



Javier Ignacio Reyes López
Magistrado del Juzgado de Instrucción número 1
de Alcalá de Henares. Decano

**RESEÑA DE JURISPRUDENCIA
SALA 2ª TRIBUNAL SUPREMO**

RESEÑA JURISPRUDENCIA SALA 2ª TRIBUNAL SUPREMO

Sumario: 1.- STS 653/2023, de 20 de septiembre de 2023. Delito de homicidio en grado de tentativa. Agentes de la Guardia Civil lesionados. Diferencia entre el *animus necandi* y *el leadendi*. 2.- STS 685/2023, de septiembre de 2023. Autoría y complicidad en los delitos contra la salud pública. Consumación y tentativa. 3.- STS 648/2023, de 27 de julio de 2023. Difusión de pornografía infantil con hechos particularmente degradantes. 4.- STS 614/2023, 14 de julio. Validez de las vigilancias policiales directas y el uso de fotografías en espacios privados. 5.- STS 576/2023, de 10 de julio. Intervención policial sin intérprete cualificado por razones de urgencia. Validez probatoria. 6.- STS 628/2023, 19 de julio. Daños causados en un ferrocarril mediante pintadas. 7.- STS 693/2023, de 27 de septiembre. Delito de revelación de secretos. Divulgación de imágenes sin consentimiento de la víctima. 8.- STS 647/2023, de 27 de julio. Delito contra la indemnidad sexual cometido por un fisioterapeuta. Interpretación del consentimiento de la víctima. Eficacia de la denuncia y de la voluntad de denunciar. 9.- STS 624/2023, de 18 de julio de 2023. Alevosía frustrada y alevosía convivencial. 10.- STCO 92/2023, de 11 de septiembre. Captación policial de imágenes en garajes comunitarios sin autorización judicial. 11.- STS 750/2023, de 11 de octubre. Cultivo de marihuana. Formas de participación. No cabe la comisión por omisión. 12.- STCO 68/2023 de 19 de junio. Vulneración del derecho del investigado a la información sobre los hechos que se le imputan y de acceso al procedimiento, como manifestaciones del derecho de defensa, cuando la causa se encuentra bajo secreto sumarial.

1.- STS 653/2023 del 20 de septiembre de 2023. Delito de homicidio en grado de tentativa. Agentes de la Guardia Civil lesionados. Diferencia entre el *animus necandi* y *el leadendi*¹.

Antecedentes de hecho.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Calamocha, instruyó una causa penal que posteriormente remitió a la Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel, Procedimiento Sumario Ordinario n.º 211/2021 contra Jaime, por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, dos delitos de robo con fuerza, dos delitos de robo de uso de vehículo de motor, un delito de coacciones y otro contra la seguridad del tráfico.

En la parte que nos interesa y a la que nos ceñimos y que afecta a los disparos recibidos por los agentes de la Guardia Civil que perseguían al acusado, queda acreditado que el investigado se encontraba en la parte alta de la cuesta que conforma un callejón en situación de superioridad respecto de los agentes que se encontraban en una posición de

¹ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. Roj: STS 3630/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3630. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 10653/2022. Nº de Resolución: 653/2023. Fecha de Resolución: 20/09/2023. Procedimiento: Recurso de casación penal. Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

menor altura, a escasos metros de él. Lo vieron manipular un objeto que tenía ubicado sobre el asiento delantero de su vehículo. Bajó el agente del asiento del copiloto y cuando el agente que conducía el vehículo policial estaba apeándose, con una pierna fuera y medio cuerpo dentro, el acusado salió del vehículo de al lado y acto seguido encañonó hacia la cabeza de este último agente, efectuó un disparo y se le sobreelevó el arma, teniendo la escopeta apoyada en la cadera, disparo que no llegó a alcanzar al agente por la trayectoria de la bala y al haberse éste zafado, si bien, fue efectuado con desconsideración y menosprecio a la vida e integridad física del actuante y a la autoridad que representaba. Como respuesta, el agente NUM000 disparó su arma reglamentaria contra el encausado sin llegar a alcanzarle. Ese agente intentó realizar un segundo disparo, pero su arma se encasquilló. Entonces el agresor, discurrendo desde la parte trasera del vehículo policial y parapetándose en la puerta del mismo, alcanzó a aproximarse a unos dos metros y medio de él y realizó otro disparo, que alcanzó al agente cuando se encontraba de frente a su agresor y de pie.

Fruto del disparo, el agente NUM000 sufrió herida de bala en antebrazo y abdomen, con fractura conminuta de cúbito y radio, parálisis del nervio interóseo posterior y posterior diagnóstico de estrés agudo. Las heridas causaron un riesgo vital, que requirió tratamiento urgente, numerosas operaciones quirúrgicas con ingreso hospitalario, con estancia en la UCI y posterior prolongado tratamiento de rehabilitación, con secuelas tanto físicas como mentales

Fundamentos jurídicos

La impugnación que formaliza la representación del condenado, la desarrolla en apenas media página y en la que se limita a enunciar motivos de impugnación casacional sin expresar un mínimo de desarrollo que permita realizar sobre el mismo un cuestionamiento de la sentencia impugnada que, no ha de olvidarse, es la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que en la apelación confirmó la condena por los delitos anteriormente relacionados y que el hecho probado recogen la expresión fáctica para su subsunción en la fundamentación de la sentencia.

Formaliza un primer motivo en el que se limita a señalar, la vulneración del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por "la ausencia de motivación de la sentencia impugnada", sin especificar a qué sentencia se refiere, siendo nuestra función casacional la de revisar el objeto de la impugnación que no es otro que la sentencia de apelación. En todo caso, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de apelación, contienen la precisa motivación sobre la valoración de la prueba que ha posibilitado la conformación del hecho probado, y la subsunción jurídica en los distintos delitos objeto de la condena. La impugnación de un recurso de casación no puede limitarse a la mera invocación de falta de motivación, cuando ésta además es existente. No alcanza a comprenderse el motivo de impugnación.

En el segundo motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 138, del Código Penal en lugar de aplicar el artículo 147 del mismo texto legal. Entiende, y así lo refleja en la única argumentación, que la subsunción procedente en el artículo 147 del Código Penal, delito de lesiones. El motivo carece de contenido casacional y debió ser inadmitido, toda vez que la fundamentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón recoge la motivación sobre el ánimo de matar con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala sobre criterios para diferenciar el *animus*

necandi del animus laedendi, a partir del arma empleada en la acción; las manipulaciones realizadas sobre el mismo arma que distorsionan la salida de la munición; la distancia desde la que se efectúan los disparos, a dos metros y medio; y la causa por la cual no alcanzó a la víctima el primer disparo en el caso de uno de los agentes y en el caso del segundo agente contra el que dirigió el disparo cuando se encontraba parapetado tras la puerta del vehículo policial, y a la distancia de dos metros, sufriendo las lesiones en el brazo y abdomen, que requirieron numerosas intervenciones quirúrgicas y que han necesitado un año de perjuicio personal básico para la estabilización de sus heridas.

El Tribunal Superior de Justicia en su sentencia razona la concurrencia del ánimo de matar a partir del empleo de un arma mortífera, alterada en su configuración física para incrementar su capacidad de causar la muerte y el disparo en las dos ocasiones seguidas en dirección al lugar donde se encontraban los agentes, logrando alcanzar a uno en el brazo y abdomen. El tribunal razona la concurrencia del preciso ánimo de matar con una argumentación que en el recurso no se discute.

Conclusiones.

Destaca esta STS por la minuciosidad de la descripción de la situación de hecho en la que se vieron involucrados dos agentes de la Guardia Civil para tratar de detener a un peligroso delincuente que finalmente fue reducido tras los disparos efectuados por otros actuantes, impidiendo su huida.

Sorprende además por la crítica al modo de formalizar el recurso de casación por la Defensa del condenado, que indica no debía haberse admitido a trámite.

Por último y con apoyo en elementos objetivos expuestos por los agentes en el atestado policial, diferencia entre el ánimo de matar y el de lesionar, con parámetros de reconocimiento y consecuencias jurídicas bien diferentes.

2.- STS nº 685/2023 de septiembre de 2023. Autoría y complicidad en los delitos contra la salud pública. Consumación y tentativa².

Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Cangas, instruyó las diligencias previas nº 718/2019, por delitos contra la salud pública y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el procedimiento Sumario Ordinario nº 72/2020, que dictó sentencia nº 18/2022, de fecha 26 de enero de 2022, que contiene los siguientes hechos probados: "Calixto, Cayetano y Celestino, cuyas circunstancias personales ya constan y sin antecedentes penales, entre los meses de septiembre y noviembre de 2019 actuaron al servicio de una estructura criminal internacional proveedora de estupefacientes, para el transporte por vía marítima desde Brasil hasta España de un cargamento de cocaína mediante el empleo de una embarcación semisumergible cuya tripulación integraban y desde la cual debían alijar la droga. Dicho

² Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 21 de septiembre de 2023 - ROJ: STS 3637/2023](#). ECLI:ES:TS:2023:3637. Sala de lo Penal. Nº de Resolución: 685/2023. Nº Recurso: 10287/2023. Sección: 1. Ponente Excm. Sra. Dña. Susana Polo García.

cargamento de cocaína transportado en la embarcación semisumergible consistía en unos 152 fardos que contenían 3030 paquetes de la misma sustancia con un peso neto de 3047,907 kilogramos y una pureza del 80,35%, además de otro fardo con 20 paquetes también de cocaína, con un peso neto de 20,148 kilogramos y una pureza del 79,32%. De esta forma, resultaron unos 3068,055 kilogramos de cocaína con un valor en el mercado ilícito al que estaba destinado de 123.244.573€. Para la introducción en la provincia de Pontevedra de dicho cargamento de cocaína, con el acusado Celestino colaboraron activamente, conocedores de que se aproximaba a la costa gallega a bordo de la embarcación que transportaba aquel cargamento y sabedores de su propósito, que compartían, los acusados Ángel, Augusto, Pedro Jesús y Alexander. Los acusados Ángel y Augusto, mientras aún estaban en sus respectivas ciudades de residencia -Palma y Lleida- contactaron entre sí para ver de disponer de un camión, todoterreno o similar con que poder descargar el cargamento que traía la embarcación en que navegaba Celestino. Con tal finalidad Augusto llamó por teléfono a su conocido Pelayo, si bien esta gestión no resultó positiva...

Inicialmente la AP condenó a todos los acusados como autores de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, consumado y con varias circunstancias agravantes a penas que para Pedro Jesús y Alexander, rondaban los siete años de prisión y una elevadísima multa.

El TSJ en grado de apelación respecto de la sentencia dictada por la AP, estima los recursos de las defensas y condena a Pedro Jesús como autor de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, por el hachís incautado en su domicilio, no por el alijo de cocaína y absuelve a Alexander.

Fundamentos de Derecho

Vamos a centrarnos en el recurso que analiza la conducta de los acusados Alexander y Pedro Jesús.

Es difícil que en cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacientes al consumidor, no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo ilegal de sustancias tóxicas previsto en el tipo penal, habiendo entendido esta Sala que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, pueden llevarse a cabo acciones para facilitar el citado consumo.

Del anterior relato fáctico se desprende, sin duda, con respecto al acusado Alexander que la conducta llevada a cabo por el mismo es típica, estamos ante un favorecimiento de un delito de tráfico de drogas, ya que el tribunal de instancia olvida que la actividad del citado acusado, no sólo fue entregar lo que habían comprado los otros acusados, sino que aparcó el vehículo con las luces encendidas tal y como le había indicado Ángel a instancia de Celestino, quien le dijo que estaba cerca y que diese destellos con las luces para que pudiese orientarse en la noche, tras hundir la embarcación para esconderla y salvaguardar el cargamento de cocaína con la intención de poder disponer de él con posterioridad, y poder hacerse con las bolsas.

