constitucional considera que cuando la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en consecuencia no consta que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la valoración de la prueba refleja practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si se aprecia la concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad.

Es solo en estos supuestos, por tanto, cuando cabe la posibilidad de analizar la prohibición desde el punto de vista interno para constatar si puede concurrir algún supuesto específico de desconexión.

Incluso es estos casos, como el presente, ha de recordarse que la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de





fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas constituye la regla general, que solo cabe exceptuar cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización (STS 811/2012, de 30 de octubre y STS 301/2013, de 18 de abril).

DÉCIMO SEGUNDO. - *En el caso actual nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones telefónicas autorizada judicialmente, por auto motivado dictado en el procedimiento judicial correspondiente, acordada por el Juez de Instrucción competente en relación con un hecho delictivo grave como es el tráfico de estupefacientes, respecto del cual ordinariamente se considera proporcionada la medida adoptada, pero con una motivación que la Sala sentenciadora ha considerado insuficiente, por lo que se ha declarado la ilicitud de la prueba.*

Se trata en consecuencia de una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente, en el que puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos casos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión , sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas.

Procede, en consecuencia, analizar si concurre un supuesto específico de desconexión, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización.

DÉCIMO TERCERO .- *El supuesto de desconexión admitido en el caso enjuiciado por el Tribunal sentenciador consiste en la propia confesión del recurrente, en el acto del juicio oral, con pleno conocimiento del planteamiento de la nulidad de las intervenciones telefónicas.*

Aunque es un tema sometido a polémica, la doctrina de esta Sala viene admitiendo, en supuestos como el presente en el que la naturaleza de la infracción constitucional determina que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas, que la prueba de confesión del inculpado puede considerarse desconectada jurídicamente de la prueba precedente declarada nula

Para ello es necesario que se cumplan determinados requisitos, y en concreto que se acredite que dicha declaración se hubiese efectuado: a) previa información de los derechos constitucionales del inculpado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado y c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la





libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita (STS 2/2011, de 15 de febrero , del Pleno de la Sala; 912/2013, de 4 de diciembre y 649/2013, de 11 de junio , entre las más recientes).

DÉCIMO CUARTO .- Es cierto que este criterio ha sido cuestionado desde el interior de la propia Sala, sosteniendo, a partir de una interpretación literal del art. 11,1 LOPJ y desde una perspectiva causalista, que la doctrina de la conexión de antijuridicidad implica una reformulación forzada del citado precepto.

Reformulación que no se considera aceptable, por lo que, sin efectuar distinción alguna de la extensión de los efectos de la nulidad en función de las causas de ilicitud de la prueba inicial, o de las necesidades de protección del derecho fundamental afectado, se sostiene razonada y legítimamente la procedencia de una interpretación absoluta e ilimitada de la fuerza expansiva del efecto irradiante de la prueba ilícita.

Pero también lo es que la doctrina constitucional, que nos vincula, mantiene una posición más matizada, y que esta línea moderada es la prevalente en la actualidad en el ámbito del derecho comparado.

Como decíamos en las SSTS núm. 811/2012, de 30 de octubre y núm. 912/2013, de 4 de diciembre , " sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art 32), el denominado " efeito-a-distancia ", o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la " inutilizabilidad " de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Codice di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la "inutilizabilidad derivata " se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "principio de lealtad en la aportación de la prueba", en la alemana, en la que se aplica la "teoría de la ponderación de intereses" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("fernwirkung des Beweisverbots "), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud





probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del Código de Procedimiento Procesal , pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina (" fruits of the poisonous tree "), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la " exclusionary rule".

Aun sin compartir, en absoluto, esta regresión de la doctrina jurisprudencial norteamericana, lo que resulta claro es que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado , por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno."

DÉCIMO QUINTO . - Y en este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 86/1995 , entre otras) en relación a la prueba de confesión del imputado, ha estimado la aptitud de la declaración una vez verificado que se prestó con respeto a todas las garantías, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo. En el mismo sentido la STC 239/1999, de 20 de diciembre , en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la confesión que fue prestada en el Plenario, y la misma doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 81/1998 , 49/1999 , 8/2000 , 136/2000 , 299/2000 y 138/2001 .

