

Recurso de Casación

(Fiscalía 100-17)

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Fiscal del Tribunal Supremo, en cumplimiento de su misión de promover la Justicia desde la legalidad (artículo 124 CE) en el Tribunal Supremo de Justicia del Reino de España (artículo 123 CE), mandato recibido directamente de la Constitución, y al amparo de lo establecido en los artículos 847, 852, 873, 879 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpone **recurso de casación por infracción de precepto constitucional**, contra la sentencia de 19-6-17 de la sección segunda de la Audiencia de Madrid, abreviado 1-16, procedente del juzgado de instrucción número Treinta y Dos de los dicha capital, seguido por delitos de cohecho, falsedad, contra el patrimonio histórico, prevaricación ambiental y urbanística, y negociaciones prohibidas a funcionarios, contra Antonio Sanz Escribano y otros, siendo parte acusadora el Fiscal.

El recurso que ahora se formaliza fue anunciado en tiempo y forma, teniéndose por preparado por auto de la Sala provincial, y emplazándose al Fiscal

para ante la Excelentísima Sala de Casación.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos, y parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Se formaliza el presente recurso de casación **por 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 de este Ministerio Fiscal, así como al derecho a un proceso con garantías y a utilizar medios de prueba pertinentes**, proclamados en el artículo 24, apartados primero y segundo, de la Constitución, al entenderse que la Corte provincial 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.

MOTIVO ÚNICO

POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, AL AMPARO DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 852 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, EN RELACIÓN CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, POR VIOLACIÓN 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 ARTÍCULO 24 DE LA NORMA FUNDAMENTAL, APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO RESPECTIVAMENTE.

ANTECEDENTES

Primero. La resolución recurrida.

La sentencia que se recurre basa su pronunciamiento en su opción por dejar de valorar las pruebas propuestas por el Fiscal, al desestimar la toma en consideración de las referidas pruebas, partiendo de 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 Joaquín Hernández Marugán de una conversación que mantuvo el día 6-3-07 con el acusado Antonio Sanz Escribano, grabación que acompañó a la denuncia presentada, y que luego se registró en "CD", y fue transcrita y aportada a las actuaciones procesales.

La Sala entiende que el contenido de dicha conversación originó la denuncia presentada por dicho testigo, la cual motivó la incoación de la presente causa.

Dicha grabación, según la sentencia, habría sido realizada por iniciativa y bajo el control de la Guardia Civil, aportando al testigo una grabadora y cinta magnetofónica, de modo que la referida conversación habría sido inducida y controlada por dicha fuerza, sin haberse iniciado actuación penal, y sin contar con la debida autorización judicial, lo que determinaría su nulidad, así como la nulidad la de

la denuncia y la de todas las pruebas practicadas, por lo que no cabría otra alternativa que la absolución de todos los acusados por falta de pruebas.

Al consignar hechos, la Sala provincial afirma que el día 6 de marzo de 2007, miembros desconocidos de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos) entregaron una grabadora y cinta magnetofónica al testigo protegido, quien aseguró en el plenario que los agentes de dicho cuerpo le proporcionaron los medios técnicos imprescindibles para realizar la grabación, precisando que consistían en la referida grabadora, de 5 por 10 centímetros, con pilas, rectangular, y una pequeña cinta magnetofónica. Continúa la Sala asegurando que la entrega de los dispositivos para la grabación se efectuó en dependencias de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de la Comandancia del Cuerpo de Madrid (Tres Cantos).

Destaca la sentencia que el atestado hace constar "la orden de tomar declaración a una persona que denuncia una especie de trama...", disponiéndose que "la grabadora facilitada por el denunciante se remita al Servicio de Acústica...".