Por otro lado, en relación a Pedro Jesús, aunque en conversaciones con su hijo le dice que no quiere ir al lugar, acepta, con conocimiento de lo que hacía, llevar a Alexander como le pidió su hijo, todos los efectos que habían comprado en Decathlon City Ángel e

Augusto, para los tripulantes de la embarcación semisumergible, conducta que si bien no es encajable en la autoría del delito sí en la complicidad, ya que respecto a la calificación de su conducta como autoría o como complicidad, hemos dicho en la sentencia 478/2020, de 28 de septiembre, la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la dificultad de apreciar la complicidad en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor. De forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden, no comprendidos en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en lo que se ha llamado "favorecimiento del favorecedor", con lo que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (SSTS núm. 93/2005, de 31-1; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4; 1115/2011, de 17-11; y 207/2012, de 12-3).

Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar (STS 1276/2009, de 21-12).

En consecuencia, dado el amplio concepto de autor al que se ha hecho referencia, así ha de ser calificada su conducta de Alexander y de complicidad la de Pedro Jesús, ambos de una tentativa de delito, pues como hemos dicho anteriormente la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada, que es lo que pasa en el presente caso.

La jurisprudencia afirma que en los delitos cometidos mediante el transporte a distancia de la droga las personas que entran a colaborar o realizar su acción delictiva ya cuando la droga ha sido transportada, y que por lo tanto no intervienen en acuerdo previo alguno a su transporte, no pueden considerarse como autores de un delito consumado si no llegan ni a contribuir en los actos de transporte ni a tener después disposición de la sustancia estupefaciente". (SSTS 774/2022, de 21 de septiembre, con cita de la sentencia 313/2017 de 3 mayo de 2017).

Consideramos que los hechos son constitutivos de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, no consumado, porque no hay prueba de que los acusados participaran en la adquisición y traslado de la droga en una embarcación, no iba dirigida a los mismos, ni tuvieron la más mínima disposición de la sustancia estupefaciente.

Conclusiones.

Peligrosa senda abierta por el TS en esta sentencia, toda vez que el riguroso pronunciamiento condenatorio de la AP queda neutralizado por el del TSJ, que estima la

apelación de las Defensas y modifica los hechos probados. Y no sólo eso, la STS dista un abismo de la primera condena de la AP, puesto que no sólo distingue con cierta dificultad y más retórica que acierto entre autoría y complicidad, sino que también amplía en demasía la interpretación de la tentativa en los delitos contra la salud pública, lo que lleva a una condena extremadamente irrisoria para el último eslabón de esa organización criminal, con penas que oscilan entre los nueve meses y el año y medio de prisión.

3.- STS nº 648/2023 de 27 de julio de 2023. Difusión de pornografía infantil con hechos particularmente degradantes³.

Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº Tres de Valladolid inició Diligencias Previas (PA nº 1584/2016) contra Jesús María. Una vez concluidas las remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid que dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2021 que recoge los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- El acusado Jesús María, mayor de edad y sin antecedentes penales, al menos desde el día 1 de enero de 2016 y hasta el 14 de noviembre de 2016, ha venido descargando y compartiendo de forma consciente archivos de foto y vídeo con contenido explícito de pornografía infantil de menores de corta edad hasta 14 años, empleando para ello el programa eMule de intercambio de datos Peer o Peer (P2P), a través de las redes DIRECCION000 y DIRECCION001, utilizando la línea telefónica NUM000, asociado a la IP NUM001, instalada en su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM002 de DIRECCION002 (Valladolid), con login de conexión DIRECCION003. SEGUNDO. Dado que fueron detectadas hasta 95 descargas se solicitó mandamiento de entrada y registro que se autorizó por el auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Valladolid de fecha 7 de noviembre de 2016, y en el que fueron intervenidos varios discos duros, dos de ellos correspondientes a los ordenadores utilizados y varios pendrives...

Fundamentos jurídicos

Nuestra jurisprudencia ha evolucionado desde entender que el mero uso de un programa de esa clase P2P supone, a nivel de usuario, el conocimiento de que se facilita la difusión a terceros de todo aquel material descargado que se almacene en las referidas carpetas, a establecer que tal elemento subjetivo no puede presumirse sobre la base de ese único dato, de forma que será preciso, en cada caso, valorar expresamente las pruebas que acrediten tal conocimiento. A tal efecto, hemos declarado que en lo que al dolo se refiere, basta con que sea eventual, es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido (STS 680/2010). Pero igualmente hemos señalado que no es correcto deducir tal conocimiento del mero uso del programa, sino que es preciso, en cada caso, establecer su existencia desde el análisis de las circunstancias acreditadas. En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda celebrado el 27 de octubre de 2009, acordó que: "establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del artículo 189.1.b) CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación

³ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 27 de julio de 2023 - ROJ: STS 3550/2023](#). ECLI:ES:TS:2023:3550. Sala de lo Penal. Nº de Resolución: 648/2023. Nº Recurso: 4819/2021. Sección: 1. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa". Acuerdo recogido luego en algunas sentencias como la STS 340/2010.

Es claro, por lo tanto, que la demostración del dolo exige algo más que la prueba del mero uso del programa. En este sentido, ha señalado esta Sala que se ha de tener en cuenta el número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tomará en consideración la estructura hallada en la terminal, archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento, el número de veces que son compartidos pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático, la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito (STS 340/2010)".

Ya hemos dicho que las manifestaciones del acusado y sus conocimientos profesionales permiten desechar cualquier duda en cuanto al dolo, al menos eventual.

Conclusiones.

Interesante matiz que incorpora esta STS con cita de una línea jurisprudencial uniforme, asentada y consolidada, por la que el mero uso de programas de intercambio de archivos como el 2P2 no debe llevar aparejado automáticamente el calificativo de difusión, si no hay una prueba fehaciente de ese conocimiento y de la voluntad de realizarlo.

4.- STS 614/2023, 14 de julio. Validez de las vigilancias policiales directas y el uso de fotografías en espacios privados⁴.

Antecedentes de hecho.

El Juzgado de Instrucción número 6 de Castellón incoó diligencias previas de procedimiento abreviado 644/2019 por delitos contra la salud pública, contra varias personas y una vez decretada la apertura del juicio oral se remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, dictando el 8 de julio de 2021 sentencia en la que se contienen los siguientes hechos probados: "ÚNICO.- Con motivo de las investigaciones realizadas por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de la Comisaría de Castellón, Grupo UDYCO, se tuvo conocimiento que, al menos desde marzo de 2019, la vivienda sita en la zona del DIRECCION000, en concreto en el DIRECCION001 NUM000 de la localidad del Grao de Castellón, era un punto de venta de sustancias estupefacientes por parte de sus residentes los acusados Severino, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Zaida, presunta hermana del anterior, mayor de edad y con antecedentes penales susceptibles de cancelación, Adelina, pareja sentimental del anterior, mayor de edad y sin antecedentes

⁴ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 14 de julio de 2023 - ROJ: STS 3487/2023](#). ECLI:ES:TS:2023:3487. Sala de lo Penal. N° de Resolución: 614/2023. N° Recurso: 6438/2021. Sección: 1. Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

penales, y Victorino, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, llevándose a cabo vigilancias en el lugar que corroboraron dichos extremos...

Fundamentos jurídicos

En un primer recurso, con una deficiente estructura, por cuanto no se precisan con la debida separación los motivos de impugnación, se formulan dos argumentos impugnatorios diferenciados. En el primero de ellos, con cita del artículo 588 quinquies a) de la Lecrim, se afirma la nulidad tanto de las fotografías tomadas por la policía del jardín del domicilio del recurrente, como de las vigilancias policiales realizadas sobre dicho jardín que no contaron con la preceptiva autorización judicial. Entiende el recurrente que la injerencia sobre el domicilio puede ser física o virtual y ésta se produce cuando se lleva a cabo una observación clandestina de lo que acontece en su interior. En el segundo, sostiene que la nulidad de las imágenes obtenidas y de las vigilancias realizadas sobre la vivienda debe extenderse a las pruebas que derivan de ellas, si bien en el escrito de recurso no se precisan cuáles puedan ser esas pruebas reflejas o derivadas. El artículo 18.2 CE dispone que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro en el mismo se puede hacer sin consentimiento del titular o sin autorización judicial y en la STC 22/1984, de 17 de febrero, se precisó que "este precepto contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera, y su contenido es por ello más reducido. La regla 1ª define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos".

A partir de esta doctrina constitucional la sentencia de apelación, la del TSJ, aplicando el artículo 588 quinquies a) de la Lecrim, ha declarado la nulidad de las fotografías obtenidas por la policía del jardín del domicilio de los investigados. El citado precepto autoriza a los agentes policiales a la captación y grabación de imágenes de la persona investigada "cuando se encuentre en un lugar o espacio público" y el jardín de la vivienda no tiene esa consideración sino la de un anexo de la propia vivienda, protegido frente a invasiones o injerencias externas.

La sentencia impugnada da respuesta a una cuestión susceptible de muchos matices, en función de la actuación concreta que se analice pero, conforme al precepto que acabamos de citar y como regla general, la grabación de imágenes desde el exterior en un domicilio que, como en este caso, estaba protegido del exterior por una valla, precisa de autorización judicial, porque pueden resultar afectados derechos constitucionales como la intimidad domiciliaria y la propia imagen, todo ello sin perjuicio

de situaciones excepcionales que no es el caso analizar en este momento, porque la declaración de nulidad de la sentencia impugnada no ha sido cuestionada por ninguna de las partes.

Lo que se interesa, empero, es que la nulidad se extienda a las vigilancias policiales realizadas sobre esa misma dependencia, pretensión con la que no nos identificamos.

En la STS 329/2016, de 20 de abril, argumentamos que "ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera. El agente de policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento. Nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos. A juicio de la Sala, sin embargo, la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción incontestada del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado".

La sentencia 329/2016 que acabamos de citar menciona dos precedentes de esta Sala que ilustran nuestro criterio. La STS 15 abril 1997 (rec. 397/1996), dando respuesta a un supuesto de hecho de significativas coincidencias con el que nos ocupa, se declaró que "... en lo concerniente a si la observación realizada a través de una ventana requiere autorización judicial, la Sala estima que la respuesta también debe ser negativa. En efecto, en principio, la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predisposto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio no es necesaria una autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás...".

Y en la STS de 18 febrero 1999 (rec. 17/1998) se razonó así: "... en el caso presente se trata de un patio perceptible directamente desde el exterior, según la sentencia recurrida, y que, incluso teniendo la consideración funcional de domicilio, está expuesto al público con carácter permanente, precisa. En estas circunstancias, y de acuerdo con lo anteriormente significado, no podemos compartir el juicio del Tribunal *a quo* de que se haya producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la acusada ni de la intimidad o privacidad de la misma. Los agentes de policía que visualizaron directamente el repetido patio y observaron a quienes se encontraban en él procedentes de la calle, no hacían más que lo que cualquiera podía hacer; contemplaban y miraban lo que cualquiera podía mirar y observar ante la ausencia de obstáculos que perturbaran, impidieran o - simplemente- dificultaran la curiosidad de los demás. Por ello no ha tenido lugar ninguna infracción a la privacidad o a la intimidad y, por ello, la prueba

obtenida a partir de esas observaciones es perfectamente lícita y válida desde la perspectiva constitucional".

Entendemos, en fin, que las vigilancias policiales no incurren en el vicio de nulidad que se denuncia.

