

Roj: **STS 2290/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2290**Id Cendoj: **28079120012018100288**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/06/2018**Nº de Recurso: **1801/2017**Nº de Resolución: **311/2018**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 6239/2017,**  
**STS 2290/2018**

RECURSO CASACION núm.: 1801/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****SENTENCIA: 311/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley y vulneración del precepto constitucional interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y por el **AYUNTAMIENTO DE MADRID**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) de fecha 19 de junio de 2017, por los supuestos delitos de cohecho; prevaricación; tráfico de influencias; negociaciones prohibidas a los funcionarios; infidelidad en la custodia de documentos; falsedad y delito contra el patrimonio histórico. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Madrid como parte recurrente representado por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, y como parte recurrida D. Cayetano representado por el procurador D. Antonio Rueda López, bajo la asistencia letrada de D. Germán Guillén García; D. Gabriel, D. Higinio representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Margarita López Jiménez, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Ana Fernández Jiménez, D.<sup>a</sup> Marí Trini representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Margarita López Jiménez y asistida por el letrado D. Luis Rodríguez Ramos, D. Marcos representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Rocío Martín Echagüe y asistida de letrado D. José Miguel Serrano Gutiérrez, D. Pascual representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Florentina del Campo Jiménez y asistida de letrado D. Alfonso Morales Camprubí, D.<sup>a</sup> Berta representada por el procurador D. Carlos Piñeira de Campos y asistida de letrado D. Silverio Aguirre Crespo, D. Teodulfo representado por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, bajo asistencia letrada de D.





Alfredo Gómez Mendizábal, D. Jose Ramón representado por el procurador D. Gabriel de Diego Quevedo y bajo la dirección letrada de D. Enrique Molina Benito, D. Carlos Miguel representado por el procurador D. David Martín Ibeas y asistido por el letrado D. José Guillermo Martín Reyes, D. Jesús Luis representado por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico y asistido por el letrado D. Ignacio Serrano Butragueño, D. Pedro Antonio representado por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico y asistido por el letrado D. Francisco Vasques-Tenreiro Vega, D. Alberto representado por la procuradora D.ª Carmen Ortiz Cornago y asistido por el letrado D. José Antonio Choclán Montalvo, D. Armando representado por la procuradora D.ª Carmen Ortiz Cornago y asistido por el letrado D. Alfonso Serrano Gómez, D.ª Nicolasa representada por el procurador D. Jorge Deleito García y asistida de letrado D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, D. Cecilio representado por la procuradora D.ª Marta Isla Gómez y asistido de letrado D. Francisco José García Martín, D. Eladio representado por el procurador D. Víctor Requejo Calvo, bajo asistencia letrada de D. José Antonio Choclán Montalvo, D. Eusebio representado por la procuradora D.ª María del Coral Lorrio Alonso y asistido de letrada D.ª Azucena Ayuso Horta, D. Fernando representado por la procuradora D.ª Amalia Josefa Delgado Cid, bajo la dirección letrada de D. Ernesto Estella Garbayo, D. Luis representado por la procuradora D.ª Beatriz Sánchez Vera y asistido de letrado D. Javier-Francisco Miana Ortega, D. Millán representado por el procurador D. Miguel Ángel Aparicio Urcía y asistido de letrada D.ª María Raquel Peña Peña, D. Pelayo representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo asistencia letrada de D.ª Marta Matarán García, D. Roman representado por el procurador