Cree acreditado el Tribunal recurrido que la grabadora y la cinta fueron entregadas al testigo el mismo día en que se efectuó la grabación, 6 de marzo de 2007. Afirma la Sala:

...El testigo se dirigió con la grabadora al despacho profesional del acusado, con el que mantenía **una antigua relación de confianza**, con la finalidad de grabar, de forma subrepticia, **una conversación en la que se haría referencia a la supuesta petición de dinero para agilizar la tramitación de su**

expediente. La grabadora y la cinta con la conversación se entregaron finalmente a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, equipo de Madrid, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, el 9 de marzo de 2007. **El atestado, redactado en dicha fecha, es el acto que dio lugar a la incoación de la presente causa...**

La Sala señala que en el referido atestado se informa reiteradamente de que es el denunciante quien aporta la grabadora y la cinta con la conversación, sin referencia a la entrega por los agentes de dichos efectos al testigo, y sin que dichos efectos fueran entregados al juez instructor, quien no indagó al respecto.

La Sala resalta que el auto de incoación de las diligencias previas se basa exclusivamente en lo que, según el atestado, es la transcripción de la grabación supuestamente realizada el 6 de marzo de 2007. Destaca especialmente la Sala recurrida:

...No se realizó ninguna investigación previa por parte de la Guardia Civil...**Tras la denuncia,** (dicha fuerza) **sólo se limitó a la identificación de las personas y propiedades** de los denunciados...

De todo ello concluye la Sala que el testigo protegido

...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 (del acusado)...

...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...**

Concluye la Sala proclamando que la prueba, obtenida con vulneración de un derecho fundamental, ha de ser excluida de la apreciación probatoria, siendo ésta una de las garantías de nuestro sistema constitucional. Incluso, entrando en la valoración jurídico-penal de hechos cuya prueba rechaza, la Sala afirma que nos encontraríamos, si se diera valor de prueba a la referida grabación, en todo caso ante un delito provocado.

Se sostiene, además, que en todo caso la motivación del auto que acuerda las intervenciones telefónicas es nula,

...porque se fundamentó en una supuesta grabación espontánea, realizada por un ciudadano por su cuenta y con sus propios medios, pues así resultaba del atestado, y no en lo verdaderamente sucedido, que de haberse puesto en conocimiento del Juzgado tendría que haber sido determinante de la declaración de nulidad de la grabación y del consiguiente sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En consecuencia, la resolución que da inicio a la instrucción y que

acuerda, entre otros extremos, el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos, **carece de verdadera motivación, pues la que contiene se asienta exclusivamente en el relato falaz obrante en el atestado de la Guardia Civil...**

Segundo. La posición del Fiscal.

El Fiscal formuló acusación, interesando las condenas a las penas que constan en la impugnada sentencia, en el apartado relativo a las conclusiones definitivas del referido público Ministerio, y que ahora se dan por reproducidas.

El Ministerio Público consideró y continúa considerando que las pruebas propuestas y aportadas eran lícitas y válidas, por lo que interesó su valoración, y el dictado de una sentencia que declarara los hechos probados, con base en la valoración en conciencia de dichas pruebas.

El Fiscal, que había considerado lícitas y válidas dichas pruebas, **cuya licitud había sido asumida por el instructor en su auto de 2-7-09**, en el que se hace referencia a la utilización de medios aportados por las fuerzas de seguridad, por parte del testigo protegido, vio cómo la Sala consideraba, en la impugnada sentencia, todas las pruebas nulas, al derivar pretendidamente todas ellas de la supuestamente ilícita grabación de la conversación, mantenida entre el testigo protegido y uno de los acusados.

FUNDAMENTOS LEGALES Y DOCTRINALES DEL PRESENTE

RECURSO DE CASACIÓN

Primero. Las dos opciones procesales y doctrinales en liza.

En orden a resolver el presente recurso de casación, sin duda alguna, el “quid” de la cuestión radica en asumir o negar el hecho nuclear, afirmado por la Sala en los fundamentos de la resolución: que el testigo protegido

...fue un **mero instrumento utilizado por agentes no identificados...** 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 (del acusado)...

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.

Sin embargo, como a continuación expondremos, no es ésa la situación producida.

La Sala provincial no acierta en sus consideraciones al respecto, privando al Fiscal recurrente de una prueba lícita y esencial, y de todas ellas, actuación procesal que origina su indefensión, conllevando la nulidad radical de la impugnada sentencia.

Segundo. Los puntos nucleares de la posición de la Sala provincial.

