

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065828

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 875/2021, de 15 de noviembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5116/2019

**SUMARIO:****Proceso penal. Diligencias de investigación. Prueba. Grabaciones de los propios acusados. Control judicial. Vulneración de derechos fundamentales.**

Se anula la condena por conspiración para el secuestro de un empresario por ser ilícita la grabación clandestina que hizo uno de los acusados como confidente de la policía. Ilícitud de la grabación obtenida que conduce a declarar vulnerado el derecho a no confesarse culpable y, con él, el derecho a la presunción de inocencia

El dispositivo utilizado por el coacusado para obtener la grabación de las conversaciones que luego iba a poner a disposición del Grupo de Atracos de la Jefatura Superior de Policía, le fue entregado por los propios agentes, que querían obtener pruebas más fundadas acerca de lo que los otros acusados estaban planeando. Y todo ello en un contexto que prescindía de cualquier conocimiento y autorización por la autoridad judicial.

La validez o nulidad probatoria de la grabación no depende en exclusiva de quién asume la iniciativa de valerse de un dispositivo que hace posible ese registro, sino que lo verdaderamente definitivo será siempre la idea “de que la ilicitud probatoria se asocia a la ventaja que obtienen los investigadores cuando eluden los límites impuestos por nuestro sistema constitucional al ejercicio del «ius puniendi» y se valen de un instrumento que les permite eludir la judicialización de las diligencias y, por si fuera poco, obtener un testimonio de tan alto poder incriminatorio, grabado aprovechando la espontaneidad de quien conversa con su interlocutor sin saber que sus palabras van a servir para fundamentar su propia condena”. Aceptar sin reservas una declaración obtenida en esos términos supone abrir una inédita y peligrosa vía que permitiría a la investigación penal esquivar los perturbadores límites que imponen las garantías de nuestro sistema constitucional. El proceso penal permite a los investigadores, desde luego, valerse de un agente encubierto, “pero su intervención no puede hacerse depender del incontrolado interés en obtener a cualquier precio pruebas incriminatorias”. “En definitiva, la judicialización de una investigación criminal no debería ser nunca contemplada como una rémora para la agilidad en el desarrollo de las investigaciones. La intervención del Juez de instrucción confiere a los agentes la seguridad que proporciona el trabajo de quien asume la salvaguarda de los derechos fundamentales del ciudadano investigado.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 17, 21.6ª, 163.1, 164, 168, 237, 242.1 y 269.  
Constitución española, arts. 18 y 24.

**PONENTE:**

*Don Manuel Marchena Gomez.*

**Magistrados:**

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ  
Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
Don VICENTE MAGRO SERVET  
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA  
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 875/2021

Fecha de sentencia: 15/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5116/2019

Fallo/Acuordo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª)

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5116/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 875/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, interpuesto por las representaciones de los acusados D. Carlos Manuel, D. Carlos Ramón Y D. Carlos Miguel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda de fecha 30 de septiembre de 2019 en el Rollo de Sala nº 72/2016, que les condenó por un delito de conspiración para secuestro y conspiración par robo con violencia en casa habitada, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, los recurrentes Carlos Manuel, representado por la procuradora Dª Laura Oliver Ferrer, bajo la dirección letrada de D. Andrés Zapata Carreras; Carlos Ramón, representado por la procuradora Dª María Ángeles Sánchez Fernández, bajo la dirección letrada de Dª Isabel Claramunt Esteban; Carlos Miguel, representado por la procuradora Dª María Ángeles Sánchez Fernández, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Navarro Valencia, y como parte recurrida el acusador particular D. Felix,

representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Elvira Santacatalina Ferrer, bajo la dirección letrada de D. Salvador Camarena Ricard.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de instrucción nº.12 de Valencia instruyó Procedimiento Abreviado nº 17/2016 contra D. Carlos Manuel, D. Carlos Ramón (alias Santo), D. Carlos Miguel y otro y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que con fecha 30 de septiembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: " Primero. De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral con respeto a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas resulta probado y así se declara que:

1.A finales del año 2.013 Carlos Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, Carlos Ramón, alias Santo, mayor de edad y sin antecedentes penales, Carlos Miguel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Lorenzo, mayor de edad e igualmente con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, urdieron un plan para privar de libertad a Don Felix con el fin de obligarle a transferirles una suma indeterminada de dinero desde las cuentas que supuestamente éste tenía en Panamá, Suiza y en diversos fondos de inversión en el extranjero como condición para ponerlo en libertad, plan que comprendía igualmente el aprovechar su privación de libertad para entrar en la vivienda del mismo y hacerse con una cantidad de varios millones de euros que pensaban que guardaba allí y que se fue perfilando en diversas reuniones mantenidas por los acusados bien en el despacho de Carlos Manuel, en la Galería Jorge Juan y en la cervecería Punto Verde regentada por Carlos Miguel.

Así, tras averiguar sus rutinas diarias acordaron que cuando saliera de desayunar, como hacía a diario, de la Cafetería Vela sita en la Calle Isabel La Católica de la ciudad de Valencia y se dirigiera a su despacho profesional situado a escasa distancia, unos sicarios contratados a tal fin lo abordarían e introducirían por la fuerza en una furgoneta para trasladarlo a un local alquilado donde lo retendrían hasta que facilitara las claves bancarias y, para el caso de que no colaborara lo trasladarían a otro lugar.

