



Roj: **STS 746/2023 - ECLI:ES:TS:2023:746**

Id Cendoj: **28079120012023100158**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2023**

Nº de Recurso: **10339/2022**

Nº de Resolución: **145/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 145/2023

Fecha de sentencia: 02/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10339/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10339/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 145/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto los recursos de casación acumulados con el nº **10339/2022** interpuestos por **Bernardino**, representado por la Procuradora Sra. D^a. Cristina Gramage López y bajo la dirección letrada de D. Javier Rodríguez Biel; **Carlos** representado por la Procuradora Sra. D^a. Carmen García Rubio y bajo la dirección letrada de D. Javier Aguilar García y **Ceferino** representado por el Procurador Sr. D. Abelardo Miguel Rodríguez González y bajo la dirección letrada de D. Juan Alonso Villodre Miranda contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictada en fecha 19 de abril de 2022, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra los condenados por delitos de incendio y asesinato en la Audiencia Provincial de Barcelona, proveniente del Juzgado de Instrucción número 2 de Sabadell (Procedimiento del Jurado 1/2019). Ha sido parte recurrida Leonor representada por la Procuradora Sra. María Soledad Castañeda González y bajo la dirección letrada de D.^a Elisabeth Martín Ibáñez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido en la Audiencia Provincial de Barcelona el Procedimiento del Jurado nº 47/2020 procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell se dictó Sentencia, con fecha 22 de noviembre de 2021 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO.- Se declaran probados de conformidad con el veredicto del Jurado los siguientes hechos:

A.- El día 13 de enero de 2018, sobre las 00:00 horas, una o más personas se personaron en la cabaña/chabola/barraca, construida con maderas y/o cañas y/o plásticos, ubicada en el término municipal de Santa Perpetua de la Moguda en la que habitaba/moraba Eulogio, y estando este morador en ella, aquella, o aquellas personas, voluntariamente o negligentemente o accidentalmente, prendió, o prendieron, fuego a la misma, de tal forma que se incendió hasta su total destrucción, lo que causó la muerte del referido Eulogio por insuficiencia respiratoria aguda por inhalación del humo generado por el incendio.

Eulogio era el padre de Leonor que, en el momento de producirse los anteriores hechos, era excompañera sentimental de Bernardino.

B.- Eulogio, nacido el NUM000 de 1960, padecía trastorno maniaco de etiología tóxica, con discapacidad del 65% reconocida administrativamente.

SEGUNDO.- Se declaran probados de conformidad con el veredicto del Jurado los siguientes hechos relativos a Bernardino:

C.- Bernardino actuando solo o concertadamente con otra persona, y habiendo comprobado que en la indicada cabaña/chabola/barraca se hallaba Eulogio, prendió, o prendieron, fuego a la misma, con la intención de matarlo.

D.- Bernardino actuó en la forma descrita sin que Eulogio tuviera posibilidad alguna de defensa eficaz, teniendo en cuenta que éste se hallaba gravemente afectado por el previo consumo de alcohol (1,57 gramos de alcohol por litro de sangre en el momento de la muerte) y, en su caso, dormido. Bernardino se aseguró con ello la provocación del incendio y el resultado mortal, y sin riesgo para él. Indefensión de la que Bernardino era consciente y se aprovechó.

E.- Bernardino actuó en la forma que se declara probada para vengarse de Leonor, hija de Eulogio, por haber dado por acabada, ella, la relación que mantenían que se describe en el A, y porque ella no quería restablecerla.

F.- Bernardino era mayor de edad, en el momento de ocurrir los hechos.

G.- Bernardino padecía, al tiempo de los hechos, adicción al alcohol y a las drogas.

H.- Bernardino se personó voluntariamente en las dependencias policiales de Mossos d'Esquadra, colaborando con ello a la administración de justicia.

TERCERO.- Se declaran probados de conformidad con el veredicto del Jurado los siguientes hechos relativos a Carlos:

I.- Carlos actuando solo o concertadamente con otra persona, y habiendo comprobado que en la indicada cabaña/chabola/barraca se hallaba Eulogio, prendió, o prendieron, fuego a la misma, lo que le causó la muerte a Eulogio, sin perseguir directamente dicho resultado, pero actuando con conciencia de que en la forma que prendió, o prendieron, fuego a la indicada cabaña/chabola/barraca, existía una alta probabilidad y un grave riesgo de causar la muerte a aquél, admitiendo tal posibilidad y siendo indiferente a la misma.