La Sala provincial sostiene, y en ello basa su absolución, que las pruebas serían nulas, al derivar de un registro de conversación privada, llevado a cabo por una persona que actuó como mero instrumento de las fuerzas de seguridad, a iniciativa de las mismas, utilizando un instrumento técnico aportado por dichas fuerzas, sin haberse antes iniciado ninguna investigación previa.

Las fuerzas de seguridad sabían que su pretendido "colaborador instrumental" iba a mantener dicha conversación con el tercero, dada su antigua amistad y antigua relación de confianza, en su condición de antiguo cliente. Sabían también, por el referido testigo protegido, que dicha tercera persona y el testigo hablarían de una suma de dinero que el tercero solicitaba al testigo, a efectos de promover la más diligente tramitación de un expediente, en el que el testigo estaba interesado. Este resumen apretado de la situación, necesario para poder exponer nuestra posición, deriva totalmente de las afirmaciones de la Sala provincial, a cuya formulación llega luego de valorar las pruebas practicadas en el plenario. Podemos por tanto concluir que esta posición es la que asume la Sala, y determinar así sus

consecuencias jurídico-procesales, que la Corte censurada, severamente, afirma que implican la nulidad de todo el proceso.

Tercero. Inconsistencia secuencial de la narración asumida por la Corte provincial.

La exposición de la Sala provincial resulta contradictoria, en cuanto aplica a la realidad categorías que se excluyen entre sí, con lo que podemos afirmar que la Corte provincial diagnostica lo ocurrido de un modo desacertado. Para llegar a esta conclusión, es suficiente con la lectura de la propia exposición de la sentencia, sin siquiera acudir a las actuaciones.

La Sala provincial entiende que, según manifestó el testigo, el mismo mantenía una relación de confianza con el acusado absuelto. Dicha relación de confianza es calificada por el Tribunal recurrido como "antigua". En otro pasaje, la Sala expresa su convicción de que, en el contexto de dicha relación antigua de confianza, el testigo protegido era cliente del despacho del acusado absuelto. Dicha relación de clientela es, asimismo, calificada de "antigua" en la sentencia.

Se parte, en la resolución impugnada, de que el testigo acudió espontáneamente a la Guardia Civil, en relación con los hechos de autos. Si se lee en profundidad la narración judicial, se infiere de modo inequívoco, que **el testigo no fue convocado por la Guardia Civil en el contexto de ninguna operación ni investigación**. En la sentencia se viene a sostener, por el contrario, de modo categórico, que no existía abierta ninguna investigación por parte de la Benemérita, en relación con los hechos de autos, y que el primer conocimiento que la referida

fuerza tuvo del asunto, derivó de la espontánea comparecencia ante la misma del testigo protegido.

Se infiere claramente de la secuencia fáctica que el acusado había solicitado al testigo protegido, antes de que tuviera lugar la conversación registrada, una determinada suma de dinero, que sería entregada a un funcionario municipal, en el designio de promover la más diligente tramitación de un expediente administrativo, procedimiento en el cual el testigo protegido se encontraba afectado, en calidad de interesado.

Como queda dicho, la referida actuación ilícita del acusado, solicitando sumas de dinero, se habría producido, según se desprende de modo inequívoco de la sentencia, antes de la primera comparecencia espontánea del testigo ante la unidad de Guardia Civil.

Según afirma expresamente la sentencia, teniendo conocimiento de tales hechos, y sin que se formulara denuncia alguna por el testigo protegido, la Guardia Civil facilitó al mismo una grabadora y una cinta magnetofónica.

El testigo protegido, munido de tales instrumentos, acudió al despacho del acusado, a efectos de mantener una conversación con el mismo, durante el transcurso de la cual, el testigo hizo derivar la conversación hacia la referida solicitud de dádiva, solicitud ya formulada por el acusado antes de dicha conversación, logrando el testigo que algunas frases relativas a dicha actuación, pronunciadas por el acusado, quedaran registradas.