Igualmente acordaron que guardarían en unas bolsas el dinero que hubiera en la casa y que lo depositarían en un piso de la CALLE000 propiedad de Carlos Manuel, de donde lo recogerían días después.

2. La mañana del día 27 de marzo de 2.014 Lorenzo telefona al agente de la Policía Nacional con número de identificación profesional NUM000, miembro del Grupo de Atracos de la Jefatura Superior de Policía de Valencia, al que conocía por detenciones anteriores y para el que había actuado como confidente, pidiéndole tener una reunión durante la cual le dice que ha sido captado por Carlos Manuel y otras personas para secuestrar a Felix.

Ese mismo día, en torno a las 14 horas, Lorenzo de nuevo comunica al Grupo de Atracos que había tenido una reunión en la Galería Jorge Juan con Carlos Manuel, Santo y Carlos Miguel y que esa tarde iba a encontrarse con los colombianos encargados de ejecutar el secuestro, disponiendo los agentes un dispositivo para grabar dicha reunión, entrevistándose a su término con Lorenzo que les da nuevos pormenores del plan.

El día 2 de abril de 2014, el Comisario cita en Jefatura a Don Felix para advertirle que cambie sus rutinas, pero sin darle detalles de la operación que pudiera estar tramándose en su contra ni de las personas implicadas en la misma.

El día 3 de abril de 2.014, Lorenzo se pone en contacto con Carlos Miguel diciéndole que tenía que hablar con Carlos Manuel y aquel le convoca a una reunión en un piso de éste sito en la CALLE000 nº NUM001 de esta ciudad en torno a las 17 horas, circunstancia que Lorenzo comunica al Grupo de Atracos en torno a las 12,00 horas de dicho día, ofreciéndose a portar un dispositivo a dicha reunión con el fin de grabar lo que allí se dijera por lo que el Inspector NUM003 se citó con él en la cafetería del Hotel Nuevo Centro, haciéndole entrega de una grabadora marca Olympus modelo VN-3100PC.

Dicha reunión en la que intervienen Carlos Miguel, Carlos Manuel y el propio Lorenzo tuvo una duración de 30 minutos aproximadamente, reintegrando la grabadora Lorenzo al inspector NUM002 en un bar cercano a la Comisaría de Abastos en torno a las 18.10 horas de aquel día.

El día 7 de abril de 2.014, Lorenzo comunica a los agentes que se va a producir una nueva reunión en Punto Verde a la que asisten él mismo, Carlos Manuel y Carlos Miguel, montando los agentes un dispositivo en el que detectan a Santo pasar en vehículo, aparcar y dirigirse hacia el citado local sin que finalmente llegara a hacerlo al percibirse de la presencia policial.

El día 8 de abril de 2014, sobre las 18 horas, Lorenzo se presenta en el despacho de D. Felix poniendo en su conocimiento que Carlos Manuel le había encargado su secuestro, al tiempo que le decía que estuviera tranquilo pues él era quien había de ejecutarlo y había decidido no hacerlo, circunstancia que aquel comunica esa misma tarde a la policía que procede a la detención de Carlos Manuel, de Carlos Miguel y de Santo, no así a la de Lorenzo

para quien se interesa la condición de testigo protegido, condición que mantiene hasta que por Auto del Juzgado de Instrucción 12 de Valencia de 2 de febrero de 2.015 se deja sin efecto pasando a ser investigado.

3. A raíz de la información que le traslada la Policía a Felix el día 2 de abril de 2.014, éste cambió alguna de sus rutinas como el horario de la misa a que acudía.

4. Como consecuencia de haberse puesto Lorenzo fuera del alcance de la Justicia, el procedimiento ha sufrido retrasos en la celebración del presente juicio no imputables al resto de los acusados."(sic)

### **Segundo.**

La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, dictó sentencia nº 462/2019 con el tenor literal siguiente: " FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Don Carlos Manuel a Don Carlos Miguel y a Don Carlos Ramón como responsables en concepto de autores de un delito de conspiración para secuestro, previsto y penado en el artículo 164, en relación con los artículos 163.1 y 2, 168 y 17 del Código Penal en concurso con un delito de conspiración para robo con violencia en casa habitada de los artículos 237, 242.1 y 2 y 269 del Código Penal, en ambos casos con la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del Código penal a la PENA DE UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el primer delito, y a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo.

Y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Don Lorenzo, como responsable en concepto de autor de un delito de conspiración para secuestro, previsto y penado en el artículo 164, en relación con los artículos 163.1 Y 2, 168 y 17 del Código Penal y como responsable en concepto de autor de un delito de conspiración para robo con violencia en casa habitada previsto y penado en los artículos 237, 242.1 y 2 y 269 del Código Penal, en ambos casos con la atenuante muy cualificada de confesión del artículo 21.4ª del Código Penal a la PENA de OCHO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el primer delito, y a la PENA de CINCO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el segundo.

Se impone los acusados el pago de una cuarta parte de las costas procesales, comprendiendo las de la acusación particular.