En definitiva, puede concluirse que la prueba de confesión del acusado puede operar como una prueba sin conexión de antijuridicidad con la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó con los requisitos anteriormente mencionados: a) previa información de los derechos constitucionales del inculcado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado y c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita

(SSTS 2/2011, de 15 de febrero , 91/2011, de 9 de febrero , 730/2012, de 26 de septiembre , 912/2013, de 4 de diciembre y 649/2013, de 11 de junio , entre las más recientes).





Asimismo , la Sentencia de 11 de abril de 2016 , de la Sala Segunda del Tribunal Supremo , considera lo siguiente :

La cuestión planteada ha sido tratada por la doctrina de esta Sala Casacional en los términos que seguidamente exponemos.

La STS 511/2015, de 21 de julio , en punto a la conexión de antijuridicidad, declaró que: A) El criterio que excluye excepciones en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, directa y refleja, acogido por la doctrina inicial del Tribunal Supremo, anterior al desarrollo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad por el Tribunal Constitucional, es el defendido actualmente por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, en la jurisprudencia actual del TS se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional. B) La aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado. En los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. La doctrina de la conexión de antijuridicidad constituye el instrumento técnico de dicha limitación en nuestro ordenamiento. Sólo excepcionalmente, si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima. C) El Tribunal Constitucional considera que cuando, desde la perspectiva interna, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en consecuencia no consta que dicho supuesto no concurriese íntegramente en la realidad y que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la valoración de la prueba refleja practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si se aprecia la concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad. D) En cualquier caso, la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas constituye la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización. F) Este criterio que exige para la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad: 1º) que se constate en cada caso el supuesto específico de desconexión, 2º) que se identifique con claridad el supuesto aplicado, y 3º) que se especifiquen las razones que justifican su utilización; viene establecido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 113/2014, de 17 de febrero , entre otras) para superar la excesiva dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica que lleva aneja la doctrina de la conexión de antijuridicidad. G) En cualquier caso, cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa.





También hemos declarado en nuestra STS 988/2011, de 30 de septiembre de 2011, que la conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado.

Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 - inciso segundo- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tal modo que " no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales ".

Ahora bien, tal efecto: directo e indirecto, tiene significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser valoradas -si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal- aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención indirecta es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última. Todo ello sin perjuicio de la teoría del hallazgo casual, el descubrimiento inevitable ("discovery inevitable", en la terminología anglosajona) o la flagrancia delictiva, como supuestos de desconexión.

En cuanto a su naturaleza, la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un juicio de inferencia (en realidad, no propiamente de experiencia, sin perjuicio de los casos en que así pueda establecerse) acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.

Y en suma, el mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia.

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; en el caso, al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige.

Pero todo ello, teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo





cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

A su vez, y de forma mucho más clara, puede tratarse de una perspectiva natural y jurídica . La primera perspectiva -la natural- supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). La segunda perspectiva se refiere a la jurídica, esto es, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente.

De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ , las que lo sean de forma independiente y autónoma 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 tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se 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 dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad.

Sentado lo anterior , este Magistrado entiende que si bien la grabación de la conversación mantenida entre don Carlos Espino y don Fernando Becerra el día 5 de junio de 2008 es nula por lo que se ha expresado con anterioridad , y debe ser excluida del procedimiento , así como el resto de grabaciones de audio y video , el auto de intervención telefónica dictado el día 6 de junio de 2008 y sus prórrogas no lo son por desconexión de antijuridicidad , al menos , mientras quede pendiente la prueba solicitada por el Ministerio Fiscal . La cuestión es la siguiente . Los autos de intervención telefónica tienen su origen en la denuncia/ comparecencia de don Carlos Espino , no en la concreta grabación , si bien la misma se utiliza para la continuación de la investigación , lo que no convierte en los autos de intervención telefónica o los de secreto de sumario en nulos , pues los mismos al reunir los presupuestos para el dictado de los mismos , centrados en la proporcionalidad , en los indicios de delito valorado por el juez de instrucción , y en los principios de excepcionalidad y especialidad , eran válidos, el menos como medios de investigación , lo que no los dota a priori de valor probatorio en el plenario. Y no los dota de valor en el plenario porque el contenido de las grabaciones de las intervenciones telefónicas , recogido en más de 100 CDs ha sido puesto en duda por la defensa , tanto en su autenticidad como en su integridad d, razón por la que se ha decidido admitir la prueba anticipada del Ministerio Fiscal , pues si finalmente resulta que los CDs entregados por la Fuerza actuante al Juzgado de Instrucción no contienen la integridad de las grabaciones , por el baile de fechas , entre otras cosas , adecuadamente probado por informe