Con posterioridad a dicha registrada conversación, según la sentencia impugnada, el testigo acudió a la Guardia Civil, formulando denuncia por cohecho, y

aportando la referida grabación, la cual fue recibida, registrada y transcrita por la fuerza policial, y unida como prueba a las actuaciones.

El testigo declaró sobre los referidos hechos en fase sumarial, y en el plenario ratificó y narró nuevamente todo lo relativo a la referida solicitud, así como respecto de la grabación antes referida.

La Sala provincial interpreta jurídicamente estos acontecimientos, entendiendo que la Guardia Civil habría **investigado de modo clandestino al acusado**, utilizando para ello, como mero instrumento, a un antiguo amigo y cliente de dicho acusado, obteniendo así una grabación no autorizada por ningún juez. Por ello, la denuncia del testigo sería nula, como nula sería la testifical, y nulas todas las pruebas de la causa.

Sin duda alguna, no nos es posible compartir el criterio de la Sala provincial, por las razones jurídicas que a continuación exponemos.

Cuarta. La legislación y doctrina aplicables al caso.

La interpretación jurídico-procesal que la Sala realiza de lo que ella misma declara probado, no puede ser asumida.

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 una 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.**

En todo caso, podemos afirmar con toda categoría, que la actuación de la Guardia Civil no fue contraria a Derecho, ni lesionó el derecho a la intimidad del acusado, ni movió a un juez instructor a dictar ningún auto inmotivado, ni arrastra la nulidad de las pruebas practicadas en la vista oral de autos.

Vamos a considerar separadamente los diversos aspectos de la cuestión.

1. Legitimidad de la grabación por ser privada.

Hemos de comenzar resaltando que la conversación registrada era privada, sostenida por dos particulares, lo que impide absolutamente que pueda

considerarse su registro por uno de los intervinientes, como lesivo del derecho a la intimidad del otro.

En este sentido, podemos recordar la doctrina expuesta por STS de 19-4-13 y 29-5-13. Afirma esta última, textualmente:

...No se produjo ninguna afectación del derecho al secreto del artículo 18.3 CE, ya que **no hubo interferencia** de alguna de las comunicaciones, técnicamente mediadas del recurrente, **por parte de un tercero ajeno** a las mismas, sino el simple registro de una conversación presencial por quien, admitido por su interlocutor a participar en ella, tenía acceso legítimo a lo hablado. Algo de lo que, por eso, por estar ya en el secreto, el mismo podría hablar, difundiéndolo, con idéntica legitimidad jurídica en cualquier otro contexto...Fueron manifestaciones en un ámbito extraprocésal, prestadas voluntariamente y sin constricción...

En el supuesto de autos no hubo, en efecto, interferencia alguna de terceros en la conversación, registrada por el testigo protegido. La conversación fue registrada por el propio testigo protegido, no por un tercero, sin que tampoco hubiera habido ninguna actuación de alguien ajeno a la propia conversación registrada.

2. Legitimidad de la grabación, producida en ámbito extraprocésal.

La referida conversación se produjo claramente en un ámbito ajeno a todo proceso, hasta el punto de que no se había siquiera iniciado una investigación policial, al no haberse presentado una denuncia. Como sostiene la STS de 29-5-13:

...No se produjo ninguna afectación del derecho al secreto...

...Fueron manifestaciones en **un ámbito extraprocesal**, prestadas voluntariamente y sin constricción...

3. Legitimidad de la grabación, aportada por el testigo protegido.

La entrega de la grabación de la conversación privada referida, fue realizada por el propio interlocutor que la registró, el testigo protegido referido en autos. No fue aportada por un tercero, ni mucho menos por un miembro de los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado. No hubo interferencia alguna, por tanto, en las actuaciones de custodia o depósito privado de la grabación, transporte de la misma hasta la oficina de las fuerzas de seguridad, y aportación del referido registro a dicha institución. En este sentido, y refiriéndose a esta relevante circunstancia, destaca la STS de 29-5-13:

...Lo registrado fueron manifestaciones del posteriormente acusado...que, finalmente, **se han incorporado a la causa por uno de los participantes** en ese acto de interlocución, que las había grabado reservadamente...

