BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ065482

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 727/2020, de 23 de marzo de 2021
Sala de lo Penal
Rec. n.º 4218/2018

SUMARIO:

Procedimiento penal. Derechos fundamentales. Secreto de comunicaciones. Intervención telefónica. Telecomunicaciones.
Se analiza la conformidad de la Ley 25/2007 de conservación y cesión de datos de tráfico que obliga a los proveedores de servicio a la conservación de los datos de todos los abonados durante el plazo de un año por razones de prevención de la delincuencia grave. Aun cuando la ley 25/2007 pueda ser deficiente en algún aspecto, para afirmar la lesión del derecho reconocido en el artículo 18.3 CE es necesario determinar en cada caso si la injerencia tenía como fundamento indicios de criminalidad, fue necesaria y proporcionada y cumplía con las demás exigencias de toda limitación de derechos fundamentales. En este caso la cesión de los datos conservados estaba justificada, era necesaria, proporcionada y tenía como objeto la investigación de delitos graves (robo con violencia y tres detenciones ilegales). En este concreto asunto la cesión de los datos recabados por el juez fue legal porque tenía como soporte no sólo la ley 25/2007 sino la Ley de Telecomunicaciones que permitía el almacenamiento por razones comerciales y de facturación.
Se ratifica la doctrina sobre intervenciones telefónicas (indicios, motivación, etc.), y en ese sentido, el almacenamiento y cesión de datos de tráfico es una injerencia grave en el derecho al secreto de las comunicaciones, dependiendo del tipo de datos conservados, pero de menor intensidad que la interceptación del contenido de la comunicación. Como medida restrictiva de derechos está sujeta a los principios de jurisdiccionalidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad, debiéndose añadir que precisa para su adaptación de la existencia de sospechas objetivadas de la comisión de un delito grave y debe ser autorizada por una resolución judicial motivada. En este caso la resolución (auto), no contiene una motivación extensa analizando cada uno de los presupuestos legales que justificaban la injerencia, pero también lo es que el auto en cuestión debe ser completado con el oficio policial, en el que se solicitaba la injerencia y en el que se describían los datos fácticos que justificaban la petición.
Se analiza también la valoración de esta clase de prueba, señalando que no es precisa ni la audición, ni la transcripción y que los defectos en la aportación de las grabaciones a juicio, puede solventarse mediante la aportación en juicio de otras pruebas, como testimonios, diligencias de comprobación, etc.
Respecto a la intervención de conversaciones con abogado, se ratifica el criterio de que el artículo 118.4 LECrim se aplica a las intervenciones telefónicas anteriores a la entrada en vigor de la LO 13/2015, pero que se incorporen al juicio, por lo que deben excluirse del acervo probatorio las conversación casuales intervenidas entre el investigado y su abogado.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 13.1, 33.1, 163.1, 168 y 242.
Ley de Enjuiciamiento criminal, arts. 118.4, 579, 730 y 852.
Constitución española, arts. 18.3 y 24.2.
Ley 9/2014, (General de Telecomunicaciones), art. 48.2.
RD 1720/2007 (Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal), art. 81.4.
Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, arts. 7, 8 y 11.
Convención Europea de Derechos Humanos arts. 8 y 10.
Directiva 2002/58/CE (tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas), arts. 15.1.
LO 3/2018 (Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.), arts. 42 y 52.

PONENTE:

Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE
Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

RECURSO CASACION núm.: 4218/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 727/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 4218/2018 interpuesto por Prudencio, representado por la procuradora Doña GEMA FERNÁNDEZ BLANCO SAN MIGUEL bajo la dirección letrada de Don EMILIO JOSÉ RODRÍGUEZ MARQUETA; Rosendo , representado por la procuradora Doña GEMA FERNÁNDEZ BLANCO SAN MIGUEL bajo la dirección letrada Don EMILIO JOSÉ RODRÍGUEZ MARQUETA; Serafin, representado por la procuradora Doña GEMA FERNÁNDEZ BLANCO SAN MIGUEL bajo la dirección letrada de Don EMILIO JOSÉ RODRÍGUEZ MARQUETA y Vicente, representando por la Procuradora Doña TERESA DEL ROSARIO CAMPOS FRAGUAS bajo la dirección letrada de Don FRANCISCO JAVIER ANGULO FERNÁNDEZ contra la sentencia dictada el 31 de julio de 2018 por la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera, en el Rollo de Procedimiento Abreviado 5/2015, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsables de un delito de robo con violencia o intimidación, de los artículos 237 y 242.1 y 3 del Código Penal y 3 delitos de detención ilegal del artículo 163.1 del mismo cuerpo legal . Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL; Luis Pablo Y Leonor , representando por la procuradora Doña SUSANA MELERO DE LA OSA bajo la dirección letrada de Doña LETICIA IBAÑEZ CAÑAS, NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., representando por la procuradora Doña PALOMA VALLÉS TORMO bajo la dirección letrada Doña JESSICA PATIÑO TELLO; COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A Y FM INSURANCE COMPANY LIMITED, representando por el procurador Don JOSÉ ANDRÉS CAYUELA CASTILLEJO bajo la dirección letrada de Doña ROSSANA DE LA CRUZ VARGAS

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado-Upad de Instrucción número 1 de los de Cuenca incoó Procedimiento Abreviado 148/2012 por delito de organización y grupo criminal, detención ilegal, robo con violencia y robo con uso de vehículo a motor, contra Vicente, Rosendo, Alberto, Prudencio y Serafin, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera. Incoado el Procedimiento Abreviado 5/2015, con fecha 31 de julio de 2018 dictó sentencia número 22/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" 1º. Que la entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., tiene una nave en Cuenca capital, (en concreto en el Polígono Industrial "Sepes"; carretera Cuenca-Valencia), en la que se almacenan, para su distribución, cajas de tabaco.

2º. Que D. Luis Pablo, nacido el NUM000.1953, es trabajador de la citada compañía; teniendo acceso al almacén de tabaco, pues es él quien abre y cierra normalmente el mismo.

3º. Que D. Luis Pablo terminó su jornada de trabajo del 29.12.2010 a las 18 horas. En ese momento, se dirigió con su vehículo, (Opel Antara matrícula NUM001), al Hospital Virgen de la Luz, de Cuenca, para recoger a su esposa, (Dª. Leonor, nacida el NUM002.1952), que estaba en dicho centro hospitalario visitando a una persona enferma. Finalizada tal visita, D. Luis Pablo y Dª. Leonor se marcharon en el citado coche a su domicilio, (sito en C/ DIRECCION000 nº NUM003, de Cuenca), estacionándolo en el garaje de su comunidad de propietarios.

4º. Que estando D. Luis Pablo y Dª. Leonor ya en el interior de su vivienda, y siendo las 19 horas del 29.12.2010, llamaron a la puerta. D. Luis Pablo abrió la puerta sin mirar por la mirilla, (pues pensó que era un vecino con el que tenía que gestionar alguna cuestión relativa a la comunidad de propietarios, ya que D. Luis Pablo es el Secretario de la misma), siendo sorprendido por dos personas que entraron en la casa, empujándole hacia dentro del inmueble, introduciéndose seguidamente tres personas más en la vivienda. Esas cinco personas iban encapuchadas, llevaban guantes, chaquetas largas, botas y lo que en apariencia para D. Luis Pablo y Dª. Leonor eran auténticas armas de fuego, (si bien no se ha determinado su realidad), lo que hizo que ellos no ofrecieran ningún tipo de resistencia. Esas cinco personas dijeron a D. Luis Pablo y a Dª. Leonor, (aparte de darles datos sobre su vida personal), que estuvieran tranquilos, que lo que querían era el tabaco almacenado en la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., y que si hacían lo que les decían no les pasaría nada. Una de las referidas cinco personas cogió las llaves del coche de D. Luis Pablo, (del ya antes mencionado Opel Antara matrícula NUM001).

5º. Que D. Luis Pablo y Dª. Leonor tuvieron que bajar al garaje comunitario junto con tres de los referidos cinco individuos; subiéndose todos ellos al Opel Antara, matrícula NUM001, y partiendo en dirección al Polígono Industrial "Sepes" de esta capital, (conduciendo el coche uno de tales individuos). Pasaron de largo dicho Polígono y abandonaron la carretera por una salida existente a la derecha de la misma, bajo la vía del tren de alta velocidad, a una distancia aproximada de 1 kilómetro de tal Polígono. Se detuvieron allí, llegando al lugar un vehículo todo terreno, de color negro y de gran cilindrada, de la marca BMW.

6º. Que pasado muy poco tiempo, desde que llegó al indicado sitio el mencionado vehículo BMW, Dª. Leonor se quedó en el Opel Antara junto con uno de los referidos cinco individuos, (quedando ella en el interior del coche esposada con grilletes a la puerta delantera derecha; y como Dª. Leonor sangraba por la mano convenció al individuo para que aflojara un poco los grilletes), y D. Luis Pablo tuvo que marchar con el resto de individuos en el BMW, (coche que era conducido por uno de ellos), en dirección al Polígono Industrial "Sepes". Fueron hacia las inmediaciones del almacén de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., y observaron que todavía había por allí gente trabajando. Ante ello, decidieron marcharse a un camino; lugar este último en el que ya se encontraba, (tras desplazarse desde el punto antes mencionado), el Opel Antara, (propiedad de D. Luis Pablo), y en su interior Dª. Leonor, (esposada con grilletes a la puerta delantera derecha del coche), y el individuo que se había quedado con ella. Allí permanecieron todos juntos una media hora.

7º. Que, pasada dicha media hora, D. Luis Pablo tuvo que volver a subir nuevamente al BMW, junto con cuatro individuos, y se inició la marcha, (conduciendo el vehículo uno de esos individuos). Después de dar algunas vueltas, se dirigieron al polígono "Sepes"; y en concreto al almacén de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. Llegados al almacén, los individuos obligaron a D. Luis Pablo a que desconectase la alarma, (para evitar ser descubiertos). Desconectado tal dispositivo, regresaron al camino mencionado en el anterior hecho probado, permaneciendo allí unos 40 minutos, por si D. Luis Pablo había dado aviso a la Policía.

8º. Que, pasado ese tiempo, volvieron al almacén de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., teniendo que coger D. Luis Pablo el mando de apertura a distancia del mismo y entregárselo a los individuos. Accedieron al almacén a pie. El BMW se quedó fuera. Dichos individuos, con intención de obtener un injusto beneficio, llenaron con tabaco una furgoneta grande, que se encontraba en el interior del almacén con las llaves puestas, y ambos vehículos, (el BMW y la furgoneta), se marcharon del lugar.

9º. Que tras dar varias vueltas por diversos lugares con el BMW, (en el que seguía montado D. Luis Pablo con los individuos), tal vehículo llegó hasta las inmediaciones de un establecimiento de Cuenca, capital, denominado "Neumáticos Marín"; lugar en el que se encontraban aparcadas dos furgonetas de color blanco, quedándose allí uno de los individuos del BMW mientras los demás continuaron dando vueltas hasta regresar otra vez al almacén de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., estando ya en ese instante allí las dos mencionadas furgonetas de color blanco. Uno de los individuos se había quedado en un puente, (que, justo encima de la carretera de Valencia, da acceso al Polígono), para informar a los demás de cualquier incidencia, (mediante Walky-Talki). Estando ya en el almacén de dicha compañía, los individuos lo abrieron con el mando a distancia y entraron las dos furgonetas. Cargaron de tabaco esas dos furgonetas y, con intención de obtener un injusto beneficio, las mismas se fueron dirección Cuenca; cerrando el almacén. Los individuos que se encontraban en el BMW, con D. Luis Pablo, recogieron al individuo que se encontraba en el puente y comenzaron a dar vueltas por la ronda Oeste. Tras la citada

carga de las dos furgonetas, D. Luis Pablo pidió ver a su mujer. Los individuos le llevaron hasta el sitio en el que ella estaba, (encontrándose en un lugar distinto de aquel en el que inicialmente se había quedado). D. Luis Pablo y Dª. Leonor estuvieron hablando y se preguntaron mutuamente por su estado de salud.

10º. Que, en ese momento, llegó alguien y dijo que ya habían terminado; que todo había salido bien. En ese instante, los individuos hicieron subir a D. Luis Pablo y a Dª. Leonor al BMW, les llevaron al interior del almacén, les metieron en el Opel Antara, (que fue llevado hasta ese lugar), esposados, y les dijeron que se iban y que en tres cuartos de hora llamarían para informar que estaban allí y que les sacarían.

11º. Que, de repente, se abrió la puerta corredera del almacén y entraron de nuevo varios individuos. Introdujeron otra vez a D. Luis Pablo en el BMW y los dos vehículos, (el BMW y el Opel Antara, en el que se encontraba Dª. Leonor), se marcharon nuevamente al lugar en el que habían estado anteriormente.

12º. Que, instantes después, y estando el BMW en marcha por la Ronda Oeste de esta capital, los ocupantes del BMW se encontraron con dos furgonetas, (que pudieran ser las mismas que se utilizaron con anterioridad), y se dirigieron todos nuevamente al almacén de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., (quedándose otra vez un individuo en el puente anteriormente citado). Cargaron de tabaco, con intención de obtener un injusto beneficio, las dos furgonetas y también otra furgoneta pequeña de la empresa NACEX, (que reparte paquetería de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.), que se hallaba en el almacén. Al terminar de cargar, uno de los individuos preguntó a D. Luis Pablo por la habitación de seguridad. D. Luis Pablo se lo indicó, subieron y los individuos arrancaron, de cuajo, el transceptor, (que es una pieza que convierte la señal analógica recogida por las cámaras de vigilancia en señal digital, para almacenar en los discos duros del sistema), y se lo llevaron, (para evitar ser descubiertos).

13º. Que, en ese momento, y siendo ya las 4:00 horas del 30.12.2010, el individuo que se encontraba en el puente comunicó que se estaba acercando al almacén una furgoneta de la empresa NACEX, (que tiene su nave en la misma parcela que la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.). Tal vehículo era conducido por un trabajador de NACEX, (D. Cayetano, nacido el NUM004.1983), que llegó allí para cargar paquetería.

14º. Que, en ese instante, dos de los individuos se acercaron a D. Cayetano, encapuchados, y, diciéndole lo que estaba pasando, le subieron al BMW. Al menos dos de los individuos llevaban en la mano lo que en apariencia para D. Cayetano eran auténticas pistolas, (si bien no se ha determinado su realidad), lo que hizo que él no ofreciera resistencia alguna. Se marcharon todos del lugar. Los individuos de las furgonetas recogieron al individuo del puente.

Los individuos que iban en el BMW, al que tuvieron que subir D. Luis Pablo y D. Cayetano, se dirigieron al lugar en el que se encontraba Dª. Leonor, (al sitio en el que se encontraba el Opel Antara; que era un sitio muy separado de lugares en los que pudieran existir personas para prestar ayuda), y, siendo aproximadamente las 4:20 horas del 30.12.2012, les dejaron allí a los tres, (a D. Luis Pablo, a Dª. Leonor y a D. Cayetano), quedando D. Luis Pablo y D. Cayetano, esposados el uno al otro con grilletes, en el asiento de atrás del Opel Antara, (Dª. Leonor estaba esposada con unos grilletes en el asiento delantero derecho), y atados con los cinturones de seguridad, sin llaves del vehículo, (que se llevaron los individuos), ni teléfonos móviles, (los responsables de los hechos se llevaron los teléfonos de D. Luis Pablo y Dª. Leonor; tratándose de dos teléfonos marca Nokia, modelo 5800, XpressMusic). Los individuos revolvieron el coche, cogieron herramientas del mismo, (para que D. Luis Pablo, Dª. Leonor y D. Cayetano no pudieran romper los cinturones), y se fueron. Los individuos ambién se llevaron el GPS, (con funda, cargador y soporte), que D. Luis Pablo llevaba en el vehículo, (marca TOM TOM GO, modelo 550 iberia seguridad vial), y que le había costado 207,30 €.

15º. Que todos los sucesos hasta ahora descritos tuvieron lugar en el tiempo comprendido, aproximadamente, entre las 19,00 horas del 29.12.2010 y las 4,20 horas del 30.12.2010.

16º. Que Dª. Leonor consiguió quitarse los grilletes minutos después de marcharse los individuos, (minutos después de las 4:20 horas del 30.12.2010), ya que como sangraba por la mano habían sido aflojados. Ella, a continuación, y siguiendo las indicaciones de su marido, D. Luis Pablo, buscó por la guantera del Opel Antara y encontró una navaja, con la cual pudo cortar seguidamente los cinturones que sujetaban a D. Luis Pablo y a D. Cayetano. En ese momento, salieron todos del coche y se fueron hacia la carretera, (D. Luis Pablo y D. Cayetano iban engrilletados el uno al otro). Como por el lugar no pasaba nadie, dado que era de noche y hacía mucho frío, circunstancias estas dos últimas que dificultaban enormemente el desplazamiento, decidieron regresar al vehículo hasta que amaneciera para poder pedir ayuda. Cuando amanecía, (hacia las 7:30 horas, aproximadamente), D. Luis Pablo y D. Cayetano fueron a una gasolinera que hay por las proximidades, (seguían engrilletados el uno al otro), quedándose en el coche Dª. Leonor, y efectuaron alguna llamada telefónica. Tras ello, acudió la Policía a dicha gasolinera, (hacia las 8:00 horas, aproximadamente), y las víctimas ya fueron asistidas, (primero D. Luis Pablo y D. Cayetano en la misma gasolinera y posteriormente Dª. Leonor, en el lugar en el que ella se encontraba). Fue la Policía quien tuvo que quitar los grilletes a D. Luis Pablo y D. Cayetano. La Policía encontró en la puerta de acceso del ya referido almacén, estacionado, el vehículo marca Mercedes con el que había llegado hasta el lugar D. Cayetano. Estaba cerrado sin signos de forzamiento. Sospechando que D. Cayetano pudiera estar en el interior de tal vehículo, la Policía intentó abrirlo utilizando para ello patas de cabra. Igualmente se fracturó un cristal delantero derecho para poder acceder al interior y poder manipular los mandos que pudieran abrir las puertas traseras del vehículo.

17º. Que, como consecuencia de los hechos descritos, D. Luis Pablo sufrió un cuadro de ansiedad; precisando para su sanación tratamiento psicológico y psiquiátrico. Tardó en curar 281 días, permaneciendo durante todos ellos impedido para la realización de sus tareas habituales, quedándole como secuela un trastorno de estrés postraumático, (que el Médico Forense valoró con 3 puntos).

El GPS, (con funda, cargador y soporte), propiedad de D. Luis Pablo, (marca TOM TOM GO, modelo 550 iberia seguridad vial), fue recuperado y no consta que tuviera daños.