J.- Carlos actuó en la forma descrita sin que Eulogio tuviera posibilidad alguna de defensa eficaz, teniendo en cuenta que éste se hallaba gravemente afectado por el previo consumo de alcohol (1,57 gramos de alcohol por litro de sangre) y, en su caso, dormido. Carlos se aseguró con ello la provocación del incendio y el resultado, y sin riesgo para él. Indefensión de la que Carlos era consciente y se aprovechó.

K.- Carlos actuó en la forma que se declara probada siendo conocedor que Bernardino quería vengarse de Leonor, hija de Eulogio, por haber dado por acabada, ella, la relación que ambos mantenían que se describe en el A, y porque ella no quería restablecerla.

L.- Carlos era mayor de edad en el momento de ocurrir los hechos.

M.- Carlos se presentó voluntariamente al ser citado por los Mossos d'Esquadra para comparecer como investigado ante el Juez de Instrucción, del mismo modo que Carlos ha comparecido cuantas veces ha sido llamado.

CUARTO.- Se declaran probados de conformidad con el veredicto del Jurado los siguientes hechos relativos a Ceferino:

N.- Ceferino trasladó, en un vehículo conducido por él, a Bernardino y/o Carlos, a las inmediaciones de la cabaña/chabola/barraca antes indicada, poco antes de producirse los hechos que se declaran probados, y poco tiempo después de que se produjera el incendio de aquélla abandonó el lugar con alguno de ellos, o ambos, a bordo del vehículo conducido por él.

O.- Cuando Ceferino, trasladó a Bernardino y/o Carlos, hasta las inmediaciones de la repetida cabaña/chabola/barraca, era conocedor de que Bernardino quería vengarse de Leonor, hija de Eulogio, por haber dado por acabada, ella, la relación que ambos mantenían que se describe en el HECHO PRIMERO, y porque ella no quería restablecerla.

P.- Cuando Ceferino trasladó a Bernardino y/o Carlos, hasta las inmediaciones de la repetida cabaña/chabola/barraca, era conocedor de que en ella vivía/moraba Eulogio y que era posible que estos acusados encontrarían en la misma a Eulogio.

Q.- Cuando Ceferino trasladó a Bernardino y/o Carlos, hasta las inmediaciones de la repetida cabaña/chabola/barraca, era conocedor de que alguno de ellos, o ambos, tenían la intención de quemarla para perjudicar a Eulogio.

R.- Ceferino padecía, al tiempo de los hechos, adicción al alcohol, estupefacientes y drogas tóxicas, sobre todo heroína.

S.- Ceferino actuó, en la forma, en el estado y en la situación consignada en los hechos que se declaran probados, teniendo levemente limitadas sus capacidades de comprender la ilicitud del hecho y/o de actuar conforme a esa comprensión".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a:

A.- Bernardino como coautor criminalmente responsable de un delito consumado de asesinato, con alevosía, de los artículos 139.1.1a, y 140 bis del Código Penal, en concurso de normas del artículo 8 del Código Penal, con un delito consumado de incendio del artículo 351, párrafo primero, también del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE DIECIOCHO AÑOS, a la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena del artículo 55 del Código Penal, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 bis del Código Penal a la medida de libertad vigilada, cuyo contenido y alcance se determinará una vez este acusado haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta en función de su peligrosidad, y, de acuerdo con los artículos 48 y 57 del Código, le impongo, además, la pena de prohibición de acercarse a menos de mil metros de la persona, domicilio y lugar de trabajo de Leonor, así como de los lugares que frecuente, y la de comunicación con ella por cualquier medio, ambas penas con una duración de diez años superior a la pena de libertad impuesta; y a un tercio de las costas de este procedimiento, con inclusión de las costas de la acusación particular.