pericial forense de parte , ni se puede predicar de los mismos su autenticidad , por la falta de firma electrónica que lo garantice , así como que garantice la cadena de custodia , tales pruebas , las intervenciones telefónicas , no podrán ser valoradas por el Jurado como tales , y quedarían excluidas del material probatorio a someter al Tribunal popular.

Por ello, debe excluirse del procedimiento , las grabaciones de audio y video por las razones expuestas , y procede dejar la resolución sobre la validez de las escuchas telefónicas a un momento ulterior , esto es , al resultado de la prueba anticipada solicitado por el Ministerio Fiscal , una vez practicada la misma , se resolverá sobre la validez de las intervenciones telefónicas impugnadas , de modo tal , que cuando llegue el material probatorio al plenario y al Tribunal popular este pueda valorar aquellas pruebas que cuenten con el aval constitucional , ahora puesto en entredicho , y avalada esta duda por numerosos , detallados y muy técnicos informes periciales. Por ello, se debe entender que al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 y su interpretación , esta prueba anticipada propuesta por el Ministerio Fiscal debe realizarse con carácter previo al dictado de auto de hechos justificables, por tanto no sujeto a lo dispuesto en el artículo 37 d), por cuanto lo que se impugna no es una prueba ni su admisión , sino que lo planteado por la defensa es una cuestión previa que afecta a derechos fundamentales , en este caso al secreto de las comunicaciones , y a un proceso justo , por lo que el tratamiento que debe darse a la prueba pericial propuesta por la defensa y admitida por este Tribunal y la prueba pericial anticipada que propone el Ministerio Fiscal es el de cuestión previa , y no el tratamiento a que se refiere el artículo 37 de la LOTJ.

Sobre la admisión de las pruebas que proponen tanto el Ministerio Fiscal como las defensas , sí que se resolverá en el auto de hechos justificables como corresponde a lo dispuesto en el artículo 37 de la LOTJ.

Por lo expuesto ,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO :

La ESTIMACIÓN PARCIAL de las cuestiones previas planteadas por la representación de don LUIS LLEO KHÜNEL en el presente procedimiento y , en consecuencia se declara la nulidad de la grabación de 5 de junio de 2008 , de audio , así como de las sucesivas de audio y video que documentaban presuntamente reuniones mantenidas por don Carlos Espino y don Fernando Becerra (fechas 24 de julio de 2008 , 12 de noviembre de 2008 , 3 de diciembre de 2008) , de modo que debe procederse al desglose de las mismas y su exclusión de este procedimiento .

Respecto de la pretendida nulidad de las intervenciones telefónicas por su posible conexión de antijuricidad con las citadas grabaciones , se resolverá una vez se practique la prueba anticipada solicitada por el Ministerio Fiscal : PRUEBA PERICIAL ANTICIPADA consistente en que por especialistas del departamento de ingeniería de la Guardia Civil , y en lo términos interesados por el Ministerio fiscal, se proceda a la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial.





Para una mayor acotación de la prueba propuesta se precisaría que el contenido de las llamadas (debidamente cotejadas) y reseñadas en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, cuya audición se ha interesado en el acto de la vista ante el Tribunal del Jurado (las 29 llamadas telefónicas reflejadas) y contenidas en los CDS que como piezas de convicción se hallan a disposición del Magistrado Presidente(bajo la custodia de la Letrada de la Administración de Justicia) sean verificadas con los contenidos registrados en el Servidor Central del SITEL.

Se desestiman el resto de las cuestiones previas planteadas por entender que no se vulneran derechos fundamentales , amen de que algunas de ellas , como se ha dicho , no tienen en caja en lo dispuesto en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento CRiminal , en relación con el artículo 36 de la LOTJ.

Notifíquese la presente a las partes personadas y al Ministerio Fiscal , haciéndole saber que contra la presente cabe recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del TSJ de Canarias .

Así por este mi auto lo pronuncio , mando y firmo, Salvador Alba Mesa , Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en la presente causa.