El teléfono móvil propiedad de D. Luis Pablo, (marca Nokia, modelo 5800, XpressMusic), no consta que se recuperase; desconociéndose su valor de mercado en el momento de los hechos.

18º. Que, como consecuencia de los hechos descritos, Dª. Leonor sufrió una crisis de ansiedad; precisando para su sanación tratamiento psicológico y psiquiátrico. Tardó en curar 183 días, permaneciendo durante todos ellos impedida para la realización de sus tareas habituales, quedándole como secuela un trastorno de estrés postraumático, (que el Médico Forense valoró con 3 puntos).

El teléfono móvil propiedad de Dª. Leonor, (marca Nokia, modelo 5800, XpressMusic), no consta que se recuperase; desconociéndose su valor de mercado en el momento de los hechos.

19º. Que, como consecuencia de los hechos descritos, D. Cayetano no sufrió lesiones.

20º. Que, como consecuencia de los hechos descritos, los individuos referidos, con intención de obtener un injusto beneficio, sustrajeron de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., un total de 276.420 cajetillas de tabaco pertenecientes a dicha entidad, (de diversas marcas: Camel, Chesterfield, Ducados, Fortuna, Marlboro, Winston, etc.), con un precio de venta al público de 1.056.851,50 €. F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED aseguraba los riesgos en la citada compañía. Al parecer tal aseguradora ha indemnizado a la entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., por los daños y perjuicios sufridos por los hechos que nos ocupan, con determinadas cantidades, si bien se desconoce el importe exacto. COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., sufrió desperfectos por el hecho de arrancar los responsables el ya anteriormente mencionado transceptor; desconociéndose tanto la suma de dichos desperfectos como si por los mismos se ha efectuado algún desembolso económico por parte de F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED a favor de COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.,

21º. Que la furgoneta a la que se refiere el hecho probado 8º de la presente Sentencia, (furgoneta grande, que se encontraba en el interior del almacén con las llaves puestas), y la furgoneta pequeña que también ha sido referida en la presente Resolución, (en concreto en el hecho probado 12º), vehículos que se llevaron los individuos, (los responsables de los hechos), pertenecían a la empresa NACEX. Una de dichas furgonetas era de la marca Renault, modelo Traffic, con matrícula NUM005. Y la otra era de la marca Renault, modelo Kangoo, matrícula NUM006. Dichas furgonetas fueron recuperadas el 11.01.2011 en Torrejón de Ardoz, Madrid. No tenían daños relevantes. Del primero de dichos vehículos faltaba la rueda de repuesto, el extintor, el GPS, una PDA, de la marca INTERMEC, modelo CN 50, y el cargador del mechero; además de toda la documentación. Del segundo vehículo referido faltaba la documentación completa, el extintor, el GPS, una PDA, de la marca INTERMEC, modelo CN 50, y el cargador del mechero.

22º. Que el vehículo con el que había llegado D. Cayetano hasta el ya mencionado almacén era el vehículo marca Mercedes, modelo Sprinter, matrícula NUM007, propiedad de la entidad NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., y que estaba alquilado a la empresa NACEX. Dicho vehículo sufrió daños, (por la incidencia a la que se hace mención en la parte final del hecho probado 16º de la presente Sentencia), por importe de 3.002,02 €, (que fueron soportados por NORTHGATE), ocasionándose unos gastos de traslado de 80,11 €, (también soportados por NORTHGATE), y unos daños por paralización, (de los días 13.01.2011 y 14.01.2011), de 159,80 €, (igualmente soportados por NORTHGATE), ascendiendo todo ello a la suma de 3.241,93 €.

23º. Que en fecha 25.07.2010 se sustrajo, (en Ciempozuelos, Madrid), un vehículo BMW, modelo X5, con número de bastidor NUM008, (sin documentación ni placa de matrícula, pues todavía estaba sin matricular).

24º. Que un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía se encontraba realizando el 10.01.2011, hacia las 19:43 horas, un servicio con un vehículo, sin distintivos policiales, en la localidad de Aranda de Duero, Burgos. Observó como un vehículo BMW, modelo X5, iba ocupado por cinco personas; saltándose un semáforo en rojo. Que, tras proseguir la marcha, en un momento determinado el conductor del BMW paró el vehículo y bajaron dos personas de los asientos traseros del mismo. Poco después, esas dos personas volvieron a introducirse en el vehículo y continuaron su marcha; deteniéndose en el parking de un restaurante y saliendo del coche. Cuando subían las escaleras de acceso al restaurante, se percataron de la presencia policial y las cinco personas salieron corriendo. Tras la intervención de otros funcionarios policiales, el Agente antes referido custodió el vehículo BMW y los otros Agentes intervinientes, después de realizar una inspección por las inmediaciones del citado parking, localizaron a Rosendo, (de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM009.1985, con D.N.I. nº NUM010, con domicilio en Madrid, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, que ulteriormente fue detenido policialmente como consecuencia de la presente causa, en concreto el 17.05.2011, acordándose la prisión provisional del mismo, comunicada y sin fianza, mediante Auto de 19.05.2011, habiéndose acordado su libertad provisional, tras prestar fianza de 1.500 €, mediante Auto de 16.12.2011, con la obligación de comparecer los días 1 y 15 de cada mes), y a Alberto, (de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid

el NUM011.1978, con D.N.I. nº NUM012, con domicilio en Madrid, con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, que ulteriormente fue detenido policialmente como consecuencia de la presente causa, en concreto el 17.05.2011, acordándose la prisión provisional del mismo, comunicada y sin fianza, mediante Auto de 19.05.2011, habiéndose acordado su libertad provisional, tras prestar fianza de 1.500 €, mediante Auto de 16.12.2011, con la obligación de comparecer los días 1 y 15 de cada mes). Los Agentes de la Autoridad comprobaron que el referido vehículo BMW X5, (en el que viajaban, entre otros, Rosendo y Alberto), era el que se describe en el hecho probado 23º de la presente Sentencia, (que había sido sustraído, el 25.07.2010, en Ciempozuelos, Madrid), con número de bastidor NUM008, (llevando una placa de matrícula, en concreto NUM013, que correspondía a otro vehículo; en concreto a un BMW X5, 4.81, con número de bastidor NUM014, y cuyo legítimo propietario era una persona que nada tiene que ver con la presente causa). Con ocasión de lo que acaba de relatarse, Rosendo y Alberto fueron detenidos. A Alberto se le intervino una llave de un vehículo marca Opel, manifestando él a los Policías que practicaron su detención que se trataba de la llave de un vehículo de su propiedad Opel Zafira. En el interior del referido BMW, (con número de bastidor NUM008), se encontraron los siguientes objetos: dos picos, una maza, un mango, diversos guantes negros, unas llaves de grilletes, (que, tras la correspondiente verificación, abrían los grilletes que se pusieron a D. Luis Pablo y D. Cayetano y a Dª. Leonor), un transceptor, (que era el que se arrancó de las instalaciones de la empresa COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.), un inhibidor de frecuencias y un GPS, de la marca TOM-TOM, (que fue reconocido como suyo por D. Luis Pablo), el cual tenía grabada en su memoria interna las direcciones, entre otras, de la vivienda de D. Luis Pablo y Dª. Leonor, (DIRECCION000 nº NUM003 de Cuenca), y del hijo de ambos, (en Tarancón, Cuenca, domicilio al que D. Luis Pablo y Dª. Leonor viajaban con frecuencia), y dos Walki-Talkies, (que D. Luis Pablo reconoció como idénticos a los utilizados en los hechos por los individuos). D. Luis Pablo, tras exhibírsele por la Policía determinadas las fotografías, reconoció, sin ningún género de dudas, que tanto la zona de la palanca de cambios como la tapicería del BMW localizado en Aranda de Duero, Burgos, eran idénticas a las del vehículo BMW que utilizaron en Cuenca los ya referidos individuos.

25º. Que el BMW con número de bastidor NUM008 era propiedad de la empresa SINTAX LOGÍSTICA, S.A. Ese coche se utilizó en los hechos ocurridos en Cuenca entre las 19,00 horas del 29.12.2010 y las 4,20 horas del 30.12.2010. Dicha compañía, (SINTAX LOGÍSTICA, S.A.), recibió de la entidad CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., -CASER-, (que aseguraba el coche), la cantidad de 37.982,29 € como indemnización definitiva por todos los conceptos y por todas las consecuencias presentes y futuras a título de daños, perjuicios o gastos en relación con el citado vehículo. No consta que tal vehículo sufriera daño alguno por los hechos acaecidos en Cuenca y narrados en la presente Sentencia.

26º. Que Vicente, (de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM015.1989, con D.N.I. nº NUM016, con domicilio en Madrid, que a fecha 28.10.2011 no tenía antecedentes penales, siendo detenido policialmente como consecuencia de la presente causa el 27.10.2011, y acordándose su libertad provisional, con la obligación de comparecer ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Cuenca, mediante Auto de 28.10.2011), era, en diciembre de 2010, el titular del teléfono móvil nº NUM017.

Rosendo, (cuya reseña personal ya consta en el hecho probado 24º de la presente Sentencia), era el usuario, en diciembre de 2010, del teléfono móvil nº NUM018.

Prudencio, (de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM019.1983, con D.N.I. nº NUM020, con domicilio en Madrid, sin que para él se haya invocado finalmente la existencia de antecedentes penales computables a efectos de reincidencia), era el usuario, en diciembre de 2010, del teléfono móvil nº NUM021.

Serafin, (de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM022.1989, con D.N.I. nº NUM023, con domicilio en Madrid, cuyos antecedentes penales no figuran en la presente causa), era el usuario, en diciembre de 2010, del teléfono móvil nº NUM024.

27º. Que los cuatro teléfonos móviles referidos en el anterior hecho probado se encontraban en Cuenca, (por la inmediaciones del Polígono Industrial "Sepes" de esta capital), entre las 19,00 horas del 29.12.2010 y las 4,20 horas del

30.12.2010; comunicándose entre sí, en algunas ocasiones, en ese tiempo y lugar.

28º. Que Vicente, Rosendo, Prudencio y Serafin, de común acuerdo, llevaron a cabo, de forma voluntaria, material y directa, todos los hechos descritos en esta Sentencia.

29º. Que de la hoja histórico penal de Prudencio resulta los siguientes datos:

Fue condenado en Sentencia de 02.09.2003, firme ese mismo día, como autor de un delito consumado de robo con fuerza en las cosas, (del artículo 238 del Código Penal), desconociéndose la fecha de comisión de los hechos, a la pena de 1 año de prisión. Siendo suspendida dicha pena, (circunstancia que se notificó al citado el 18.12.2003), con la condición de no delinquir en un período de dos años.

Fue condenado en Sentencia de 25.03.2004, firme el 14.04.2005, como autor de un delito de hurto en grado de tentativa, (de los artículos 234- 236 del Código Penal), cometido el 06.02.2002, a la pena de dos meses de prisión. Siendo suspendida dicha pena, (circunstancia que se notificó al citado el 14.11.2005), con la condición de no delinquir en un período de dos años.

Fue condenado en Sentencia de 26.11.2009, firme el 16.12.2010, como autor de un delito consumado de conducción sin permiso o retirado cautelar o definitivamente, (artículo 384 del Código Penal), cometido el 06.08.2008, a la pena de cuatro meses de prisión.

Fue condenado en Sentencia de 29.12.2009, firme ese mismo día, como autor de un delito consumado de robo con fuerza las cosas, (del artículo 238 del Código Penal), cometido el 28.12.2009, a las penas de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

30º. Que Vicente sufrió un accidente de tráfico el 27.05.2009; resultando afectada su rodilla derecha.

En diciembre del año 2010 la rodilla derecha de Vicente no estaba anquilosada. Mantenía un ángulo de movilidad en flexión-extensión que abarcaba desde los 0° de extensión hasta los 110° de flexión. Comparándolo con el rango de movilidad de su rodilla izquierda, (de 0° en extensión a 140° en flexión), únicamente sufría una pérdida de los últimos 30° del arco de flexión forzada en su rodilla derecha; pérdida que permite caminar e incluso correr algún tramo. ".

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que, con arreglo a la legislación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, debemos condenar y condenamos:

1. A Vicente, debidamente circunstanciado en el encabezamiento de la presente Sentencia, como autor criminalmente responsable tanto de un delito de robo con violencia o intimidación, previsto y penado en los artículos 237 y 242.1 y 3 del Código Penal, como de 3 delitos de detención ilegal, previstos y penados en el artículo 163.1 del Código Penal, con la concurrencia en ambas figuras delictivas de la circunstancia agravante de disfraz, del artículo 22.2ª del Código Penal, y concurriendo también para ambas figuras delictivas la atenuante simple de dilaciones indebidas, del artículo 21.6ª del Código Penal, a las siguientes penas:

A. Por el citado delito de robo con violencia o intimidación, 4 AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B. Por cada uno de los tres referidos delitos de detención ilegal, 4 AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2. A Rosendo, debidamente circunstanciado en el encabezamiento de la presente Sentencia, como autor criminalmente responsable tanto de un delito de robo con violencia o intimidación, previsto y penado en los artículos 237 y 242.1 y 3 del Código Penal, como de 3 delitos de detención ilegal, previstos y penados en el artículo 163.1 del Código Penal, con la concurrencia en ambas figuras delictivas de la circunstancia agravante de disfraz, del artículo 22.2ª del Código Penal, y concurriendo también para ambas figuras delictivas la atenuante simple de dilaciones indebidas, del artículo 21.6ª del Código Penal, a las siguientes penas:

A. Por el citado delito de robo con violencia o intimidación, 4 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B. Por cada uno de los tres referidos delitos de detención ilegal, 4 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3. A Prudencio, debidamente circunstanciado en el encabezamiento de la presente Sentencia, como autor criminalmente responsable tanto de un delito de robo con violencia o intimidación, previsto y penado en los artículos 237 y 242.1 y 3 del Código Penal, como de 3 delitos de detención ilegal, previstos y penados en el artículo 163.1 del Código Penal, con la concurrencia en ambas figuras delictivas de la circunstancia agravante de disfraz, del artículo 22.2ª del Código Penal, y concurriendo también para ambas figuras delictivas la atenuante simple de dilaciones indebidas, del artículo 21.6ª del Código Penal, a las siguientes penas:

A. Por el citado delito de robo con violencia o intimidación, 4 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B. Por cada uno de los tres referidos delitos de detención ilegal, 4 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

4. A Serafin, debidamente circunstanciado en el encabezamiento de la presente Sentencia, como autor criminalmente responsable tanto de un delito de robo con violencia o intimidación, previsto y penado en los artículos 237 y 242.1 y 3 del Código Penal, como de 3 delitos de detención ilegal, previstos y penados en el artículo 163.1 del Código Penal, con la concurrencia en ambas figuras delictivas de la circunstancia agravante de disfraz, del artículo 22.2ª del Código Penal, y concurriendo también para ambas figuras delictivas la atenuante simple de dilaciones indebidas, del artículo 21.6ª del Código Penal, a las siguientes penas:

A. Por el citado delito de robo con violencia o intimidación, 4 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B. Por cada uno de los tres referidos delitos de detención ilegal, 4 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos absolver y absolvemos a Vicente, Rosendo, Prudencio y Serafin de todos los otros delitos a los que se venía haciendo mención en los distintos escritos de calificación.

Debemos absolver y absolvemos a Alberto de todos los delitos a los que se venía haciendo mención en los distintos escritos de calificación.

Para el cumplimiento de las penas de prisión de Vicente y Rosendo se abonará el tiempo de privación de libertad por determinación policial o judicial que, respectivamente, hayan podido sufrir por la presente causa. Igualmente, acordamos abonar a Vicente y a Rosendo, (al habérseles impuesto la obligación de comparecer en el Juzgado), un día por cada 10 comparecencias apud acta que consten por ellos efectuadas, y ello desde el inicio de las mismas hasta la última que efectúen cuando, tras adquirir firmeza la presente Sentencia, sean requeridos ya como penados en la correspondiente ejecutoria para cumplir los pronunciamientos firmes, momento en el que se dejarán ya sin efecto dichas comparecencias, (computándose como 10 comparecencias cuando exista un último número restante entre 5 y 9; y sin contabilizarse las mismas cuando el número restante esté entre 1 y 4), alzándose entonces todas las medidas cautelares personales que para ellos pudieran encontrarse vigentes.

Debemos condenar y condenamos a Vicente, Rosendo, Prudencio y Serafin a que paguen los importes que seguidamente se referirán en concepto de responsabilidad civil derivada de la ejecución de los delitos ya definidos:

1. A la entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., (con C.I.F. A28141307), de forma solidaria, con 1.056.851,50 €, o, también de forma solidaria, a la aseguradora F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED con el importe que esta última haya podido pagar a la primera con cargo a dicho total, (en cuyo caso esa cifra se descontará de la suma total que los condenados deben pagar a COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., por tal concepto), importe, ese último, que en su caso se concretará en ejecución de Sentencia; aplicándose, en uno u otro supuesto, el interés del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente Resolución. También indemnizarán, de forma solidaria, a la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., (C.I.F. A28141307), en el importe de los desperfectos causados por el hecho de haber arrancado ellos el transceptor en dicha entidad, (cifra que se fijará en ejecución de Sentencia), o, también de forma solidaria, a la aseguradora F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED en la cuantía del pago que esta última haya podido hacer a la primera para resarcir dichos desperfectos, (en cuyo caso ese importe se descontará de la cifra total que los condenados deben pagar a COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., por tal concepto), importes que, en ambos casos, se fijarán en ejecución de Sentencia; aplicándose en uno u otro supuesto, sobre la cifra que resulte, los intereses del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la concreta Resolución que liquide tales conceptos.

2. A NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., (con C.I.F. A28659423), de forma solidaria, 3.241,93 €. Sobre dicho importe total se aplicará el interés del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente Sentencia.

3. A D. Luis Pablo, de forma solidaria, 20.000 €, y a Dª. Leonor, también de forma solidaria, 15.000 €; importes que serán incrementados con el interés establecido en el artículo 576.1 de la L.E.Civil desde la fecha de la presente Sentencia. También indemnizarán a D. Luis Pablo, de forma solidaria, con el valor de mercado que tenía el teléfono móvil de su propiedad en el momento de los hechos, (marca Nokia, modelo 5800, XpressMusic), extremo que se determinará en ejecución de Sentencia. Igualmente indemnizarán a Dª. Leonor, de forma solidaria, con el valor de mercado que tenía el teléfono móvil de su propiedad en el momento de los hechos, (marca Nokia, modelo 5800, XpressMusic), extremo que también se determinará en ejecución de Sentencia. Sobre ambos importes se aplicará el interés del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la concreta Resolución que liquide tales conceptos. No se concede indemnización alguna por el GPS de D. Luis Pablo, que fue recuperado y no consta que tuviera daños, sin perjuicio de acordar la devolución definitiva del mismo a D. Luis Pablo.