D. Vicente y asistido por D. Antonio Abella García, D. Ángel Daniel representado por el procurador D. Antonio Esteban Sánchez y asistido de letrado D. Nicanor Herrera Hernández, D. Ángel representado por procurador D. Victorio Venturini Medina, bajo asistencia letrada de D.ª Rosario Losada Suarez, D. Bernardino representado por el procurador D. Carlos A. Sandeogracias López, asistido de letrada D.ª Ana Madera Campos, D. Ceferino representado por la procuradora D.ª Gloria Rubio Sanz, bajo la asistencia letrada de D.ª Florentina Generoso Hermoso, D. Darío y D.ª Adolfina representados por el procurador D. Luis José García Barrenechea y asistido por el letrado D. Camilo Soler Checa, D. Fabio representado por el procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral y bajo asistencia letrada de D. Daniel Santos García; D. Gaspar y D. Hugo actuando como **acusación popular** y representados por el procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque y asistidos de letrado D. José Mariano Benítez de Lugo Guillén.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, incoó diligencias previas procedimiento abreviado 939/2007, seguido ante la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) procedimiento abreviado 1/2016, contra D./ D.ª Pelayo , Roman ; Ángel Daniel , Nicolasa , Marí Trini , Cecilio , Berta , Ángel , Jesús Luis , Bernardino , Fernando , Luis , Millán , Jose Ramón , Teodulfo , Pascual , Eladio , Alberto , Armando , Cayetano , Marcos , Ceferino , Eusebio , Pedro Antonio , Darío , Adolfina , Gabriel , Higinio , Carlos Miguel y Fabio . Ejerció acusación particular, el Ayuntamiento de Madrid y acusación popular D. Gaspar y D. Hugo , por delitos de cohecho; prevaricación; tráfico de influencias; negociaciones prohibidas a los funcionarios; infidelidad en la custodia de documentos; falsedad y delito contra el patrimonio histórico.

Con fecha 19 de junio de 2017 la Audiencia de instancia dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

<<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 Julio 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, Pelayo , 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.

Tres días después, el 9 de marzo de 2007, tras valorar el contenido de lo grabado, desde la Jefatura de dicha Unidad, se ordenó a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, que se tomara declaración como denunciante al Sr. Julio . en el atestado levantado al efecto ese mismo día no se hizo referencia alguna a que los medios técnicos con los que se grabó la conversación habían sido facilitados en dicha Unidad. Por el contrario, de la lectura del atestado resultaba que había sido aquel, "motu proprio", quien había decidido grabarla con sus propios medios, haciendo entrega después de la grabadora con la cinta magnetofónica a la Guardia Civil.



Ni la grabadora ni la cinta magnetofónica con la conversación supuestamente registrada fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción.

Tras ser turnado el atestado al Juzgado de Instrucción nº 32, con fundamento únicamente en la transcripción de dicha supuesta conversación y en la declaración recibida al denunciante en dependencias de la Guardia Civil, se acordó mediante auto de fecha 2 de abril de 2007, la incoación de diligencias previas, el secreto de las actuaciones por tiempo de un mes, la condición de testigo protegido de Julio , la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Pelayo , de números NUM000 y NUM001 y que se librasen sendos oficios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la (sic) Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de un vaciado completo de sus archivos de los últimos 4 años relacionados con Pelayo , Roman y Isidora .

La instrucción subsiguiente deriva directamente de dicha grabación, verdadera piedra angular sobre la que se ha construido toda la causa>>.

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, dictó sentencia núm. 408/2017 de fecha 19 de junio de 2017 con el siguiente **pronunciamiento** :

<< **FALLO** : Debemos absolver y absolvemos a Pelayo , Roman , Ángel Daniel , Nicolasa , Marí Trini , Cecilio , Berta , Ángel , Jesús Luis , Bernardino , Fernando , Luis , Millán , Jose Ramón , Teodulfo , Pascual , Eladio , Alberto , Armando , Cayetano , Marcos , Ceferino , Eusebio , Pedro Antonio , Darío , Adolfina , Gabriel , Higinio , Carlos Miguel y Fabio de los delitos por los que han sido acusados.

No ha lugar a la concesión de licencia interesada por la defensa de Jesús Luis al amparo de lo dispuesto en el artículo 215.2 del Código Penal .

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dentro de los cinco días siguientes a su última notificación (sic)>>.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y por el Letrado del Ayuntamiento de Madrid, que se tuvo por anunciado, 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 Ministerio Fiscal basa su recurso en un **único motivo de casación** :

**Único motivo.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 852 de la LECrim , en relación con lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y correlativa lesión de los derechos fundamentales a un proceso con garantías y al uso de medios de prueba pertinentes, todos ellos proclamados en el art. 24 de la norma fundamental, apartados primero y segundo respectivamente.

**QUINTO.-** El Letrado del Ayuntamiento de Madrid, basa su recurso en un **único motivo de casación** :

**Único motivo.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 852 de la LECrim , en relación con lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y correlativa lesión de los derechos fundamentales a un proceso con garantías y al uso de medios de prueba pertinentes reconocidos en el art. 24, apartados primero y segundo respectivamente.

**SEXTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escritos de fecha 20 de julio y 23 de octubre de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la admisión de los motivos del recurso.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de fecha 12 de abril de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 9 de mayo de 2018. En fecha 24 de mayo de 2018 se dictó auto de prórroga para dictar sentencia prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** La sentencia núm. 408/2017, fechada el 19 de junio de 2017 y dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, absolvió a los acusados Pelayo, Roman, Ángel Daniel, Nicolasa, Marí Trini, Cecilio, Berta, Ángel, Jesús Luis, Bernardino, Fernando, Luis, Millán, Jose Ramón, Teodulfo, Pascual, Eladio, Alberto, Armando, Cayetano, Marcos, Ceferino, Eusebio, Pedro Antonio, Darío, Adolfinia, Gabriel, Higinio, Carlos Miguel y Fabio de los delitos por los que han sido acusados.

1.1.- Contra esta resolución absoluta se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el Letrado del Ayuntamiento de Madrid. En ambos casos se formaliza un único motivo que, dada la conexión argumental que une las respectivas impugnaciones, serán objeto de un tratamiento unitario.

Por el Fiscal se alega infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infracción constituida por la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal, así como del derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, proclamados en el artículo 24.1 y 2 de la CE, al entender que la Audiencia ha resuelto desestimar la pretensión de condena del Fiscal, «... *sin valorar las pruebas aportadas por dicho Ministerio, declarando nulas y dejando de valorar las grabaciones y transcripciones de conversaciones personales y telefónicas propuestas como prueba, así como las pruebas periciales, documentales, interrogatorio de los acusados y testificales propuestas, lesionando de este modo los referidos derechos fundamentales* ».

Este mismo enunciado sirve de base a la acusación particular representada por el Letrado del Ayuntamiento de Madrid para argumentar la impugnación de la sentencia recurrida.

El eje sobre el que se construye el discurso impugnativo hecho valer por ambos recurrentes se centra en la decisión del Tribunal *a quo* de no valorar las pruebas propuestas por las acusaciones, sobre la base de considerar lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones, la intimidad y el derecho a no declarar contra sí mismo, la grabación efectuada por el testigo protegido Julio de una conversación que mantuvo el día 6 de marzo de 2007 con el acusado Pelayo, grabación que acompañó a la denuncia presentada, que luego se registró en CD y fue transcrita y aportada a las actuaciones procesales. El Fiscal consideró en la instancia que las pruebas propuestas y aportadas eran lícitas y válidas, por lo que interesó en la instancia su valoración y el correlativo dictado de una sentencia que declarara los hechos probados, con base en la valoración en conciencia de dichas pruebas. Reconoce el Ministerio Público que «... *si resultara evidenciado, y así se asumiera, que el testigo protegido ejercía, o al menos en la ocasión de autos, actuó efectivamente, como pretende la impugnada sentencia, como un mero instrumento de la Guardia Civil, para que por dicha fuerza pública se consiguiera registrar, de forma subrepticia, la conversación privada que un sospechoso había de mantener con dicho testigo instrumental, sin duda habríamos de reconocer que la mejor doctrina, reseñada de modo extenso por la Sala provincial, indicaría la nulidad de dicha grabación, y el vicio "ab ovo", absolutamente insubsanable, de todas las pruebas propuestas y practicadas a lo largo del plenario* ».

Entiende el Fiscal que esa exclusión de la fuente de prueba ofrecida por la grabación de la conversación mantenida entre el acusado Pelayo y el testigo protegido Julio, no es conforme a derecho. No existió, a juicio del recurrente, una utilización instrumental del testigo protegido por la Guardia Civil, con el fin de obtener una confesión que de otro modo no habría logrado nunca. Insiste el Fiscal que «... *la grabación de autos no es el origen de las investigaciones. El origen de las mismas radica en la denuncia presentada por el testigo protegido, que inicia el procedimiento. La denuncia es uno de los actos procesales, con capacidad para determinar la incoación de un proceso penal, y desde luego una investigación policial. En el supuesto de autos, la grabación magnetofónica constituye un vestigio que acompaña la denuncia, que es la actuación procesal de la que deriva el presente caso. Por tanto, no es adecuado afirmar que el origen de la presente causa radica en un grabación. La función de la misma fue corroborar la "notitia criminis", la certeza de lo manifestado por el testigo protegido a la Guardia Civil. Aun así, no cabe dudar de la importancia de dicho soporte, al aportar la conversación registrada datos de interés, que luego fueron tenidos en cuenta en las investigaciones. Pero dichos datos fueron asumidos, corroborados, ratificados y aportados a la causa por el propio testigo compareciente. Por ello, la presente causa penal parte de una denuncia presencial y personal, presentada sin procurador especial, por parte de un ciudadano, el cual aportó en su comparecencia una grabación privada, realizada conforme a las normas vigentes, realizada gracias a la facilitación de un medio técnico, puesto a disposición plena y autónoma de dicho ciudadano, por funcionarios de la Guardia Civil, en su función de informar a los ciudadanos de sus derechos y colaborar en la defensa de los mismos* ».