Don Carlos Manuel, Don Carlos Miguel, y Don Carlos Ramón deberán indemnizar por vía de responsabilidad civil y de forma solidaria a Don Felix en la cantidad de 3.000 euros, cantidad que devengará el interés legal incrementado en dos puntos conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados por el delito, aun cuando no estuvieren personados en el mismo, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación." (sic)

### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, por las representaciones de los acusados D. Carlos Manuel, D. Carlos Ramón y D. Carlos Miguel, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

### **Cuarto.**

El recurso interpuesto por las representaciones de los acusados, lo basaron en los siguientes motivos de casación:

Recurso de D. Carlos Manuel

### **Primero.**

Al amparo de los artículos 852 de la LECrim., 5.4 y 11.1 de la LOPJ, por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable y a la presunción de inocencia, todos ellos reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución Española,

**Segundo.**

Al amparo de los artículos 849.1 y 852 de la LECrim y 5.4 y 11.1 de la LOPJ, por indebida aplicación de los artículos 17.1, 28, 163.1 y 2, 164, 168, 237, 242.1 y 2 y 269 del Código Penal, así como la vulneración de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos de los artículos 9.2 y 9.3 de la Constitución, así como los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, así como el principio de seguridad jurídica, de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución, por encontrarnos ante un delito provocado, siendo impune la conducta desplegada.

**Tercero.**

Por infracción de ley de conformidad con el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 16.2 y 3 del Código Penal, al no haberse aplicado la figura del desistimiento activo.  
Recurso de D. Carlos Ramón y D. Carlos Miguel

**Primero.**

Al amparo del art. 852 LECriminal por vulneración de los arts. 18 y 24 CE: derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías, así como a la tutela judicial efectiva.

**Segundo.**

Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECriminal fundada en la vulneración del artículo 24.2º de la Constitución Española, en particular del principio de presunción de inocencia.

**Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 2 de marzo de 2020 solicitó la desestimación de todos los motivos, y por ende la inadmisión del recurso, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**

Por providencia de esta Sala de fecha 18 de octubre de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 10 de noviembre de 2021

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- La sentencia núm. 462/2019, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, condenó a los acusados, hoy recurrentes, Carlos Manuel, Carlos Miguel y Carlos Ramón como responsables en concepto de autores de un delito de conspiración para secuestro, previsto y penado en el artículo 164, en relación con los artículos 163.1 y 2, 168 y 17 del CP, en concurso con un delito de conspiración para robo con violencia en casa habitada de los artículos 237, 242.1 y 2 y 269 del CP, en ambos casos con la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del CP, a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el primer delito, y a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación. Se formalizan por la representación legal de Carlos Manuel tres motivos. La representación que asiste los acusados Carlos Miguel y Carlos Ramón hace valer dos impugnaciones.

Las alegaciones de los tres recurrentes van a ser tratadas conjuntamente con el fin de lograr un más adecuado tratamiento sistemático. Así lo sugiere la anticipada respuesta estimatoria que exige el primero de los motivos que reivindica la representación legal de Carlos Manuel.

En su enunciado se alega, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración de los " derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable y a la presunción de inocencia, todos ellos reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución Española , y todo ello por cuanto no existen elementos probatorios que permitan articular pronunciamiento condenatorio alguno. Al respecto, se interesa la nulidad de la grabación subrepticamente realizada por el acusado Lorenzo sin la correspondiente autorización judicial que legitimara la limitación de los derechos fundamentales afectados ".

La misma censura esgrimen las defensas de los otros dos acusados que estiman, en el primero de sus respectivos motivos, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la CE, así como el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad del art. 18 de la CE.

La estimación de este motivo -que ya se anuncia- hará innecesario el examen de los restantes.

2.- Los tres recurrentes comparten desacuerdo en torno a la validez de las conversaciones que fueron grabadas por otro de los coacusados - Lorenzo-. Subrayan y hacen propia la argumentación que se contiene en el voto particular que uno de los Magistrados formula a la sentencia que es objeto de recurso. Para reforzar su línea argumental se glosan distintos pronunciamientos de esta Sala relacionados con el valor probatorio de las conversaciones grabadas entre particulares.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial -se aduce- debería haber llevado a la declaración de ilicitud como prueba de la conversación mantenida por Lorenzo con los otros tres recurrentes. Así lo impone el art. 11 de la LOPJ, ya que, en el presente caso es evidente "...la existencia de una connivencia entre los agentes de la autoridad y Lorenzo para conseguir de los interlocutores un reconocimiento de los hechos que estaban siendo investigados por la Policía". Son los propios agentes los que le facilitan una grabadora y es Lorenzo el que, con anterioridad y en virtud de una comparecencia voluntaria, proporcionó a la Policía un dossier que había sido entregado por Carlos Manuel.

Añaden los recurrentes que, además de la ausencia de habilitación judicial, se pusieron de manifiesto fundadas dudas acerca de la integridad del soporte, hasta el punto de que -se razona- pudo haber sido objeto de manipulación. La Audiencia reprocha a las defensas que no propugnaran una prueba pericial para acreditar la alteración del contenido de las cintas. Sin embargo, los Magistrados de instancia prescinden del hecho de que no sólo la defensa de los ahora recurrentes cuestionó su integridad, sino que el propio autor de la grabación afirmó taxativamente que la manipuló "...para dejar sólo lo que le interesaba en aquel momento, indicando que eliminó la parte en la que mi patrocinado le pedía abandonar el plan delictivo".