Se impone a Vicente el pago de las costas causadas en esta instancia en un porcentaje del 57,1428 %, incluidas las de las acusaciones particulares que conforman NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., la entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., y D. Luis Pablo y Dª. Leonor, e incluidas igualmente las correspondientes al actor civil F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED, (todas ellas en el ya referido porcentaje del 57,1428 %), y sin incluir las relativas al actor civil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., -CASER-.

Se impone a Rosendo el pago de las costas causadas en esta instancia en un porcentaje del 57,1428 %, incluidas las de las acusaciones particulares que conforman NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., la entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., y D. Luis Pablo y Dª. Leonor, e incluidas igualmente las correspondientes al actor civil F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED, (todas ellas en el ya referido porcentaje del 57,1428 %), y sin incluir las relativas al actor civil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., -CASER-.

Se impone a Prudencio el pago de las costas causadas en esta instancia en un porcentaje del 57,1428 %, incluidas las de las acusaciones particulares que conforman NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., la

entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., y D. Luis Pablo y Dª. Leonor, e incluidas igualmente las correspondientes al actor civil F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED, (todas ellas en el ya referido porcentaje del 57,1428 %), y sin incluir las relativas al actor civil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., -CASER-.

Se impone a Serafin el pago de las costas causadas en esta instancia en un porcentaje del 57,1428 %, incluidas las de las acusaciones particulares que conforman NORTHGATE ESPAÑA RENTING FLEXIBLE, S.A., la entidad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., y D. Luis Pablo y Dª. Leonor, e incluidas igualmente las correspondientes al actor civil F.M. INSURANCE COMPANY LIMITED, (todas ellas en el ya referido porcentaje del 57,1428 %), y sin incluir las relativas al actor civil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., -CASER-.

Todas las demás costas restantes se declaran de oficio.

Se acuerda la pérdida definitiva del importe de 9.280 € que figura consignado en la cuenta judicial; el cual quedará afecto a las responsabilidades económicas que dimanan de la presente causa.

También se acuerda la pérdida definitiva de todos los efectos intervenidos a Vicente, Rosendo, Prudencio y Serafin, (que se reseñan en las Diligencias de Constancia de esta Audiencia Provincial de 17.01.2018 y de 12.06.2018; y que se registraron aquí como pieza de convicción nº 2/2018), quedando afectos a las responsabilidades económicas que dimanan de la presente causa todos aquellos objetos que sean susceptibles de obtenerse con su venta alguna suma dineraria para dicha finalidad, (incluido un teléfono que está incorporado a la Caja 9 y que no está recogido en la Diligencia de Constancia de 17.01.2018; en concreto, un teléfono marca Samsung, color negro, con tapa azul), y procediéndose a la destrucción, una vez firme la presente Sentencia, de todos los demás. Y así, se destruirán, una vez firme esta Resolución, (quedando los restantes afectos a las responsabilidades económicas), los siguientes objetos, (que se describen siguiendo el orden reflejado en las ya mencionadas Diligencias de Constancia):

Diligencia de Constancia de 12.06.2018, (Caja sin numerar):

- dos juegos de grilletes;
- sobre que contiene muestras del informe pericial 11-A1-00055.

Diligencia de Constancia de 17.01.2018:

A. Caja 9, (correspondiente a Rosendo):

- una llave de vehículo de color negra;
- un mando llave de color negro de Renault;
- funda de móvil negra con dibujo rosa;
- carcasa de móvil negra;
- funda de móvil de plástico transparente;

B. Caja 12, (correspondiente a Serafin):

- un módem USB Movistar con número de IMEI NUM025, con la inscripción 7488 y su respectiva caja;
- un medicamento PREGNYL 5000 U.I.;
- tres cajas del medicamento TESTES PROLONGATUM 250 mg.;
- un bote de anabólico de larga duración marca MAXIGAL;
- un grinder de color rosa;
- una tapa de grinder roja;
- un grider de color azul, negro, violeta y rojo;
- una llave de vehículo con el símbolo Renault;
- una llave suelta con el símbolo de Honda;
- una linterna para la cabeza de color plateada;
- un cargador de móvil marca LG;
- cartera intervenida en Renault Megane;
- tarjeta móvil;
- llave símbolo Audi.

C. Caja 13, (correspondiente a Prudencio):

- una cizalla color rojo inscripción 750;
- una maza con mango de madera;
- una cizalla de color azul.

D. Caja 14, (correspondiente a Prudencio):

- una cabeza de maza de hierro macizo;
- un cable de ordenador.

E. Caja 16, (correspondiente a Prudencio):

- 6 facturas Benita;
- un bolso marca Yensal marrón con medicamentos.

F. Caja 17, (correspondiente a Prudencio):

- una cizalla de color rojo;
- un módem USB de Yoigo de color azul sin tarjeta;
- 10 llaves sueltas de diferentes formas;
- un llavero de color negro de cuero con dos llaves;
- una arandela con dos llaves, una de ellas de color negro;
- una arandela con dos llaves;
- una arandela con cuatro llaves;
- una arandela con tres llaves, una de ellas de color azul;
- una arandela con cuatro llaves, tres de ellas blindadas;
- una arandela con una llave con base negra;
- dos arandelas con cuatro llaves;
- una arandela con cuatro llaves, una de ellas con dos peces grabados;
- un llavero con el símbolo de Mercedes, con cuatro llaves;
- tres arandelas entrelazadas con cuatro llaves;
- una tarjeta SIM de prepago Orange con número NUM026 y cable USB;
- un módem USB de Orange con tarjeta de cliente número NUM027;
- una tarjeta micro SD de 128 MB con dos adaptadores;
- una batería de ordenador portátil de la marca HP;
- unos auriculares de color negro de la marca Alcatel;
- tres antenas de color negro CDNA;
- tarjeta SIM Vodafone NUM028;
- un adaptador a corriente 240 V-100 voltios;
- batería de color azul DHC;
- código de tarjeta Vodafone con número NUM029.

G. Caja 19, (correspondiente a Prudencio):

- una llave de seguridad;
- un martillo rompe-cristales rojo;
- una palanca en forma de uña de color verde.

H. Caja 20, (correspondiente a Prudencio):

- un llavero con una fotografía conteniendo siete llaves;
- un llavero Seat con llave de vehículo Seat;
- un pendrive color blanco DATA TRAVELER 1 GB.

I. Caja 21, (correspondiente a Prudencio):

- un pendiente en forma de estrella de color verde;
- un llavero con dos llaves;
- SIM Movistar número NUM030;
- USB Conceptronic.

Con respecto a los objetos intervenidos al absuelto Alberto, (que son los que obran reseñados dentro de la Caja 10 a la que se refiere la Diligencia de Constancia de 17.01.2018), se acuerda que por el momento, y dado que, como se deduce de la presente causa, existen otras investigaciones en curso, continúen depositados por si fuesen reclamados por otro Órgano Judicial."

3. Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Prudencio, Rosendo, Serafin Y Vicente, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recursos que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso formalizado por Vicente, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración del derecho fundamental, al amparo del artículo 5.4 Ley de Orgánica del Poder Judicial, por considerar que se ha vulnerado el principio fundamental a la la presunción de inocencia e infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

2. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en autos, y que no resultan contradichos por otras pruebas.

El recurso formalizado por Rosendo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías, del con el artículo 24.1 y 2 del mismo cuerpo legal.

2. Se renuncia por el recurrente al presente motivo.

3. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerado el el artículo 24.2 de la Constitución, que recoge el derecho de defensa en relación con el artículo 24.1 y 24.2 que recogen el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías.

4. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución que recoge el derecho a la presunción de inocencia.

5. Por infracción de ley, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 242 del Código Penal en relación con el artículo 66.

6. Por infracción ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 163 del Código Penal.

7. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 66 del Código Penal.

El recurso formalizado por Prudencio, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de derecho constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de del artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución Española en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías, del artículo 24.1 y 2 de la Constitución.

2. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del 18.3 y 4 de la Constitución en relación con el artículo 24.1 y 24.2 que recogen el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías.

3. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

4. Por infracción ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba basada en documentos que evidencian la equivocación del Juzgador.

5. Por infracción ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 242 del Código Penal en relación con el artículo 66.

6. Por infracción ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 163 del Código Penal.

7. Por infracción ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 66 del Código Penal

El recurso formalizado por Serafin, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de derecho constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de del artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución Española en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías, del artículo 24.1 y 2 de la Constitución.

2. Por vulneración precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del 18.3. y 4 de la Constitución en relación con el artículo 24.1 y 24.2 del mismo cuerpo legal, que recogen el derecho al secreto de las telecomunicaciones y protección de datos la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías.

3. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho de defensa recogido en el artículo 24.2 de la Constitución en su concreta manifestación del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones abogado/cliente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías del articulo 24.1 2 respectivamente.

4. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

5. Por infracción de ley, en virtud del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 242 del Código Penal en relación con el artículo 66.

6. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 163 del Código Penal.

7. Por infracción de ley, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 66 del Código Penal.

5. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 19 de marzo de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal de Luis Pablo y Leonor solicitó la inadmisión y, en su caso la desestimación íntegra. La representación de Northgate España Renting Flexible, S.A, interesa se inadmitan los recursos y subsidiariamente, se tenga pos opuesta a los recurso. La representación procesal la Compañía de Distribución Integral Logista, S.A. y FM Insrance Company Limited solicita se rechacen y desestimen los recursos de casación interpuesto. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de septiembre de 2020 que, dada la complejidad de las cuestiones a tratar, se ha prolongado hasta el día de la fecha, dictándose al efecto los correspondientes autos de prórroga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Prudencio

1. Almacenamiento masivo de datos de tráfico y localización

En la sentencia 22/2018, de 31 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca en el Procedimiento Abreviado 148/2012, se ha condenado a los recurrentes como coautores de un delito de robo con violencia e intimidación, con uso de armas, y por tres delitos de detención ilegal, absolviéndoles de los restantes delitos por los que venían siendo acusados.

En el primer motivo de este recurso, pero también en los primeros motivos de los recursos interpuestos por Rosendo y Serafin, igualmente condenados, se formula una queja común, que será contestada de forma conjunta.

Se denuncia que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, que sirvió de soporte jurídico a la captación de los datos de tráfico de varios números de teléfono y que fue la diligencia inicial de la investigación de los hechos enjuiciados, es contraria al derecho de la Unión Europea y lesiona varios derechos fundamentales, por lo que la conservación y la posterior cesión de esos datos a la autoridad judicial adolecen de nulidad radical y deben dar lugar a la nulidad no sólo de esa prueba sino de las restantes pruebas que tienen su origen en la captación ilegal.

1.1 Planteamiento de la controversia

En los distintos recursos se afirma que la obtención de los datos de tráfico almacenados por las compañías de teléfono fue posible por la existencia de un régimen legal que ordena su conservación de modo indiscriminado, hasta el punto de que todas las comunicaciones electrónicas o telefónicas, con cualquier clase de dispositivo, en cualquier lugar de España, efectuadas por cualquier persona y por cualquier motivo, quedan registradas y almacenadas durante el período, no precisamente breve, establecido en la Ley 25/2007de 18 de octubre, que es de un año.

Dicho régimen de conservación masiva e indiferenciada es contrario a la interpretación del derecho a la privacidad y a la protección de datos establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, caso TELE 2. Teniendo en cuenta la primacía del derecho de la Unión Europea sobre el nacional y que la interpretación de los derechos fundamentales se debe hacer de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, la consecuencia de la doctrina del TJUE es que los datos recogidos en virtud de un régimen legal como el español lo fueron mediante la violación de un derecho constitucional, en especial el consagrado en el artículo 18. 4 pero también en el 18.1, de ahí que la prueba en cuestión sea nula y también lo sean las restantes pruebas de cargo que derivan directamente de la conservación ilegal de los datos de tráfico.

Según los alegatos del recurso, en otra sentencia anterior del TJUE (STJUE de 9 de abril de 2014) el alto tribunal declaró que un régimen preventivo de conservación de datos no era incompatible con el derecho de la Unión si se reforzaban otras garantías jurídicas relacionadas con su cesión y conservación, pero en la posterior STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso TELE 2) ha precisado esa doctrina estableciendo dos pronunciamientos independientes: De un lado y respondiendo a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, se declara que un normativa que establezca un régimen de conservación de datos indiscriminado y que no esté limitado a un período temporal, a una zona geográfica o a un círculo de personas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave, ni a personas que por otros motivos podrían contribuir, mediante la conservación de sus datos, a la lucha contra la delincuencia excede de los límites de lo estrictamente necesario y no puede considerarse justificada en una sociedad democrática, declarándose que "el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que "se opone a una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica".

De otro lado, el TJUE afirma que los datos conservados deben estar sujetos a una serie de garantías en su cesión, singularmente la relativa a su control por la autoridad judicial o por una autoridad independiente, pero la sentencia no afirma que el acceso a la información con las garantías que menciona legitime una normativa que permita el acceso indiscriminado.

Se señala que la última sentencia de esta Sala que se ha pronunciado sobre esta cuestión (STS 400/2017, de 1 de junio), parece afirmar que la incompatibilidad de los regímenes de conservación masiva y preventiva de datos relativos a las comunicaciones con el principio de proporcionalidad puede subsanarse con un régimen de garantías como el previsto por el legislador español, pero lo cierto es que el derecho interno está subordinado al derecho de la Unión y su primacía está expresamente recogida en la LOPJ, por lo que la citada sentencia no ha tenido en cuenta las consecuencias que se derivan de la sentencia de 21/12/2016 del TJUE.

Subsidiariamente se interesa de esta Sala que se plantee cuestión prejudicial preguntando al TJUE antes de resolver la controversia sobre las siguientes cuestiones:

(i) ¿Una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica, que reserva el acceso a esos datos a la autoridad judicial a través de una resolución judicial motivada en el marco de la investigación de la delincuencia grave, es compatible con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE, habida cuenta de los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta?

En caso de que la respuesta fuera positiva, se propone la siguiente cuestión:

(ii) ¿Una normativa nacional que permite acceder a las autoridad judicial en el marco de la investigación de delincuencia grave, aunque no sean en casos de terrorismo, a los datos de abonados o usuarios de las que no se sospeche que planean, van a cometer o han cometido un delito grave o que puedan estar implicadas de un modo u otro en un delito grave pero existan elementos objetivos que permitan considerar que esos datos podrían, en un caso concreto, contribuir de modo efectivo a la lucha contra dichas actividades, es compatible con el artículo 15, apartado l, de la Directiva 2002/58/CE, habida cuenta de los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta?".

1.2 Normativa de la Unión Europea

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su artículo 13 autorizaba a los Estados miembros a adoptar la medidas legales pertinentes para limitar las obligaciones y derechos previstos en el apartado 1 del artículo 6, en el artículo 10, en el apartado 1 del artículo 11, y en los artículos 12 y 21 de dicha Directiva cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia, entre otros, de la Seguridad del Estado, la seguridad pública y la prevención, investigación, detección y represión de infracciones penales. Las obligaciones y derechos que podían ser limitados eran el propio tratamiento de datos (artículo 6.1), las obligaciones de información a los interesados (artículos 10 y 11), el derecho de acceso (artículo 12) y la publicidad del tratamiento.

La anterior norma fue complementada por la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), con la finalidad de armonizar las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas (Artículo 1, apartados 1 y 2).

En esta nueva Directiva y en relación con las comunicaciones electrónicas se regulaban aspectos tales como las obligaciones de seguridad, confidencialidad, tratamiento y almacenamiento de los datos de tráfico, facturación desglosada y otras especificaciones que correspondían a los prestadores del servicio de comunicación electrónica y en su artículo 15, aplicando las previsiones de la Directiva 95/46/CE, se autorizaba a los Estados a limitar los derechos y obligaciones establecidos en los artículos 5, 6, apartados 1 a 4, 8 y 9 de la nueva Directiva, con la finalidad de proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE.

Se disponía que a tal fin los Estados miembros podrían "adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado". Los derechos y obligaciones susceptibles de restricción eran la confidencialidad de las comunicaciones (artículo 5), algunas de las obligaciones concernientes al tratamiento de los datos de tráfico (artículo 6), las limitaciones al conocimiento de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada (artículo 8) y las limitaciones al conocimiento de los datos de localización (artículo 9).

Un nuevo hito en el desarrollo normativo de la Unión Europea fue la Directiva 2006/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modificó la Directiva 2002/58/CE con la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, es decir, a las legislaciones que desarrollaban la previsión normativa del artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE y del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE.

En esta Directiva se autorizaba a los Estados miembros a la conservación de unas determinadas categorías de datos (artículo 5), de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 4) durante un plazo de 6 meses a dos años. La norma preveía la posterior destrucción de esos datos, los requisitos de almacenamiento, la existencia de autoridades de control y otra serie de disposiciones complementarias. Esa Directiva añadía un artículo 15.1 bis a la Directiva 2002/58/CE, señalando que el apartado 1 del artículo 15 no se aplicará a los datos que deban conservarse específicamente de conformidad con la Directiva 2006/24/CE.

1.3 Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Dejando al margen algunos otros pronunciamientos anteriores, el TJUE viene dictando en los últimos años un conjunto de sentencias que se refieren a la conservación de datos para la prevención de delitos y cuyo contenido resumimos en las páginas que siguen.

1.3.1 STJUE de la Gran Sala de 8 de abril de 2014 (Caso Digital Rights).

Esta sentencia declaró que la Directiva 2006/24 no era compatible con los derechos a la vida privada, a la protección de datos de carácter personal y con la libertad de expresión, reconocidos en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea (artículo 7, 8 y 11) y artículos 8 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos al establecer, entre otras disposiciones, la facultad de los Estados de establecer por ley la obligación de conservar los datos de tráfico y localización de las comunicaciones durante un determinado periodo de tiempo, de forma general e indiscriminada sobre toda la población.

Después de reconocer que la regulación de la Directiva 2006/24/CE constituía una injerencia grave en los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal (parágrafos 32-37) y después de reconocer también que la conservación de datos es una herramienta valiosa para la lucha contra el terrorismo y contra la delincuencia grave (42, 43 y 49) y que responde a un objetivo de interés general (44), señaló que esa medida debe ajustarse a criterios de proporcionalidad (45-46) y que el control jurisdiccional de la misma ha de tener en consideración el ámbito afectado, la naturaleza del derecho garantizado, la naturaleza y gravedad de la injerencia y la finalidad de ésta (47). No obstante, la sentencia señala que la injerencia no pude justificarse exclusivamente en su importancia para la seguridad pública y en su eficacia para la investigación penal (51), que sólo puede adoptarse cuando sea estrictamente necesaria (52) y que la ley que regule la conservación de datos debe establecer reglas claras y precisas y con garantías suficientes (54).