El Fiscal expone en nueve apartados las razones por las que, a su juicio, el recurso debería ser estimado. Allí se habla de la legitimidad de una grabación por ser privada, de su producción en un ámbito extraprocesal, de la irrelevante influencia del testigo protegido sobre su contenido, de la inaplicabilidad del principio *nemo tenetur*, la ausencia de toda acción de interferencia por parte de los agentes de la Guardia Civil, la inaplicabilidad de los protocolos de grabación exigidos por la Audiencia y, en fin, la errónea calificación del suceso como un







delito provocado. A estas razones añade el Fiscal la aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en la STS 423/2015, 26 de junio, referida entonces a un supuesto muy similar al de autos, en el que no se consideró necesaria la autorización judicial para proceder del mismo modo que actuó el testigo protegido.

En la misma línea, la acusación particular pone el acento en la licitud probatoria de la grabación que fue -se insiste- indebidamente excluida por el Tribunal de instancia. Con pulcritud sistemática el recurrente invoca la doctrina constitucional y de esta Sala referida a la licitud probatoria de las grabaciones realizadas cuando uno de los interlocutores resuelve incorporar a un archivo sonoro las palabras del otro.

Se reitera que en el atestado quedó claramente reflejado que fue el testigo Julio quien entregó a los agentes la grabadora y que la falta de entrega al Juzgado de instrucción de las grabaciones es explicable por el hecho de que el instructor «... *no mostró el más mínimo interés por esta circunstancia, ni por si podía localizarse a alguna persona que pudiera dar razón del paradero de la cinta original o que informara sobre quién tomó la decisión de no ponerla a disposición del Juzgado de instrucción y por qué*». El testigo protegido nunca puede ser considerado un instrumento al servicio de la Guardia Civil, al contar éste con la disponibilidad plena de la grabación y con el consentimiento de su interlocutor. Se completan las alegaciones con la cita expresa de la STS 652/2016, 15 de julio, en la que fue resuelto un supuesto que guarda -a juicio del recurrente- plena identidad con el que ahora centra nuestro interés.

Ambos motivos han de ser desestimados.

**1 . 2 .-** Pocas materias como la referida a la ilicitud probatoria se ofrecen al intérprete con tantos enfoques alternativos. El art. 11 de la LOPJ, cuando niega validez a toda prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, ha sido objeto de una amplia y extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala. Su lectura permite detectar sin dificultad una evolución que ha modulado la inicial interpretación de aquel mandato como un enunciado no susceptible de matices. Esta evolución no es ajena a un movimiento iniciado en la misma línea, años atrás, en otros sistemas comparados en los que las reglas de exclusión probatoria habían adquirido -y siguen teniendo- una pujante vigencia.

Y esta Sala, desde luego, no ha sido ajena a esa evolución.

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.

Y es esta doctrina, precisamente, la que conduce a avalar la conclusión de la Audiencia de Madrid acerca de la ilicitud probatoria.

**1 . 3 .-** En efecto, Conviene hacer una precisión inicial que condiciona el desenlace de este recurso. En la argumentación del Fiscal y del Letrado del Ayuntamiento late una discrepancia con la sentencia recurrida acerca

de cuál fue el verdadero acto de incoación de la presente causa penal. Se cuestiona incluso si los agentes de la Guardia Civil llegaron a proporcionar los medios para la grabación o si éstos fueron aportados por el propio denunciante. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid ha fijado, con el carácter de hecho probado, la secuencia fáctica que está en el origen del presente procedimiento. En sus extensos razonamientos ninguno



de los recurrentes, más allá de expresar su respectiva discrepancia, aporta argumento acogible que permita calificar esas conclusiones probatorias como expresión de un discurso extravagante, ajeno a los cánones de valoración probatoria impuestos por nuestro sistema constitucional. Y esos presupuestos fácticos, tal y como han sido proclamados en la instancia, son absolutamente determinantes de la declaración de ilicitud probatoria.