Conclusiones.

El principio de nulidad de las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales, que es conocido la teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*) es muy extenso y ha sido objeto de diversas restricciones para situarlo en una dimensión razonable y una de esas restricciones es la llamada excepción del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) que excluye la nulidad de la prueba refleja cuando las circunstancias hubieran llevado igualmente a la práctica de la misma.

El hallazgo o descubrimiento inevitable es una formulación o supuesto perfeccionado de la teoría de la prueba independiente y fue también formulada por primera vez en la jurisprudencia americana en el caso (Nix vs Williams-1984) y ha sido aplicado por el TS en numerosas ocasiones. Muestra de ello fue la STS 974/1997, de 4 de julio, en la que se desestimó una petición de nulidad de una aprehensión de drogas, que vino precedida de una intervención telefónica insuficientemente motivada, porque, al margen de la intervención y antes de ella, el acusado era objeto de vigilancias y seguimientos que habrían conducido igualmente al descubrimiento de la reunión en la que se produjo la entrega del alijo.

Así pues, la captación de imágenes mediante el uso de algún medio técnico por la Policía en el interior de un domicilio o en uno de sus anexos, como un patio, exigiría autorización judicial, porque el art 588 quinquies a) de la Lecrim sólo prevé la posible captación de imágenes por la Policía sin autorización judicial, si se tratase de espacios públicos. En la Lecrim no está prevista como medida tecnológica independiente, la captación de imágenes en espacios privados; sí solapada a la sonorización. Eliminada la prueba obtenida mediante el uso de esos dispositivos, tiene plena validez la observancia realizada directamente por los agentes.

Este pronunciamiento del TS me da que pensar en el terreno de las conjeturas, quimeras e hipótesis, sobre otra medida tecnológica como el balizamiento y respecto de la nulidad de una geolocalización de un vehículo a motor y la validez del seguimiento del operativo efectuado sobre el mismo turismo y sus ocupantes. Con precisión quirúrgica podría eliminarse la primera línea de investigación si fuera nula y mantenerse la otra a efectos incriminatorios.

5.- STS 576/2023, de 10 de julio. Intervención policial sin intérprete cualificado por razones de urgencia. Validez probatoria.⁵

Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción número 14 de Barcelona incoó diligencias previas número 209/2018, por delitos contra la salud pública, contra Secundino y Serafín, que una vez decretada la apertura del juicio oral se remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, que dictó sentencia el 13/01/2020 con el siguiente relato de hechos probados: "ÚNICO: Probado y así expresamente se declara que Secundino, mayor de edad, de nacionalidad pakistaní, anteriormente; circunstanciado, sin antecedentes penales y Serafín, mayor, de edad, de nacionalidad india, anteriormente circunstanciado, y sin antecedentes penales, quienes entre los días que a continuación se dirán, residían en la vivienda sita en CALLE000 n° NUM000 la de Barcelona, la que destinaban a la venta y distribución de sustancias estupefacientes a terceras personas a cambio de dinero. Los acusados captaban a los compradores en las zonas turísticas de la ciudad de Barcelona, a quienes les ofrecían la adquisición de todo tipo de sustancia estupefaciente, como marihuana, mdma, heroína o cocaína a cambio de dinero. Una vez aceptaban el intercambio, los compradores, eran acompañados al piso anteriormente referido donde se hacía la entrega de las sustancias estupefacientes y se abonaba el precio por la misma por los compradores.

Durante las vigilancias policiales llevadas a cabo en febrero de 2018, se efectuaron las siguientes intervenciones: El 8 de febrero de 2018 sobre las 23.37 horas, el acusado Secundino contactó con el turista británico Luis Pablo a quién ofreció la adquisición de sustancia estupefaciente...Sobre las 22.25 horas del 9 de febrero de 2018, el acusado Secundino contactó con el turista argelino Abelardo a quien tras ofrecerle la adquisición de sustancia estupefaciente, lo acompañó hasta el piso antes indicado donde adquirió un envoltorio de plástico con sustancia polvorienta y tras los análisis pertinentes resultó ser cocaína...Ese mismo día 9 de febrero de 2018, alrededor de las 23.00 horas, el acusado Secundino contactó con Antón, turista sueca, a quien acompañó hasta el piso para adquirir una bolsita con autocierre que contenía marihuana...Sobre las 23 horas del 15 de febrero de 2018, el acusado Secundino captó al turista norteamericano Carmelo a quien le ofreció la adquisición de sustancia. Lo acompañó al piso indicado, donde aquél a cambio de 80€ adquirió una bolsita con autocierre, una contenía cocaína...

Fundamentos jurídicos

Una de las cuestiones que plantea el impugnante es la validez de las actas de intervención de sustancia realizadas a supuestos compradores, dado que eran extranjeros y las actas se confeccionaron sin la intervención de intérprete, lo que origina según el recurso, una sombra de duda sobre los testimonios de los agentes policiales.

Nadie discute que la utilización de intérpretes es imprescindible cuando los que intervienen en el proceso, investigados, acusados, testigos o peritos, no conocen el idioma

⁵ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 10 de julio de 2023 - ROJ: STS 3080/2023](#). ECLI:ES:TS:2023:3080. Sala de lo Penal. Nº de Resolución: 576/2023. Nº Recurso: 5091/2021. Sección: 1. Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

del tribunal o no pueden expresarse en dicho idioma pero como derecho constitucional sólo se reconoce en relación con los acusados.

Esta Sala ha proclamado el derecho del acusado a servirse de un intérprete, cuando no conozca la lengua española, como uno más de los elementos que integran el derecho a un proceso con todas las garantías, que deriva directamente de la Constitución, en cuanto reconoce y garantiza el derecho a no sufrir indefensión (SSTS 70/2019, de 7 de febrero y STC 188/1991, de 3 de octubre).

En el mismo sentido se expresa el artículo 6.3 c) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en el art. 14.3 f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia o en el Tribunal. También la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010, dispone en su artículo 2º que el derecho a la interpretación y traducción en los procedimientos penales "se aplicará a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial o de otro modo, que es sospechosa o está acusado de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso".

Tanto esta Directiva como la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho de información en los procesos penales, han sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que ha dado nueva redacción a los artículos 123 a 127 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En dichos preceptos se hace una regulación detallada del derecho de los imputados o acusados que no sepan castellano o el idioma en el que se desarrollen las actuaciones a la intervención de intérprete, así como a la traducción de las actuaciones. También el artículo 520 h) del mismo texto legal reconoce expresamente el derecho del detenido al intérprete.

En este caso, sin embargo, la ausencia de intérprete no se denuncia en relación con declaraciones de investigados sino con las actas de intervención de sustancias, levantadas por los agentes policiales en el marco de las investigaciones policiales previas a la incoación del procedimiento penal.

La Lecrim no hace una referencia singularizada a la exigencia de intérprete en el atestado cuando se realicen diligencias con ciudadanos que no entiendan el español (artículos 769 a 772), pero señala que el atestado "se extenderá de acuerdo con las normas generales de esta ley", lo que permite afirmar que, como regla general, la toma de declaración de testigos deberá realizarse por medio de intérprete, en las condiciones exigidas por los artículos 441 y siguientes de la Lecrim. Sin embargo, de este precepto no puede colegirse que en diligencias urgentes como la que aquí se analiza sea razonable y procedente exigir que la policía vaya acompañada de intérpretes para traducir lo que pueda decir un testigo, ya que cuando se llevan a cabo esa clase de diligencias, vigilancias, no se puede saber si la persona con la que se va a practicar la actuación desconoce el español y, en caso de ser extranjero, qué idioma utiliza. Tampoco tendría justificación y sería ilegal que por esta sola causa el testigo fuera trasladado a las dependencias policiales y detenido hasta localizar un intérprete.

En este tipo de situaciones, en las que además, la información que se pretende del testigo es muy sencilla, la identificación del lugar del que procede la droga que se aprehende, es admisible que los agentes policiales interroguen al testigo *in situ* y se comuniquen con él, traduciendo sus manifestaciones si tienen recursos lingüísticos para ello o incluso a través de lenguaje gestual. Lo determinante no es tanto lo que pueda decir el testigo sino la ocupación de la sustancia y la posterior declaración del agente policial en el juicio describiendo los detalles del hecho, lugar en el que se produjo la transacción, detalles de la misma, lugar del que procedía el testigo y donde adquirió la sustancia, etc., ya que suele ser frecuente, por otra parte, que el testigo o no comparezca en el juicio o manifieste lo contrario de lo que dijo al agente policial.

En la STS 51/2020, de 17 de febrero, nos enfrentamos a un caso que guarda similitudes con el presente. Se analizó la regularidad de una diligencia de entrada y registro de una persona que no conocía el español y dijimos que "es claro que como diligencia que afecta a los derechos fundamentales de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal y cuyo resultado puede ser utilizado como prueba en su contra, el derecho del imputado a la interpretación integrado en su derecho de defensa aconseja que se practique con intérprete, en caso de conocerse previamente el desconocimiento del idioma español por parte del imputado, y siempre que no lo impidan razones de urgencia, dada la especial naturaleza de la diligencia o la imposibilidad de disponer de un intérprete del idioma del imputado". Por tanto, las razones de urgencia pueden ser justificación suficiente para prescindir del intérprete y si eso es así en una diligencia judicial con intervención del investigado, con mayor razón se puede seguir el mismo criterio en actuaciones urgentes de la policía con testigos.

En la reciente STS 266/2023, de 19 de abril, se analizó un caso muy similar al que ahora contemplamos. Se trataba de un agente de policía que en el curso de una investigación en una embarcación con emigrantes interrogó a los embarcados porque conocía el idioma árabe, obteniendo datos de relevancia para continuar con las pesquisas. Esta Sala argumentó que "ninguna objeción razonable puede haber a que un agente de policía, conocedor de la lengua empleada por los testigos o víctimas de un particular suceso, se sirva de su particular conocimiento de aquélla para entrevistarse con ellos en un primer momento, pudiendo así adoptar con la celeridad precisa las primeras actuaciones en protección de aquéllas y orientadas a la identificación de los posibles responsables de los hechos. Nada tiene esto que ver con las prevenciones que, ya en el marco del procedimiento judicial, se contienen en los artículos 440 y 441 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativas a las declaraciones de los testigos que no entendieren o no hablaren el idioma español. En tales casos, y desde luego también cuando sea el investigado quien se encuentre en ese trance, sí será preciso contar con un intérprete designado en la forma legalmente prevista. Desde luego, incluso en el marco de las actuaciones policiales, la declaración del detenido o de la persona que resulte sospechosa de la comisión de algún hecho delictivo, carecerá de todo valor si quien formula las preguntas y recibe las respuestas actúa también como intérprete en la declaración. Pero muy diferente es el caso de esas primeras intervenciones con relación a quienes pudieran haber sido víctima de un hecho delictivo. Nada impide, ningún interés digno de protección se beneficiaría con ello, que el agente que recibe la denuncia proceda, cuando le sea posible a su traducción; ni tampoco que se obtengan por ese procedimiento datos precisos para el auxilio de las posibles víctimas o identificación de los eventuales responsables. Fácilmente se comprenderá que ninguna tacha de ilicitud podría identificarse en la interlocución de un agente de policía con la posible víctima de cualquier hecho delictivo,

aprovechando aquel sus conocimientos de alguna lengua extranjera, para escuchar y comprender su relato, prestarle la primera asistencia y venir en conocimiento de cualesquiera datos relevantes acerca de la identidad del supuesto agresor. Y esto es lo que aquí sucedió".