Partiendo de esas premisas, la STJUE analizó la compatibilidad de la Directiva 2006/24 con la normativa de la Unión, singularmente con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y concluyó afirmando que no era respetuosa con los derechos a la vida privada, a la protección de datos personales y a la libertad de expresión (artículos 7, 8 y 11), por lo siguiente:

(i) Afecta con carácter global a todas las personas que utilizan servicios de comunicaciones electrónicas, sin que las personas cuyos datos se conservan se encuentren, ni siquiera indirectamente, en una situación que pueda dar lugar a acciones penales (58)

(ii) No hay ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública y, en particular, la conservación no se limita a datos referentes a un período temporal o zona geográfica determinados o a un círculo de personas concretas que puedan estar implicadas de una manera u otra en un delito grave, ni a personas que por otros motivos podrían contribuir, mediante la conservación de sus datos, a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves (59)

(iii) No fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos que, debido a la magnitud y la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, puedan considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia. Por el contrario, la Directiva 2006/24 se limita a remitir de manera general, en su artículo 1, apartado 1, a los delitos graves tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro (60)

(iv) En cuanto al acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior, la Directiva 2006/24 no precisa las condiciones materiales y de procedimiento correspondientes y, en concreto, no dispone expresamente que el acceso y la utilización posterior de los datos de que se trata deberán limitarse

estrictamente a fines de prevención y detección de delitos graves delimitados de forma precisa o al enjuiciamiento de tales delitos (61).

(v) No establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de la autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario teniendo en cuenta el objetivo perseguido. En especial, el acceso a los datos conservados por las autoridades nacionales competentes no se supedita a un control previo efectuado, bien por un órgano jurisdiccional, bien por un organismo administrativo autónomo (62).

(vi) La Directiva 2006/24 prescribe, en su artículo 6, la conservación de éstos durante un período mínimo de seis meses sin que se establezca ninguna distinción entre las categorías de datos previstas en el artículo 5 de la Directiva en función de su posible utilidad para el objetivo perseguido o de las personas afectadas (63)

(vii) La Directiva 2006/24 no contiene garantías suficientes, como las que exige el artículo 8 de la Carta, que permitan asegurar una protección eficaz de los datos conservados contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y utilización ilícitos respecto de tales datos. En concreto, dada la magnitud de datos objeto de conservación la Directiva no regula, mediante normas claras y adaptadas a la multitud de datos susceptibles de conservación, la protección y seguridad de los datos para garantizar su integridad y confidencialidad y tampoco garantiza que los proveedores apliquen un nivel especialmente elevado de protección y seguridad a través de medidas técnicas y organizativas (66-67).

La consecuencia de todos estos pronunciamientos fue la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006.

1.3.2 STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Caso Tele 2)

Una vez anulada la Directiva 2006/24/CE que había servido de instrumento de armonización de las legislaciones nacionales para las normas sobre conservación de datos, se planteó al alto tribunal cómo había de interpretarse el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58, que seguía autorizando a los Estados miembros a adoptar medidas legales para proceder a la conservación de datos por razones de prevención, investigación y castigo de la criminalidad.

El Tribunal de Luxemburgo hizo una precisión inicial de mucho interés: Las normas nacionales que regulen la conservación de datos por razones penales, son normas relativas al tratamiento de datos personales y se encuentran dentro del ámbito regulado por la Directiva, limitando con ello la previsión del su artículo 1.3 que excluye de la Directiva a las actividades de los Estados en materia penal. También se encuentran dentro de su ámbito las normas nacionales sobre la actividad de los proveedores de estos servicios y el acceso a los datos conservados, puesto que la conservación implica necesariamente el posterior tratamiento de los datos conservados. (Parágrafos 67 a 81).

Esta sentencia, como ha ocurrido con las posteriores, ha ido enriqueciendo la doctrina del Tribunal, precisando elementos normativos que necesariamente habrán de ser tomados en consideración por las legislaciones nacionales y, en su caso, por la legislación comunitaria que regule esta cuestión.

En esa dirección el TJUE enumeró los requisitos que debe cumplir una norma nacional que desarrolle el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58 para ser respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de Derechos. Son los siguientes:

(i) Para la limitación de los derechos de la Carta es necesaria una ley que respete su contenido esencial (94). La ley debe establecer normas claras y precisas y debe estar sujeta a un control judicial previo (109 y 125).

(ii) La conservación de datos debe ser rigurosamente proporcionada al objetivo que se pretende con la misma (95).

(iii) Se reitera que la obtención de datos de tráfico (tales como, nombre y dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino, dirección IP para los servicios de Internet, momento de la comunicación y lugar desde el que se ha realizado) constituye una injerencia grave en los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales e incluso a la libertad de expresión

(iv) Esas limitaciones tienen justificación cuando se adoptan para la lucha contra la delincuencia grave (98-102), especialmente delincuencia organizada y terrorismo, si bien estos objetivos no justifican por sí solos la conservación generalizada e indiferenciada, de ahí que se exija que esa restricción sea necesaria (103).

(v) La conservación de datos debe ser una medida excepcional (104), de ahí que una normativa que cubra de forma generalizada a todos los usuarios o abonados y que tenga por objeto todos los medios de comunicación electrónica debe establecer diferenciaciones, excepciones o limitaciones en función del objetivo que se pretenda lograr (105) debe exigir alguna vinculación entre los datos cuya conservación se establece y la amenaza para la seguridad pública (105), en particular debe regular su ámbito temporal, territorial o personal, limitando su campo de actuación a los delitos graves.

1.3.3 STEDH de 6 de octubre de 2020 (C-623/17 , planteada por el Invetigatory Power Tribunal, del Reino Unido)

(i) Señala esta sentencia que cuando son los Estados quienes aplican directamente medidas que suponen excepciones a la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, sin imponer obligaciones de tratamiento a los

proveedores de servicio, no se aplica la Directiva 2002/58 sino el derecho nacional de cada Estado (48) si bien también se señala que la obligación de conservar datos y entregarlos a las autoridades por razones de investigación criminal constituye tratamiento y está sujeto a la Directiva (39) .

(ii) Se reconoce que las razones de "seguridad nacional" para limitar los derechos de los ciudadanos en este ámbito se encuentran en un plano de mayor relevancia que el resto de necesidades a que alude el artículo 15.1 de la Directiva 2202/58 y pueden justificar restricciones de derechos de mayor intensidad (75) pero también en el ámbito de la seguridad nacional una legislación nacional que establezca la obligación de conservación indiscriminada y no selectiva de datos tráfico y localización es contraria a la Carta de derechos (82).

1.3.4 STJUE de 6 de octubre de 2020, (asunto Quadrature du Net, recaída en relación con las cuestiones acumuladas C-511/18 , C-512/18 y C-520/18).

(i) En esta importante sentencia después de confirmar una vez más el criterio de que una normativa que obligue a la conservación de datos de tráfico y localización de forma indiscriminada es contraria al derecho de la Unión, añade precisiones importantes sobre cómo debe ser el contenido de la normativa que establezca la obligación de conservación para prevenir y perseguir la comisión de delitos graves y se hacen algunas precisiones muy relevantes sobre el valor probatorio en el proceso penal de la información obtenida en base a una normativa contraria al derecho de la Unión.

(ii) La obligación de conservación no puede ser indiscriminada sino selectiva, aunque tenga por objeto la lucha contra la criminalidad grave, y ese límite encuentra su justificación en que de la falta de límites produce efectos disuasorios para el ejercicio de los derechos a la vida privada y a la libertad de expresión y convierte en regla lo que debería ser una excepción, afectando a personas que ningún vínculo tendrían con la acción delictiva investigada, ni siquiera indirecto. Es necesario que esa legislación está limitada en función de criterios temporales, geográficos o personales y se insiste en que el objetivo de una acción eficaz contra la criminalidad no justifica una injerencia tan grave (142-145).

(iii) Avanza algunos criterios sobre cómo deben configurarse los límites. Y así, en relación con las personas, la ley que obligue a la conservación deberá tener en cuenta en relación con las personas que tengan un vínculo, al menos indirecto, con delitos graves, o puedan contribuir, de una forma u otra, a combatir delitos graves o a prevenir un riesgo grave para la seguridad pública o un riesgo para la seguridad nacional (148-149). En relación con el criterio geográfico deberá determinarse la obligación de conservación sobre la base de elementos objetivos y no discriminatorios y puede establecerse respecto de áreas caracterizadas por un alto riesgo de preparación o comisión de hechos delictivos graves como lugares o infraestructuras frecuentadas habitualmente por un número muy elevado de personas, o lugares estratégicos, como aeropuertos, estaciones de tren o zonas de peaje (150).

(iv) Para satisfacer las exigencias de proporcionalidad la duración de la obligación no deberá exceder de lo estrictamente necesario en función del objetivo perseguido y de las circunstancias que la justifiquen, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar dichas medidas, en caso de que esa retención continúe siendo necesaria (151).

(v) Sin embargo, la sentencia admite la posibilidad de conservación generalizada e indiscriminada, en ciertas condiciones, respecto de determinadas categorías de datos como Direcciones IP (152-156), datos de identidad civil y domicilios (157- 159), amenaza grave para la seguridad nacional real, actual o previsible (168) bajo control efectivo de un órgano judicial o una autoridad administrativa independiente.

En esta sentencia se abordó por primera vez qué eficacia probatoria podría tener información obtenida como consecuencia de normas nacionales que podrían entrar en contradicción con la doctrina del TJUE, es decir, información almacenada como consecuencia de leyes nacionales que imponían la obligación generalizada de conservación de datos de conservación y tráfico, aprobadas en desarrollo de la Directiva anulada (2006/24).

La respuesta del TJUE ha sido muy matizada y su doctrina ha sido reiterada en otra sentencia muy reciente a la que nos referimos a continuación.

1.3.5 STJUE de 2 de marzo de 2021 (Cuestión prejudicial planteada por Riigikohus- Estonia)

(i) Ante la inexistencia de normas de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, a condición, sin embargo, de que no sea menos favorable que la que rige situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad)- (42)

(ii) Las normas nacionales deben ir dirigidas a evitar que la información y las pruebas que se han obtenido de manera ilegal perjudiquen indebidamente a una persona sospechosa de haber cometido delitos y ese objetivo puede alcanzarse tanto mediante la prohibición de utilización de esas pruebas como mediante normas que regulen la apreciación y ponderación de esa información (43) y en este sentido resulta de especial relevancia para que pueda ser valorada probatoriamente esa información en el proceso penal que los sospechosos o personas afectadas por la misma estén en condiciones de contradecir eficazmente esa información o esas pruebas (44)

1.4 Conformidad de la Ley 25/2007 con la legislación comunitaria sobre protección de datos

La doctrina del TJUE nos pone en la tesitura de determinar si la legislación española sobre conservación de datos es respetuosa con el derecho de la Unión.

A este fin debemos hacer una primera observación. El hecho de que se haya declarado la invalidez de la Directiva 2006/24/CE no significa que las leyes nacionales de trasposición que la desarrollaron en cada país sigan la misma suerte.

Una Directiva es un instrumento de armonización de las legislaciones nacionales pero que admite márgenes de discrecionalidad. Tan es así que en relación con la conservación de datos las legislaciones de cada Estado miembro evidencian notorias diferencias. De ahí, que una vez vigente la norma nacional, si es respetuosa con el derecho de la Unión, tiene autonomía respecto de la Directiva que justifica su nacimiento y sólo puede ser derogada por una norma posterior. Ciertamente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión son vinculantes, pero en lo que atañe a este caso, las sentencias que se acaban de citar no conllevan de forma ineludible la nulidad de la Ley 25/2007, sino que obligan a analizar si el régimen de conservación de datos en España, cuya regulación no se limita a la ley citada, es conforme con el derecho de la Unión.

Resulta obligada una segunda observación. En este momento la Unión Europea, una vez anulada la Directiva 2006/24/CE, carece de un instrumento de armonización de las legislaciones nacionales. La ausencia de una norma comunitaria obliga a centrar la atención en la doctrina del TJUE y no podemos dejar de destacar que cada nueva sentencia del alto tribunal, tal y como hemos tratado de resumir anteriormente, añade matices, establece excepciones, diseña nuevos requisitos y modulaciones, estableciendo doctrinas que adicionan y acumulan conceptos normativos que acrecientan su complejidad jurídica. Y tan es así que el propio TJUE en buena medida ha desplazado el problema de la licitud de la norma a la validez probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por exigencias de las normativas nacionales, lo que, a nuestro juicio, evidencia que el alto tribunal es consciente de la complejidad de la situación creada como consecuencia de su propia doctrina y, sobre todo, de la ausencia de un marco normativo que dote de la necesaria seguridad jurídica a esta compleja materia.

Según venimos comentando, en España esta materia se regula por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cuyo objeto declarado en la Exposición de Motivos, se promulgó con la finalidad de trasponer al derecho interno la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo.

Esta Ley ha sido confirmada en su vigencia por dos leyes posteriores: La Ley 9/2014, de 9 de marzo, General de las Telecomunicaciones, y la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en sus respectivos artículos 42 y 52 remiten a la Ley 25/2007 en todo lo concerniente a la conservación y de cesión de datos con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Por lo tanto, el Legislador no sólo no ha dudado de la legalidad de la ley de referencia sino que la ha confirmado expresamente en las dos leyes posteriores, precisamente las leyes que han establecido la regulación básica en este ámbito normativo.

La anulación de la Directiva 2006/24/CE nos podría llevar a considerar nula la ley española de desarrollo pero semejante automatismo no es admisible. La Directiva en cuestión no fue anulada por un único motivo. El TJUE realizó un profundo análisis de conjunto y detectó deficiencias diversas o ausencia de controles también diversos que conferían a la norma comunitaria una laxitud que daba como resultado la ausencia de protección suficiente de los derechos fundamentales afectados. La interacción de esas deficiencias es lo que motivó la declaración de nulidad.

Así, se analizaron factores como los siguientes: a) Afección generalizada a todas las personas sin vinculación directa o indirecta a acciones penales; b) Ausencia de límites temporales o geográficos que vinculen la conservación con hechos delictivos concretos o que permitan contribuir a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves; c) Falta de precisión respecto de las personas que puedan tener acceso y posterior uso de los datos; d) Ausencia de criterios objetivos respecto al uso posterior de los datos a lo estrictamente necesario, sin supeditarlo a un previo control judicial o de un organismo autónomo independiente; e) Ausencia de criterios objetivos para que la cesión se limite estrictamente a fines de prevención y detección de delitos graves; f) Establecimiento de un plazo de conservación único sin distinción entre la categoría de datos; g) Falta de un alto nivel de protección y seguridad de los datos conservados, a través de medidas técnicas y organizativas, frente a abusos y accesos ilícitos y que garanticen la integridad y confidencialidad de los datos.

Si hacemos ese análisis en la normativa española se puede comprobar que gran parte de las deficiencias advertidas en la Directiva anulada no se producen en nuestro ordenamiento jurídico. Destacamos, a este respecto, las siguientes notas:

(i) La ley española obliga a la conservación de datos de tráfico y localización durante un año y permite su cesión a las autoridades judiciales, si bien esa cesión está sujeta a estrictas garantías.

(ii) Los prestadores de servicios obligados por ley a la conservación de datos no pueden realizar operación alguna de tratamiento, a salvo de la cesión singularizada que pueda recabar la autoridad judicial.

Esto es importante, porque la doctrina del TJUE ha tenido como finalidad esencial la protección de los derechos a la vida privada, a la protección de datos y a la libertad de expresión, hasta el punto de en sus sentencias se ha insistido en que los datos conservados "considerados en su conjunto, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de vida

cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan" (STJUE de la Gran Sala de 8 de abril de 2014- Caso Digital Rights- 27).

La Ley española no genera ese riesgo. Los datos conservados permanecen custodiados y no pueden tener más uso que su cesión a la autoridad judicial cuando ésta, lo ordene bajo un riguroso sistema de garantías. Ciertamente la conservación de datos y la obligación de cesión es en sí "tratamiento de datos" y así lo ha reiterado el TJUE en varias de sus sentencias para afirmar la competencia del derecho comunitario sobre esta cuestión, pero no puede desconocerse que los obligados por la Ley 25/2007 sólo deben y pueden almacenar los datos, pero no están habilitados para realizar ninguna de las operaciones de tratamiento que podrían ser especialmente lesivas para los derechos que se pretenden salvaguardar. Los prestadores no pueden, por tanto, estructurar, seleccionar, divulgar, transmitir, combinar o utilizar para fines de investigación criminal esos datos.

(iii) Sólo cabe ceder los datos conservados para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en leyes especiales (artículo 1.1), precepto que antes debía ser integrado acudiendo a los artículos 13.1 y 33.1 CP y actualmente acudiendo al artículo 579.1 de la LECrim que sólo autoriza este tipo de injerencias en delitos castigados con al menos pena de prisión de 3 años, en delitos de terrorismo y en el delitos cometidos por grupos u organizaciones criminales.

(iv) Los datos que deben conservarse son los necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de una comunicación, el tipo de comunicación y el equipo de comunicación de los usuarios (artículo 3.1) pero en ningún caso se pueden conservar datos que revelen el contenido de la comunicación (artículo 3.2)

(v) Los datos sólo pueden ser cedidos previa autorización judicial (artículo 6.1) y la resolución judicial que autorice la cesión deberá ser motivada y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, especificando los datos que han de ser cedidos (artículo 7.2). Esta garantía es esencial y muchas de las legislaciones de los Estados de la Unión autorizaban la cesión a autoridades no judiciales.

(vi) La cesión se limita a su utilización en investigaciones penales por delitos graves (artículo 7) y no cabe la conservación o cesión para finalidades distintas de la investigación penal, como ha ocurrido en otras legislaciones, ni para la investigación de delitos de escasa entidad

(vii) Los datos sólo pueden ser cedidos a agentes especialmente facultados, señalando como tales a los miembros de los Cuerpos Fuerzas de Seguridad del Estado, Agentes de Vigilancia Aduanera y agentes del CNI) y deberán limitarse a la información imprescindible (artículo 6.2);

(viii) La ley impone a los sujetos obligados todo un conjunto de obligaciones para garantizar la integridad, seguridad, calidad y confidencialidad de los datos en el artículo 8 y establece un régimen de sanciones para caso de incumplimiento (artículo 11). Además, hay todo un desarrollo reglamentario que detalla las especificaciones técnicas en la forma de cesión de las operadoras a los agentes (Orden PRE/199/2013, de 29 de enero) que en todo caso ha de limitarse a lo estrictamente necesario. Y la ley española prevé un nivel de seguridad medio para este tipo de ficheros lo que garantiza la confidencialidad de los datos almacenados (artículo 81.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre sobre Reglamento de Protección de Datos).