Resulta conveniente, por tanto, la transcripción literal del hecho probado. En él puede leerse lo siguiente: « 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 Julio 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, Pelayo , 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 ».

Sigue narrando el factum que « tres días después, el 9 de marzo de 2007, tras valorar el contenido de lo grabado, desde la Jefatura de dicha Unidad, se ordenó a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, que se tomara declaración como denunciante al Sr. Julio . En el atestado levantado al efecto ese mismo día no se hizo referencia alguna a que los medios técnicos con los que se grabó la conversación habían sido

facilitados en dicha Unidad. Por el contrario, de la lectura del atestado resultaba que había sido aquel, "motu proprio", quien había decidido grabarla con sus propios medios, haciendo entrega después de la grabadora con la cinta magnetofónica a la Guardia Civil ».

Se añade un dato de especial incidencia valorativa: « ni la grabadora ni la cinta magnetofónica con la conversación supuestamente registrada fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción ».

Y se concluye, expresando así la estrecha y directa conexión entre la fuente de ilicitud probatoria y lo actuado con posterioridad, que «tras ser turnado el atestado al Juzgado de Instrucción nº 32, con fundamento únicamente en la transcripción de dicha supuesta conversación y en la declaración recibida al denunciante en dependencias de la Guardia Civil, se acordó, mediante auto de fecha 2 de abril de 2007, la incoación de diligencias previas, el secreto de las actuaciones por tiempo de un mes, la condición de testigo protegido de Julio , la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por Pelayo , de números NUM000 y NUM001 y que se librasen sendos oficios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la a la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de un vaciado completo de sus archivos de los últimos 4 años relacionados con Pelayo , Roman y Isidora .

*La instrucción subsiguiente deriva directamente de dicha grabación, verdadera piedra angular sobre la que se ha construido toda la causa» .*

Es, por tanto, en el ámbito de los presupuestos fácticos que están en el origen de la ilicitud, en el que hemos de movernos. A esa conclusión llegan los Magistrados de instancia después de expresar su « extrañeza» por el hecho de que en el plenario no fuera propuesta prueba alguna relativa a la génesis de la grabadora y a su paradero. No fueron llamados a juicio ni el instructor del atestado ni ninguno de los guardias civiles que pudieron haber tenido alguna relación con esa grabación o con la misma investigación. La declaración prestada por el testigo principal - Julio - demostró las profundas inexactitudes que se vertían en el atestado. El testigo explicó con todo detalle cómo fueron los agentes, frente a los que se afirma reiteradamente en el atestado, quienes le proporcionaron los instrumentos de grabación precisos para dejar constancia de su conversación con uno de los principales inculpados.

Con tales antecedentes, la conclusión no puede ser otra: «... de los hechos probados de esta resolución se infiere de forma incontrovertible que Julio fue un mero instrumento utilizado por agentes no identificados de la referida Unidad Orgánica de la Guardia Civil para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación que aquel iba a mantener, gracias a su condición de antiguo cliente, en el despacho profesional de Pelayo . La grabación de la conversación fue planificada y materializada a iniciativa de los desconocidos agentes de dicha Unidad, quienes proporcionaron los instrumentos necesarios para que se pudiera llevar a efecto, contribuyendo así de manera crucial en la ejecución del plan para la obtención de la fuente de prueba. Todo ello se hizo sin que existiera denuncia, sin que se incoara diligencia alguna, ni se pusiera en conocimiento de la autoridad judicial ni, por tanto, se solicitara la correspondiente autorización del Juez de Instrucción ».

Este párrafo, en sintonía con el excelente nivel técnico que refleja la sentencia dictada en la instancia, condensa las razones por las que las grabaciones obtenidas por la Guardia Civil están afectadas de una nulidad probatoria que no puede ser de ningún modo subsanada.





En efecto, no estamos en presencia de una grabación entre particulares, como pretenden argumentar el Fiscal y el Ayuntamiento de Madrid. Esa conversación no puede quedar amparada por la jurisprudencia que en sus respectivos escritos de formalización reflejan los recurrentes.