En las primeras diligencias de investigación, en las que la urgencia en su realización es un factor determinante, ninguna ilicitud se advierte en que al agente de policía utilice su conocimiento de un idioma extranjero para dirigirse a testigos y obtener la información necesaria para la continuación de sus averiguaciones, ya que será habitual que en ese momento ni se haya podido prever la necesidad de intérprete ni se cuente con él para la práctica de los interrogatorios, todo ello sin perjuicio de que el agente comparezca en el juicio para ratificar el contenido de la diligencia, sometiéndose a la contradicción del plenario, dando las explicaciones procedentes sobre las circunstancias en que se desarrolló la diligencia y el resultado del interrogatorio.

A este respecto conviene recordar que la Lecrim es muy flexible en lo que atañe a la cualificación profesional del intérprete, que puede ser distinta en función de las disponibilidades que se tengan para su designación en el momento de la práctica del interrogatorio. Como recuerda la STS 51/2020, de 17 de febrero, en la que se hace un minucioso estudio del derecho al intérprete en nuestro proceso penal, la Lecrim no exige titulación oficial del intérprete (artículo 441 y 762.8) y la cualificación de los traductores no puede considerarse un presupuesto *sine qua non* para asegurar la legitimidad constitucional del acto procesal del interrogatorio. Lo determinante es que quede descartado todo riesgo de que, como consecuencia de la falta de pericia del intérprete designado, se arrojen dudas sobre la fidelidad de su traducción a lo que realmente ha querido expresar el imputado o el testigo, cuestión que habrá de valorarse no sólo en atención a la cualificación del intérprete sino al tipo de conversación que se desarrolle, que puede ser más o menos elemental, y al momento en el que tenga lugar, que puede venir condicionada por la urgencia de su práctica.

Si bien estos preceptos se refieren a los interrogatorios realizados en el proceso judicial y no están pensados para un supuesto como el aquí analizado, permiten deducir un principio o regla de utilidad para este caso: La cualificación del intérprete no es presupuesto de la legalidad de la traducción hasta el punto de que en función de las circunstancias y ante la falta de disponibilidad de un intérprete la traducción puede ser realizada por cualquier persona que conozca el idioma extranjero, por lo que la traducción realizada por el agente policial en situaciones de urgencia como la que en este caso ha sido analizada, no tiene tacha de ilegalidad alguna.

Precisado lo anterior, los agentes policiales que intervinieron en las diligencias de aprehensión comparecieron en el juicio y declararon sobre lo que vieron personalmente, y era que los distintos compradores accedían al domicilio vigilado y salían con la droga que posteriormente era aprehendida. Al margen de lo que dijeran los compradores, los agentes relataron hechos de los que fueron testigos presenciales, de ahí que las manifestaciones de los compradores que se reflejaron en las actas de aprehensión no hayan sido elemento probatorio determinante para el pronunciamiento de condena. Por lo tanto, la falta de intérprete ni constituye una irregularidad procesal ni es una deficiencia que tenga relevancia en la información aportada por los agentes de policía que, junto con el resto de pruebas conforman un bagaje probatorio suficiente y sólido para el pronunciamiento de condena.

Conclusiones.

Interesante valoración del TS sobre la actuación policial en situación de urgencia, cuando las primeras pesquisas pueden ser determinantes para el desarrollo de la posterior investigación. Validez de la traducción policial realizada *in situ* por los agentes que disponen de conocimientos propios del idioma extranjero, sobre elementos esenciales y accesorios en la averiguación de hechos criminales.

Como bien señala esta STS nº 576/2023, si las razones de urgencia pueden ser justificación suficiente para prescindir del intérprete y si eso es así en una diligencia judicial con intervención del investigado, con mayor razón se puede seguir el mismo criterio en actuaciones urgentes de la policía con testigos.

6.- STS 628/2023, 19 de julio. Daños causados en un ferrocarril mediante pintadas⁶.

Antecedentes de hecho

El Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona en el PA con el nº 442/2019, contra Armando, Arturo, Aurelio, Bernardino, Blas y Casimiro, que con fecha 1 de febrero de 2021 dictó Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: ÚNICO.- Los acusados, Armando, Aurelio, Bernardino, Blas y Casimiro, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales salvo Blas que le constan pero no son computables, sobre las 02.30 horas del 23/12/17, puestos de común acuerdo detuvieron el convoy del metro de la línea 1 en la estación de Baró de Viver de esta ciudad accionando el pulsador de emergencia, para, a continuación, realizar pintadas a ambos lados de los vagones del metro con sprays de pintura, cuyos costes de limpieza y adecentamiento han sido tasados en 4175,31 euros". El Juzgado de lo Penal dictó una sentencia absolutoria que la Audiencia Provincial confirmó, alzándose el Ministerio Fiscal en casación.

Fundamentos jurídicos

La STS estima el recurso del Ministerio Fiscal y condena a los acusados inicialmente absueltos, como autores de un delito menos grave de daños.

Afirma el TS que la jurisprudencia menor, en efecto, estaba dividida. Alguna Audiencia sostuvo que cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o grafitis no sobrepasara la mera limpieza, estaríamos ante un mero deslucimiento, atípico tras la despenalización de la falta específica (antiguo art. 626 CP). En cambio, si la retirada de las pinturas genera un menoscabo o deterioro real del objeto que exija su reposición, sería de aplicación el art. 263 CP. El importe del menoscabo determinaría si estábamos ante un delito leve o menos grave. El tipo penal del delito de daños exige un resultado dañoso que se concreta en la destrucción o inutilización del bien sobre el que se actúa.

⁶ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 19 de julio de 2023 - ROJ: STS 3485/2023](#). ECLI:ES:TS:2023:3485. Sala de lo Penal. Nº de Resolución: 628/2023. Nº Recurso: 4062/2021. Sección: 1, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

Otros Juzgados y Tribunales provinciales, por el contrario, afirmaban la incardinabilidad en el delito de daños de la conducta analizada. Dañar significa causar un perjuicio. Quien desluce lo provoca; más aún en casos en los que la modificación del aspecto exterior diferencia el objeto de los restantes idénticos, dificultando o impidiendo la uniformidad estética adecuada para una determinada función.

El tipo penal del art. 263 CP, -delito de daños- describe como conducta típica la causación de daños en propiedad ajena. La vertiente objetiva consiste en causar un daño, no comprendido en otros títulos, en propiedad ajena. En el concepto de daños suelen considerarse la destrucción, la inutilización, el deterioro o el menoscabo de una cosa. La destrucción equivale a la pérdida total de su valor; la inutilización supone la desaparición de sus cualidades y utilidades; el deterioro, por su parte, la pérdida de su funcionalidad; el menoscabo de la cosa misma, por fin, consiste en su destrucción parcial, un cercenamiento de la integridad, o una pérdida de valor.

Al tratarse de un delito patrimonial, el resultado debe comprender su evaluación económica debidamente tasada y así,

a) Desde una perspectiva gramatical la tipicidad del delito de daños abarca comportamientos de destrucción, deterioro, inutilización y menoscabo. Conforme al diccionario de la lengua española, menoscabar "supone disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo; deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de asignación o lucimiento que antes tenía". Por su parte, deteriorar equivale a "estropear, menoscabar, poner de inferior condición algo o empeorar, degenerar". De estas definiciones resulta que existen ámbitos en los que, no produciéndose una destrucción o un menoscabo físico del objeto material, se produce, sin embargo, un deterioro, ligado a una alteración relevante de su apariencia externa. La conducta descrita en el *factum* causó un menoscabo al bien. Su reparación reclamó una actuación para la restitución a su estado anterior, económicamente evaluable y que ha sido cuantificada.

b) Desde una interpretación lógica, la realización de unas pintadas produce un daño en el bien: subsumible en el delito de daños en tanto la reparación requiere un desembolso económico. El bien ha sido dañado en su configuración física, estética y funcional. Difícilmente podríamos afirmar que los vagones no han sido dañados y/o deteriorados, cuando es precisa una reparación, evaluable económicamente, para su reposición al estado en el que su titular los tenía.

c) Desde una interpretación derivada de la evolución legislativa ha de valorarse que el Código de 1995, decidió diferenciar el delito de daños del deslucimiento de bienes (art. 626 CP). El primero contemplaba los resultados dañosos con pérdida de la sustancia; el deslucimiento, por su parte, incluía actos de afeamiento del bien, sin dañarlo físicamente, o dañándolo de forma susceptible de ser reparada, es decir, sin afectar a la sustancia, sin producir menoscabo por ser fácilmente reparable. No era acción subsumible en los daños del art. 263, sino en el deslucimiento tipificado en la falta del art. 626 CP derogada por la reforma del Código de 2015. En la tipicidad del daño se incluyó la destrucción de la cosa, o la pérdida total de su valor, o su inutilización que supone la desaparición de sus cualidades o utilidades, así como el menoscabo de la cosa misma, destrucción parcial, cercenamiento de su integridad o la pérdida parcial de su valor. Quedaba fuera de la tipicidad, pues reservaba una novedosa figura en el art. 626, el llamado "deslucimiento". En su acepción gramatical es "acción de quitar gracia, atractivo

o lustre a una cosa"; no afecta a la sustancia de la cosa que sigue existiendo como tal, aunque deslucida. Funcionalmente, continúa prestando su utilidad. Por ello, si el resultado suponía la pérdida de condiciones estéticas susceptibles de ser reparadas, encontraba su acomodo típico en la falta del artículo 626 del Código Penal y, tras su derogación, en el ámbito administrativo sancionador de la Ley de Seguridad Ciudadana (art. 37).

La interpretación según la cual la conducta que en 1995 fue subsumida en la desaparecida falta del art. 626 CP, no nos lleva, empero, sin más, a la despenalización de la conducta por la desaparición de la figura típica. El deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente, ha de ser reconducido al delito de daños. La derogación de ese precepto no arrastra a la despenalización de la conducta que contemplaba. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la reforma de 2015 y algunas incidencias en la tramitación que la recurrente destaca en su argumentario y que ilustran sobre lo que era la voluntad del legislador. Despenalizada la falta del art. 626 CP, que constituía un precepto especial (art. 8 CP) al contemplar supuestos en los que el resultado básico solo requería labores de limpieza, la conducta encontrará acomodo en el delito de daños si resultan perjuicios patrimoniales. La cuantía determinaría el rango del delito como leve o menos grave.

Si cuando estaba vigente el art. 626 CP, la discusión se producía entre el delito de daños y la falta de deslucimiento, ahora la discusión se produce entre el delito y el delito leve y la infracción administrativa del art. 37.13 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que ha de solventarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penal y administrativa en función de la gravedad de la conducta y del resultado. Será preciso actuar, en cada caso, con criterios de proporcionalidad.

Consecuentemente, el daño que se declara probado es el resultado de una acción dirigida a su producción. La necesidad de reparación, -todo en último término es susceptible de ser reparado-, comporta una lesión al patrimonio ajeno, consistente en una merma causada por el mal producido.

Conclusiones.

Unifica criterio esta STS en torno al delito de daños para distinguirlo de otras figuras afines, como el deslucimiento, que podrían distorsionar su aplicación. La derogación del delito leve de deslucimiento no lleva aparejada la desaparición del delito leve de daños.

Cuando el bien ha sido dañado en su configuración física, estética y funcional y precisa de una reparación evaluable económicamente para su reposición al estado en el que su titular los tenía, la concurrencia de la acción típica y antijurídica del delito de daños es incuestionable.

7.- STS 693/2023, de 27 de septiembre. Delito de revelación de secretos. Divulgación de imágenes sin consentimiento de la víctima⁷.

Antecedentes de hecho.