2.1.- La alegada vulneración del derecho a la intimidad, derivada de la grabación subrepticia de la conversación del día 3 de abril de 2014, que tuvo lugar en el piso de la CALLE000 núm. NUM001 con los coacusados Carlos Manuel y Carlos Miguel, obliga a esta Sala a pronunciarse acerca de la legitimidad de la principal prueba de cargo sobre la que se sostiene la autoría de los acusados.

Y lo hacemos a partir de la jurisprudencia ya consolidada que sitúa en distinto plano valorativo la grabación de conversaciones entre particulares, que luego son incorporadas a un proceso, y aquellas otras que se generan en el marco de una investigación penal, mediante la que el Estado intenta esclarecer un hecho con apariencia de delito.

En numerosos precedentes hemos señalado las dificultades inherentes al tratamiento jurisprudencial de la prueba ilícita y, de modo especial, a la formulación de unas reglas de exclusión vinculadas al significado constitucional del proceso penal. Hemos apuntado también la intensa evolución histórica de esta doctrina, desde su formulación por la jurisprudencia norteamericana, hasta nuestros días, con una más que apreciable reducción del ámbito inicial de sus efectos. Nuestro sistema procesal no ha podido permanecer ajeno a este devenir en el que se han ido introduciendo premisas metódicas, algunas de ellas de marcado sabor restrictivo, sin las cuales no es posible entender el actual estado de la cuestión.

Interesa destacar, por tanto, que la respuesta jurisprudencial ante la frecuente alegación de ilicitud probatoria ha de ser siempre la respuesta al caso concreto. Una solución que, claro es, habrá de tomar como punto de partida la doctrina de esta Sala, pero que sólo después de un proceso de adaptación singular al supuesto de hecho, podrá ser correctamente aplicada. En línea con lo afirmado en otros precedentes, es indispensable alejarse de fórmulas estereotipadas con vocación de adaptabilidad a todos y cada uno de los supuestos que puede ofrecer la realidad. En efecto, la fórmula que acoge el art. 11 de la LOPJ "... aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido" (cfr. SSTS 311/2018, 11 de junio y 116/2017, 23 de febrero).

De las dificultades aplicativas de la doctrina jurisprudencial habla por sí sola la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia y que ahora es objeto de recurso. Se trata de una resolución que hace visible un encomiable esfuerzo argumental encaminado a hacer valer la licitud de las conversaciones que fueron grabadas por Lorenzo cuando dialogaba con los otros dos acusados acerca de los planes para llevar a cabo el secuestro de Felix y el robo violento en su domicilio. En la sentencia que expresa el criterio mayoritario se vuelca un razonamiento, construido a partir de una selección jurisprudencial de apoyo, que busca respaldar la condena de los acusados a partir de la prueba que las defensas cuestionan. El voto particular que se inclina por negar la validez probatoria de esas conversaciones es expresivo de la diversidad de enfoques y aproximaciones valorativas que ofrece la interpretación del art. 11 de la LOPJ.

2.2.- La Sala considera que el detenido examen de las circunstancias que presidieron la generación de esa fuente de prueba conduce de forma inexorable a negar su legitimidad.

Hemos señalado en otros precedentes la necesidad de abordar con distinto enfoque aquellos supuestos en los que un particular se vale de una grabación obtenida al margen de cualquier actividad jurisdiccional, sin perseguir

la preordenación probatoria, y aquellos otros casos en los que el particular se convierte en un instrumento al servicio de los agentes de la autoridad cuando topan con las limitaciones y garantías que nuestro sistema constitucional impone para restringir derechos fundamentales.

De obligada cita es la STS 311/2018, 27 de junio. Se trataba entonces de enjuiciar la validez inculpativa de unas grabaciones que habían sido obtenidas por un particular al que la Guardia Civil había proporcionado el dispositivo necesario para captar el diálogo con quienes luego resultaron acusados: "...del actual estado de la jurisprudencia pueden obtenerse algunos enunciados generales. El primero, que la nulidad que afecta a la generación de actos probatorios adquiere un sentido especial -aunque no el único - cuando se trata de actos generados en el mismo proceso. Aunque no sin matices, puede afirmarse que la nulidad que proclama el art. 11 de la LOPJ es la nulidad de actos procesales y, como tales, producidos en el proceso, consecuencia de una actividad procesal desplegada por los poderes públicos que asumen las tareas de investigación o enjuiciamiento de los delitos o por las partes que intervienen en el mismo. En segundo lugar, que la prueba obtenida por un particular que, en el momento de tomar contacto con la fuente probatoria, no está actuando de forma tendencialmente preordenada, en la búsqueda de su aportación al proceso, requiere un tratamiento singularizado que impide su incondicional asimilación a las categorías generales. Sólo el examen del caso concreto, con una detenida ponderación de todos los elementos concurrentes en la generación y aportación de pruebas, podrá ofrecer las claves para la solución de la reivindicada nulidad probatoria. En tercer lugar, ha de quedar fuera de toda duda que en aquellas ocasiones en las que el Estado se vale de un particular para sortear las limitaciones constitucionales al ejercicio del 'ius puniendi', la nulidad probatoria resultará obligada. De lo contrario, se corre el riesgo de tolerar con indiferencia el menoscabo de derechos del máximo rango axiológico y que confieren legitimidad al ejercicio de la función jurisdiccional. El principio de contradicción y los derechos de defensa y a no declararse culpable van más allá de un enunciado constitucional puramente formal. No son ajenos a una genuina dimensión ética, que pone límites a la capacidad de los poderes públicos para restringir derechos fundamentales y que, precisamente por su vigencia, han de operar un efecto disuasorio y excluyente frente a la tentación del Estado de eludir las garantías constitucionales, y de hacerlo al amparo de la actuación de cualquier persona que se sienta particularmente concernida en la investigación del delito".