(ix) La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha realizado una completa regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas, incluyendo en ellas el uso de los datos conservados por obligación legal (artículo 588 ter j), sujetando todas ellas a un estricto control judicial en su adopción y en su ejecución, con aplicación de los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Conviene destacar que el uso de los datos almacenados está sujeto a estrictas limitaciones que se contienen en los artículos 588 bis a) y siguientes de la LECrim, entre las que destacamos:

(i) La utilización de datos está sujeta al principio de especialidad, de forma que sólo podrá autorizarse cuando la injerencia esté relacionada con un delito concreto.

(ii) No pueden autorizarse injerencias prospectivas, es decir, que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos de forma indiscriminada o sin base objetiva.

(iii) La injerencia debe definir su ámbito objetivo y subjetivo conforme al principio de idoneidad.

(iv) La injerencia está también sujeta a los principios de excepcionalidad y necesidad sólo puede acordarse si no existen otras medidas menos gravosas y sólo cuando sea imprescindible

Por tanto, es cierto que muchos de los déficits de normatividad de la Directiva anulada por el TJUE no se dan en nuestra ordenación nacional al establecer garantías suficientes para que los datos personales conservados por obligación legal están suficientemente protegidos frente al riesgo de abuso ilegal tanto en relación con el acceso a esos datos como en el uso de los mismos. Y esa es la razón por la que esta Sala en anteriores sentencias ha considerado que nuestro ordenamiento en materia de conservación y cesión de datos es conforme con el derecho de la Unión.

Muestra de esa posición la encontramos en la STS 723/2018, de 23 de enero de 2019 y 400/2017, de 1 de junio, en la que dijimos lo siguientes: "en nuestra normativa interna tanto la protección del derecho a la intimidad

como el principio de proporcionalidad, están sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial, y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (Artículo 588 bis a).5 LECrim), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica".

A la luz de las recientes sentencias dictadas por el TJUE y de las que nos hemos hecho eco en páginas anteriores, no encontramos razones para modificar nuestra posición. La legislación española en su conjunto es respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de ahí que nuestro análisis se proyecte no tanto en cómo deba regularse en el futuro esta materia, como en la comprobación de que en cada proceso penal y respecto de todo ciudadano que se vea sometido a una investigación criminal tenga la garantía del pleno respeto de sus derechos constitucionales. El propio TJUE ha situado en ese punto la proyección práctica de su doctrina. Lo determinante a efectos del proceso penal es si la limitación que sufre cada investigado en sus derechos fundamentales supone una injerencia no respetuosa con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en general, con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

Y siguiente esa estela, el propio TJUE ha declarado de forma tajante que el problema de la validez probatoria de la información almacenada es una cuestión ajena al derecho comunitario y cuyo análisis debe hacerse desde el derecho nacional, de acuerdo con los siguientes principios:

De un lado, el principio de primacía obliga a la aplicación del derecho de la Unión con preferencia al nacional, de ahí que la doctrina del TJUE sea de vigencia obligatoria. Pero, a partir de esa afirmación de principio y aun en la hipótesis de que la ley 25/2007 no fuera conforme con el derecho de la Unión, lo que ya hemos descartado, no por ello es una consecuencia obligada la ilicitud probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por obligación legal. Por el principio de equivalencia el juez nacional puede utilizarla siempre que otorgue al derecho comunitario una protección equivalente a la que otorgaría al derecho nacional en una situación similar. A tal fin el propio TJUE ha señalado que para excluir esa información lo más determinante es verificar si ha sido sometida al principio de contradicción procesal, es decir, si el afectado por la misma ha tenido oportunidad de contradecir, confrontar y cuestionar con plenitud la información en cualquiera de los aspectos que puedan ser relevantes para su valoración probatoria (véanse, en este sentido, STJUE de 6 de octubre de 2020, (asunto Quadrature du Net, -222-224- y STJUE de 10 de abril de 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, apartados 78 y 79).

1.5 Aplicación de la doctrina del TJUE al presente caso

Partiendo de todo lo que se acaba de exponer nos encontramos en una situación parecida a la que se produjo hace años con el artículo 579 de la LECrim y la solución que creemos procedente va a ser similar a la que entonces se dio, de ahí que esta Sala, con escrupuloso respeto a la doctrina del TJUE, va a otorgar al derecho comunitario la misma protección que ante una situación similar otorgaría al derecho nacional. Este criterio ya ha sido expuesto en una ocasión por este tribunal (STS 470/2015, de 7 de Julio).

En efecto, el antiguo artículo 579 de la LECrim (actualmente derogado y sustituido por una completa y novedosa regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas) no colmaba las exigencias derivadas del principio de legalidad y se planteó su inconstitucionalidad, lo que podía dar lugar a la nulidad de cualquier intervención telefónica autorizada a su amparo. Ahora nos encontramos con una Ley que es respetuosa con los derechos fundamentales, por más que en alguno de sus aspectos pueda no ser plenamente conforme con el derecho comunitario, dicho todo ello con las máximas reservas, ya que estamos en un ámbito jurídico en pleno desarrollo y debate y que, a buen seguro, va a ser objeto en el futuro de importantes modulaciones.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de Pleno 49/1999, de 5 de abril declaró que sólo el Legislador podía remediar la insuficiencia de la ley y que tal situación no implicaba por sí misma y de forma necesaria la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron una concreta intervención telefónica, citando en apoyo de esta posición algunas sentencias del TEDH (SSTEDH de 12 de julio de 1988, caso Schenck, fundamento jurídico I, A, y caso Valenzuela, fundamento jurídico I). Añadía el Tribunal Constitucional que "si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no

cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas".

Ese mismo planteamiento puede hacerse en este caso. En esta singular situación lo determinante es analizar si la injerencia acordada judicialmente es respetuosa con los derechos fundamentales, desde la óptica de la proporcionalidad y necesidad de la misma.

Y entendemos que ningún reproche puede hacerse a lo decidido por la autoridad judicial en base a lo siguiente:

(i) La información obtenida de los prestadores de servicio ha sido sometida al principio de contradicción procesal. Ninguna cortapisa o límite se ha impuesto a la defensa para cuestionar o contradecir esa información. Es más, ni siquiera se cuestiona su exactitud en lo tocante a los datos suministrados por las operadoras telefónicas.

(ii) El juez recabó una información referida a las comunicaciones realizadas seis días antes del hecho investigado, lo que en este caso tiene una singular relevancia, ya que esos datos podían ser almacenados y tratados por los prestadores del servicio al margen de las previsiones de la Ley 25/2007.

(iii) Las empresas prestadoras tenían habilitación legal para ese almacenamiento de acuerdo con el artículo 38.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el que se disponía que "los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio o para que el operador pueda exigir su pago". En el mismo sentido se pronuncia el vigente artículo 48.2 a) de la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones. Por lo tanto, las disquisiciones sobre la suficiencia o no de la Ley 25/2007 resultan, en buena medida, innecesarias. Había otra habilitación legal distinta para conservar esos datos y el juez estaba autorizado a recabar esa información por aplicación del derogado artículo 579 de la LECrim, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Y en este caso, además, la autorización judicial fue respetuosa con las exigencias constitucionales.

(iv) El Juez de Instrucción ordenó la remisión de los datos de tráfico de los repetidores de la zona de Fuente del Oro limitados temporalmente a las llamadas producidas de las 19:00 horas del día 29/12/2010 hasta las 08:00 horas de día 30/12/2010. Es decir, la información interesada por el juez tenía una muy limitada duración temporal y espacial y se refería a un conjunto muy restringido de datos, lo que permite afirmar la idoneidad de la diligencia y la proporcionalidad de la injerencia.

(v) Existían sólidos indicios de la comisión de unos delitos muy graves, castigados con penas elevadas: Un delito de robo con violencia sancionado con pena de hasta 5 años de prisión (artículo 242 CP) y tres delitos de detención ilegal castigados con pena de hasta 10 años de prisión cada uno de ellos (artículo 168 CP).

(vi) La diligencia de investigación era absolutamente necesaria ya que los autores actuaron con disfraz y llamaron por teléfono durante su acción delictiva, por lo que su identificación sólo podía intentarse y conseguirse a través del tráfico de llamadas en esa zona y en esa franja horaria, en tanto que los hechos ocurrieron de noche y era una zona en que se suponía que el tráfico de llamadas no sería muy intenso y era razonable suponer que serían escasas las llamadas provenientes de otras localizaciones, como así ocurrió.

Por tanto, la injerencia fue autorizada judicialmente, los datos recabados fueron sometidos a contradicción procesal, la diligencia era estrictamente necesaria y estaba vinculada con una investigación penal concreta por delitos muy graves, la injerencia no fue prospectiva y era proporcionada, atendida la gravedad de los delitos investigados y, por último, su incidencia en los derechos fundamentales de los afectados muy escasa, dadas las limitaciones espaciales y temporales impuestas por el juez.

1.6 Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE

En el recurso se ha solicitado que este tribunal plantee una cuestión prejudicial al TJUE sobre la conformidad de la Ley 25/2007 con el derecho de la Unión Europea, lo que obliga a justificar por qué razones esta Sala ha decidido resolver la controversia sin acudir previamente al instrumento de la "cuestión prejudicial".

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión si estiman necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia para poder emitir su fallo, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 TFUE. Y cuando la cuestión surja en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como acontece con este Tribunal Supremo, el planteamiento de la cuestión no es una facultad sino una obligación, a menos que exista ya una jurisprudencia bien asentada en la materia o no quepa ninguna duda razonable sobre el modo correcto de interpretar la norma jurídica (Recomendación TJUE 2019/C 380/01). En todo caso el tribunal viene obligado a motivar su decisión.

Según hemos expuesto anteriormente, entendemos que la Ley 25/2007, valorada en su globalidad, es respetuosa con el derecho de la Unión Europea y que, en todo caso, la eventual lesión del derecho al secreto de las comunicaciones y del resto de derechos fundamentales afectados por el régimen de conservación y cesión de datos

debe hacerse analizando las circunstancias del caso concreto, determinando si la incorporación de los datos al proceso judicial ha sido proporcionada, necesaria y sometida al principio de contradicción.

En este caso, además, la conservación y cesión de los datos tenía como soporte legal no sólo la Ley 25/2007, sino la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Los datos que se cedieron eran susceptibles de conservación no sólo por razones de seguridad pública sino por otras razones estrictamente comerciales y su cesión a la autoridad era obligada con independencia de lo dispuesto por la Ley 25/2007, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 579 derogado y actual artículo 588 ter j).

Por esa razón y teniendo en cuenta, además, que el TJUE ya se ha pronunciado sobre todos los aspectos que se cuestionan en este recurso no es procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial sugerida.

En consecuencia, el motivo se desestima.

2. Supuesta nulidad del auto autorizante de la cesión de datos telefónicos

Como ya hemos anticipado, en el recurso se interesa la nulidad del auto de 5 de enero de 2011, por el que se autorizó la cesión de los datos de tráfico, al carecer de fundamentación tanto fáctica como jurídica y al no realizar un juicio ponderativo acerca de si la medida que se le solicitaba resultaba proporcionada.

2.1 El recurrente argumenta que el auto no tuvo motivación alguna a pesar de que la diligencia autorizada suponía una grave afectación del derecho a la protección de datos, en tanto que la injerencia afectaba a miles de usuarios durante 12 horas. Se trataba de una medida enormemente intrusiva ya que se accedió a 32.000 comunicaciones de Movistar, 4.000 de Orange, 12.000 de Vodafone y 2.000 de Yoigo, debiéndose destacar que esta última compañía, sin habérselo solicitado, comunicó no sólo los teléfonos que habían conectado con las estaciones BTS sino el nombre, los apellidos y el domicilio del usuario, lo que constituye una muy intensa injerencia en los derechos fundamentales de esos ciudadanos que han visto desvelados sus datos de identidad y tráfico de llamadas, y sus direcciones físicas, sin más motivo que la utilización de un teléfono un día determinado.

Destaca el recurrente que la sentencia del TJUE de 02/10/2018, que resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona, distinguió entre datos estáticos y de tráfico, señalando en cuanto a los primeros que por su naturaleza y cantidad constituyen una intromisión grave en el derecho a la protección de datos, lo que obliga a que su autorización esté sujeta a una decisión judicial motivada en la que se exteriorice el juicio de proporcionalidad realizado.

2.2 La cesión de datos almacenados por los proveedores de servicio constituye una injerencia en las comunicaciones telefónicas a la que le resulta de aplicación los principios rectores y presupuestos comunes a esta clase de injerencias. Tales principios y presupuestos se han ido conformando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala y tiene un desarrollo legal detallado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero sólo a partir de la modificación introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

El almacenamiento y cesión de datos de tráfico es una injerencia grave en el derecho al secreto de las comunicaciones, dependiendo del tipo de datos conservados, pero de menor intensidad que la interceptación del contenido de la comunicación. Como medida restrictiva de derechos está sujeta a los principios de jurisdiccionalidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad, debiéndose añadir que precisa para su adaptación de la existencia de sospechas objetivadas de la comisión de un delito grave y debe ser autorizada por una resolución judicial motivada.

2.3 En el presente caso la cesión de los datos de tráfico almacenados por las compañías prestadoras de servicio en los repetidores señalados en la resolución y durante el tiempo también especificado (desde las 10:00 horas del día 29/12/10 hasta las 8:00 horas del día 30/12/10) se hizo en virtud de auto judicial motivado de 5 de enero de 2011.

Es cierto que dicho auto no contiene una motivación extensa analizando cada uno de los presupuestos legales que justificaban la injerencia, pero también lo es que el auto en cuestión debe ser completado con el oficio policial de 05/01/2011, en el que se solicitaba la injerencia y en el que se describían los datos fácticos que justificaban la petición.

Conviene recordar al respeto que, si bien es cierto que la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, también lo es que la doctrina constitucional la admite si la solicitud policial, o el informe del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC 72/2010, de 18 de octubre, y 492/2012, de 14 de junio y STS 248/2012, de 12 de abril, entre otras).

En el oficio policial se señalaba que el día 30/12/10, en la empresa LOGISTA, sita en el polígono Sepes de Cuenca se había producido un robo con violencia en el que los autores, que iban encapuchados y de los que no se conocía ningún dato que pudiera servir para su identificación, habían procedido a la detención ilegal de dos trabajadores y la esposa de uno de ellos, señalando también que el valor de la mercancía sustraída podía alcanzar en el mercado la cifra de un millón de euros. También se señalaba que las víctimas apreciaron cómo los autores hablaban por teléfono en varias ocasiones. Estos datos justificaban a juicio de los investigadores la obtención de los datos de tráfico de los repetidores de telefonía cercanos al lugar de comisión de delito en la zona de Fuente del Oro.

El oficio policial daba cuenta de los datos recabados por los investigadores. Se tenía ya conocimiento de la comisión de los graves delitos por la existencia de la prueba directa que proporcionaba las manifestaciones de las víctimas.

Si se atiende al contenido del auto, completado con los datos fácticos contenidos en el oficio policial, entendemos que la resolución que autorizó la injerencia contiene una motivación suficiente para conocer los datos básicos que justificaban la injerencia y para efectuar el juicio de proporcionalidad.

Se trataba de unos delitos singularmente graves, castigados con penas muy superiores a los dos años de prisión. La medida era estrictamente necesaria porque no había otro modo de iniciar la investigación, dado que los autores iban encapuchados, y la injerencia se limitó a lo estrictamente indispensable, el conocimiento de los datos de tráfico en los repetidores más cercanos y sólo por unas horas, el tiempo en que se tardó en perpetrar el delito.

La diligencia de investigación adoptada judicialmente fue respetuosa con los principios de especialidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, en tanto que era una medida que pretendía la obtención de datos vinculados con la investigación que ya se había iniciado y en la que se habían recabado testimonios directos de los hechos; era necesaria porque no había otro modo de conocer algún dato que permitiera proseguir con la investigación; se limitó a lo imprescindible, tanto en su ámbito temporal como territorial; y era proporcionada atendidos el grado de injerencia y la gravedad de los delitos cometidos.

Es cierto que la cesión de datos autorizada judicialmente podía afectar a múltiples personas, pero también lo es que el juicio de proporcionalidad de esta medida debe tomar en consideración no sólo el número de personas potencialmente afectadas, sino también el tipo de dato cedido, la limitación temporal y espacial de la cesión, la necesidad de la injerencia y la gravedad de los hechos investigados. Hemos de insistir que en este caso la necesidad era absoluta porque era el único medio para seguir con la investigación, la duración temporal de la injerencia fue de unas horas, el tipo de dato requerido sólo hacía referencia al tráfico de llamadas por lo que no se recabó siquiera el dato de los titulares de las terminales telefónicas y, por último, los delitos investigados eran singularmente graves con penas de hasta 6 años de prisión por cada detención ilegal (artículo 163.1 CP) y de hasta 5 años por el delito de robo con intimidación (artículo 242.1 CP).

El motivo se desestima.

3. Identificación de los titulares de teléfonos

3.1 Se interesa, por último, la nulidad de la providencia de 27/01/2011 porque el auto judicial no autorizaba a conocer la identidad de los distintos interlocutores y, pese a ello, se identificó un teléfono a nombre de Vicente, lo que dio lugar a la apertura de una línea de investigación en la que se identificó a los sospechosos.

Se alega que la titularidad de Vicente de esa línea de teléfono no fue conocida por la policía en virtud de informaciones que constaran en sus propias bases de datos o por medio de una actividad operativa, sino que fue cedida por la compañía YOIGO, después del dictado del auto de 5 de enero de 2011, que autorizaba a la policía a obtener de las compañías el tráfico de llamadas producido en determinados estaciones base. Pero este auto no autorizaba a obtener la identidad de los titulares de los teléfonos que hubieran sido registrados usando dicho repetidor.

La compañía cedió un dato que no se le había solicitado, ni el juez autorizado, y la policía lo utilizó a sabiendas de que no tenía autorización judicial para obtenerlo. Se dice que la ley no autorizaba a la policía a obtener por su propia autoridad esa clase de datos personales, y la ley 25/2007 exigía en su artículo 6 la autorización judicial para la cesión del dato de la titularidad de la línea.