4. Legitimidad de la grabación, por irrelevancia de la influencia del testigo sobre su contenido.

El hecho indudable de que el acusado, cuya conversación con el testigo fue grabada por éste, se hubiese referido a los sobornos, al haber sido llevado a ello por palabras del referido testigo, en nada disminuye ni la licitud ni la eficacia del registro

magnetofónico, considerado como prueba. En efecto, sostiene al respecto la STS de 29-5-13:

...Se ha afirmado, en fin, que habría existido provocación capciosa por parte del testigo protegido, sugiriendo que habría inducido a su interlocutor a entrar en determinadas materias, con el solo fin de comprometerle...

...Incluso en el caso de que hubiese existido realmente esa intención, la condición profesional del ahora recurrente, dado el perfil de su denunciante, introducía una asimetría tal en la relación, que **hace impensable que una manipulación de esa índole hubiese podido llevar al primero a realizar manifestaciones inveraces, o que él mismo no hubiese querido hacer...**

Por lo tanto y según la mejor doctrina, resulta inoperante que el testigo protegido hubiese acudido a su cita con el acusado, con la expresa intención de orientar la conversación hacia el tema de los sobornos, incluso actuando con el deliberado propósito de poner en evidencia a dicho interlocutor. Dicho ánimo no enturbia la licitud de la grabación, al carecer el testigo, manifiestamente, de la capacidad de obtener del acusado manifestaciones inveraces, o bien afirmaciones que dicho acusado no hubiese querido efectuar. Ninguna de ambas posibilidades resulta evidenciada, en el contexto de los hechos analizados por la sentencia recurrida. En efecto, aun suponiendo que el testigo protegido hubiese acudido a la cita para comprometer al acusado, no se aprecia en su actuación una capacidad de influencia tal, que fuera capaz de arrastrar al interlocutor a la mentira, o bien a admitir algún hecho, en contra de su genuina voluntad.

5. **Legitimidad de la grabación, siendo inaplicable el principio “nemo tenetur”.**

En efecto, tal principio no viene en aplicación en el contexto que ahora nos ocupa. Dicho principio no tiene juego alguno, en los sucesos relativos a la grabación de autos. Afirma al respecto la STS de 29-5-13:

...Tampoco cabe entender producida la supuesta vulneración del “nemo tenetur” (artículo 24.2 CE), porque éste **sólo juega en las relaciones directas con autoridades como la judicial o la policial**, donde la cautela representada por el derecho a guardar silencio busca preservar, frente a la acción de aquellas, la integridad moral de quien está siendo objeto de indagación...

6. **Legitimidad de la grabación, no interferida por fuerzas de seguridad.**

Como afirma la STS de 24-3-10, reiterando la doctrina sentada por STS de 1-6-01, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado **“interfiere y llega a conocer”** el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se hubiese hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje, no puede ser considerado el mensaje ni secreto, ni inconstitucionalmente interferido: no es secreto, porque ha sido publicado por quien lo emite, y **no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la**

persona a la que materialmente había sido dirigido, y no un tercero que se hubiese interpuesto.

Como resulta de la expresada doctrina, **la Guardia Civil no se interpuso, ni interfirió en modo alguno la grabación de autos**, que registró una conversación dirigida al testigo protegido. La Benemérita no interfirió, ni tampoco llegó a conocer el mensaje registrado por el testigo, hasta la presentación de la denuncia.

Precisamente, **de no haber resuelto dicho testigo presentar la denuncia, acompañada del soporte magnetofónico referido, la Guardia Civil jamás habría tenido el más mínimo conocimiento de lo acontecido** en la conversación, ni tan siquiera habría alcanzado a saber que la referida entrevista hubiera tenido lugar. El encuentro no fue programado, ni fue vigilado, ni orientado, ni condicionado en modo alguno por la Guardia Civil, con lo que no puede hablarse de ninguna interferencia por su parte.