2.3.- La singularidad del caso que nos ocupa y que afecta a la validez como prueba de la grabación obtenida por Lorenzo frente a los coacusados se obtiene del propio relato de hechos probados, en el que la Audiencia precisa lo siguiente: "... El día 3 de abril de 2.014, Lorenzo se pone en contacto con Carlos Miguel diciéndole que tenía que hablar con Carlos Manuel y aquel le convoca a una reunión en un piso de éste sitio en la CALLE000 nº NUM001 de esta ciudad en torno a las 17 horas, circunstancia que Lorenzo comunica al Grupo de Atracos en torno a las 12,00 horas de dicho día, ofreciéndose a portar un dispositivo a dicha reunión con el fin de grabar lo que allí se dijera por lo que el Inspector NUM002 se citó con él en la cafetería del Hotel Nuevo Centro, haciéndole entrega de una grabadora marca Olympus modelo VN-3100PC. [...] Dicha reunión en la que intervienen Carlos Miguel, Carlos Manuel y el propio Lorenzo tuvo una duración de 30 minutos aproximadamente, reintegrando la grabadora Lorenzo al inspector NUM002 en un bar cercano a la Comisaría de Abastos en torno a las 18.10 horas de aquel día".

La similitud entre el relato de hechos probados que se acaba de transcribir y el que fue objeto de valoración en la ya citada STS 311/2018 es más que evidente. Decía entonces el juicio histórico: "...el día 6 de marzo de 2007, en las dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos), guardias civiles no identificados entregaron a Jose Ramón una grabadora de pequeñas dimensiones y una cinta magnetofónica con la finalidad de que grabara la conversación que iba a tener lugar ese mismo día en el despacho profesional de la persona que realizaba los proyectos técnicos en sus negocios de hostelería, Alejo , con quien mantenía una antigua relación de confianza. La grabación debía hacerse sin conocimiento del interlocutor y la conversación versaría sobre una supuesta petición de dinero realizada por un funcionario del Ayuntamiento de Madrid para la tramitación rápida de un determinado expediente".

Nótese que en ambos casos el factum refleja la decidida voluntad de los investigadores de buscar un atajo que soslaye el obstáculo que la garantía constitucional del derecho a no confesarse culpable puede representar para el éxito de las pesquisas.

Lo que apuntábamos en el FJ 1.3 de la STS 311/2018, 11 de junio, es perfectamente extrapolable para el supuesto que ahora centra nuestra atención: "...no se trata de dos interlocutores que intercambian opiniones mientras que uno de ellos procede a la grabación de lo que ambos expresan. En el presente caso, los agentes de la Guardia Civil llamados a la investigación de los hechos que reputaban delictivos eran conocedores de que la citación en dependencias gubernativas de Alejo toparía con las garantías que asisten a todo ciudadano llamado a comparecer en unas diligencias penales. Sabían que tendrían que advertir al investigado de su derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y, por supuesto, a designar un abogado que le asistiera durante la declaración. Es más que probable que estas garantías, verdadera conquista del constitucionalismo democrático, fueran percibidas por los agentes como un obstáculo para la celeridad de las investigaciones, como una rémora para el rápido y pronto descubrimiento de lo que el denunciante les había transmitido con anterioridad y que, de confirmarse, propiciarían la investigación de graves delitos. Y es precisamente por ello por lo que decidieron desbordar los límites impuestos por nuestro sistema constitucional y recurrir a un colaborador que se prestó a utilizar los instrumentos de

grabación que le proporcionaba la Guardia Civil para, de esa forma, ofrecer al Juez de instrucción la información precisa para la incoación de un proceso penal declarado inmediatamente secreto y en el que se adoptaron medidas de investigación de un altísimo nivel de injerencia en los derechos fundamentales de los investigados".

2.4.- En el caso sometido ahora a nuestro conocimiento, de lo que se trata es de responder a la queja sobre la licitud probatoria, partiendo del hecho incontrovertible de que el dispositivo utilizado por Lorenzo para obtener la grabación de las conversaciones que luego iba a poner a disposición del Grupo de Atracos de la Jefatura Superior de Policía de Valencia, le fue entregado por los propios agentes, que querían obtener pruebas más fundadas acerca de lo que los acusados Carlos Manuel, Carlos Miguel y Carlos Ramón estaban planeando.