Por lo tanto, la investigación se centró en torno a esa persona gracias a la cesión sin autorización judicial- que entonces era preceptiva- de un dato personal, lo que implica que toda la investigación posterior quedó viciada debiendo declarase la nulidad de la Providencia de 27 de enero de 2011, por la que se requirió información a las operadoras sobre la titularidad de los números con los que había mantenido tráfico de llamadas el teléfono atribuido a Vicente.

Se sostiene por el recurrente que la providencia de fecha 27 de enero de 2011 (folio 43) carecía de cualquier tipo de motivación, siendo como es que la ley 257/2007 exigía la exteriorización de un juicio de proporcionalidad, que no se hizo. La resolución, pues, por su falta de motivación ha de considerarse que ha lesionado los derechos constitucionales del artículo 18.4 y en consecuencia no ha de surtir efecto el material probatorio obtenido por medio de la misma.

3.2 El motivo no puede ser acogido. En el primer fundamento de derecho ya hemos argumentado por qué razones la cesión de datos tenía cobertura legal suficiente. En el segundo motivo hemos razonado porque la injerencia acordada mediante autorización judicial fue respetuosa con los principios y presupuestos aplicables a las restricciones al derecho del secreto a las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 CE y resta por añadir que la cesión de la identidad de los titulares de las comunicaciones intervenidas, una vez autorizada la cesión de los datos de tráfico, no es una actuación que precise de autorización judicial.

El hecho de que una de las compañías comunicara a la policía la titularidad de un teléfono antes de que el juez lo autorizara no supone vulneración alguna de derechos que deba dar lugar a la nulidad de lo actuado.

En las fechas en que todo esto tuvo lugar no había ninguna disposición que regulara esta eventualidad pero el actual artículo 588 ter m) de la LECrim dispone que "cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia".

Si bien es cierto que el citado precepto es de fecha posterior a los hechos que aquí se investigaron y a las autorizaciones judiciales concedidas, sirve de pauta y referencia para determinar en qué medida el conocimiento de la titularidad de un determinado número de teléfono supone una injerencia que precise autorización judicial. En este caso no se precisaba de autorización judicial por lo que la cesión de la titularidad de los teléfonos cuyas llamadas fueron identificadas como sospechosas podía ser recabada directamente por la policía y con más razón aun podía ser recabada por la autoridad judicial sin la exigencia de un auto habilitante en el que se expresaran las razones de la autorización.

El motivo se desestima.

4. Intervenciones telefónicas y sus prórrogas

4.1 En el segundo motivo del recurso se afirma la vulneración del secreto de las comunicaciones como consecuencia de la intervención del teléfono NUM021, acordada por auto de 10/02/2011 y de sus prórrogas.

El auto de fecha 10 de febrero de 2011 se remite al oficio presentado por la policía en fecha 9 del mismo mes y año. Y expresamente dice: "como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo por la policía se solicita de este juzgado la intervención de varios números de teléfono al haberse obtenido señales de los mismos en repetidores que hay en las inmediaciones del lugar de los hechos y haber coincidencia horaria entre unas y otras y así mismo al existir indicios del posible uso de instrumentos del delito por parte de algunos de los titulares de dichos teléfonos , todo ello según consta en el oficio presentado... "

Se insiste en que esta intervención se produjo a partir de una conservación de datos ordenada por una ley contraria al derecho de la Unión Europea; que la intervención se adoptó por la comunicación del titular de un teléfono no autorizada en el auto judicial habilitante; que se traslada al juez una información inveraz dado que la persona cuyo teléfono se interviene no había utilizado los teléfonos que se le atribuyen en la información policial sino otros distintos y, por último, que ni los teléfonos cuyo uso se le atribuye no los efectivamente utilizados estuvieron posicionados en la ciudad de Cuenca el día en que ocurrió el robo.

4.2 Para la resolución de esta queja no resulta reiterativo recordar nuestra doctrina sobre los presupuestos del auto que autorice una intervención telefónica, por más que se trate de una doctrina constante y muy conocida.

El artículo 18.3 de la Constitución constituye uno de los pilares de nuestro sistema constitucional. El derecho al secreto de las comunicaciones se integra en la primera de las esferas de exclusión que cada ciudadano proclama frente a terceros y, lo que es más importante, frente a los poderes públicos. La posibilidad de que el caudal comunicativo surgido entre el investigado y las personas que con él contactan quede sometido a la escucha de un tercero -por más que se trate de un agente de la autoridad debidamente habilitado por autorización judicial-, convierte aquella diligencia en un verdadero instrumento de control de los poderes públicos frente a una de las más singulares manifestaciones de la privacidad.

La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha reiterado los requisitos y presupuestos que deben seguirse en la restricción de este derecho fundamental como desarrollo del artículo 579 de la LECrim, vigente al tiempo en que se acordó la injerencia. Nuestra doctrina es constante y conocida y solo citaremos sus afirmaciones más relevantes para la resolución de esta concreta impugnación.

La Constitución prohíbe las investigaciones meramente prospectivas, porque el derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser limitado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva. De conformidad con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, "[...] las sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios 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".

Generalmente las intervenciones telefónicas se acuerdan al inicio de una investigación, pero para adoptarlas es insuficiente la invocación de simples sospechas o la afirmación de hipótesis o meras suposiciones y conjeturas. Se exige que las sospechas estén objetivadas, en un doble sentido: Deben ser accesibles a terceros ya que, en otro caso, no serían susceptibles de control, y deben estar apoyadas o corroboradas por una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito. Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, 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 él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio) .

En consecuencia, no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como resultado de las mismas, 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. En este sentido en la STC nº 197/2009, se decía que "(...) 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 (...)".

Ahora bien, el análisis de la información que sirva de base a la autorización judicial no puede hacerse de forma desagregada. Como recuerda la STS 646/2014, de 8 de octubre, "la legitimidad constitucional de la interferencia de las comunicaciones no puede obtenerse a partir de un análisis artificialmente dividido de las distintas operaciones a las que se alude en la petición de la Guardia Civil. Ya hemos dicho en otros precedentes -cfr. SSTS 555/2014 de 10 de julio; 744/2013, de14 de octubre; 593/2009, de 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo - que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes".

Otro de los requisitos sobre los que la jurisprudencia se ha pronunciado con reiteración es la exigencia de que la resolución judicial que autorice la intervención debe ser motivada. Debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar 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 períodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 197/2009 y 26/2010). También se viene reiterando que en el momento inicial del procedimiento no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (SSTS 1240/98, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre, 1060/2003, de 21 de julio, 248/2012, de 12 de abril y 492/2012, de 14 de junio , entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios que, según se ha expuesto, deben estar objetivados.

Precisando el contenido del deber de motivación se viene reconociendo que la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pero la doctrina constitucional la admite si la solicitud policial, o el informe del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC 72/2010, de 18 de octubre, y 492/2012, de 14 de junio y STS 248/2012, de 12 de abril, entre otras).

4.3 En el caso sometido a nuestra consideración el auto impugnado de 10/02/2011 se remite en cuanto a los hechos que justifican la intervención al oficio policial presentado ese mismo día en el que se solicitaba la intervención de ocho teléfonos.

Como consecuencia del atestado inicial se tenía constancia de la comisión de un delito de robo con intimidación y uso de armas, en el que se había sustraído de una nave industrial cajetillas de tabaco por valor superior al millón de euros, que había sido acompañada del secuestro de tres personas. La gravedad de los hechos era incuestionable y como consecuencia de las diligencias autorizadas judicialmente se realizó un estudio de las llamadas realizadas ese día y en esa zona, ya que las víctimas manifestaron a los investigadores que los autores habían utilizado el teléfono en algunos momentos.

En el oficio policial se reseña el resultado de ese estudio, indicando que el número de teléfono NUM017 realizó en esa franja horaria y en esa localización geográfica distintas llamadas a otros 7 números de teléfono. Se interesó la identificación de los titulares de esos números de teléfono resultando la siguiente información: Uno de los titulares, Casiano tenía un hijo con multitud de antecedentes por delitos contra el patrimonio; otros dos, Rosendo y Alberto eran investigados por robos de vehículos en diligencias seguidas en Aranda de Duero donde se ocuparon varios vehículos en uno de los cuales se intervino un localizador GPS que tenía grabada una dirección de la DIRECCION000 NUM003 de Cuenca que se corresponde con el domicilio del encargado de la empresa Logista, donde se produjo el robo aquí enjuiciado; cuando el Sr. Rosendo fue detenido pidió comunicarse con Gema cuyo número de teléfono también fue localizado el día del robo en las inmediaciones del lugar del hecho; al otro investigado, Alberto, se le intervino una llave de un vehículo Opel de matrícula desconocida que pudiera ser del

vehículo que conducía una de las víctimas el día del hecho (Open Antara de Luis Pablo) y uno de los vehículos en ese vehículo en uno de los vehículos sustraídos en las diligencias de Leganés (BMW X5) también se encontraron unas esposas, que podrían ser las utilizadas en el robo y detención ilegal enjuiciada en esta causa.

El auto judicial, que tuvo en consideración estos datos, estimó con buen criterio que existían indicios sólidos de la comisión de un grave delito y que las indagaciones policiales habían permitido identificar un número de teléfono que se había comunicado con otras personas, alguna de las cuales aparecía ya vinculada de forma concreta con el hecho. Resultaba especialmente significativo que aparecieran los datos del domicilio de unas de las víctimas del hecho, así como determinados enseres que podrían también relacionarse con el delito investigado (llaves de un vehículo Opel y esposas).

En consecuencia, al auto impugnado argumentó con suficiencia su decisión. La injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones se adoptó, no sobre la base de simples sospechas, sino después de una investigación prolija en la que se constaron de forma objetiva las sospechas iniciales sobre el número de teléfono que operó en el lugar y momento del hecho, ya que se advirtió una conexión directa entre uno de sus interlocutores y el hecho investigado, de ahí que fuera de todo punto procedente y necesario intervenir todos los teléfonos que conectaron con el teléfono que infundió sospechas para continuar con la investigación.

El motivo se desestima.

4.4 También se alega en el motivo que las prórrogas de esa intervención se produjeron sin que se remitiera al juez ninguna información relevante que justificara su mantenimiento y no existió control judicial alguno de la injerencia autorizada. No se remitieron las transcripciones de las conversaciones y se llevó a cabo la prórroga asumiendo acríticamente las conclusiones policiales plasmadas en el oficio policial de 04/03/2011.

Tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional se han pronunciado con reiteración sobre los presupuestos que deben concurrir para acordar la prórroga de una intervención telefónica. En la STC167/2002, de 18 de septiembre se indica que "[...] el control judicial de la ejecución de la medida de intervención telefónica se integra en el contenido esencial del derecho ex art. 18.3 CE, en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11). Ese control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación temporal de los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía, e igualmente queda afectada la constitucionalidad de la medida, si por otras razones el Juez que la autorizó no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación [...]" [SSTC 49/1996, de 27 de marzo; 49/1999, de 5 de abril,; 166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre,; 138/2001, de 18 de junio y 202/2001, de 15 de octubre,].

Y en la STS 132/2019, de 12 de marzo, señalamos que la exigencia de control judicial en la ejecución de una intervención telefónica debe valorarse en base al desarrollo de la investigación. Así, hemos dicho que la validez de la prórroga está interconectada con el primer esfuerzo policial en justificar la primera medida de injerencia. A partir de la inicial intervención, los indicios o datos de la investigación se pueden ir reforzando y alimentando, a través de sucesivos autos ampliatorios, que parten de la primera intervención. No cabe duda de que los autos de prórroga, al igual que el auto inicial deben ser motivados pero la motivación de los autos de prórroga no debe entenderse aisladamente sino en conexión con el primer auto habilitante y con los sucesivos. Y como paso previo de esa autorización motivada se precisa que el Juez conozca el estado de la investigación. Sólo ese conocimiento le permitirá efectuar nuevamente el juicio de proporcionalidad previamente a su decisión. Eso no significa que sea preceptivo que se haya procedido con anterioridad a la audición de todas las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos.

En el presente caso no es cierto que las prórrogas se acordaran sin dar cuenta al juez del resultado de las diligencias practicadas en cada momento. Las intervenciones telefónicas inicialmente acordadas o las dispuestas con posterioridad fueron objeto de distintas prórrogas mediante autos de 04/03/11, 05/04/11, 26/04/11 y 05/05/11, todos ellos motivados por remisión a los respectivos oficios policiales. Cada una de estas prórrogas fue acordada previa solicitud policial en el que se daba cuenta del resultado de las investigaciones.

El recurso pone el acento en que el oficio de 04/03/11, que dio lugar a la primera de las prórrogas, no incorporó transcripción alguna de las conversaciones mantenidas hasta ese momento y que el auto judicial autorizó la prórroga admitiendo acríticamente las conclusiones de los investigadores. Si bien es cierto que en el oficio policial no se incorporó la transcripción de conversación alguna, también es cierto que se indicó de modo implícito que las conversaciones carecían de relevancia para la investigación.

Es perfectamente posible que los teléfonos intervenidos estén temporalmente inactivos o que las conversaciones que se produzcan carezcan de relevancia lo que no excluye que la policía de forma paralela realice otras gestiones que refuercen los indicios iniciales frente a los investigados y que aconsejen la continuación de la intervención, por más que en esos momentos iniciales no dé resultado alguno.

En este caso, a pesar de la falta de relevancia de las conversaciones, se pudo constatar que en 4 números de teléfono los usuarios eran distintos de las personas inicialmente designadas; que todos vivían en el poblado "El

Ventorro" de Getafe y que estas personas podían formar parte de un grupo dedicado a la realización de delitos contra la propiedad. También se informó que se había detectado la venta de tabaco a bajo precio en una nave industrial y, sobre todo, se insistió en la necesidad de mantener las intervenciones por la relevancia de los hallazgos producidos como consecuencia de la detención de Rosendo el día 10/01/11, en la que se ocupó un navegador GPS en el que constaba grabada hasta en 3 ocasiones el domicilio del matrimonio que resultó ilegalmente detenido en los hechos aquí enjuiciados.

A la vista de cuanto se expone no es cierto que no hubiera control judicial sobre las intervenciones telefónicas. La fuerza policial actuante remitió la información disponible sobre el desarrollo de la investigación para que se valorara por el juez antes de adoptar su decisión. En algunos casos, bien para solicitar las prórrogas bien para interesar nuevas intervenciones, se remitió transcripción de las conversaciones más significativas y en otros casos se informó de los avances de la investigación que justificaban, a juicio de los agentes policiales, la continuidad de las intervenciones.

El motivo se desestima.

5 Impugnación de las conversaciones intervenidas y valor probatorio

5.1 En anteriores fundamentos ya nos hemos pronunciado sobre la licitud de las intervenciones llevadas a cabo en las presentes diligencias y de sus prórrogas. Ahora venimos obligados a determinar su valor probatorio, dado que varias defensas han impugnado la aportación como prueba documental de las transcripciones realizadas por la policía, tanto en el escrito de calificación provisional como en el acto del juicio.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la aportación de las grabaciones íntegras y su disponibilidad efectiva por las partes es un presupuesto necesario para hacer posible los principios de oralidad y contradicción, ya que esa aportación permite que acusados y testigos puedan ser interrogados sobre el contenido de las conversaciones de interés y de muchos otros aspectos siempre problemáticos, sobre interpretación de las expresiones utilizadas, contexto de la conversación, identidad de los interlocutores, etc.

Ahora bien, también ha precisado que la audición de las grabaciones o la lectura de las transcripciones en el juicio no es un requisito imprescindible para otorgar valor probatorio al contenido de las conversaciones telefónicas (STC 72/2010 y 26/2010), ya que las partes pueden renunciar a ello y dar por "reproducidas" las transcripciones que se aporten. También hemos dicho que no existe ningún precepto que exija la transcripción completa ni tampoco de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo será incontrovertible si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial. --en igual sentido, entre otras muchas, STS 538/2001 de 21 de Marzo, STS 650/2000 de 14 de Septiembre y más recientemente STS 85/2017, de 15 de febrero.

El máximo intérprete constitucional en la STC 26/2010, de 27 de abril, ha precisado lo siguiente:

"las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico)... por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes -bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones- no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral" (FJ 1). Y ya en la citada STC 128/1988, FJ 3, llegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que "no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones.

No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

Parece, por tanto, que las grabaciones deben ser aportadas y deban ser sometidas a la contradicción del plenario, mediante audición o mediante simple aportación documental, dando posibilidad a las partes que formulen las aclaraciones que correspondan a los interlocutores o a los agentes policiales que hayan intervenido en las diligencias correspondientes.

Dada la complejidad de esta diligencia es posible y, ocurre en ocasiones, que no se proceda con plena corrección en la incorporación de esta clase de prueba al juicio y esa Sala ha dicho con reiteración que el quebrantamiento de los requisitos de legalidad ordinaria relativos a la incorporación de contenido de las conversaciones intervenidas no determina la nulidad de la prueba y solo tiene como alcance el efecto impeditivo de que las cintas alcancen la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo

el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

La doctrina que avala esta posición jurisprudencial es reiterada y nos remitimos una vez más a la STS 82/2017, de 15 de febrero, donde se hace una cita extensa de multitud de precedentes jurisprudenciales.

5.2 En este caso se dan las siguientes circunstancias:

(i) No se han aportado las grabaciones de las conversaciones intervenidas, ni sus transcripciones. Tampoco se ha procedido a su audición en el juicio ni han sido propuestas como prueba documental, salvo un pequeño número de trascripciones que, además, fueron impugnadas por la defensa, tanto en el trámite de conclusiones provisionales, como en el acto del juicio en el trámite de admisión de la prueba documental.

(ii) Las transcripciones parciales que obran en autos fueron las que en su día se remitieron al juez de instrucción para que autorizara las distintas prórrogas.

(iii) Se da la circunstancia de que esas transcripciones hacen referencia muy fragmentaria a algunas conversaciones en las que únicamente interviene uno de los acusados, Prudencio, y todas ellas se refieren a hechos distintos y posteriores a los aquí investigados. Su relevancia en la presente causa es nula, hasta el punto de que ni siquiera la sentencia se refiere a ellas.

(iv) Sin embargo, las conversaciones no incorporadas y cuyo contenido se desconoce, tienen una enorme importancia en el caso porque aludió a ellas el principal testigo de cargo (agente policial NUM031) para justificar por qué atribuían la condición de usuarios de ciertos teléfonos a algunos de los acusados, dato de especial relevancia porque es el que permite, según la sentencia, situar a todos los acusados en el lugar y en el momento en que se cometieron los delitos.