El Juzgado Mixto nº 7 de Parla, incoó las diligencias 683/2018 por delitos de amenazas y descubrimiento de secretos, contra Cecilia; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 1 de Getafe, (P.A. núm. 118/2020) quien dictó sentencia nº 132/2021 en fecha 27 de mayo de 2021, que contiene los siguientes hechos probados: "Valorando en conciencia la prueba practicada resulta probado y así se declara que la acusada Cecilia, con D.N.I. número NUM000, mayor de edad por cuanto nacida el NUM001 de 1989 y sin antecedentes penales, con ánimo de vulnerar la intimidad de Dña. Elsa, publicó en fecha y hora no determinada de agosto de 2018 en estados de la aplicación de WhatsApp de su teléfono móvil dos fotografías de partes íntimas de la misma, que había conseguido desconociéndose su procedencia, en las que incluyó: " Elsa en pose la mujer de Sardina " y "dale Elsa"".

Fundamentos jurídicos

Recurre la representación procesal de Dña. Cecilia, la sentencia número 445/2021, 14 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 132/2021 de 27 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe, donde resulta condenada como autora criminalmente responsable de delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal, a las penas de un año y un mes de prisión, correspondiente accesoria y trece meses de multa.

Argumenta que el tipo penal requiere de un acto de apoderamiento, sin saber si el autor llegó a descubrir los secretos o los vulnera en la intimidad y en el mero acceso de los datos protegidos, cuestión que no aconteció. En otro orden de cosas, tampoco concurre el "dolo", esto es, el tipo subjetivo que exige sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Ciertamente los hechos probados indican que se desconoce cómo las fotografías llegaron a poder de la acusada, aunque ciertamente dispone de las fotografías de partes íntimas de la víctima, sin su consentimiento, y su revelación es palmaria al incorporarlas al apartado de "estados" de su whatsapp; añaden los hechos probados "con ánimo de vulnerar la intimidad de Dña. Elsa", pues la identifica de inequívoco modo con sendas expresiones: " Elsa en pose la mujer de Sardina", y "dale Elsa ".

En definitiva, sólo resulta descrita la conducta de revelación, pero no la de apropiación, por lo que no cabría tipificarse a través de los párrafos primero o segundo del art. 197; y tampoco del tercero, pues el hecho probado no describe un apoderamiento inconsciente. Pero aunque hubiesen sido transmitidas voluntariamente por Elsa a su pareja o cualquier otra persona que a su vez las transmitió a la acusada, ello no evitaría, en la

⁷ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 27 de septiembre de 2023 - ROJ: STS 3727/2023](#). ECLI:ES:TS:2023:3727, Sala de lo Penal, Nº de Resolución: 693/2023, Nº Recurso: 6019/2021, Sección: 1. Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

hipótesis más favorable para la acusada su pleno acomodo a la conducta típica contemplada en el párrafo séptimo cuando dice que será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada."

Conclusiones.

Desgrana esta STS el alcance del art. 197 del Código Penal en sus distintos apartados, en los que se incluyen todas y cada una de las modalidades delictivas imaginables que afectan a la revelación de secretos y de manera evidente, atacan la intimidad de las personas. En ese abanico típico, se castiga desde la simple divulgación, hasta el apoderamiento y posterior difusión. También es un aviso a navegantes de la huella o rastro digital que deja la utilización de redes sociales o aplicaciones de mensajería de todo tipo, para actividades de carácter ilícito.

Cuestión distinta es la levedad de las penas que le ha asignado el Legislador.

8.- STS nº 647/2023, de 27 de julio. Delito contra la indemnidad sexual cometido por un fisioterapeuta. Interpretación del consentimiento de la víctima. Eficacia de la denuncia y de la voluntad de denunciar⁸.

Antecedentes de hecho

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 6ª, en el sumario nº 6/2018 procedente del Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 7 de septiembre de 2020 que recoge los siguientes hechos probados: "1.- El procesado Rodolfo venía prestando sus servicios como fisioterapeuta y osteópata del Fútbol Club Barcelona desde hacía 30 años, habiendo desarrollado funciones de coordinador de fisioterapeutas del citado Club y del equipo de fútbol de primera división, ejerciendo en el año 2016 en que ocurrieron los hechos, funciones de fisioterapeuta para los empleados del Club, estando situado el consultorio en las instalaciones del FCB sitas en Les Corts, en un altillo de las dependencias que Asistencia Sanitaria, espónsor del FCB, tiene en las instalaciones de Les Corts. 2.- Enma trabajaba como administrativa en las instalaciones del Fútbol Club Barcelona (FCB) sitas en Les Corts de esta ciudad. Al tener bloqueo en la cabeza y cuello causado por la patología de cervicales que sufría, fue visitada en el mes de noviembre de 2016 por el Dr. Torcuato médico del citado Club encargado de la salud de los empleados del mismo en el consultorio que el mismo tenía en la Ciutat Esportiva del FCB sito en Sant Joan Despí. El citado doctor, tras confirmar el tratamiento con el traumatólogo,

⁸ Esta STS ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STS de 27 de julio de 2023 - ROJ: STS 3488/2023](#), ECLI:ES:TS:2023:3488, Sala de lo Penal, Nº de Resolución: 647/2023, Nº Recurso: 5045/2021, Sección: 1. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

consideró que sería beneficioso el tratamiento de fisioterapia que debía dispensar el procesado en el consultorio destinado al efecto y para los empleados del FCB sito en las instalaciones de Les Corts. 3.- Las sesiones de fisioterapia por parte del procesado respecto a Enma se iniciaron en el mes de diciembre de 2016; en el desarrollo de la tercera sesión, el procesado intenta masajear por la zona del abdomen bajando hasta llegar a la zona del pubis de la denunciante, advirtiéndole ésta que tenía la regla, parando entonces el procesado en el masaje en dicha zona; finalmente, en la cuarta sesión, ocurrida el 19 de diciembre de 2016, en un momento determinado, el procesado le levanta la pierna izquierda de Enma lo que provocó dolor en su ingle, empezando el procesado a trabajar sobre la misma hasta la zona de la vagina, todo ello sin guantes y guiado por un ánimo libidinoso, inició tocamientos en los labios internos, y metiendo y sacando los dedos en la vagina, haciendo tocamientos en el clítoris, con movimientos circulares, pudiendo escuchar como el procesado escupía saliva en sus dedos cuando llevaba a cabo esta acción de meter y sacar los dedos en la vagina, pasando luego a tocarle los pechos masajeándolos y haciendo estiramiento de los pezones, siendo preguntada por el procesado si se encontraba bien, contestando afirmativamente la denunciante todo ello con la intención de poner fin la situación y salir del lugar.

En ningún caso, el procesado le indicó que le haría un tratamiento intracavitario que suponía introducir los dedos en la cavidad vaginal de la paciente, sin que tampoco le solicitara consentimiento para ello

Fundamentos jurídicos

Entiende el recurso que no se han respetado las exigencias del derecho fundamental a la presunción de inocencia al no considerar acreditado que las maniobras realizadas con los dedos por el acusado en la cavidad vaginal de la paciente fuesen propias del tratamiento de fisioterapia que realizaba. Al tiempo, las manifestaciones de la víctima, que difieren de los hechos reconocidos por el recurrente, serían insuficientes para considerar probados tanto los tocamientos en los pezones, como la ausencia de un consentimiento verbal por su parte. Igual carencia de base probatoria tendría presumir ánimo libidinoso en esas maniobras.

El motivo, extenso, y bien elaborado, sistematizado y construido como todo el recurso, se apura todo resquicio defensivo y se logra identificar un buen ramillete de resoluciones tanto de jurisprudencia menor como ordinaria que se citan y pudieran ser favorables a la tesis de la defensa, no es, sin embargo, prosperable.

Debemos situar el ámbito de la impugnación. Tiene una triple vertiente:

a) No podría considerarse probado que se produjeran tocamientos en los pezones. La declaración de la víctima constituiría escasa base para sustentar esa convicción.

b) Igual valoración merece la conclusión sobre la ausencia de consentimiento de la víctima; no podría rechazarse la versión exculpatoria del acusado (hubo consentimiento verbal) en virtud de la exclusiva declaración de la paciente.

c) Por fin, y aquí radica el eje principal del motivo, supondría igualmente un atentado a la presunción de inocencia desechar la hipótesis de estar ante una actuación justificada sanitariamente, según se apunta, llega a admitir la Audiencia Provincial,

aunque sin extraer de esa posibilidad, que contaba con buen sustento probatorio, sus últimas consecuencias que abocarían a la absolución.

Invertimos el orden de análisis elegido por el recurrente en su exposición. No es neutro desde el punto de vista del *iter* argumentativo. Desde el momento en que se constata que la primera de las premisas, sobre la que el recurso pasa hábilmente de puntillas, orillándola, no es asumible, las otras pierden buena parte de su potencialidad argumentativa.

En efecto, las manifestaciones de la víctima referidas a tocamientos en pechos y estiramientos en los pezones, con movimientos que de ninguna forma pueden justificarse desde una perspectiva terapéutica, privan en buena medida de crédito a los restantes alegatos defensivos del acusado. Si no se hubiesen producido esos masajes en los pechos, podría gozar de alguna -escasa, en todo caso- *chance* el argumentario encaminado a, al menos, generar dudas sobre los movimientos circulares con un dedo en el clítoris; pero si se dan por veraces esos otros frotamientos, pierde verosimilitud la hipótesis de que la introducción de dedos, de forma poco compatible con la praxis sanitaria, sin guantes, en la cavidad vaginal con los movimientos circulares que describe la víctima, formasen parte del tratamiento aplicado.

En este primer acercamiento, no hay razón alguna para imaginar que la víctima haya fabulado, desde los primeros momentos, con inexistentes tocamientos en los pezones; o que adornase su relato con ese aditamento secundario para dotar de mayor fuerza a una acción que por sí misma tenía una indudable potencialidad expresiva: contacto directo de los dedos con la parte interna de la cavidad vaginal, en maniobra que ningún profano imaginaría compatible con masajes terapéuticos. Esos hechos están aceptados por el recurrente: trata de explicarlos con una justificación profesional. No la tiene para los otros tocamientos y por eso no le queda más remedio que tacharlos de falsos. Pero es totalmente inverosímil que hayan sido malévolamente -o inconscientemente- inventados y expuestos por la denunciante, apartándose de la realidad, con un injustificado e imposible de explicar afán de reforzar la veracidad de lo que el recurrente no ha negado.

Cuadra muy mal la hipótesis defensiva con las testificales de las personas a las que se dirigió la víctima tras los hechos. Tampoco es congruente con su estado psíquico posterior descrito por quienes la vieron en los instantes que siguieron al episodio, y que luego desembocó en la necesidad de tratamiento psíquico.

No puede decirse que la afirmación de que hubo tocamientos en los pezones esté ayuna de prueba; en absoluto. Ni que la prueba sea frágil por derivar de alguien interesado en perjudicar al acusado. Las especulaciones sobre una conspiración de la empresa o algunos de sus empleados valiéndose de la víctima para lograr su cese es tan alambicada como insostenible. Constituye un insulto a una mediana inteligencia, más allá de que puedan ser ciertas tensiones internas con otros profesionales del Club.

Que la víctima fuese alentada a denunciar por personal del Club, ni merma credibilidad a su relato ni, desde luego, priva de eficacia a la denuncia como condición requerida para la perseguibilidad. La denuncia ha de ser voluntaria, libre, pero no totalmente espontánea o ajena a todo consejo o influencia. La personación en la causa sosteniendo la acusación refrenda la decisión personal de denunciar; personal, aunque

viniese impulsada o aconsejada por terceros. Tampoco la renuncia posterior, con protesta expresa de no haber consentido, puede tener eficacia alguna. El perdón dejó de configurarse hace años como una causa extintiva de la responsabilidad penal en estos delitos.