B.- Carlos como coautor criminalmente responsable de un delito consumado de asesinato, con alevosía, de los artículos 139.1.1a, en concurso de normas del artículo 8 del Código Penal, con un delito consumado de incendio del artículo 351, párrafo primero, también del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE DIECISÉIS AÑOS, a la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena del artículo 55 del Código Penal; y a un tercio de las costas de este procedimiento, con inclusión de las costas de la acusación particular.



C.- Ceferino como coautor criminalmente responsable de un delito consumado de incendio del artículo 351, párrafo primero, también del Código Penal, con la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal analógica del artículo 21.7a, en relación al artículo 21.1a, y a su vez en relación con el artículo 20.1º, todos ellos del Código Penal, a la pena de CINCO AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena del artículo 56 del Código Penal, y a un sexto de las costas de este procedimiento, con inclusión de las costas de la acusación particular.

Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Bernardino y a Carlos a abonar, conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil, las siguientes sumas dinerada: a Leonor , hija del fallecido, la cantidad de 76.797,92 €; a Francisca , madre del fallecido, la cantidad de 71.705,22 €; a Secundino , hermano del fallecido, la cantidad de 23.324,67 €; a Teofilo , hermano del fallecido, la cantidad de 23.324,67 € y a Lina , nieta del fallecido, la cantidad de 23.324,67 €. A las expresadas sumas se le aplicarán los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se declaran un sexto de las costas de oficio.

A los acusados se les abonará el tiempo que hayan estado privas de libertad por esta causa.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Ceferino y Carlos , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal de Barcelona, que dictó Sentencia con fecha 19 de abril de 2022 que aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos, en atención a lo expuesto:

1. **No haber lugar a los dos recursos de apelación interpuestos** por la representación procesal de Ceferino , y por la representación procesal de Carlos respectivamente, contra la sentencia de 22 de noviembre de 2021 del Tribunal del Jurado de la Audiencia de Barcelona, cuya resolución confirmamos,
2. **No haber lugar a los recursos de apelación supeditados**, interpuestos por el Ministerio Fiscal respecto del recurso de Ceferino , y por la representación procesal de Bernardino respecto del recurso interpuesto por Carlos .
3. Declaramos de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los condenados que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los siguientes motivos:

Motivos alegados por Carlos .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE). **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.1 CE. **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ (presunción de inocencia). **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º por indebida inaplicación de los arts. 20.1 y 21.1 CP. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º por indebida inaplicación de la atenuante del art. 21.4 en relación con el art. 21.7º CP.

Motivos alegados por Bernardino .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.1 y 2 y 120.3 CE, (indefensión, presunción de inocencia y falta de motivación). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación de art. 139, 21.2 y 21.7 en relación con el 21.4 todos ellos del CP.

Motivos alegados por Ceferino .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 351 párrafo 1º CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ (presunción de inocencia: art. 24 CE). **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 139. **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim (art. 24.2 CE y del art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos por errónea valoración de la prueba). **Motivo sexto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art 5.4 LOPJ (art. 24.1,



en relación con los art. 9.3 y 120.3 CE: tutela judicial efectiva por arbitrariedad y falta de motivación). **Motivo séptimo.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art 5.4 LOPJ (art 24.2 CE).

SEXTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos. La representación legal de la parte recurrida Leonor impugnó igualmente todos los motivos de los tres recursos. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 7 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A).- Recurso de Bernardino

PRIMERO.- El primero de sus motivos invoca la presunción de inocencia para protestar por su condena basada en una confesión extra procesal, en el marco de una correspondencia, que carecería de corroboraciones. La asunción de los hechos en una misiva obedecería al afán de hacer daño a la destinataria de la carta y no a la realidad. Esa estimación vendría abonada por la constatación de que alguno de los datos consignados (la presencia de una radio) está desmentido por lo hallado en el lugar.

El jurado no habría valorado correctamente la prueba, dejándose llevar por las vicisitudes de la relación del recurrente con la hija del finado y sin objetivar los hechos; atendiendo tan solo a impresiones subjetivas o intuiciones.