La impugnación de las conversaciones intervenidas y aportadas a autos, máxime cuando la impugnación es puramente formal y no obedece a una causa concreta, no impide que puedan ser valoradas como prueba de cargo ya que, como ocurre con cualquier prueba documental, la impugnación únicamente abre el paso a la contradicción de forma que las partes podrán instar las aclaraciones que estimen procedentes sobre el contenido de la prueba, confrontarla con otras pruebas e interesar las pericias que procedan para que finalmente sea valorada por el tribunal con libertad de criterio.

Pero en este caso el problema es otro. La falta de aportación de las conversaciones intervenidas plantea un interrogante inevitable: ¿Puede tener valor probatorio de cargo la declaración de un testigo-policía que sostiene un hecho que deduce del contenido de conversaciones intervenidas que no se aportan al proceso para que puedan ser conocidas por las partes? ¿Semejante planteamiento sería respetuoso con el derecho a un juicio justo y con el derecho de defensa?

Creemos que la respuesta a estas preguntas debe ser negativa. Como bien puede comprenderse no puede atribuirse valor probatorio a la afirmación de un testigo basada en una conversación que fue grabada por orden judicial para conocer su contenido y que, sin embargo, no se aporta (en cualquiera de las formas admitidas en derecho), sin que haya existido obstáculo o impedimento que dificulte o imposibilite la aportación. Ello no significa que el hecho aludido en la conversación no pueda ser objeto de prueba pero habrá de serlo mediante la aportación de pruebas distintas del contenido de la propia conversación.

6. Derecho a la presunción de inocencia y prueba indiciaria. Consideraciones generales

6.1 Los cuatro recursos invocan la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del artículo 852 de la LECrim, por lo que antes de dar respuesta a cada una de las impugnaciones nos vemos en la necesidad de recordar nuestra doctrina sobre este particular y hacer algunas consideraciones adicionales dadas las particulares circunstancias de este caso.

Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo, entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia impugnada se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o

arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

6.2 En este caso nos encontramos con una primera singularidad. La investigación policial estuvo dirigida a desenmascarar a un grupo criminal, imputando varios delitos y no sólo los que han sido enjuiciados en este proceso. La lectura del atestado que concluye la investigación policial (folios 1151-1264) permite comprobar que se imputaron a 9 personas y 8 delitos distintos, lo que ha dado lugar a que los datos incriminatorios de los hechos aquí enjuiciados se hayan presentado de una forma algo dispersa y no siempre con el debido orden.

De otro lado, no ha habido prueba directa de los hechos enjuiciados por lo que la atribución de autoría se ha realizado a partir de pruebas indiciarias, cuya correcta comprensión obliga a una valoración de conjunto, ya que suele ocurrir en este tipo de situaciones que la fuerza convictiva de los indicios depende de su relación con otros y de la comprensión global de la investigación. Por esa razón resulta obligado en este caso, dada la complejidad de la prueba aportada, no perder de vista el análisis de conjunto y la necesaria interrelación de las pruebas aportadas.

En casos como este cobra sentido la doctrina de esta Sala, absolutamente asentada, de que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)".

Para realizar la correcta valoración de la prueba indiciaria tanto este Tribunal como el Tribunal Constitucional se han pronunciado con reiteración y vamos a hacer una resumida cita de la doctrina jurisprudencial para no hacer más extensa esta ya, de por sí, larga sentencia. Simplemente es obligado recordar que para que la prueba de indicios pueda ser prueba de cargo suficiente se precisan los siguientes requisitos:

(i) Cada indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración.

(ii) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto a la prueba del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción etc.

(iii) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único, aunque acreditado por distintas fuentes. La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza persuasiva, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar.

(iv) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio "in dubio pro reo".

(v) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

(vi) La prueba indiciaria exige, como conclusión de lo anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos -indicios- se deducen otros hechos-consecuencias.

6.3 Por último y para cerrar este capítulo introductorio, resulta obligado destacar que la sentencia impugnada contiene una motivación muy sucinta y poco detallada a pesar de la abundancia de pruebas y datos manejados en el juicio, por lo que el análisis de la prueba, tanto para afirmar su suficiencia como para lo contrario, obliga a mencionar datos que figuran en las actuaciones pero que no se detallan en la sentencia de instancia.

Con ello, no pretendemos revaluar la prueba o realizar una valoración probatoria autónoma, que sería algo impropio de la casación, sino justificar el acierto o desacierto de los razonamientos probatorios de la sentencia impugnada.

7. Vulneración del principio de presunción de inocencia en relación con Prudencio

En el tercer motivo del recurso y por el mismo cauce casacional que los dos anteriores se reprocha a la sentencia de instancia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Para dar respuesta a esta alegación resulta imprescindible hacer una sucinta referencia al razonamiento probatorio de la sentencia impugnada. Se declara probado que el recurrente participó directamente en los hechos enjuiciados atendiendo a las siguientes pruebas:

(i) Era usuario del teléfono NUM021 y ese teléfono cuando ocurrieron los hechos estaba en Cuenca, en la zona del polígono "Siepes" de esa ciudad, cercana al lugar en que ocurrió el robo.

(ii) Este teléfono registró llamadas de otros teléfonos también vinculados con los hechos y situados en la misma zona durante la franja horaria en que se produjeron los hechos, singularmente llamadas procedentes del teléfono NUM018, del que era usuario otro de los condenados, Rosendo.

(iii) Estos datos fueron corroborados por el agente policial instructor del atestado (PN NUM031) y

(iv) Estos indicios se refuerzan por el silencio del acusado en relación con las llamadas realizadas y registradas.

El análisis de las actuaciones obliga a hacer las siguientes consideraciones:

(v) Según los datos obrantes en autos (folios 103, 104, 105, 124, 125, 129, 248, 250, 255, 257 y 260, entre otros) consta que Prudencio utilizaba habitualmente el teléfono NUM021 (apartado 26º de los hechos probados), que fue uno de los que se localizó en las inmediaciones del lugar y en la franja horaria en que ocurrieron los hechos, por más que su titular fuera su hermana, Apolonia (folio 88). Así lo manifestó el agente NUM031, quien dijo no tener dudas sobre este dato. En este caso su testimonio está confirmado por el contenido de las conversaciones telefónicas cuya transcripción ha sido aportada como prueba documental. Ciertamente las conversaciones que aseveran ese dato son de fecha posterior al día en que se cometieron los hechos pero el uso continuado del teléfono con posterioridad a los hechos permite inferir racionalmente que ese uso se produjo el día de autos.

(vi) Sin embargo, no se ha probado que el teléfono NUM021 estuviera localizado en Cuenca, en la zona próxima al lugar de comisión de los delitos. Por el contrario, la prueba documental obrante en autos (folio 1503) evidencia que el teléfono NUM021 estaba en Madrid o en otras localidades próximas (Getafe y Leganés).

(vii) Tampoco se ha probado que Rosendo, otro de los condenados, realizara tres llamadas esa noche al citado número desde el teléfono NUM018, por la sencilla razón de que tampoco consta que el Sr. Rosendo fuera usuario de este último teléfono. Sobre esta última cuestión nos extenderemos más adelante.

(viii) En las diligencias policiales se abunda en el papel directivo de este recurrente, en su intervención en otros delitos posteriores realizados en Badajoz y en Málaga y en su permanente dedicación a actividades delictivas. Ciertamente la información de que se dispone va en esa dirección, por más que deba destacarse que en los hechos ocurridos en Badajoz no fue imputado y que los efectos encontrados en el registro (armas y otros efectos) lo fueron en casa de su padre y tampoco por estos hallazgos se ha dirigido procedimiento alguno en su contra. Pero no son esos hechos los que aquí se enjuician sino el robo ocurrido el día 30/20/2010 en el polígono SEPES de Cuenca y respecto de este hecho lo único que se conoce es que el recurrente era usuario del número de teléfono antes relacionado que recibió algunas llamadas de otros teléfonos localizados en la zona, pero no se conoce ni por referencias indirectas el contenido de las conversaciones mantenidas ese día y tampoco se sabe si la participación del recurrente fue la de dar instrucciones a los demás, como sugiere el Ministerio Fiscal en su informe, o si realizó funciones de transportista, como sugirió el instructor del atestado cuando se le dijo en el juicio que el teléfono aludido no estaba en Cuenca según lo informado por la compañía telefónica. Lo cierto es que la sentencia de instancia no declara que la participación del recurrente fuera la de transportista por lo que no puede modificarse el relato fáctico para suponer una participación distinta de la que la propia sentencia impugnada establece. En cualquier caso únicamente se identificaron dos llamadas en el momento de los hechos, lo que por sí y sin la aportación de otros datos adicionales no es una sólida base probatoria.

(ix) En la sentencia se afirma que el recurrente guardó silencio sobre esta cuestión y que dicho silencio es relevante a la hora de valorar los indicios aportados por la acusación.

No compartimos esa valoración. De un lado, el recurrente no guardó silencio sino que negó que fuera usuario del teléfono y que hubiera estado en Cuenca, manifestando que en esas fechas estaba en Portugal trabajando. No guardó silencio sino que negó los hechos que se le atribuían.

De otro lado, conviene recordar que el derecho al silencio es la proyección de un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 CE y una manifestación, en última instancia, del derecho de defensa, por lo que la idea de que a partir del silencio se puedan obtener rendimientos probatorios para la acusación ha de abordarse con suma cautela.

Esta Sala viene sosteniendo que la participación del acusado en los hechos no puede deducirse de su silencio, ni tampoco de explicaciones inverosímiles. Su valor no es otro que no eliminar el efecto neutralizador que pudiera haber tenido una explicación creíble sobre la razonabilidad del proceso lógico que pueda llevar a la declaración de condena. El silencio del acusado nada aporta a la valoración de la prueba. Lo único que no hace es neutralizar la versión de la acusación situación que se produce cuando el acusado ofrece una versión verosímil. (STS 309/2009, de 17 de marzo).

Así las cosas el recurso debe ser estimado. La mayor parte de los indicios que han servido de soporte al pronunciamiento de condena no han sido probados y ante la insuficiencia de la prueba de cargo no cabe otro pronunciamiento que la libre absolución.

El motivo se estima.

Recurso de Rosendo

8. En el motivo 1º de este recurso se reproducen literalmente los mismos motivos de impugnación que en el recurso anterior, que ya han recibido debida contestación en el primer fundamento jurídico, por lo que a él nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. Por otra parte, el motivo 2º ha sido renunciado lo que nos exime de toda respuesta.

9. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con Rosendo

Tanto el motivo tercero como el cuarto se destinan a cuestionar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim. El fundamento común de ambos motivos obliga a dar también una respuesta única y global.

9.1 En el desarrollo argumental de los dos alegatos se sostiene que las pruebas o indicios que han servido de base para el pronunciamiento de condena contienen un conjunto de deficiencias que invalidan el juicio fáctico de la sentencia de instancia.

En los hechos probados de la sentencia impugnada se afirma la participación del Sr. Rosendo en base a los siguientes indicios:

(i) El Sr. Rosendo era usuario del teléfono NUM018 que se localizó en la zona y en la franja horaria en que se cometieron los delitos (Hecho probado 26º), conforme al resultado de los datos de tráfico cedidos al órgano judicial y conforme con las manifestaciones del agente policial NUM031, instructor del atestado, que ha ratificado en juicio las diligencias policiales, como las contenidas en los folios 379 y siguientes.

La policía atribuye al recurrente la condición de usuario del teléfono NUM018 porque, según las manifestaciones del agente NUM031, utilizó ese teléfono para llamar a Gema el día 10/01/2011 en las diligencias seguidas en atestado 7/11 de la Comisaría de Aranda de Duero.

Y ese se teléfono fue una de las terminales que se situó el lugar de los hechos a partir de la información suministrada por la cesión de datos de tráfico registrados en los repetidores cercanos a ese lugar en la franja horaria en que ocurrió el robo.

(ii) Once días después de los hechos (10/01/11) el Sr. Rosendo fue detenido junto a Alberto en Aranda de Duero cuando viajaba en el vehículo BMX 5 en el que se ocuparon una serie de objetos vinculados con los presentes hechos: Unas llaves que abrían los grilletes que se utilizaron con las víctimas del hecho enjuiciado; un transceptor que se arrancó en las instalaciones de la empresa LOGISTA, un inhibidor de frecuencias, un Tom-Tom que tenía grabada en su memoria interna las direcciones de las víctimas (don Luis Pablo y doña Leonor) y del hijo de ambos; un walki-Talkies similar al utilizado en el robo, según reconoció en juicio don Luis Pablo (Hecho probado 24º).

Según refiere la sentencia, estos hechos han quedado probados por la declaración testifical del agente NUM031 y por el contenido del atestado ratificado en juicio por dicho agente (folios 344-349, 242, 243, 386, 484, y 1493 a1499). También acreditan este hecho las testificales de los agentes NUM032 y NUM033.

(iii) El Testigo Luis Pablo reconoció, previa exhibición fotográfica, que la zona de la palanca de cambios de ese vehículo y la tapicería eran iguales al vehículo BMW que se utilizó en el robo aquí enjuiciado. (Hecho probado 24º)

(iv) Ese vehículo BMW fue el utilizado en el atraco (Hecho probado 25º) en atención a la compatibilidad de los restos de barro existentes en el guardabarros con el barro del lugar de los hechos (folio 242) y a la compatibilidad de las marcas de los neumáticos con las huellas de rodadura en el lugar de los hechos (folio 1680).

9.2 Una vez descrita la argumentación fáctica de la sentencia damos contestación a las objeciones planteadas por la defensa.

(i) No se ha aportado prueba suficiente para declarar probado que Rosendo fuera el usuario del teléfono NUM018, lo que impide situarlo en el lugar de los hechos cuando éstos tuvieron lugar e imposibilita afirmar que fue la persona que habló con los demás partícipes durante la ejecución de los delitos. Como hemos dicho y se comprobará a continuación este dato ha sido capital para establecer el juicio de autoría.

En el teléfono en cuestión figura como titular su esposa, Gema (folios 88) y se afirma su condición de usuario porque llamó a su esposa con ese teléfono días después cuando fue detenido en la localidad de Aranda del Duero. Pues bien, tal afirmación no es cierta o, al menos, no se corresponde con lo que consta documentalmente en las diligencias que se siguieron en dicha localidad. Según consta en esas diligencias (folio 365) el número del teléfono que portaba el recurrente en el momento de la detención era el NUM034.

Al margen de este dato concreto al que no supo responder el agente que depuso como testigo (NUM031), también dijo el agente que sabían que Rosendo era usuario del número de teléfono por las llamadas entrantes y salientes del referido número (folio 390). Sin embargo, no se han incorporado a autos como prueba documental las llamadas relacionadas con este número de teléfono y no constan en autos, porque no han sido objeto de audición, transcripción o simple aportación documental. Sobre esta cuestión ya hemos argumentado ampliamente en el fundamento jurídico 5.2.

Como hemos dicho en párrafos anteriores de esta sentencia, las únicas transcripciones unidas documentalmente se refieren al teléfono de Prudencio y no hay referencia alguna en el atestado a las conversaciones telefónicas que pudieran haber tenido el resto de acusados, por lo que la desnuda manifestación del agente policial, sin apoyo en ninguna otra evidencia, no permite declarar probado que Rosendo fuera usuario de ese teléfono.

(ii) Sin embargo hay un hecho de especial relevancia que le vincula con los hechos aquí enjuiciados. Once días después (10/01/11) el Sr. Rosendo fue detenido junto a Alberto en Aranda de Duero cuando viajaba en el vehículo BMX 5 en el que se ocuparon una serie de objetos vinculados con los presentes hechos (llaves que abrían grilletes, transceptor, GPS con los datos de los domicilios de las víctimas, etc.).

Para acreditar este hecho, al margen de las explicaciones ofrecidas por el instructor del atestado, comparecieron dos agentes policiales que intervinieron en la detención del Sr. Rosendo en la localidad de Aranda de Duero, quienes han relatado que la intervención se produjo por las sospechas que infundieron cinco individuos que iban en un BMW, según se les comunicó por la emisora policial.

Por más que ese testimonio sea parcial, se trata del relato de agentes que intervinieron directamente en la detención y que manifestaron lo que en ese momento ocurría y que posteriormente tuvo su reflejo en el atestado. Es cierto que no vieron a los sospechosos salir del BMW, pero no hay razón alguna para dudar de que el motivo de la detención fue ese y que como consecuencia de esa diligencia se intervino el vehículo reseñado en el atestado. Ninguna objeción cabe hacer al hecho de que el tribunal de instancia no haya dado crédito a la versión de los detenidos y que haya dado crédito a la declaración de estos agentes, relativa al motivo de su actuación y de las detenciones practicadas.

(iii) Se cuestionan los hallazgos encontrados en el vehículo y que tenían una directa vinculación con los hechos enjuiciados en este proceso, tales como unas llaves que abrían los grilletes que se utilizaron con las víctimas del hecho enjuiciado; un transceptor que se arrancó en las instalaciones de la empresa LOGISTA, un inhibidor de frecuencias, un Tom-Tom que tenía grabada en su memoria interna las direcciones de las víctimas (don Luis Pablo y doña Leonor) y del hijo de ambos; un walki-Talkies similar al utilizado en el robo.

Las razones de la queja de la defensa se centran en dos aspectos muy concretos: Que el registro del vehículo se hizo sin la presencia de los investigados detenidos o de sus letrados y que el acta de intervención en la que constan los hallazgos no fue introducida en el juicio mediante la ratificación de los agentes que la extendieron.

Resulta pertinente recordar que esta Sala, en congruencia con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 197/2009, de 28 de septiembre), viene recordando que en este tipo de registros (como el de un vehículo) la falta de intervención judicial o la falta de asistencia del investigado o su abogado no conlleva la vulneración de ningún derecho fundamental que determine la nulidad de la diligencia, lo que no quiere decir que la presencia de los investigados, cuando sea posible y no concurran obstáculos fundados para su asistencia, no sea conveniente, ya que su presencia "otorga una mayor fehaciencia y fiabilidad a la intervención policial y facilita la legitimación del registro en el momento de ser sometido a contradicción en la vista oral del juicio, solventando y paliando posibles deficiencias y opacidades surgidas en el plenario con ocasión de las declaraciones de los testigos policiales que practicaron la diligencia" (STS 747/2015, de 19 de noviembre).