Adquiere entonces pleno valor la doctrina de tantas veces repetida STS 311/2018, 11 de junio que hizo suya la solución ofrecida en la anterior sentencia núm. 116/2017, 23 de febrero ( caso Falciani). La transcripción literal del FJ 1.6 de la primera de estas resoluciones es de especial utilidad para conocer el actual estado de cosas y para concluir la imposibilidad de asimilar la aportación probatoria de Lorenzo a la condición de simple particular que opera por su propia iniciativa y que es ajeno a la vulneración final de derechos que trajo consigo esa forma de proceder.

Recordábamos entonces que "...la determinación del alcance del art. 11 de la LOPJ ha sido objeto de numerosas aportaciones dogmáticas y de una jurisprudencia constitucional que ha evolucionado sensiblemente desde los primeros precedentes sobre la materia (cfr. SSTC 9/1984, 30 de enero, 114/1984, 29 de noviembre y 60/1988, 8 de abril), hasta la formulación del principio de la conexión de antijuridicidad ( STC 81/1998, 2 de abril; 121/1998, 15 de junio y 49/1999, 5 de abril)".

Añadíamos en el mismo razonamiento que "...la exclusión de prueba ilícita del material valorable por el órgano decisorio forma parte del patrimonio jurídico de los sistemas democráticos. Y es que como proclamara esta Sala mediante un brocardo de obligada cita cuando se aborda esta materia, la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio (cfr. ATS 18 de junio de 1992 -rec. 610/1990-). La necesidad de hacer eficaz esa regla de exclusión viene impuesta incluso por una exigencia ética ligada a la fuente legitimante de la función jurisdiccional. La incorporación de un acto lesivo de los derechos fundamentales al conjunto probatorio que ha de ser apreciado por el órgano sentenciador acarrea el riesgo de lo que la STS 195/2014, 3 de marzo, ha denominado una metástasis procesal. De ahí la importancia de que con anterioridad al proceso valorativo se proceda a un verdadero saneamiento del proceso, excluyendo aquellos elementos de prueba con virtualidad contaminante".

El punto de partida sobre el que construir el tratamiento jurisprudencial de la prohibición de prueba ilícita puede explicarse de la siguiente manera: "... el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Estos principios, a los que no falta una verdadera dimensión ética, actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal. La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez".

A partir de esa idea, en la sentencia a la que venimos haciendo referencia proclamábamos la necesidad de un tratamiento diferenciado a las pruebas obtenidas por un particular que no actuaba con el propósito de preconstituir un cuadro probatorio y aquel otro que subordinaba su papel a la condición de colaborador de los agentes que ya tienen conocimiento del hecho delictivo y que buscan, en esencia, eludir las garantías que limitan las actividades de investigación y enjuiciamiento: "... la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior. Piénsese, por ejemplo, en el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales - incluida la información bancaria- de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor. Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidación domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública.

La jurisprudencia de esta Sala ofrece precedentes que no siempre actúan en la misma dirección. Son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, SSTS 239/2014, 1 de abril ; 569/2013, 26 de junio ; 1066/2009, 4 de noviembre , entre las más recientes).

Pero no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada. Es el caso, por ejemplo, de la STS 793/2013, 28 de octubre , en la que la Sala no hizo valer la regla de exclusión porque "...no



pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en los que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro". Aunque con matices, esta idea está también presente en el desenlace de la STS 45/2014, 7 de febrero, en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores.

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

[...] Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego".

Con uno u otro matiz, esta jurisprudencia viene inspirando la solución de aquellos supuestos en los que la Sala ha de pronunciarse sobre la validez de una prueba obtenida por un particular (cfr. SSTS 657/2021, 28 de julio; 106/2021, 10 de febrero; 507/2020, 14 de octubre; 476/2020, 25 de septiembre; 457/2020, 17 de septiembre; 167/2020, 19 de mayo; 725/2020, 3 de marzo; 546/2019, 11 de noviembre; 54/2019, 6 de febrero y 489/2018, 23 octubre, entre otros precedentes).

2.5.- En el presente caso, son varias las razones que llevan a esta Sala a concluir la ilicitud probatoria.

Lorenzo no fue un particular que, por una u otra razón, al margen del ejercicio del "ius puniendi" del Estado decidió grabar las conversaciones que mantenía con su interlocutor. Actuó, por el contrario, como un verdadero "amicus denunciatoris" al servicio de los agentes que asumieron el escalón inicial de la investigación.

Y a esa conclusión se llega por la simple lectura de algunos pasajes de la sentencia que es objeto de recurso.

a) Como ya hemos apuntado con anterioridad, es Lorenzo quien comunica al Grupo de Atracos que va a reunirse con las personas que estaban planeando el secuestro y atraco en el domicilio de Felix. Se ofrece incluso "...a portar un dispositivo a dicha reunión con el fin de grabar lo que allí se dijera". Este ofrecimiento es aceptado por el inspector con carnet profesional núm. NUM003, que "...se citó con él en la cafetería del Hotel Nuevo Centro, haciéndole entrega de una grabadora marca Olympus modelo VN-3100PC".