Esa última apreciación supone una enmienda al sistema del jurado: no ha sabido valorar la prueba; su valoración no se ajustaría a la que el recurrente considera correcta. Pero el legislador ha querido en ese tipo de proceso que sean nueve ciudadanos quienes valoren la prueba y plasmen su convicción -que siempre será subjetiva, como la de los jueces profesionales, aunque deba apoyarse en datos objetivos- en un veredicto que, en este caso, aparece detallado y explicado. Se da cuenta de las pruebas que ha tomado en consideración el colegio de jurados para reputar probada la intencionalidad del acusado lo que, por otra parte, concuerda con su comportamiento esa noche, aceptado aunque difiera en cuando al conocimiento de la presencia del fallecido en el lugar. Los elementos explicitados minuciosamente por el jurado en su motivación (pasajes de la carta, tramos de varias conversaciones, una captura de pantalla, declaraciones de Leonor, mensajes obrantes en su teléfono, declaraciones de Paula ...) son suficientes para sostener racionalmente esa convicción que el Tribunal Superior de Justicia ha confirmado. Decir que son datos frágiles es opinión de parte interesada. No. No son frágiles. Algunos son muy sugestivos y concluyentes.

Hipotéticamente las expresiones de la carta podrían obedecer a un desahogo de *fanfarrón*. Sin embargo, que representen la exposición desnuda de lo sucedido es explicación más sencilla y verosímil. No se ha corroborado, en verdad, lo relativo al aparato de radio (probablemente no tenía por qué llamar la atención en los primeros momentos cuando se inspeccionó el lugar: en ese escenario ¿quién se entretiene describiendo cada uno de los objetos existentes?). Concorre, empero, un dato corroborador mucho más contundente. Lo señala la representante del Ministerio fiscal: apareció el cadáver carbonizado.

La captura de pantalla -se arguye- es equívoca. Se acepta. Pero en el contexto y momento en que aparece es más que elocuente si se entrelaza con los demás elementos probatorios, abundantes.

El alegato del recurso no logra abrir la más mínima fisura en el cuadro probatorio sobre el que el jurado ha construido su convicción de culpabilidad.

SEGUNDO.- Existe también base probatoria para fundar la alevosía. Hay datos que revelan el estado de intoxicación etílica del fallecido lo que, al parecer, no era situación insólita. Por lo demás y sobre todo, el prendimiento de fuego en una vivienda es método que por sí alberga normalmente un indiscutible componente alevoso. A ello hay que añadir el estado de la víctima: dormido. No se requieren más explicaciones ni razonamientos para fundar la alevosía, que, al menos, estaría abarcada por un dolo eventual.

El argumentario del recurso desborda, por lo demás, lo que cabe discutir de la mano de la presunción de inocencia. Esta no puede ser la excusa para reproducir íntegramente el debate probatorio. Las amenazas previas a Leonor aludiendo a esa metodología comisiva; la misiva, la conversación entre Ruth y Leonor, algún otro mensaje (folio 1638 "*como roncaba con su radio*"; folios 2615 a 2617: "*me has hecho asesino*") conforman una panoplia de variados elementos probatorios que repudian la tesis del recurrente. La impugnación del recurso que efectúa la acusación resulta de una contundencia que no parece admitir réplica. Podemos asumir toda su argumentación para apoyar la valoración probatoria del jurado.



TERCERO.- Tomando esta vez como plataforma casacional el art. 849.1º LECrim, el segundo motivo ataca nuevamente la apreciación de la circunstancia de alevosía.

El debate propuesto no es jurídico sino probatorio: se cuestiona que el acusado conociese los elementos fácticos determinantes de la alevosía. Se vuelve a la presunción de inocencia refiriéndola ahora a elementos subjetivos. Ya se ha razonado sobre esto en el fundamento anterior: el acusado alude a ronquidos del fallecido, en mención que el jurado ha considerado creíble. En cualquier caso, no podría eludirse un dolo eventual, suficiente para la alevosía.

El motivo sirve también al recurrente para reivindicar la atenuante del art. 21.2 CP, en solicitud inacogible por cuanto se sitúa totalmente al margen de lo que el jurado ha tenido por probado y por no probado. El art. 849.1º LECrim no consiente ese tipo de argumentación. Una *impulsividad alta* no basta para una atenuación.

No mejor suerte puede merecer la solicitud de una atenuante analógica derivada de la comparecencia del acusado al ser citado en comisaría. Esa conducta está muy lejos de la atenuante de confesión, para propiciar una analogía.

b).- Recurso de Carlos .