La falta de intervención judicial o la ausencia del investigado, una vez detenido, en los registros, inspecciones oculares y retiradas de efectos "podría determinar la falta de valor como prueba preconstituída o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, pero ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción. En tales supuestos las garantías de inmediación y contradicción se colman con el interrogatorio de los policías durante el juicio oral ((STS 747/2015, de 19 de noviembre, 1269/2003, de 3 de octubre, 5/2011, de 27 de mayo, 143/2013, de 28 de febrero y 375/2009, de 28 de diciembre y SSTC 197/2009, de 28 de septiembre y 181/1999, de 28 de septiembre, entre otras muchas).

Esa regla general tiene su excepción cuando la actuación policial haya sido realizada por estrictas razones de urgencia y necesidad, actuando la policía judicial a prevención de la autoridad Judicial según autoriza el artículo 284 LECrim, en cuyo caso el acta del registro puede ser valorada como prueba preconstituída mediante lectura y sin la necesaria presencia de los agentes en el juicio oral, conforme a lo previsto en el artículo 730 de la LECrim (STC 303/1993, de 25 de octubre y STS 747/2015, de 19 de noviembre).

En este caso no consta que existieran razones de urgencia que imposibilitaran o dificultaran la presencia de la defensa en el registro y, además, es cierto que no comparecieron a juicio los agentes que realizaron el registro del vehículo (agentes número NUM035, NUM036 y NUM037-folio 1493) porque no fueron propuestos por el Fiscal

en su escrito de acusación (folios 1757-1761), pero concurren una serie de circunstancias que permiten no albergar duda sobre los hallazgos realizados por la policía en el citado vehículo y son las siguientes:

- Compareció el instructor del atestado principal, responsable de la investigación (agente NUM031), que explicó con todo lujo de detalles el procedimiento de investigación seguido a partir de los hallazgos, ya que agentes de la Comisaría de Cuenca se desplazaron a Aranda de Duero para recoger esas piezas de convicción, para realizar con ellas las correspondientes diligencias.

- No cabe duda que la intervención de los objetos fue consecuencia de la detención de los dos investigados, como lo evidencia las declaraciones testificales de los agentes que practicaron la detención y que depusieron como testigos (agentes NUM032 y NUM033);

- Los objetos intervenidos fueron remitidos a la Comisaría de Cuenca que llevaba la investigación a fin de realizar las pericias complementarias correspondientes y en el curso de las mismas se comprobó, entre otras cosas, que las llaves intervenidas abrían los grilletes con que se inmovilizó a las víctimas, según ratificó en juicio el agente que realizó esa comprobación y se comprobó que el GPS intervenido fue reconocido por una de las víctimas y tenía registrado su domicilio y el de su hijo (folios 957-961).

(iv) Se afirma que el vehículo BMW intervenido en Aranda de Duero fue el mismo que se utilizó en el robo enjuiciado. También el agente policial NUM031 ratificó este dato en el juicio pero no aportó informe alguno sobre el cotejo del barro a que se alude en el atestado (folio 242) y desde luego no ha declarado ningún agente que llevara a cabo esas comprobaciones. Tampoco han prestado declaración los agentes que hicieron, en su caso, las comprobaciones pertinentes respecto de las huellas de rodadura del vehículo.

9.3 Como conclusión de cuanto se acaba de exponer no está probado que el recurrente fuera el usuario del teléfono NUM018, ni que estuviera en la zona del robo en la franja horaria en que tuvo lugar; no está probado que mantuviera conversaciones con el resto de personas identificadas como autores; tampoco está probado que el BMW en el que viajaba días después con otros cuatro individuos fuera uno de los utilizados para perpetrar el atraco aunque sí consta que dentro de ese vehículo se encontraron objetos, unos procedentes del robo y otros utilizados para su perpetración. Estos hallazgos son la única evidencia que vinculan al recurrente con los hechos pero debe señalarse que en el vehículo iban cinco personas y los enseres que había en su interior podían haber sido introducidos por cualquiera de los otros ocupantes. A este respecto debe destacarse que el otro ocupante que fue detenido, Abelardo, sobre el que se formuló inicialmente acusación, el propio Ministerio Fiscal la retiró en el trámite de conclusiones porque, al margen del hallazgo en el vehículo, no había ningún otro dato que permitiera vincularle con el robo de Cuenca. Algo parecido ocurre en este caso. Por más que la trayectoria vital del recurrente, con numerosos antecedentes, permita sospechar su participación en los hechos, las pruebas aportadas a este fin no son suficientes. Al margen de que la titular del teléfono fuera su esposa y que días después fuera junto con otros 4 individuos (3 de ellos no identificados) en un vehículo en el que se encontraron objetos procedentes del robo, no hay otras evidencias que vinculen a Rosendo con los hechos enjuiciados y que permitan atribuirle una participación a título de autor material.

No hay constancia de las conversaciones que pudiera tener con posterioridad, tampoco hay evidencias contrastadas de que los acusados tuvieran relación entre sí, ni por supuestos han sido positivas las intensas gestiones realizadas con posterioridad para localizar la mercancía sustraída e identificar a quienes procedieron a su distribución.

En estas circunstancias el recurso debe ser estimado. Buena parte de los indicios que han servido de soporte al pronunciamiento de condena no han sido probados y ante la insuficiencia de la prueba de cargo no cabe otro pronunciamiento que la libre absolución.

El motivo se estima.

Recurso de Serafin

10. En el primer motivo de este recurso se reproducen literalmente los mismos motivos de impugnación que en el recurso anterior, que ya han recibido debida contestación en el primer fundamento jurídico, por lo que a él nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. Por otra parte, el motivo 2º ha sido renunciado lo que nos exime de toda respuesta.

11. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con Serafin

11.1 Al igual que ocurriera en el caso anterior, tanto en el motivo tercero como el cuarto se cuestiona la legalidad y valoración de la prueba de cargo, con incidencia directa en el derecho a la presunción de inocencia. Dada la complementariedad de ambos motivos van a ser objeto de una contestación conjunta.

En el juicio histórico de la sentencia impugnada se declara que el Sr. Serafin era usuario del teléfono NUM024 (hecho 26º); que ese teléfono junto con los usados por los restantes condenados estuvo el día y a las horas en que ocurrieron los hechos en las inmediaciones del polígono "Siepes" de Cuenca, cercano al lugar del

delito y se comunicaron entre sí (hecho 27º); y que fue autor material de los delitos, junto con el resto de condenados (hecho 28º).

Según se razona en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada, la condición de usuario se estableció valorando positivamente la declaración del agente policial NUM031 (instructor del atestado principal), que ratificó este extremo, reseñado en distintos documentos de la causa (folios 379 y siguientes), en los que se refiere que hubo una conversación con un abogado en la que se tuvo conocimiento que el usuario del teléfono tenía que acudir al juzgado 52 de Madrid por un asunto derivado de una detención, realizándose gestiones ante dicho Juzgado que permitieron determinar que era el hoy recurrente quien tenía la cita.

La defensa impugnó la utilización del contenido de las conversaciones intervenidas a ese teléfono, considerando de aplicación retroactiva el vigente artículo 118.4 de la LECrim, pretensión que fue desestimada en la sentencia, justificando la improcedencia de la retroactividad de leyes de naturaleza procesal.

La defensa también ha cuestionado el contenido de esa conversación porque ni se ha aportado a autos la transcripción de la misma, ni ha sido objeto de audición durante el juicio. Además, y en relación con el testimonio del agente que refirió el contenido de la conversación y de las diligencias posteriores se estima ineficaz como prueba de cargo porque no intervino directamente en ninguna de tales actuaciones, actuando como testigo de referencia.

11.2 El agente instructor de las diligencias que depuso como testigo en el juicio (agente NUM031) manifestó que supieron que Serafin era usuario del teléfono NUM024 (cuyo titular era Fernando- folio 238-) por el contenido de las intervenciones telefónicas.

Ya hemos dicho que las conversaciones telefónicas correspondientes a este número de teléfono y a este acusado no fueron aportadas como prueba documental, ni han sido transcritas, ni se procedió a su audición, por lo que lo que dijo el agente en el juicio no tenía ningún tipo de soporte probatorio que respaldara sus afirmaciones.

El agente precisó que una de las conversaciones se produjo con su abogado, llamado Higinio, quien le informó que tenía que ir al Juzgado 52 a presentarse con motivo de una diligencia penal. Manifestó que compareció un agente en dicho Juzgado y comprobó que esa diligencia había de realizarse con Serafin, lo que confirmó, a juicio de los investigadores, que era él el usuario del teléfono en cuestión (folios 240).

Conviene señalar que el agente que llevó a cabo esa comprobación fue el PN 76,228, que no fue propuesto como testigo y no compareció a juicio (folios 403 y 1760). Aun así, no hay razón alguna para dudar de este dato y no se ha aportado prueba alguna que acredite su inexactitud o falsedad.

11.3 Sin embargo el hecho de que Serafin fuera al Juzgado no implica necesariamente que utilizara el teléfono en cuestión, para ello es necesario conocer el contenido de la conversación y que ese contenido por las circunstancias de su obtención pueda acceder al caudal probatorio.

Y hemos de volver una vez más al problema de la falta de prueba. Se desconoce el contenido de la conversación, a salvo de lo que dijo el agente policial, porque no ha sido aportada a autos en ninguna de las posibles formas (transcripción documental o audición) y, de ser cierta, que tampoco hay motivo para dudar de ello, existe un obstáculo legal que fue invocado por la defensa y al que debemos dar respuesta.

El vigente artículo 118.4 de la LECrim dispone que las conversaciones entre un investigado y su abogado son confidenciales y que "si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones". Esta prescripción se exceptúa cuando existan indicios de participación delictiva del abogado, eventualidad que no resulta de aplicación en este caso.

La Ley Orgánica 13/2015, que entró en vigor el 06/12/2015, en su Disposición transitoria única prescribe que esta ley se aplicará "no sólo a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, sino también a las diligencias policiales y fiscales, resoluciones y actuaciones judiciales que se acuerden tras su entrada en vigor en procedimientos penales en tramitación".

En el presente caso la eventual ilegitimidad de la intervención telefónica en lo que atañe a este recurrente no deriva de la interceptación que, como hemos razonado antes, fue conforme a derecho, sino por su incorporación y persistencia en el proceso, a tenor de lo prescrito en el artículo 118.4 de la LECrim, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2013/48/UE de 23 de octubre.

La Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 13/2015 proclama la aplicación de la nueva norma a las actuaciones judiciales que se acuerden tras la entrada en vigor de la ley, lo que en este caso obliga a excluir del acervo probatorio la información derivada de la conversación entre el investigado y su Letrado. Este mismo criterio seguimos en la STS 364/2018, de 18 de julio, en la que se declaró que unas conversaciones realizadas en 2011 no podían ser incorporadas a un juicio celebrado en 2017 por entender que la Disposición Transitoria citada debe tener su proyección en el plenario.

11.4 De lo anterior se desprende que la conversación mantenida entre el recurrente y su abogado relativa a la cita que tenía en un Juzgado de Instrucción de Madrid, no debió acceder al plenario de forma directa o indirecta (a través del testimonio de uno de los agentes policiales) porque ni fue incorporada como prueba, ni podía serlo porque era una conversación que debía ser excluida de conformidad con lo prescrito en el artículo 118.4 de la LECrim.

Excluyendo la citada conversación sólo contamos con la información referente a que el recurrente acudió a un Juzgado a realizar una gestión lo que resulta insuficiente para atribuirle la condición de usuario del teléfono NUM024 y para afirmar que utilizó ese teléfono el día de los hechos en las proximidades del lugar en que se llevaron a cabo los delitos.

En las diligencias policiales se hace referencia a 13 antecedentes policiales del acusado como elementos que refuerzan su relación con este tipo de hechos. Se refiere que su última detención fue por un butrón en el BARRIO000 (Madrid) el día 09/03/11 para robar tabaco, aunque no consta el resultado de esa investigación y si fue condenado por ello (folios 240 y siguientes). También se le vincula con robos de vehículo de alta gama e incluso con las diligencias de Aranda de Duero, sobre las que nos hemos pronunciado antes.

En el primer caso se trata de una afirmación que no tiene incidencia en estos hechos dado que los antecedentes por hechos similares pueden contextualizar la prueba, pero no es en sí prueba del hecho actual que se investiga.

En cuanto a las diligencias seguidas en Aranda de Duero no consta mención alguna del recurrente en la parte inicial del atestado que obra unido a las actuaciones (folios 335-365). Sin embargo, después de una exhaustiva lectura de las actuaciones, hemos localizado que al folio 1645 la policía afirma que en un gorro pasamontañas y en la palanca de cambios de vehículo BMW intervenido en esas diligencias aparecieron rastros de ADN del recurrente, pero no consta aportado el correspondiente informe pericial que acredite este dato, por lo que la simple afirmación policial no puede justificar la vinculación del recurrente con este hecho, ya que se podía y se debía haber aportado el informe de ADN al que alude la policía.

En la compleja y extensa investigación policial no hay otros datos que vinculen a Serafin con estos hechos, ni hay evidencias de que se relacionara antes o después con los demás acusados. Su teléfono dejó de utilizarse el día 16/02/11 y nada se sabe de las conversaciones realizadas en esa terminal. Si a ello se suman las insuficiencias probatorias que afectan a Prudencio y a Rosendo, la atribución de autoría al recurrente no puede afirmarse con la seguridad que se precisa para un pronunciamiento de condena, dada la insuficiencia de la prueba de cargo.

El motivo se estima y procede la libre absolución del recurrente, lo que nos exime de dar respuesta a los restantes motivos de impugnación.

Recurso de Vicente

12. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con Vicente

12.1 En el primer motivo de este recurso se reprocha a la sentencia de instancia la vulneración del principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24.2 CE.

La defensa del recurrente argumenta que no se ha valorado correctamente la documentación médica aportada al afirmar que la rodilla del Sr. Vicente no estaba anquilosada, que no se ha tenido en cuenta la gravedad de las lesiones que padecía y el que antes y después del hecho se vio sometido a distintas operaciones quirúrgicas, lo que le imposibilitada a participar en los delitos enjuiciados porque no estaba en condiciones físicas de hacerlo.

También se alega que se solicitó una prueba pericial médica para acreditar este extremo, que fue debidamente admitida y que, pese a ello, no se practicó, con merma del derecho de defensa.

Por último se aduce, que no se ha probado debidamente que el Sr. Vicente fuera el titular del teléfono señalado por la policía, ni tampoco que fuera su usuario, ni que tuviera relación con el resto de condenados, siendo insuficiente a este respecto una simple declaración policial.

12.2 Revisada la documentación médica y de conformidad con la argumentación de la sentencia de instancia, no consta que en la fecha en que ocurrieron los hechos el Sr. Vicente estuviera hospitalizado y las lesiones que padecía en aquella fecha le dificultaban la movilidad pero no se la impedían de forma absoluta por lo que la documentación médica aportada, que habría de servir de base a cualquier informe pericial, acredita la existencia de problemas de movilidad pero no imposibilidad por lo que no hay prueba para concluir que el recurrente estuviera impedido físicamente para intervenir en los hechos enjuiciados.

Por otra parte, si bien es cierto que el laconismo de la sentencia no ha identificado la fuente que permite atribuir al Sr. Vicente la titularidad del teléfono NUM017, esa titularidad consta documentalmente en la relación de datos de tráfico remitidos por la compañía Yoigo (folio 88)

También consta que el Sr. Vicente la noche de ocurrencia de los hechos llamó al número NUM018 a las 21:10 horas y al número NUM038 dos veces, a las 1:02 y 1:32 de esa noche.

Se comprobó la titularidad de ambos números de teléfono, correspondiendo a Gema el primero y a Violeta el segundo. La fuerza policial encargada de la investigación consideró que el verdadero usuario del primer teléfono era Rosendo porque lo utilizó cuando estaba detenido meses después para llamar a la señora Gema, pero según razonamos en el fundamento jurídico séptimo, esa inferencia carece de soporte probatorio porque no consta que el Sr. Rosendo utilizara ese número de teléfono durante el periodo de detención.

Lo único que vincula al recurrente con los hechos son esas tres llamadas de teléfono, cuyos destinatarios no fueron acusados y cuyo contenido se desconoce. El hecho de que tuviera relación con otra persona investigada (pero no acusada), Calixto no aporta nada relevante para establecer el juicio de autoría.

Ya hemos dicho que la prueba indiciaria exige una explicación racional del proceso deductivo seguido para establecer una inferencia a partir de loa indicios. En este caso esa explicación no ha existido. El simple dato de realizar tres llamadas el día de los hechos a tres números de teléfono de personas investigadas no es suficiente para atribuir al recurrente su participación activa en los graves hechos investigados. En la sentencia no se menciona ningún elemento probatorio adicional que permita establecer esa deducción. No hay prueba de cargo suficiente en tanto que sólo existe un indicio del que no puede extraerse como inferencia razonable la autoría del recurrente.

El motivo se ha de ser estimado, lo que nos exime de dar respuesta al segundo motivo de impugnación.

13. Costas procesales

Estimándose los recursos procede declarar de oficio las costas procesales, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 901 de la LECrim.

F A L L O

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

1º. ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Prudencio, Rosendo, Serafin, y Vicente Celestino contra la sentencia número 22/2018, de 31 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra esta sentencia no se puede interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 4218/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto la causa 4218/2018, seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca, dimanante del Procedimiento Abreviado 5/2015, instruido por el Juzgado-Upad de Instrucción n.º 1, de los de Cuenca, por delito de robo con violencia o intimidación y detención ilegal, contra Vicente, de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM015 de 1989, con D.N.I. nº NUM016, que a fecha 28 de octubre 2011 no tenía antecedentes penales; Rosendo, de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM009 de 1985, con D.N.I. nº NUM010, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; Prudencio, de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM019 de 1983, con D.N.I. nº NUM020, sin que para él se haya invocado finalmente la existencia de antecedentes penales computables a efectos de reincidencia;

Serafin, de nacionalidad española, mayor de edad, nacido en Madrid el NUM022 de 1989, con D.N.I. nº NUM023, cuyos antecedentes penales no figuran en la presente causa, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 31 de julio de 2018, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede la libre absolución de los cuatros condenados en la instancia al no existir en su contra prueba de cargo suficiente para un pronunciamiento de condena.

F A L L O

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

1. Absolvemos libremente a los acusados Prudencio, Rosendo, Serafin, y Vicente de los delitos por los que han sido condenados, declarando de oficio las costas procesales causadas en la primera instancia y confirmamos la libre absolución de Alberto declarada en la sentencia 22/2018 de 31 de julio dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca.
2. Absolvemos igualmente a los declarados responsables civiles de las indemnizaciones a cuyo pago han sido condenados.
3. En relación con los objetos intervenidos a los distintos acusados se acuerda dejar sin efecto su intervención y comiso, salvo que estuvieren afectos a otras causas penales seguidas, en su caso, contra sus propietarios.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.