b) Hasta tal punto Lorenzo actúa como instrumento de los agentes que, en el momento en que se produce la detención de los demás acusados -el día 8 de abril de 2014-, la Policía deja al margen de toda imputación a Lorenzo, que les ha proporcionado tan valiosa fuente de prueba. De hecho, interesan para él la condición de testigo protegido, estatus del que goza durante varios meses, hasta que el Juzgado de instrucción núm. 12 de Valencia, mediante auto de 2 de febrero de 2015, deja sin efecto esa condición y lo cita en calidad de investigado.

c) La finalidad que anima a Lorenzo es bien clara. Según su testimonio, fueron "...los policías quienes le comunicaron que no habían podido sacar fotogramas de calidad de las imágenes captadas y que tampoco habían podido seguir a aquellos pues no querían estropear el operativo, manifestando Lorenzo que al día siguiente de esta entrevista llamó al inspector diciéndole que lo quería parar todo y que fue entonces cuando éste le dice que tiene que infiltrarse y seguir sus pautas".

Obsérvese que es la obtención de un material probatorio defectuoso -fotogramas de baja calidad- lo que lleva a los agentes a valerse de un testimonio incriminatorio mucho más seguro, a saber, la declaración de Lorenzo reforzada con el apoyo de la grabación clandestina de las conversaciones que aquel iba a mantener con los coacusados.

Esa idea queda reforzada por la manifestación del propio Lorenzo, de la que se hace eco la sentencia de instancia: "... la policía le dijo que hasta ese momento solo tenían palabras y que necesitaban una grabación; que estaban nerviosos por la filtración que se ha habido producido y que todo se hizo muy deprisa; que no estaba autorizada por ningún Juez ni Fiscal; así como que necesitaban un OK de Carlos Manuel al plan y esa era la condición para ayudarlo con lo suyo; y que aceptó porque era la única prueba que tenía".

Lorenzo se presta a suplir las carencias de una fuente de prueba inicialmente inidónea por su escasa nitidez -los fotogramas- y a solventar el nerviosismo de los encargados de la investigación, originado por una filtración. Todo ello en un contexto que prescindía de cualquier conocimiento y autorización por la autoridad judicial.

d) Esas manifestaciones de Lorenzo no quedan neutralizadas por el testimonio de los agentes -asumido en su integridad por el órgano a quo- de que la iniciativa de portar el dispositivo de grabación fue de Lorenzo. Lo verdaderamente subrayable no es quién asume esa iniciativa, sino la existencia de unas diligencias policiales en marcha para la indagación y descubrimiento de hechos delictivos de especial gravedad.

e) La explicación de los integrantes del Grupo de Atracos para respaldar las razones de la no judicialización de las diligencias no son de recibo. Alegan que iban "... dosificando la información que les daba sobre la trama y que a medida que lo hacía éstos, mediante sus propias fuentes, trataban de contrastarla".

Esta afirmación, lejos de relativizar la relevancia de la aportación de Lorenzo, hace todavía más visible su condición de instrumento que los agentes suman a la investigación, aunque sin rodear su intervención de las garantías exigidas legalmente.

Tampoco produce el efecto pretendido de apuntalar la validez de la grabación clandestina la respuesta del agente NUM000, quien al ser interrogado por el Letrado del acusado Carlos Manuel acerca de las razones por las que se retrasó la comunicación de los hechos a Fiscalía o el Juzgado, alegó que "... la primera noticia que reciben de Lorenzo sobre los hechos es, cuanto menos, estrambótica y que si fueran a Fiscalía con las primeras noticias que reciben en todos los casos sin haberlas contrastado la colapsarían. (...). Añadió que sólo "...judicializan el asunto cuando tienen indicios claros de que algo hay de verdad en las manifestaciones del confidente y que de hecho no tardaron mucho en hacerlo".

Si bien se mira, mal se compadece la pretendida insignificancia de los hechos, excluyente de la necesidad de oficializar la investigación, con el alto grado de injerencia del primero de los actos de investigación dirigido a su esclarecimiento, ni más ni menos, la colocación subrepticia de un dispositivo de grabación en un lugar cerrado, sin autorización judicial y valiéndose de un confidente con un amplísimo historial delictivo.

2.6.- La validez o nulidad probatoria de esa grabación no depende en exclusiva de quién asume la iniciativa de valerse de un dispositivo que hace posible ese registro. Habrá casos, cierto es, en los que la determinación del momento en el que se decide grabar la conversación resulte decisiva. Pero lo verdaderamente definitivo será siempre la idea, tantas veces repetida en la jurisprudencia de esta Sala, de que la ilicitud probatoria se asocia a la ventaja que obtienen los investigadores cuando eluden los límites impuestos por nuestro sistema constitucional al ejercicio del "ius puniendi" y se valen de un instrumento que les permite eludir la judicialización de las diligencias y, por si fuera poco, obtener un testimonio de tan alto poder incriminatorio, grabado aprovechando la espontaneidad de quien conversa con su interlocutor sin saber que sus palabras van a servir para fundamentar su propia condena.