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 Pelayo 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. La no incorporación a la causa penal de esas grabaciones y, lo que es más importante, la ocultación al Juez instructor de la identidad de los agentes que idearon el atajo para eludir las garantías constitucionales, no hacen sino reforzar la conclusión alcanzada por la Audiencia.

**1 . 4 .-** En apoyo de su pretensión acerca de la utilizabilidad de esas grabaciones, el Ministerio Fiscal menciona en su recurso la sentencia de esta Sala núm. 423/2015, 26 de junio . Sin embargo, en modo alguno puede asimilarse el supuesto de hecho que centra nuestra atención con el que fue objeto de examen en aquel precedente. Se trataba entonces de la investigación de una red de delincuentes especializada en robos con violencia que privaba de libertad y atentaba contra la integridad física de sus víctimas. Pues bien, en la investigación puesta en marcha para el esclarecimiento de los hechos, fue el propio Juez de instrucción quien autorizó mediante resolución debidamente motivada la utilización de un instrumento fonográfico que permitió al denunciante grabar algunas de las conversaciones mantenidas con quienes luego resultaron acusados. Es cierto que esa resolución incluía un *obiter dicta* que, además de relativizar la exigencia de autorización judicial, remitía a la STC 114/1984, de 29 de noviembre , a la que se calificaba como «... *resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico*».

Sin embargo, más allá de la falta de coincidencia entre los supuestos examinados, lo cierto es que la vigente redacción del art. 588 *quáter*, apartados a ) y c) de la LECrim , exige una resolución judicial habilitante. Y esta resolución ha de dictarse en el marco de un proceso penal, en el que la adopción de una medida de investigación de esta naturaleza está siempre sujeta al control de su legitimidad y procedencia por parte del órgano jurisdiccional.

**1 . 5 .-** La acusación particular ejercida por el Ayuntamiento de Madrid apoya su impugnación con la referencia a la STS 652/2016, 15 de julio . Tampoco ahora detectamos la coincidencia que se reivindica. La defensa silencia el fragmento de esa sentencia en la que se precisa por esta Sala, haciendo suya la jurisprudencia constitucional, que la espontaneidad y la buena fe son presupuestos legitimadores de la grabación del encuentro entre dos particulares. En palabras de la STS 1066/2009, 4 de noviembre : «... *en cuanto a la legitimidad de las grabaciones de conversaciones privadas entre dos personas realizadas por una de ellas sin conocimiento ni consentimiento de la otra parte, que la grabación por uno de los interlocutores de conversaciones entre particulares puede tener una inicial licitud si el encuentro es voluntario y libre. La cuestión varía cuando la persona grabada, de alguna manera, ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra. Para su validez se debe tratar de un encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamientos de ninguna clase. Así se desprende de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. La espontaneidad y la buena fe son requisitos condicionantes de su valoración. Cuando se fuerza y provoca una conversación ya no es posible situarse en el mismo plano. El interlocutor grabado no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero. La propia parte recurrente - dice la sentencia- admite espontáneamente que cuando la menor contó a su madre la versión de los hechos, ésta le aconsejó que procediera a grabar una conversación con el acusado, con el fin predeterminado de conseguir las pruebas necesarias, ya que, en caso contrario, sería su palabra contra la de él. Sea cuales sean las circunstancias que llevaron a tener en la conversación en la vía pública, lo cierto es que se trata de un ardid que vicia la prueba y el método empleado* ».







Se silencia también el pasaje en el que recordábamos que «... todo indica que se está ante un supuesto en que la conversación grabada fue planificada y materializada a iniciativa de los dos denunciantes, quienes convencieron a los acusados ... y ... para que estos accedieran a seguir hablando del pago del dinero que les exigían, al efecto de que los denunciantes pudieran grabar las conversaciones y disponer así de una prueba que avalara sus afirmaciones, prueba que les había sugerido el funcionario (...) Por consiguiente, de una parte, todo denota que se trató de una grabación preparada mediante cierto ardid para que los acusados volvieran a incidir en las declaraciones relacionadas con la petición de un dinero integrante de un soborno, teniendo como objetivo específico conseguir una confesión documentada de la conducta delictiva de los acusados, sin que esa declaración autoincriminatoria estuviera precedida, obviamente, de las garantías que prevé la Ley Procesal Penal para prestar una declaración un imputado ante una atribución delictiva. De modo que podría haberse vulnerado el derecho fundamental a no prestar declaración y a no confesarse culpable» .