No cabe la revocación de la denuncia. Ese perdón, exteriorizado en un escrito con una cuidada y meditada redacción puesto que se combina la versión del acusado con la de la víctima, no se dice que la conducta se ajustó a la *lex artis*, sino que eso es lo que sostiene el recurrente, no puede tener en este momento eficacia alguna, sin perjuicio del valor que pueda otorgársele ante una eventual petición de indulto.

Conclusiones.

Una vez más nos encontramos en los delitos contra la libertad sexual, con la versión de la víctima, uniforme, constante y prolongada en el tiempo, para enervar la presunción de inocencia del investigado, haciendo hincapié en los elementos nucleares y accesorios de su declaración frente a otras manifestaciones del inculpado menos creíbles o inverosímiles o capciosas. Es también de destacar la validez que le otorga esta STS a la inmediata comunicación de esos hechos por la víctima a terceros, posteriormente llamados al proceso como testigos, dando cuenta de lo sucedido y que finalmente son los que insisten a la perjudicada a denunciar y sin que por ese motivo exista un móvil espurio.

9.- STS 624/2023 de 18 de julio. Alevosía frustrada y alevosía convivencial⁹.

Antecedentes de hecho

En una causa seguida ante la Audiencia Provincial de Alicante Procedimiento del Jurado nº 284/2020 procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Denia se dictó Sentencia con fecha 4 de abril de 2022 que recoge los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- El acusado Alberto, mayor de edad, con NIE NUM000, natural de Holanda, y sin antecedentes penales, en la noche del día 15 de febrero de 2020 salió por diversos locales de ocio de la localidad de DIRECCION000, coincidiendo en el Bar DIRECCION001 con su pareja sentimental, Amelia, la cual acudió a dicho local sobre las 22:00 horas acompañada de otro hombre no identificado, marchándose la misma del lugar a los pocos minutos. Con posterioridad, sobre la 01:00 horas ya del día 16 de febrero de 2020, el acusado, con la sospecha de que Amelia estuviera con otro hombre, fue a buscarla al Pub DIRECCION002 de la referida localidad, viéndola allí acompañada de otro varón, tras lo cual el acusado se fue al Bar DIRECCION003 y, transcurridos 20 minutos, volvió de nuevo al Pub DIRECCION002 para comprobar lo que estaba haciendo Amelia y, una vez allí, mantuvo con la misma una discusión motivada por el hecho de que el acusado comenzó a recriminarle que se estuviera besando con otro hombre. Entre las 02:00 y las 03:00 horas del mismo día 16 de febrero de 2020 el acusado abandonó el Pub DIRECCION002 junto con su pareja Amelia, dirigiéndose ambos hacia la inmobiliaria DIRECCION004 que regenta aquél, sita en la AVENIDA000, nº NUM001 de DIRECCION000. Una vez en el interior del establecimiento Amelia fue al aseo,

⁹ Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido publicada en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. STS nº 624/2023, Penal sección 1 de 18 de julio de 2023 (ROJ: STS 3399/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3399). Recurso: 10744/2022. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

aprovechando el acusado para coger un cuchillo de grandes dimensiones, de unos 15 centímetros de hoja, que el mismo tenía sobre una mesa de escritorio de madera, y, portando dicha arma en la mano, se dirigió hacia el cuarto de baño, donde se encontraba Amelia lavándose las manos, en cuyo momento el acusado, con ánimo de acabar con la vida de su pareja sentimental, la acuchilló por la espalda y al girarse de cara hacia el acusado, éste le asestó de nuevo diversas puñaladas en la zona del pecho, muslo izquierdo, codo izquierdo, antebrazo derecho y mano izquierda, cayendo Amelia al suelo y abalanzándose sobre ella para finalmente cortarle el cuello con el referido cuchillo, ocasionándole un total de 16 heridas tanto incisivas como punzantes y dejando el cuerpo sin vida de Amelia tendido en el suelo del aseo de la inmobiliaria y se marchó del lugar.

Fundamentos jurídicos

Se alude por el recurrente a la posibilidad de valorar una alevosía frustrada, con cita de la STS nº 790/21, de 18/10/2021, con lo que, al menos, también reconoce que la agresión comenzó como alevosa.

En todo caso, diremos que dicha STS (no hemos tenido ocasión de encontrar, ni tampoco se citan otras STS), cita supuestos que conllevan una alteración cualitativa o un cierto reequilibrio de la situación inicial que en modo alguno se produce en el presente supuesto, así menciona como ejemplo paradigmático cuando el resultado letal se alcanza pese a que la víctima que descubre al agresor que la esperaba al acecho para sorprenderle, y aunque éste consigue acabar con su vida ello tiene lugar tras una reñida lucha que se quería evitar mediante la fallida emboscada y así, añade, que el aspirante a asesino tiende la emboscada y logra sorprender a su enemigo, pero éste reacciona, se deshace de su asaltante y emprende una activa y potente defensa que finalmente resultará inútil. La muerte solo se produce tras una pelea equilibrada de curso variable e incierto, aunque finalmente el agresor alcanza su inicial propósito -muerte-, aunque no alevosamente, y de hecho dicha STS, advierte que "...no cualquier supuesto en que se produce una reacción defensiva -ya inútil- de la víctima, porque se percata del ataque, quiebra la alevosía. El problema surgirá solo cuando la decisiva ventaja inicial buscada que conforma la alevosía no condiciona de manera decisiva toda la secuencia agresora que se prolonga más allá del inicial golpe; cuando hay un cierto corte, fisura o cambio sustancial de escenario en que se recompone un cierto equilibrio de fuerzas que el agresor pretendía evitar".

En el presente supuesto, por las circunstancias ya indicadas, el mero giro que realiza la víctima al recibir la brutal puñalada por la espalda, que el propio recurrente indica afectó al pulmón derecho, con un cuchillo de 15 cm, que no va seguida de un reequilibrio de la situación alguno ni de genuino forcejeo ni de lucha, las heridas de defensa son compatibles con la agravante como expresa la jurisprudencia e indica la sentencia de instancia, sino que lo que se produce es una brutal continuación agresiva con el cuchillo que continúa incluso con la víctima en el suelo, llegando a cortarle el cuello, resultando inviable una degradación de la alevosía al abuso de superioridad.

Fuera o no mortal de necesidad la primera puñalada, es lo suficientemente potente y sorpresiva, se produce de espaldas, para impedir una defensa frente al agresor que gracias a ese primer apuñalamiento y el aturdimiento que origina, facilita el resto de las siguientes plurales y consecutivas puñaladas que recibe sin posibilidad de defensa real alguna".

Conclusiones.

Una vez más nos encontramos con categorías extravagantes de la alevosía en el estudio en el marco de los delitos contra las personas, como sucede con esta modalidad bautizada como alevosía frustrada que a pesar de la cita del recurrente, no tiene reflejo en la jurisprudencia anterior del TS. Realmente es un tipo de prevalimiento cuya apreciación discurre por el terreno fáctico de la explicación de aquello que resulte probado.

También acuña la alevosía convivencial, cuya configuración parte de una situación ambiental propia de la convivencia entre los implicados, nada más.

10.- STCO 92/2023, de 11 de septiembre. Captación policial de imágenes en garajes comunitarios sin autorización judicial.¹⁰

Antecedentes de hecho.

En esta STCO analizamos un recurso de amparo núm. 3456-2021, promovido por don Abderrahman contra la sentencia de 22 de mayo de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Barcelona en el procedimiento abreviado núm. 129-2020; contra la sentencia de 26 de agosto de 2020 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestima el recurso de apelación núm. 131-2020, interpuesto contra la anterior; y contra la providencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2021, que deniega la admisión del recurso de casación núm. 4479-2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ya podemos adelantar que la STCO estima el recurso de amparo, declarando la nulidad de la instalación de cámaras de grabación de imágenes por la Guardia Urbana de Barcelona en el garaje de una comunidad de vecinos, sin autorización judicial.

Fundamentos jurídicos

Nos centramos en el análisis de los derechos fundamentales afectados, el de la intimidad y a la propia imagen.

Como se ha indicado, el recurrente alega la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen, como si del mismo derecho se tratase, en relación con el principio de legalidad penal, porque entiende que en la investigación policial que ha conducido a la postre a su condena por un delito de tráfico de drogas ha sido determinante la instalación de cámaras de grabación de imágenes por la Guardia Urbana de Barcelona en el garaje de una comunidad de vecinos, sin autorización judicial ni permiso de la comunidad o comunicación a la autoridad competente.

El planteamiento del recurrente hace preciso delimitar previamente cuál de esos derechos fundamentales garantizados por el art. 18.1 CE, a la intimidad y a la propia imagen, es el afectado en el presente caso por la actuación de los agentes de la Guardia Urbana de Barcelona en el ejercicio de sus funciones investigadoras como policía judicial

¹⁰ Esta STCO ha sido publicada en la web del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. [STC de 11 de septiembre de 2023 - ROJ: STC 92/2023](#). ECLI:ES:TC:2023:92. Nº de Resolución: 92/2023. Nº Recurso: 3456/2021. Sección: 1. Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Arnaldo Alcubilla.

(art. 126 CE). Porque es necesario recordar que, conforme a una consolidada doctrina constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, a pesar de su estrecha relación entre sí, en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico cada uno de ellos. Se trata, dicho de otro modo, de derechos autónomos, de modo que al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (entre otras, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3, y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4). Atendiendo, como es obligado, al relato de hechos declarados probados en las sentencias que se impugnan en amparo, hay que entender que en el presente caso el derecho fundamental afectado por la actuación controvertida de los agentes de la Guardia Urbana de Barcelona, instalación de un sistema de captación de imágenes en un garaje de una comunidad de vecinos, es el derecho a la intimidad personal. Según tiene reiteradamente declarado este tribunal, el derecho a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Con unos u otros términos, la doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, de una publicidad no querida y, en consecuencia, el poder jurídico de imponer a terceros, sean particulares o poderes públicos, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. En particular, como hemos destacado en la STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5, resulta relevante, como criterio que debe tenerse en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así, por ejemplo, cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública.

Por su parte, el derecho a la propia imagen es, conforme a nuestra doctrina, el "derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde", y por lo tanto, abarca "la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos"

Sin necesidad de entrar a dilucidar si ese garaje tiene la condición de domicilio a los efectos del art. 18.2 CE, pues el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se invoca en el presente recurso de amparo, es notorio que, conforme al referido criterio de

expectativa razonable de privacidad, ese espacio pertenece al ámbito de la intimidad protegida por el art. 18.1 CE, pues se trata de un lugar cerrado que es, además, una propiedad privada de acceso restringido a los titulares de las plazas de aparcamiento y a terceros a los que aquellos permitan la entrada y por tanto es patente que se trata de un lugar en el que el recurrente tenía una expectativa razonable de no ser escuchado u observado subrepticamente por terceras personas. En definitiva, ha de concluirse que es el derecho a la intimidad personal el que resulta afectado en el presente caso por el hecho de haber instalado los agentes de la Guardia Urbana de Barcelona, en el curso de una investigación sobre un delito de tráfico de estupefacientes, un sistema de captación de imágenes dentro de un garaje de una comunidad de vecinos. Lugar cerrado de propiedad privada al que el propio recurrente reconoció en el juicio oral haber accedido acompañando a su hermano y coacusado para ayudarle a cargar y descargar bultos de un vehículo allí estacionado, si bien negó que esos paquetes contuvieran hachís.

Habría, por tanto, que examinar si la actuación policial controvertida en el presente caso lesionó el derecho del recurrente a la intimidad personal.