CUARTO.- Lucha este recurrente por expulsar del bagaje probatorio una grabación incorporada a las actuaciones que, por otra parte, no constituye ni la única ni la principal prueba de cargo. El art. 11.1 LOPJ funda su petición: se trataría de prueba ilícita en cuanto obtenida con violación de derechos fundamentales, en concreto los derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). A través del art. 852 LECrim accede a la casación esta primera solicitud del segundo de los recursos.

Sostiene que no consta la autorización de alguno de los interlocutores.

Su versión no es acogida por la sentencia: la grabación fue consentida por uno de los interlocutores. Con eso pierda todo sustento la petición. La grabación corrió a cargo de la mujer de *Camarón* con la autorización de éste que luego la entregó a Leonor .

La STS 298/2013, de 3 de marzo que, con toda pertinencia, invoca la Fiscal, analiza a fondo esta temática:

"La ilicitud de esa metodología arrancarían de dos datos a los que el recurrente dota de valor singular para intentar separarse de otros precedentes jurisprudenciales:

a) Se habrían obtenido las grabaciones mediante engaño, ocultando el detective su condición y haciéndose pasar por letrado, excusa que sirvió para presenciar momentáneamente la reunión y así supervisar la corrección técnica de la grabación.

b) Sería un tercero ajeno a la entrevista y desde otro lugar quien habría efectuado la escucha y registro; no directamente uno de los intervinientes.

Con eso se trata de encontrar un elemento diferencial frente a los casos no infrecuentes contemplados en una consolidada jurisprudencia cuyo hito inicial hay que situar en la conocida STC 114/1984, 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. La doctrina de esa sentencia solo legitimaría en el entendimiento del recurrente el uso de la grabación subrepticia de una conversación efectuada por uno de los interlocutores. La intromisión de un tercero ajeno supondría una vulneración del art. 18 CE.

No es así. 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. Es suficiente que uno de los comunicantes o interlocutores preste su consentimiento para la intervención y grabación por un tercero para que resulte inoperante la cláusula de exclusión del art. 11 LOPJ. Es un elemento probatorio valorable. Sólo la escucha o grabación por un tercero **sin autorización de ninguno de los comunicantes** ni de la autoridad judicial convierte en inutilizable ese medio probatorio.

Esas conclusiones son las que cabalmente se derivan de la lectura tanto de la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, como de la más cercana en el tiempo STC 56/2003, de 24 de marzo, invocadas ambas en la muy bien construida sentencia de la Audiencia.

"En el petitum de su demanda - puede leerse en la STC 114/1984- dice el actor que la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Alicante y la dictada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo han incurrido en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la C. E.) y esta alegada vulneración se concreta en la fundamentación jurídica del escrito de interposición del recurso de amparo afirmándose que se habría producido por obra de la admisión como prueba (por la Magistratura de Trabajo) de un instrumento ilegítimamente adquirido



y a causa, también, de lo que llama una "interpretación errónea" del art. 18.3 de la Constitución (por parte de la Sala Sexta del Tribunal Supremo)...

Deriva de lo anterior una primera corrección del planteamiento procesal del actor en el presente recurso de amparo. La pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones.3. Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del artículo 24.2 de la Constitución , puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte -en casación y ante este Tribunal- de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución , pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos probatorios con causa ilícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba, la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución .

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

La primera precisión que hay que hacer es que no todas las irregularidades denunciadas por el actor son relevantes en este momento a efectos constitucionales. Tiene trascendencia a considerar la calificación jurídica de la grabación subrepticia, pero no la tiene, en el presente proceso, determinar si fue o no antijurídica la ulterior comunicación a terceros de la grabación misma. El problema planteado es el de la hipotética obtención inconstitucional de una prueba, que en este caso es exclusivamente el registro fonográfico, y carece de relevancia la determinación adicional de si tuvo también causa ilícita, originariamente, el proceso de formación de la voluntad empresarial que llevó al despido del actor. Que las informaciones llegaran a la Empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir, en sí, quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado (por ejemplo, el de guardar reserva de lo conocido como "confidencia") es algo irrelevante en este momento, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación, en lo que aquí interesa.