1 .6.- De obligada cita resulta la STS 116/2017, 23 febrero (caso Falciani ). En esta resolución se descarta la reivindicada nulidad de las pruebas obtenidas por un particular que se había hecho con archivos digitales en los que se contenía una información personal que permitió la identificación de cientos de personas que habían omitido el deber constitucional de contribuir mediante el pago de los impuestos al sostenimiento de las cargas públicas.

Ya entonces nos hacíamos eco de las dificultades jurídicas que suscita el tratamiento de las reglas de exclusión: «... las alegaciones que dan vida al primero de los motivos ponen de manifiesto la objetiva complejidad del problema suscitado. Una complejidad que se deriva del significado mismo de la prueba ilícita y de los radicales efectos que su declaración lleva asociada. 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 ).

Que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria forma parte de las garantías del sistema constitucional. Más allá de su proclamación expresa en un enunciado normativo, su vigencia es nota definitoria del derecho a un proceso con todas las garantías. 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».

Destacábamos también la necesidad de huir 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 ».

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 intimidad domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública.

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

Pero no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada. Es el caso, por ejemplo, de la STS 793/2013, 28 de octubre , en la que la Sala no hizo valer la regla de exclusión porque "...no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro". Aunque con matices, esta idea está también presente en el desenlace de la STS 45/2014, 7 de febrero , en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores.

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

Decisivos resultan, por tanto, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado. Pero también lo es atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio. Sólo así la decisión sobre la regla de exclusión no correrá el riesgo de apartarse de su genuino fundamento. Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del *ius puniendi*. Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está



*en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba*

*que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego.*

Así delimitada la necesidad de un tratamiento singularizado de realidades que no pueden ser, sin más, asimiladas, la Sala situó en la espontaneidad de la actuación del particular la clave para optar por una u otra solución: «...fuera de ese espacio valorativo, la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. No se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos ».

**1 . 7 .-** Pues bien, proyectando esta jurisprudencia al supuesto de hecho que ahora nos ocupa, resulta más que evidente que la utilización en el proceso penal de la información obtenida a partir de unas grabaciones propiciadas por agentes de la Guardia Civil, no puede ser avalada por la Sala, sobre todo, cuando en la sentencia recurrida se ofrece la secuencia que precedió a esa grabación y que evidencia que Julio actuó como un verdadero instrumento de los agentes. Los términos en que esa conversación se desarrolló ponen de manifiesto que Julio buscaba

-insistimos, a instancia de los agentes- una declaración de Pelayo que sirviera para desencadenar, ahora sí, una investigación judicial verdaderamente intrusiva de los derechos fundamentales del imputado. El dato añadido de que las grabaciones nunca llegaron a incorporarse a la causa, que se silenció su propia existencia al Juez instructor y que ni siquiera fueron identificados los agentes que participaron en el operativo del que derivó la grabación entre ambos particulares, refuerza, si cabe, la certeza de que Julio fue un hombre interpuesto en las labores iniciales de investigación, al que los agentes atribuyeron un cometido bien concreto, a saber, lograr un reconocimiento por parte de su interlocutor del cobro de determinadas cantidades económicas, a cambio de prestar servicios propios de su trabajo como empleados del ayuntamiento de Madrid.

Actuó correctamente la Audiencia al excluir la validez probatoria de unas grabaciones que, más allá de su ocultación, desplegaron un efecto contaminante de todo lo actuado, en la medida en que representaron una privilegiada fuente de conocimiento que debió haberse obtenido sin subterfugios encaminados a eludir la vigencia de las garantías que son propias del proceso penal.

El motivo formalizado por el Ministerio Fiscal y el Letrado del Ayuntamiento de Madrid, ha de ser desestimado ( art. 885.1 LECrim ).

**SEGUNDO.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas del Ayuntamiento de Madrid, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

## FALLO

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

**1 º.- Declarar no haber lugar** al recurso de casación, interpuesto por EL **MINISTERIO FISCAL** y el **Letrado del AYUNTAMIENTO DE MADRID** , contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en la causa seguida

por los supuestos delitos de cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios, infidelidad en la custodia de documentos, falsedad y delito contra el patrimonio histórico.

**2 º.- Condenar** al Ayuntamiento de Madrid al pago de las costas causadas.

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.

Manuel Marchena Gómez Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García