Lo que el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Ahora bien, el derecho a la intimidad personal no es un derecho absoluto y por tanto no confiere a su titular una facultad omnímoda de exclusión, pues, como cualquier derecho fundamental, puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr un fin legítimo, sea proporcionada para alcanzarlo y, además, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho y por ello, no cabe negar la posibilidad de que en determinadas circunstancias, ciertamente excepcionales, existan derechos o bienes constitucionales que legitimen la captación e incluso la difusión de imágenes que supongan una intromisión en la intimidad personal o familiar de una persona. En tal sentido, conviene recordar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que reviste la naturaleza de fin constitucionalmente legítimo que puede permitir la injerencia en el derecho a la intimidad, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal, pues, en efecto, "la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE".

De lo anterior se desprende que el Legislador ha de habilitar las potestades o instrumentos jurídicos que sean adecuados para que, dentro del respeto debido a los derechos, principios y valores constitucionales, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cumplan con la función de averiguación del delito que legítimamente les corresponde. Esto es, ha de existir expresa habilitación legal para que la policía judicial pueda practicar la injerencia en los derechos a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en el marco de una investigación dirigida al esclarecimiento de la autoría, causas y circunstancias de un delito. Pues toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, que incida directamente en su desarrollo, o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de

los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, la ley que autorice injerencias en los derechos fundamentales debe indicar con claridad el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes, así como la manera de su ejercicio, no admitiéndose interpretaciones analógicas.

Es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona la que identifica el art. 588 quinquies a) Lecrim, introducido por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, como el precepto en que esa actuación policial encontraría habilitación legal. Dispone lo siguiente: "1. La policía judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. 2. La medida podrá ser llevada a cabo cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de investigación". Una de las medidas que puede adoptar la policía judicial en el marco de una concreta investigación criminal, sin necesidad de solicitar autorización judicial es, precisamente, la que se acaba de transcribir, consistente en la utilización de dispositivos técnicos de captación de imágenes en lugares o espacios públicos. Es, por tanto, el art. 588 quinquies a) Lecrim la norma en la que, en su caso, podría encontrar cobertura legal la injerencia policial en el derecho a la intimidad personal que en el presente recurso de amparo se discute, debiendo descartarse otras normas citadas por el recurrente, que se refieren a otros supuestos.

La Audiencia Provincial de Barcelona ha realizado en la sentencia impugnada una interpretación extensiva de la cláusula "lugar o espacio público" contenida en el apartado primero del art. 588 quinquies a) Lecrim, en el sentido de considerar que también incluye todos aquellos lugares o espacios que, aun no siendo en puridad espacios públicos, no constituyen domicilio de conformidad con lo previsto en el art. 18.2 CE. Por tanto, entiende que el art. 588 quinquies a) Lecrim habilita a la policía judicial en el marco de una investigación criminal, sin necesidad de autorización judicial, para instalar videocámaras y grabar imágenes en cualquier espacio, aunque sea cerrado y de titularidad privada, siempre que no merezca la calificación de domicilio a efectos constitucionales. Así sucedería, como en el caso que nos ocupa, cuando la policía capta las imágenes en el interior de un garaje de una comunidad de vecinos, espacio que dicho órgano judicial considera como un lugar o espacio cerrado de titularidad privada, pero público en cuanto a su uso, aunque de acceso restringido. Tal razonamiento no puede ser compartido, porque supone una interpretación extensiva del precepto legal que no se coherente con las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas a las que se refiere la citada jurisprudencia constitucional.

En efecto, aunque existe una previsión legislativa que permite a la policía judicial la grabación de imágenes en el marco de una investigación criminal sin autorización judicial, esa habilitación legal se circunscribe a los lugares y espacios públicos, noción esta que tiene un sentido inequívoco, referido a ámbitos espaciales de uso por todo el público, sin restricciones. Así lo considera, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que con cita de doctrina constitucional (SSTC 134/1999, de 15 de julio; 144/1999, de 22 de julio, y 236/2007, de 7 de noviembre), señala cuando el art. 588 quinquies a) Lecrim alude a "lugares o espacios públicos" ha de entenderse que se refiere a "aquellos en los que el

investigado no pueda ejercer su derecho a la intimidad, donde no pueda reservar al conocimiento de los demás lo que está sucediendo, al no disponer de ningún derecho de exclusión sobre ese lugar. Se contrapone este concepto al de lugares privados, que serán aquellos [...] donde el individuo puede limitar el acceso de terceros, ejerciendo de ese modo ámbitos de privacidad excluidos del conocimiento ajeno".

La interpretación que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona realiza del art. 588 quinquies a) Lecrim, al entender que un garaje de una comunidad de propietarios es un espacio público a esos efectos, se aparta de los presupuestos establecidos por el legislador que autorizan la intromisión de la policía judicial en el derecho fundamental a la intimidad personal. Se quiebra mediante esa interpretación la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho, y con ello se incumplen las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho que demanda el principio de legalidad en el ámbito de las injerencias en los derechos fundamentales y libertades públicas. No estamos, por lo tanto, ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que lo que se plantea en este caso es el efecto asociado a una ausencia completa de habilitación legal para la injerencia de la policía judicial en el derecho a la propia imagen, como consecuencia de la grabación de imágenes sin autorización judicial en el interior del garaje de una comunidad de vecinos. El apartado primero del art. 588 quinquies a) Lecrim se refiere de manera incontrovertible a la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, no en lugares o espacios de otra naturaleza, como puedan serlo los garajes privados, aunque estos sean utilizados por una pluralidad de personas. La exégesis del precepto llevada a cabo por la Audiencia Provincial de Barcelona supone una interpretación reductora del art. 18.1 CE, quebrando la doctrina constitucional al respecto. No estorba recordar que "la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales" (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8).

Conclusiones.

Después de esta larga disertación del TCO sobre el derecho fundamental afectado por el uso policial de una cámara en el interior de un garaje comunitario, derecho a la intimidad o a la propia imagen, concluye diciendo que la captación policial de imágenes del recurrente en amparo en el interior del garaje privado en el que se hallaba estacionado el automóvil en el que finalmente fue incautado un alijo de 44 kilos de hachís carecía de habilitación legal, por lo que vulneró el derecho del recurrente a la intimidad personal, deviniendo nula la prueba de cargo obtenida por ese medio.

No comparto en absoluto la conclusión del TCO sobre la prueba en cuestión, precisamente por el razonamiento empleado y por sus propios motivos y argumentos. Coincido en la rotunda afirmación que el derecho afectado es el de la intimidad y no el derecho a la propia imagen, cuyo alcance, contorno y características no son idénticos, pero lejos de alcanzar el mismo resultado anulatorio, discrepo absolutamente porque a mi entender el art. 588 quinquies a) de la Lecrim es de claridad meridiana. Para captar imágenes en un espacio público no es necesaria autorización judicial, ergo para captar imágenes en un espacio privado sí. El TCO deambula por una zona gris de lo que no es ni totalmente público, ni totalmente privado y asimila la protección dispensada a esta última a la zona gris, cuando realmente un garaje como el analizado es un espacio cerrado de titularidad privada pero de uso público y a mi entender, la expectativa razonable de

privacidad es tan relativa, difusa e ilusoria que difícilmente debe exigir la previa autorización judicial.

Reproduzco a continuación la explicación de un voto particular en contra del criterio de la mayoría del TCO, "...no puede afirmarse que un garaje comunitario se encuentre amparado por el derecho a la intimidad, salvo que se desnaturalice el contenido de este derecho y se transforme el derecho a la intimidad personal y familiar de la que trata el art. 18.1 CE en una suerte de inexistente derecho a la intimidad vecinal o comunitaria ontológicamente contraria a la propia esencia del concepto de intimidad, por encontrarse desvinculada de la esfera de la personalidad y de la dignidad del individuo con la que entroncan los derechos del art. 18.1 CE. Es pues notorio -so riesgo de diluir el concepto de intimidad- que en ese espacio, accesible en todo momento a terceros, no solo los titulares de las plazas de aparcamiento, sea en régimen de propiedad o de alquiler, sino también a sus acompañantes y a otras personas por aquellas habilitadas para acceder, como pueden ser los operarios de servicios de limpieza, o de reparaciones, entre otros, nadie puede esperar hallarse a resguardado de un posible escrutinio ajeno. Dicho de otro modo, no cabe una expectativa de privacidad en un garaje comunitario al que puede acceder una pluralidad de personas..."

11.- STS nº 750/2023, de 11 de octubre. Cultivo de marihuana. Formas de participación. No cabe la comisión por omisión¹¹.

Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón, incoó Procedimiento Abreviado 1224/17 por delito contra la salud pública, contra Fermina y Gracia; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 2 de Castellón, causa penal núm. 403/2019, quien dictó Sentencia núm. 201/2021 de 4 de junio, que contiene los siguientes hechos probados: "Las acusadas Gracia y Fermina, ambas mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, actuando de previo y mutuo acuerdo, se dedicaban al cultivo de plantas de marihuana en la casa sita en el CAMINO000 nº NUM000 de la localidad de Castellón, para destinarla a su venta o distribución entre terceras personas.

Tras recibir información por parte del grupo de hurtos de la Policía Nacional, de que desde el exterior de la casa se veían numerosas plantas de marihuana, los agentes de la UDYCO fueron a comprobar la veracidad de las informaciones en fecha 5/07/2017, interviniendo en el lugar 236 plantas de marihuana de unos 50 cm plantadas en macetas, 11 plantas de marihuana plantadas en la tierra de unos 120 cm, gran cantidad de cogollos de marihuana y una báscula digital.

Analizadas las plantas intervenidas, resultaron tener un peso neto total de seco útil de la sustancia estupefaciente cannabis sativa de 18.315,86 gramos.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo publicada en la web del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ. STS de 11 de octubre de 2023 (ROJ: STS 4182/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4182). Sentencia: 750/2023. Recurso: 7079/2021. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

La sustancia estupefaciente marihuana intervenida alcanza en el mercado ilícito un precio aproximado de 25.622,68€, venta por kg. y/o 100.004,58 € de venta en gramos, según tasación pericial efectuada.

Fundamentos jurídicos

El principal argumento de la recurrente es que la mera cohabitación en un domicilio donde se ha descubierto la comisión de un delito, sin otras circunstancias incriminatorias, no es base suficiente para enervar su presunción de inocencia.

Acudiendo a una concepción estricta de resultado, podría entenderse que "los actos de cultivo" ya son un resultado; pero saber que se cultiva, en modo alguno "equivale", en el sentido de la norma, ni en ningún otro, a cultivar. El ser titular o tener la administración de un chalet donde reside un tercero, no conlleva el deber de impedir el cultivo de marihuana en el mismo; y aunque faculte hacer cesar esa residencia, no se identifica la obligación de hacer cesar el cultivo. Sin ningún acto de favorecimiento concreto en ese cultivo, ninguna participación es predicable.

Es más, aunque la recurrente residiera también en la casa, esa mera circunstancia, no bastaría para afirmar su participación delictiva.

La STS 935/2022, de 1 de diciembre insiste en que es cierto que cuando se trata de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, la jurisprudencia (vid. SSTS 1280/2005, de 7-11; 1322/2011, de 7-12; 296/2016, de 11-4) ha establecido que el simple conocimiento por parte del cónyuge o personas asimiladas de la actividad del autor no es bastante para originar responsabilidad penal. Así, se ha señalado que "el conocer que la persona con la que se convive posee droga con propósito de traficar con ella no implica por sí mismo su participación en el delito de tráfico de drogas ni la obligación de denunciar tal hecho, así como tampoco permite afirmar la existencia de una posición de garante de que el tráfico no se va a producir." Por tanto, el conocimiento no permite fundamentar la coautoría. Naturalmente en este delito es posible compartir la tenencia, pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos. Se requerirá que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de la droga.