Con estas advertencias, es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución . Y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el núm. 1 del mismo artículo.

El derecho al "secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial" no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del "secreto"- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de "secreto", que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino



también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 -caso Malone- reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los número telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay "secreto" para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de "secreto" en el art. 18.3 tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es "secreto", en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del "secreto" no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible "deber de reserva" que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, "a contrario", no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana.⁸ Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra Norma Fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.

El actor invoca, en primer lugar, en apoyo de sus tesis el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a tenor del cual "tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas... el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" y pone en relación este precepto con el art. 18.3 de la Constitución. Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la Constitución), y además el precepto legal citado no puede entenderse fuera de su contexto y finalidad. En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su "vida íntima" (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su "intimidad personal" (art. 18.1 de la C. E.) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera.



En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos artículos -192 bis y 497 bis- al Código Penal . La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la Ley entonces in itinere protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda, de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, in nuce, en el art. 18.3 de la Constitución . No hay tal, sin embargo. Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la "interceptación" o el empleo de artificios para la "escucha, transmisión, grabación o reproducción", pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (artículos 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se "divulga o revelar" la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquél que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982 : "utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga).

Por su parte en la STC 56/2003 tras citar expresamente la que se acaba de transcribir, argumenta así:

"... en el presente caso, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Es, precisamente, uno de los interlocutores en la comunicación telefónica (el denunciante del **chantaje** al que se encontraba sometido) quien autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrara sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con aparato técnico para ello. Como señala el Ministerio Fiscal, no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 CE . A ello cabe agregar que, tal y como se señala en la STEDH de 25 de septiembre de 2001 (caso P.G. y J.H. contra Reino Unido), "la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas" (§ 47).

Además, no cabe olvidar la prohibición del abuso del derecho contemplada en el art. 17 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , según la cual ninguna de las disposiciones del Convenio puede implicar un derecho a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio.

En atención a todo lo anterior hay que rechazar que, en el presente caso, la intervención telefónica en cuestión haya vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) del actor.

La referida doctrina, lógicamente, ha sido asumida por esta Sala Segunda en un nutrido grupo de sentencias de las que también se hace eco el Tribunal a quo. Relevante botón de muestra son las SSTS 2008/2006, de 2 de febrero ó 682/2011 de 24 de junio:

" Se alega que la grabación de la conversación mantenida entre víctima y acusado ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales dado que uno de los interlocutores desconocía que estaba siendo grabada, por lo que no tuvo opción de impedir dicha grabación, proteger su intimidad y hacer valer su derecho al secreto de las comunicaciones.

... La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (STS 20-2-2006 ; STS 28-10-2009, nº 1051/2009). E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, nº 684/2004 que las cintas grabadas



no infringen ningún derecho, en particular el art. 18-3 C.E., debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe.

Además, -como recuerda la STS de 11-3-2003 nº 2190/2002-, la STS de 1-3-96, ya entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y la STS 2/98 de 29 de julio, dictada en la causa especial 2530/95, consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas mantenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado.

Finalmente, cabe traer a cuenta que la STS 9-11-2001, nº 2081/2001, precisa que, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en Sentencias como la de 30-5-1995 y 1-6-2001, 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 haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e 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 1978/3879, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven."

Se infiere claramente de estos antecedentes que lo que convertiría en ilícita la grabación sería que el tercero no estuviese expresamente autorizado por alguno de los interlocutores. Si lo está no hay diferencia alguna en que el interlocutor que quiere registrar la conversación lo haga y luego la transmita a ese tercero o directamente le permita acceder a ella.

Muy diferente sería el supuesto si lo que se hubiese buscado es desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad) una "confesión" extraprocesal arrancada mediante engaño. Pero no es este el caso".

En materia de ilicitud probatoria no juega el principio *in dubio*. En caso de incertidumbre no hay que optar por la ilicitud de la prueba necesariamente. Solo cuando eso aparezca como lo más probable.

Ha de respetarse, además, la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de instancia. Ha considerado, con fundada base (vid. declaraciones judiciales en fase de instrucción de *Camarón*), que se contaba con la anuencia de uno de los interlocutores. Había prueba suficiente de ese consentimiento. De esa aseveración debemos partir.