Tampoco podemos admitir que la actuación de la Guardia Civil fuera reconducible al concepto jurisprudencial, expuesto en STS de 13-3-13, de “superioridad institucional”, la cual sólo existe cuando se procura una **confesión extraprocesal, arrancada mediante engaño, desde la posición de agente de la autoridad**. En efecto, el testigo presencial no actuaba desde ninguna posición de superioridad institucional, sino bajo su cuenta y riesgo, si bien utilizando una grabadora que había solicitado de la Guardia Civil. El testigo no procuró una confesión extrajudicial para la Guardia Civil, no actuando por tanto como agente de la misma, sino como particular, registrando una conversación privada, cuyo tema orientó hacia la cuestión que a dicho testigo interesaba.

Afirmar que el testigo actuó como enviado de la Guardia Civil, desde una posición de superioridad institucional, carece de todo fundamento, y es una interpretación de la Sala provincial que no podemos compartir. No actuó la Guardia Civil utilizando algún subterfugio, para de este modo obtener información, introduciendo a una persona en el círculo del investigado.

Por ello podemos concluir que la grabación de autos, que se acompañó a la denuncia inicial, no fue una actuación ilícita, no lesionando ninguno de los derechos fundamentales del acusado, por lo que la decisión procesal impugnada, que acuerda declararla nula, así como por contaminación, la denuncia, la testifical y todas las pruebas practicadas, es lesiva de los alegados derechos fundamentales del recurrente, por lo que la sentencia ha de ser revocada por la Excelentísima Sala de Casación.

7. Legitimidad de la grabación, al no ser aplicables los protocolos exigidos por la Sala recurrida.

La sentencia reconduce la actuación del testigo protegido, asimilándola en cierto modo, a la de un agente de la autoridad, para consecuentemente señalar el incumplimiento de los protocolos previstos por la ley.

La cuestión es que, como hemos señalado, el testigo protegido no realizaba ninguna función propia de agente de la autoridad, ni actuaba bajo las órdenes o indicaciones de ningún cuerpo ni fuerza de seguridad. El mero hecho de la utilización de una grabadora facilitada por la Guardia Civil, no convirtió la actuación en una investigación llevada a cabo por la referida fuerza. Por ello, **la aplicación a los relatados hechos de los cánones procesales que rigen la investigación de**

la Policía Judicial, no resulta adecuada. Las categorías procesales asumidas por la sentencia, divergen de las que resultan de la naturaleza de los hechos acontecidos. La actuación del testigo es análoga a la del denunciante y testigo que, voluntariamente, colabora con la policía aportando los datos que conoce, actuación que considera legítima la STS de 22-9-06, que la describe así:

...El testigo protegido, a iniciativa propia denunció unos hechos delictivos ya consumados, y a partir de ahí colaboró con la policía judicial en la investigación de los mismos para confirmación y contraste, y para la identificación de los partícipes...

...No es admisible atribuirle, artificiosamente, la condición legal de agente encubierto prevista en la norma, para después alegar el incumplimiento de los requisitos legales y, por esa vía, obtener la nulidad de los testimonios. El recurrente invoca una norma no aplicable al supuesto de hecho concreto, para después denunciar su infracción...

8. Delito provocado.

En todo caso, resulta inadmisibile y se impugna expresamente, que la Sala provincial haya considerado que la actuación de la Guardia Civil provocara el delito investigado. Sin duda alguna, resulta sorprendente que se realice tal afirmación, cuando se parte de la base de que los hechos no resultaron acreditados. Si no resultaron acreditados, mal podemos afirmar que se produjo un delito por iniciativa de la Guardia Civil. Además, y con independencia de esta contradicción "in terminis" manifiesta, lo cierto es que los hechos imputados por el Fiscal, en modo alguno

representan la provocación de un delito por las fuerzas de seguridad. Tampoco la grabación anulada por la Sala puede, en modo alguno, implicar la provocación a ningún delito, sino que se realizó precisamente para alcanzar un soporte material relativo a unas declaraciones privadas, referidas en una privada conversación, que pudieran ser valoradas precisamente para investigar posibles delitos, desde luego ya cometidos, y no inducidos por el autor de la grabación, ni por las fuerzas de seguridad.

9. Resolución de caso análogo por STS de 26-6-15.

En la sentencia 423-15, de 26-6-15, la Excelentísima Sala de Casación consideró lícita una actuación esencialmente idéntica a la ahora censura la Corte provincial.

En dicha resolución, la Excelentísima Sala consideró el supuesto de la posible vulneración de la intimidad, por una grabación de la conversación que mantuvo el denunciante con un tercero, **mientras la policía no sólo conocía que la conversación entre el testigo y el tercero iba a producirse, sino que incluso observaba y vigilaba la reunión de ambos, en el momento mismo de producirse.** Afirma textualmente la Excelentísima Sala en dicha sentencia:

...La grabación se efectuó con autorización judicial, pero **PUDO HABERSE OBTENIDO INCLUSO SIN ÉSTA**, conforme a una **consolidada jurisprudencia**, cuyo hito inicial hay que situar en la conocida STC 114-84, de 29 de noviembre, resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Como dice nuestra

STS 298-13 de 13 de marzo, la utilizabilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad en la grabación de todos los partícipes o contertulios, ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para la fijación en un soporte de la conversación. Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes convierte en inutilizable este medio probatorio...

Quinto. La lesión de derechos del Fiscal.

Sin duda la sentencia impugnada, al considerar nulas las pruebas propuestas por el Fiscal, ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva, e indirectamente, su derecho a ser parte en un proceso que respete las garantías procesales, y desde luego, su derecho a proponer y practicar prueba en defensa de su posición procesal, así como de la viabilidad de la acción penal por el mismo ejercitada.

En similares ocasiones, la Excelentísima Sala de Casación ha aceptado la legitimación “ad causam” del Fiscal, en orden a impugnar resoluciones que lesionen su derecho a la tutela judicial, siendo un supuesto referido específicamente a la anulación de autos de intervención telefónica el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-4-02.

Podemos, por tanto, afirmar que la Sentencia impugnada no tuvo en consideración la jurisprudencia de la Excelentísima Sala de Casación.

Podemos afirmar, asimismo y consecuentemente, que la Sala provincial ha

lesionado el derecho del Fiscal a ser tutelado en el legítimo ejercicio de la acción penal, y en su condición y derechos como parte acusadora en el proceso de que este recurso trae causa.

Podemos afirmar, asimismo, que la Sala provincial no ha respetado ni la Constitución ni la norma procesal que a dicha Carta apela, en orden al aseguramiento de los derechos fundamentales que planean sobre el proceso penal, ni tampoco se ha alineado en modo alguno con la doctrina de la Excelentísima Sala en relación con esta cuestión.

Sexto. Procedencia de la declaración de nulidad de la sentencia impugnada.

Por ello es procedente, y así se interesa que, casándose la impugnada sentencia, se declare que ha habido lesión de los alegados derechos fundamentales del recurrente, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva, se revoque la sentencia impugnada, y se ordene a la Sala provincial, integrada con otros magistrados, para asegurar la imparcialidad, que celebre nueva vista, en la que se valore, como prueba lícita, la grabación y su transcripción, así como la denuncia y testificales, y todas las pruebas propuestas por el Fiscal y cuya nulidad fue decretada en la sentencia impugnada.

Subsidiariamente, y para el caso de que la Excelentísima Sala considere que el Tribunal de instancia no ha perdido su imparcialidad al declarar la nulidad de las pruebas y absolver a los acusados, se interesa se declare la nulidad de la sentencia, ordenándose a la Sala recurrida que dicte otra, valorando las pruebas

en la forma interesada.

Por todo lo cual

**EL FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOLICITA DE LA
EXCELENTÍSIMA SALA**

que teniendo por presentado este escrito y el adjunto testimonio de la sentencia recurrida junto con sus copias, lo admita a trámite, tenga por interpuesto recurso de casación contra la referida sentencia y, previos los correspondientes trámites, con estimación del recurso, resuelva en el sentido interesado en este nuestro escrito.

OTROSÍ DICE el Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 882 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no considera necesaria la celebración de vista.

Madrid, a veinte de julio de dos mil diecisiete.

ÁLVARO REDONDO HERMIDA