De este criterio jurisprudencial del que existen múltiples manifestaciones, como la STS 1001/2021, de 16 de diciembre y las que allí se citan y de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala ha afirmado que el mero hecho de cohabitar en el domicilio donde se realiza una actividad encaminada al almacenamiento y distribución de droga no es suficiente para atribuir participación punible en la misma, ni aun cuando se tenga conocimiento de ella. Se requiere además que se participe en alguna actividad que por su tendencia pueda ser calificada de facilitación del tráfico. El recurso invoca esa doctrina, con cita de la STS 858/2016, de 14 de noviembre, y las que la misma condensa.

En el mismo sentido explicábamos en la STS 270/2018, de 5 de junio, que "entre los principios fundamentales del Derecho Penal se encuentra, sin excepciones, el de la responsabilidad personal, conforme al cual la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional ha sostenido que ese

principio obliga a establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, como sucede en los supuestos de tenencia de drogas con propósito de tráfico. El mero conocimiento de la existencia de la droga no supone participación en el delito (entre otras, STS 3/2008 de 26 de diciembre)." Y resaltábamos en la citada STS 270/2018, que especialmente esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión en supuestos de convivencia familiar, para señalar que el acceso a la droga que tiene el cónyuge o conviviente, el progenitor o el hijo, no puede comportar por sí solo la realización del tipo penal. Es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, lo que exige que se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas (entre otras SSTs 4 de diciembre 1991, 196/2000 de 4 de abril, 1888/2001 de 4 de febrero de 2002, SSTs 415/2006 de 18 de abril, 771/2010 de 23 de septiembre, 1322/2011 de 7 de diciembre).

Conclusiones

De manera uniforme y constante, el TS ha mantenido la tesis en materia de coautoría y participación de excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, lo que exige que, en su caso, se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar o domiciliaria y que permitan deducir la activa intervención del sospechoso por otros elementos incriminatorios.

12.- STCO 68/2023 de 19 de junio. Vulneración del derecho del investigado a la información sobre los hechos que se le imputan y de acceso al procedimiento, como manifestaciones del derecho de defensa, cuando la causa se encuentra bajo secreto sumarial.¹²

Antecedentes de hecho

En el momento de formular la demanda de amparo el recurrente tenía la condición de investigado en las diligencias previas núm. 9-2016, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Terrassa, en las que había sido acordado el secreto procesal de las actuaciones. El 26 de junio de 2018, en el curso de la investigación seguida en dicha causa penal, fue detenido el recurrente tras el registro de su domicilio, en el que se hallaron 18.000€ en efectivo, documentación sobre venta de joyas y documentación relacionada con una tercera persona, también sometida a investigación en la causa penal. Una vez puesto a disposición judicial el siguiente día 27 de junio, tras informarle de sus derechos como detenido -entre los que no aludió al de acceder a los elementos esenciales de las actuaciones necesarios para impugnar su situación de privación de libertad-, el juez instructor le interrogó tras indicarle que la causa había sido declarada secreta y que se le investigaba por los delitos de pertenencia a organización criminal, tráfico de drogas, contra el patrimonio, blanqueo de capitales, estafa y falsedad. Interrogado al respecto, el detenido manifestó que no había hecho nada y que no se le había informado

¹² Esta STCO ha sido publicada en la página web del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ; [STCO de 19 de junio de 2023 - ROJ: STC 68/2023](#), ECLI:ES:TC:2023:68, Nº de Resolución: 68/2023, Nº Recurso: 159/2019, Sección: 1; Ponente Excmo. Sr. D. Juan Carlos Campo Moreno.

concretamente de nada, y que, ante unas acusaciones tan globales, sin que le digan exactamente qué ha hecho, no podía contestar sobre lo que ha hecho o no. A continuación, el instructor acordó celebrar la audiencia prevista en el art. 505 de la Ley de la Lecrim, a fin de pronunciarse sobre cuál habría de ser su situación personal durante la investigación. Por considerarle autor de los delitos investigados, el Ministerio Fiscal solicitó su prisión provisional. La letrada del detenido se opuso a la medida cautelar solicitada alegando que desconocía los hechos en los que el fiscal apoyaba su pretensión, que el detenido podía explicar el origen de los objetos intervenidos en el registro domiciliario y que no existía motivo para decretar su privación de libertad. Reiteró que con lo poco que conocía de la causa, debido a la previa declaración de secreto procesal, no existía base para acordar la prisión preventiva. Tras la comparecencia, el juez instructor dictó auto acordando la prisión provisional, comunicada y sin fianza, del recurrente, auto de 27 de junio de 2018. En la copia del auto que fue notificada al recurrente se omitieron las consideraciones de la resolución que se referían a los indicios de criminalidad que apoyaban la imputación (FJ 2 b)), o su origen, justificando tal reserva en el carácter secreto de la investigación.

Fundamentos jurídicos.

Analiza la STCO 68/2023, la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones relacionados con la privación de libertad. El Tribunal ha tenido ocasión de examinar diversos aspectos del derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad en numerosas sentencias, todas ellas referidas a la situación de detención policial y también en las referidas a la privación cautelar de libertad judicialmente acordada en causas en las que ha sido decretado el secreto de las actuaciones (art. 302 Lecrim).

En lo que es relevante para la resolución del presente recurso de amparo, siguiendo la síntesis expuesta en la STC 30/2023, la doctrina sentada por ese Tribunal puede sintetizarse del modo siguiente: a) El punto de partida de la doctrina constitucional es la constatación de que, junto al derecho de información y acceso a la investigación que, con carácter general, corresponde a toda persona investigada o acusada (art. 118.1 Lecrim), la ley procesal establece específicas exigencias cuando se trata de un detenido o preso (art. 520.2 Lecrim). Se atiende así no solo a la afectación del derecho de defensa, sino del derecho a la libertad personal; b) El catálogo de derechos del detenido o preso preventivo establece un especial rigor informativo, pues, conforme al art. 520.2 Lecrim, "[t]oda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten". Entre esos derechos se encuentra el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) Lecrim], que actúa como garantía instrumental del derecho a la información. Ambos aspectos, información y acceso, aparecen entrelazados como garantías del derecho de defensa frente a las privaciones cautelares de libertad y sirven a la finalidad última de proteger contra privaciones de libertad arbitrarias, donde resulta capital el control judicial de la medida; c) El pleno disfrute de los derechos de información y acceso puede verse comprometido temporalmente en virtud del secreto de las actuaciones. En estos casos, el justiciable ve limitados sus derechos y garantías en aras de preservar otros intereses dignos de protección, como el éxito de la investigación o el proceso o, incluso, la vida, libertad o integridad física de otra persona. Sin embargo, hemos constatado que, cuando se trata de un investigado o encausado en situación efectiva o potencial de

privación de libertad, la Ley excluye de esa posibilidad de restricción temporal de derechos el específico conocimiento sobre los hechos que se imputan al investigado y las razones motivadoras de la privación de libertad, así como el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad. En particular, "el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial -en el sentido de sustancial, fundamental o elemental- para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad".

Sentado lo anterior y tratando de aplicar esa doctrina al caso en concreto, podemos observar como en el marco de unas diligencias previas incoadas y declaradas secretas con anterioridad a la detención del recurrente, el juez instructor acordó, a petición del Ministerio Fiscal, la prisión provisional del recurrente, comunicada y sin fianza, en la audiencia contradictoria celebrada tras su puesta a disposición judicial como detenido (art. 505 Lecrim). Durante la celebración de esa comparecencia, al recibirle declaración y al cuestionar la propuesta cautelar del Ministerio Fiscal, tanto el detenido como su letrada manifestaron que no sabía qué hechos concretos se le imputaban y que, ante imputaciones tan globales como las que se le hacían, no podía contestar sobre lo que había hecho o no. La letrada del detenido se opuso a la medida cautelar solicitada por la acusación pública alegando que desconocía los hechos en los que se apoyaba tal pretensión, reiterando que con lo poco que conocía de la causa, debido a la previa declaración de secreto sumarial no existía base para acordar la prisión preventiva. Los mismos alegatos, o similares, ya con mención expresa al derecho de acceso a las actuaciones, fueron formulados en el escrito de apelación formulado frente al auto que decretó la prisión provisional, y en la subsiguiente vista del recurso. Así, se adujo que el mantenimiento del secreto de las actuaciones dificultaba sobremanera las alegaciones de la parte sobre la existencia de indicios suficientes de criminalidad y la supuesta relación con otras organizaciones criminales que se le imputaban, sin conocer siquiera a qué organización supuestamente pertenecía. El tribunal de apelación descartó que se hubiese producido la lesión alegada, afirmando que en la parte del auto apelado no notificada al recurrente ni a su defensa por estar declarada secreta la causa, concretamente en su fundamento jurídico segundo, se describen indicios racionales de criminalidad suficientes contra el investigado, añadiendo lo siguiente: "Qué duda cabe [de] que cuando se alce el secreto podrá ejercitar con plenitud el derecho de defensa e impugnar aquellas decisiones jurisdiccionales que entienda que no están fundamentadas o no sean conformes a derecho. En todo caso del testimonio remitido se deduce que el contenido de las intervenciones telefónicas, seguimientos realizados y documental bancaria fundamenta los indicios de los dos delitos que se le imputan, tratándose el recurrente de una persona de gran importancia en el seno de la organización criminal, que indiciariamente se le atribuye y cuya actividad consta especificada en el razonamiento jurídico segundo -robos en casas habitadas, contrabando, falsedad, blanqueo de capitales-".

A la vista de las circunstancias del caso expuestas y de conformidad con la doctrina constitucional ya expresada, apreciamos que han sido vulnerados los derechos del recurrente a la libertad personal (art. 17.1 CE) y de defensa (art. 24.2 CE), por cuanto se le ha denegado absolutamente el acceso a los elementos esenciales del expediente que permiten oponerse e impugnar de manera efectiva la privación cautelar de libertad.

Con la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales por las que el investigado fue privado de libertad, entiende el TCO que se ha reparado su derecho afectado, sin otro alcance para el procedimiento principal.

Conclusiones

El siempre difícil equilibrio entre el secreto sumarial acordado para la continuación de la instrucción de una causa cuando hay alguna persona privada de libertad, lo zanja el TCO a favor del derecho de información sobre los hechos y el acceso a las actuaciones, como garantía del derecho de defensa del investigado.

En estos casos siempre habría sido mejor declarar un secreto parcial de actuaciones y la adecuada publicidad de aquellas partes del procedimiento de las que someramente y sin comprometer el motivo del secreto sumarial, el investigado podría tener conocimiento. Pensemos que el investigado ha estado presente en una diligencia de entrada y registro en la que han aparecido elementos materiales del delito; a priori, de nada serviría ocultar lo que ya conoce. Valoremos un acta de vigilancia que sitúa a varios sospechosos en un lugar comprometido; tal vez desvelar su existencia tampoco comprometería la investigación.

No olvidemos tampoco que esta situación tan comprometida con los derechos fundamentales, previamente ya le ha podido ocurrir a la Policía Judicial al haberle realizado la lectura de derechos a un sospechoso y no ha sabido qué partes del todo realmente podría desvelar sin afectar al secreto sumarial declarado judicialmente, de donde se observa claramente y más en estos casos, que la necesaria coordinación de la Policía Judicial con el Juez Instructor es vital para salvar ese escollo de falta de información y acceso a las actuaciones para el investigado y su representación procesal, sin comprometer el procedimiento declarado secreto en todo o en parte.