Aceptar sin reservas una declaración obtenida en esos términos supone abrir una inédita y peligrosa vía que permitiría a la investigación penal esquivar los perturbadores límites que imponen las garantías de nuestro sistema constitucional. De atribuir normalidad a un escenario en el que la obtención de un testimonio incriminatorio puede lograrse por los agentes optando entre la legitimidad jurisdiccional de la injerencia o la grabación subrepticia y clandestina facilitada por un coimputado, estaríamos contribuyendo a una irreparable erosión de las garantías y derechos que limitan el ejercicio del "ius puniendi". El proceso penal permite a los investigadores, desde luego, valerse de un agente encubierto. Pero su intervención no puede hacerse depender del incontrolado interés en obtener a cualquier precio pruebas incriminatorias. Por el contrario, ha de ajustarse a las previsiones del art. 282 bis de la LECrim. En su apartado 7º, a raíz de la reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, se ofrece el marco jurídico al que debió acomodarse el supuesto de hecho que nos ocupa. En él se dispone que "en el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio".

Es entendible que en numerosos supuestos, por la identidad de los investigados o por las circunstancias en las que se tiene conocimiento de la "notitia criminis", no será posible valerse de un funcionario que asuma la condición de agente encubierto. Pero, en tales casos, la instalación de dispositivos de grabación en un lugar cerrado puede ser autorizada jurisdiccionalmente con apoyo en el art. 588 quater a y b) de la LECrim .

En definitiva, la judicialización de una investigación criminal no debería ser nunca contemplada como una rémora para la agilidad en el desarrollo de las investigaciones. La intervención del Juez de instrucción confiere a los agentes la seguridad que proporciona el trabajo de quien asume la salvaguarda de los derechos fundamentales del ciudadano investigado.

Por consiguiente, la grabación obtenida por Lorenzo de las conversaciones mantenidas con otros coacusados en el piso de Carlos Manuel en la CALLE000 núm. NUM001 de Valencia, ha de ser expulsada del acervo probatorio, sin que pueda ser tomada en consideración para respaldar el juicio de autoría ( art. 11 LOPJ).

3.- La exclusión del contenido de las conversaciones grabadas en el soporte que la policía proporcionó a Lorenzo priva de cualquier base probatoria para respaldar la sentencia condenatoria. Como recordábamos en la STS 370/2008, 19 de junio, la transferencia del carácter ilícito de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho ( STC 81/1998, FJ 4, 121/1998, FJ 5, 49/1999, FJ 14, 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6, 166/1999, FJ 4, 171/1999, FJ 4). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad ( SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998, de 13 de julio, 49/1999, 166/1999, 171/1999).

En el presente caso, no existen pruebas desconectadas de ese inicial significado antijurídico de la grabación clandestina. De hecho, es la prueba que está en el origen de la presente causa, sin que pueda sanarse su ilicitud porque, ya en el plenario, se formularan preguntas acerca de los hechos controvertidos. No podemos identificarnos con el razonamiento que se acoge en los últimos párrafos del FJ 1º. Sostiene la Audiencia que los acusados "... se avinieron a contestar a las preguntas relacionadas con dicha conversación introduciendo la misma en los debates del juicio oral y permitiendo por tanto su valoración al haberse producido una desconexión de la antijuridicidad de dichas declaraciones respecto de la posible ilicitud en la obtención de la grabación". Ninguno de los acusados reconoció que el secuestro y el robo violento formaban parte de sus objetivos, de ahí que este dato carezca de toda fuerza incriminatoria y, por supuesto, no puede ser tenido como elemento de corroboración de una prueba tachada de ilegal.

La ilicitud de la grabación obtenida por los agentes de policía, valiéndose del acusado Lorenzo, conduce a declarar vulnerado el derecho a no confesarse culpable y, con él, el derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE).

La estimación del motivo primero de los respectivos recursos de los acusados conduce a casar la sentencia impugnada y a dictar otra que acuerde la libre absolución de todos los acusados, incluido el no recurrente ( art. 903 de la LECrim).

4.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

#### **FALLO**

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación, promovido por las respectivas representaciones legales de Carlos Manuel, Carlos Miguel y Carlos Ramón, por estimación del primero de sus motivos, contra la sentencia 462/2019, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en causa seguida contra aquellos por los delitos de conspiración para el secuestro y el robo con violencia, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Leopoldo Puente Segura

**RECURSO CASACION NÚM.: 5116/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 5116/2019, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en el procedimiento abreviado núm. 17/2016 tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 12 de Valencia, de fecha 30 de septiembre de 2019, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**

Por las razones expuestas en los FFJJ 2º y 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del recurso entablado, declarando la ilicitud probatoria de las conversaciones grabadas por el coacusado Lorenzo, con ocasión del encuentro que tuvo lugar el día 3 de abril de 2014 con otros coacusados en la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM001.

La ilicitud probatoria ( art. 11 LOPJ) conduce a declarar que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y que ha sido objeto de recurso vulneró el derecho a no confesarse culpable y, con él, el derecho a la presunción de inocencia.

La aplicación del art. 903 de la LECrim impone que la nueva sentencia aproveche a los demás condenados en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que los recurrentes.

#### **FALLO**

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

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a los acusados Carlos Manuel, Carlos Miguel y Carlos Ramón. Se declaran de oficio las costas causadas. Se deja sin efecto la declaración de responsabilidad civil efectuada en la sentencia de instancia que se mantiene en todo lo que no se oponga a la presente.

Por aplicación del art. 903 de la LECrim debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Lorenzo

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Leopoldo Puente Segura

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.