El motivo fenece.

QUINTO.- Bajo el ordinal segundo, el siguiente motivo busca cobijo en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Denuncia que la motivación es insuficiente y deficitaria. En concreto, entiende que las referencias en una carta y el análisis que revelaba el consumo de alcohol por el finado no justifican la alevosía.

Como se ve, no se denuncia propiamente falta de motivación; más bien, insuficiencia de los elementos probatorios sobre los que se construye la alevosía. Ese alegato ya ha sido contestado.

En lo que respeta a la coautoría -igualmente cuestionada- tampoco se exigen mayores precisiones justificativas. Se describe una actuación conjunta. El jurado basa su apreciación de que ambos acusados tenían conocimiento de la presencia del fallecido y compartían el propósito de incendiar la vivienda en una conversación que, además, está acompañada de otros plurales datos de suficiente solidez (declaraciones del coacusado Ceferino, conversación de Leonor con los tres procesados, mensaje que esa madrugada, le dirige Ceferino -"la que habéis liado"- declaraciones de Paula ...).

SEXTO.- Tampoco puede prosperar el siguiente motivo que protesta por la carencia de prueba para considerar acreditada la participación consciente del acusado en los hechos (presunción de inocencia).

El análisis de los elementos probatorios que fundan esa convicción neutraliza el alegato: conversación grabada cuya utilizabilidad ya ha sido analizada y afirmada, mensajes intercambiados con la Sra Secundino y restantes



elementos que acabamos de enunciar y que tanto la Sentencia de apelación como los escritos de impugnación de las acusaciones desglosan y comentan.

SÉPTIMO.- En cuanto a la reivindicación de una atenuante, no podemos presumir lo que el jurado ha tenido por no probado. Esta constatación arrastra al fracaso del motivo que, al amparo del art. 849.1º LECrim propugna la apreciación de la atenuante de los arts. 20.1 y 21.1 CP.

OCTAVO.- En lo que respecta a la atenuante analógica basada en la comparecencia al ser citado por las fuerzas policiales hay que estar a lo ya razonado al hilo del anterior recurso.

C).- Recurso de Ceferino

NOVENO.- Este recurso se compone formalmente de siete motivos. Pero materialmente es el mismo y único motivo, con un desarrollo idéntico (¡clónico!), aunque con envoltorios casacionales diversos (849.1º, 849.2º, 852...). El apropiado y correcto es la invocación de la presunción de inocencia a través el art. 852 LECrim: no habría prueba del conocimiento por parte de este acusado de la intención de los otros dos recurrentes a los que llevó a la chabola en su vehículo en el que permaneció esperándoles.

Una observación previa antes del análisis del alegato: el recurrente dedica los primeros compases de su impugnación a justificar el interés casacional. No es algo necesario en una casación en un procedimiento de Jurado. Las causas de inadmisión son las establecidas en los arts. 884 y 885 LECrim. La ausencia de interés casacional solo opera como razón para la inadmisión *a limine* en la modalidad de casación implantada para procesos por delitos competencia de los juzgados de lo penal.

La pretensión, siendo admisible, no es, en cambio, acogible. El jurado funda su convicción en una conversación relatada por la testigo. No es deducción arbitraria, irracional o no concluyente. Ha de ser refrendada. Ha sido descartado su conocimiento de la intención homicida de los coacusados, pero no un dolo, al menos eventual, respecto del incendio. Alguna de las declaraciones de Leonor avalan esa inferencia: este recurrente conocía la intención de prender fuego.

D).- Costas

DÉCIMO.- Desestimándose íntegramente los recursos procede condenar al pago de las respectivas costas a cada uno de los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR los recursos de casación interpuesto por Bernardino , Carlos y Ceferino contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictada en fecha 19 de abril de 2022, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra los condenados por delitos de incendio y asesinato en la Audiencia Provincial de Barcelona, proveniente del Juzgado de Instrucción número 2 de Sabadell (Procedimiento del Jurado 1/2019).

2.- Imponer a Bernardino , Carlos y Ceferino el pago de las costas de sus recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián