

EDJ 1998/389

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-2-1998, nº 173/1998, rec. 846/1997

Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel

Resumen

La principal cuestión planteada por el MF y la acusación particular en sus recursos frente a sentencia que absolvió a los procesados de un delito de homicidio y otros, consiste en determinar si la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha en una celda de prisión preventiva, cumple la exigencia de previsión y reserva legal que legitima tal ingerencia en el ámbito del derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones. A juicio del Tribunal, si la Ley general penitenciaria autoriza al Director de un centro a suspender o intervenir las comunicaciones generales por razones de seguridad o de interés del tratamiento, mucho más podrá el Juez de instrucción cuando su finalidad es garantizar los mencionados derechos fundamentales. Además, en el presente caso, los acusados aceptaron que se oyesen las conversaciones en el plenario. Por tanto se estiman los recursos en este particular, mandando una nueva celebración del juicio con Tribunal distinto, al resultar la referida prueba legítima, con lo que su denegación causó indefensión a las partes acusadoras.

NORMATIVA ESTUDIADA

Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales art.8.3

LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria art.51.2 , art.51.5

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.18.1 , art.18.3 , art.24.1 , art.24.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

Supuestos diversos

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

En general

Valor probatorio

TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

INDEFENSIÓN

Se estima producida

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.51.2, art.51.5 de LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria

Aplica art.8.3 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Aplica art.18, art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.5.4, art.267 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria

Cita art.10.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.849.2, art.850.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita STS Sala 2ª de 3 octubre 1997 (J1997/6352)

Cita STS Sala 2ª de 22 mayo 1997 (J1997/6127)

Cita STS Sala 2ª de 30 abril 1997 (J1997/3860)
Cita STS Sala 2ª de 15 abril 1997 (J1997/1751)
Cita STS Sala 2ª de 4 marzo 1997 (J1997/1030)
Cita STS Sala 2ª de 26 octubre 1996 (J1996/8233)
Cita STS Sala 2ª de 4 julio 1996 (J1996/6074)
Cita STS Sala 2ª de 5 julio 1996 (J1996/5528)
Cita STS Sala 2ª de 22 abril 1996 (J1996/3409)
Cita STS Sala 2ª de 4 marzo 1996 (J1996/858)
Cita STS Sala 2ª de 22 enero 1996 (J1996/57)
Cita STS Sala 2ª de 5 diciembre 1995 (J1995/7703)
Cita STS Sala 2ª de 6 marzo 1995 (J1995/629)
Cita STS Sala 2ª de 23 diciembre 1994 (J1994/9785)
Cita STEDH de 24 marzo 1988 (J1988/10468)
Cita STC Sala 2ª de 29 noviembre 1984 (J1984/114)

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de mil novecientos noventa y ocho.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y la ACUSACION PARTICULAR, familiares de Ana María, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén que absolvió a los procesados Juan Domingo y José Miguel de los delitos de homicidio, detención ilegal (rapto), violación y tenencia ilícita de armas de los que venían siendo acusados, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, siendo también parte como recurridos, Juan Domingo y José Miguel, estando dicha parte recurrente representada por la Procuradora Sra. Landete García y dichos recurridos por la Procuradora Sra. Rubio Peláez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Jaén instruyó sumario con el número 3/92 contra Juan Domingo y José Miguel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la citada Capital que, con fecha 17 de enero de 1997 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Que aparece probado y así expresamente se declara, valorando en conciencia la prueba practicada, que el día 7 de junio de 1992, sobre las 21'30 horas la pareja de novios integrada por Oscar, nacido el día 2 de enero de 1971 y Ana María, nacida el 23 de enero de 1973 se dirigieron montados en el vehículo ... matrícula J-...-O, que era conducido por su propietario, Oscar, a los alrededores del llamado "Camino de Cuevas", en las proximidades del casco urbano de Jaén, lugar conocido por la frecuencia con que acudían al mismo otras parejas buscando soledad e intimidad.- Que en esta situación y en horas no precisadas entre las 22 y 24 horas del referido día autor o autores desconocidos, valiéndose de una escopeta que no ha sido hallada hasta la fecha y de características desconocidas dispararon sobre Oscar cuando éste ocupaba el asiento delantero izquierdo de su vehículo con los cristales y puertas cerrados automáticamente y totalmente desnudo, efectuándole el primer disparo desde el exterior fracturando el cristal e impactando en el hombro izquierdo y recibiendo seguidamente otro disparo a quemarropa en la región molar que por afectar a órganos vitales determinó el inmediato fallecimiento.- Posteriormente en el mismo paraje y entre los olivos a una distancia de 163 metros de donde estaba el vehículo con el cuerpo sin vida de Oscar, autor o autores desconocidos en horas que no se ha podido precisar valiéndose de una escopeta cuyas características son también desconocidas, dispararon contra Ana, sufriendo ésta una herida en el cuello situado su autor a su espalda, que por afectar a órganos vitales le causó la muerte próxima aunque no instantánea. El cadáver fue encontrado tendido en el suelo, totalmente vestido y con un bolso. Se ignoran qué hechos ocurrieron y cómo se desarrollaron entre la muerte de Oscar y la de Ana. En los cadáveres de las víctimas se encontraron vestigios que clínicamente comprobados por las técnicas del ADN arrojaron huellas genéricas que corresponden al menos a tres personas distintas de los fallecidos, una de ellas compatible con el genotipo perteneciente al procesado José Miguel, siendo este poseído por el 4'98% de la población caucásica, española, y sin que ninguno de los otros códigos genéticos pertenezca al genotipo del procesado Juan Domingo. Dichos procesados se sometieron voluntariamente a la prueba del ADN. En los hechos relatados no aparece debidamente acreditada la participación de los procesados Juan Domingo y José Miguel."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados Juan Domingo y José Miguel de los delitos de homicidio, detención ilegal (rapto), violación y tenencia ilícita de armas de que venían siendo acusados, declarando las costas de oficio.- Se dejan sin efecto cuantas medidas personales y pecuniarias se hubieran adoptado en las piezas de situación y responsabilidad.- Diríjase mandamiento al Centro Penitenciario donde están internados para que sean puestos inmediatamente en libertad con respecto al presente procedimiento.- Notifíquese la presente a las partes, con instrucción de los recursos que contra la misma caben."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por el Ministerio Fiscal y por la Acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en el siguiente motivo de casación: Unico.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim. EDL 1882/1 , en relación con el 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por denegación indebida de prueba documental consistente en las escuchas realizadas en cumplimiento del auto del Juez Instructor de fecha 20/9/95 solicitadas en tiempo y forma por dicho Ministerio Público.

El recurso interpuesto por la Acusación particular se basa en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Basado en el art. 849.2 de la LECrim. EDL 1882/1 , consistente en error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas resultante de ciertos particulares de documentos que demuestran la equivocación del juzgador que resultan contradichos por otras pruebas.

Segundo.- Basado en el art. 850.1 de la LECrim. EDL 1882/1 , consistente en la denegación de la audición de las cintas grabadas en el Centro Penitenciario a los procesados en sus celdas, que fueron autorizadas por auto de fecha 20/9/95 por el Juez del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jaén.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el primer motivo y apoyó el segundo. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento, se celebró la Vista el día 3 de febrero. El recurso de la acusación particular lo mantuvo el Letrado recurrente, Don Manuel Izquierdo Roldán, informando. El Ministerio Fiscal mantuvo su recurso en primer lugar, informando, e impugnó el del contrario, informando y apoyando el segundo motivo. La Letrada recurrida, Doña Carmen Garrido Gómez, por Juan Domingo y José Miguel, impugnó, informando.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- En causa seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, por los delitos de homicidio, violación, rapto y tenencia ilícita de armas contra los procesados, Juan Domingo y José Miguel, dicho Tribunal dictó sentencia con fecha de 17 de enero de 1997, por la que absolvió libremente a los acusados de tales delitos, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Contra tal fallo recurren, tanto el Ministerio Fiscal, como la representación y defensa de la acusación particular. El Ministerio Fiscal, con un recurso de casación por quebrantamiento de forma, conformado en un motivo único, al amparo del art. 850,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por denegación indebida de prueba documental, consistente en las escuchas realizadas en cumplimiento del auto del Juez Instructor de fecha 20 de septiembre de 1995, solicitadas en tiempo y forma por el propio Fiscal en su escrito de calificaciones provisionales.

En cuanto al recurso de la acusación particular, se trata de un recurso de casación, mixto de quebrantamiento de forma e infracción de Ley, el primero, de esta clase, al amparo del núm. 2º del art. 849 de la Ley Adjettiva penal EDL 1882/1 , que denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal de instancia y el otro, pro forma, que viene a ser coincidente con el del Ministerio Fiscal.

Recurso del Ministerio Fiscal

PRIMERO.- A) Estima la acusación oficial, que al no conceder audiencia de las cintas acordadas y realizadas en cumplimiento del auto de 20 de septiembre de 1995, impide llegar a un fallo posiblemente distinto del pronunciado de absolución. Aduce, después, en los fundamentos legales y doctrinales, el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y la infracción de precepto constitucional, cual es el de vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la práctica de la prueba (art. 24, 1 y 2 de la Constitución EDL 1978/3879) teniendo legitimación el Ministerio Fiscal.

Estima el motivo único producida la indefensión por el impedimento al uso de una vía probatoria de interés para la aclaración de un hecho criminal, así como para cumplir el deber constitucional de promover la acción de la justicia en defensa del derecho de los ciudadanos, dejando constancia al tiempo:

a) Que la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio, sino que se encuentra limitada por el respeto escrupuloso y reverencial de los derechos fundamentales.

b) Que toda práctica de prueba debe hacerse respetando las garantías constitucionales y procesales para tener validez.

c) Que nuestro sistema procesal penal no presenta un catálogo cerrado de medios de prueba, sino abierto en el que entran los medios nuevos que vayan surgiendo, siempre que ofrezcan las debidas garantías antes expresadas.

Se añade al respecto que la prueba practicada no tuvo ninguna irregularidad que la torne ineficaz, antes al contrario cumplía cuantos requisitos son exigidos por la Ley y la jurisprudencia, siendo la cuestión planteada, si la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabaciones, mediante aparatos en lugar cerrado, en concreto, en una celda de la prisión preventiva, cumple la exigencia de previsión y reserva legal que legitima tal ingerencia en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

Entiende el Ministerio Fiscal que la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones cede ante determinados valores en una sociedad democrática que hacen necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, tal y como recoge el art. 8,2 del Convenio de Roma EDL 1979/3822 , como pueden ser la investigación de los hechos delictivos, siempre y bajo la garantía del Poder Judicial.

Añade el recurso: 1. La posibilidad constitucional de las escuchas con cita de determinadas sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala. 2. Su garantía legal, en base al art. 18,3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Las escuchas cumplen tales requisitos, se amparen o no en el núm. 3º y en el 1º del art. 18 del Texto Fundamental EDL 1978/3879.

Entiende así el motivo que, partiendo de la licitud de la escucha verbal, debió el Tribunal de instancia, acceder a la audición, como así se interesó, por lo que al no hacerlo así, se cometió quebrantamiento de forma, porque:

a) La prueba fue solicitada en tiempo y forma.

b) Fue oportunamente protestada.

c) Se reiteró su petición y protesta en el juicio oral.

d) Su importancia la conoció la Sala por la oposición del Ministerio Fiscal a la declaración de nulidad en la intervención en la vista del recurso y en el juicio oral.

e) Su necesidad, al pretender corroborar la participación de un tercero que dejó rastros biológicos en la cavidad vaginal de la víctima y dirigidos a descubrir un delito muy grave.

f) Posibilidad de realización, pues el hecho se realizó.

g) Su pertenencia, la ir dirigida el esclarecimiento de los hechos, guardando relación con el objeto del juicio y siendo capaz de formar una convicción definitiva del Tribunal.

h) Su falta de realización generaría indefensión al Ministerio Fiscal e incluso a los propios acusados, pues tal prueba puede ser favorable a éstos o permitir la acusación de otras personas.

B) La acusación particular en su segundo y último motivo, coincidente con el único del recurso del Ministerio Fiscal, entiende que la admisibilidad de una prueba de la que se afirma haberse obtenido de una manera ilícita, se perfila en una encrucijada de intereses, como son la necesaria obtención de la verdad en el proceso y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, debiéndose optar por la exigencia prioritaria de atender a la plena efectividad de estos últimos; en el caso presente, la prueba lo fue con todas las bendiciones que suponen su autorización judicial y dentro del proceso a cuyos fines se ve incardinada y ello, a pesar del vacío legal existente en este punto. Concorre el debido control judicial, motivación suficiente y concreción del hecho delictivo investigado sin que, por tanto, se infrinjan los derechos de los acusados, que prestaron el consentimiento, como consta del acta para que tales grabaciones pudieran ser oídas en aquel momento.

C.- Entiende la representación y defensa de los recurridos, que el derecho al secreto de las comunicaciones fue alzado en este caso por resolución judicial, que autorizó la intervención. Ello puede servir como fuente de investigación o utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso requiere unas condiciones de certeza y credibilidad. De aquí que no cabe confundir la licitud de la medida con su validez dentro del proceso.

Estima que el admitir las cintas grabadas supone una vulneración del artículo 18 de la Constitución EDL 1978/3879 .

SEGUNDO.- Antes de examinar el tema que el motivo trae a la decisión de esta Sala de casación, conviene destacar los siguientes datos que constan en las actuaciones:

1º) El auto dictado por el Juez Instructor en el sumario del que dimana esta causa y recurso 3/92 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jaén, de fecha 20 de septiembre de 1995 fundamenta "la instalación de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación y reproducción del sonido en la celda del Centro Penitenciario Jaén II que ocupen los internos, en calidad de presos preventivos a disposición de este Juzgado y por esta causa, Juan Domingo y José Miguel, a fin de escuchar las conversaciones que tengan entre sí los citados internos y obtener la información precisa, en el orden objetivo y subjetivo, para el descubrimiento e identificación de la tercera persona que intervino en los hechos que se investigan" en que aparece emitido "informe pericial por la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Granada, del que, en principio, se aprecia la existencia de restos biológicos de ADN pertenecientes a tres personas diferentes, sin que uno de ellos pertenezca a los de las personas cuyas muestras han sido analizadas y comparadas, lo que hace presumir la intervención de una tercera persona, desconocida hasta este momento, al menos en el posible delito de violación, y cuya identificación es precisa para la completa averiguación de los delincuentes que han intervenido en los hechos que se investigan y que resulta imposible, actualmente, descubrir por otros medios".

2º) Dicha resolución fue recurrida por las representaciones y defensas de los imputados, en virtud de un recurso de nulidad contra el referido auto, en que el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación y que fue desestimado por auto del Instructor de 24 de noviembre de 1995, contra el que interpusieron recurso de apelación, los procesados y celebrada la vista el 31 de enero de 1996, en que el Ministerio Fiscal volvió a postular la confirmación, recayendo auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén de 5 de febrero de 1996, por el que se acordó "estimar el recurso de apelación interpuesto por las representaciones de José Miguel y de Juan Domingo, contra el auto dictado en el sumario 3/92 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jaén, con fecha 20 de septiembre de 1995, ratificado por el de 24 de noviembre de 1995, declarando nula la intervención y grabación ordenadas en esas resoluciones cuyas cintas originales se conservaran precintadas en la Secretaría del Juzgado hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento del que este recurso es incidente. Se declaran de oficio las costas causadas."

3º) El Fiscal en su escrito de calificación provisional solicitó, entre otras pruebas: "3ª. Más documental: Adición de las cintas grabadas como consecuencia del auto de 20 de septiembre de 1995.

4º) Por auto de la Sala de 7 de noviembre de 1996 se acordó: "Admitir y declarar pertinentes las pruebas propuestas, que se practicarán en el acto del juicio oral" pero por resolución de 8 de noviembre de 1996, dictado al día siguiente del anterior, y en base al art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se acordó: "Aclarar el auto de fecha 7 de noviembre del presente año, en el que se acordaba el señalamiento de la vista oral, en el único sentido de que se admiten todas las pruebas propuestas por las partes, a

excepción de las solicitadas por las acusaciones en su escrito de calificación bajo el número 3, prueba que se declaró nula por auto, de fecha 2 de febrero de 1996".

5º) Dicha resolución fue notificada al Fiscal el 18 del mismo mes y año, quien manifestó la protesta por escrito de 20 de noviembre de 1996.

6º) Que volvió a reiterar dicha protesta en el propio acto del juicio oral e incluso argumentó su necesidad y pertinencia.

7º) También en el propio plenario los propios acusados dieron su autorización para que dichas grabaciones pudieran ser oídas en aquel momento. Efectivamente, en el plenario, tal y como consta en el acta -folio 4- José Miguel dio su conformidad a la reproducción de las cintas grabadas y, por su parte, el otro acusado, Juan Domingo, manifestó ser inocente, que quiere que se averigüe la verdad. Que da el consentimiento para que se reproduzcan las cintas grabadas en la prisión (folio 2 vuelto).

TERCERO.- A) A diferencia de otros campos jurídicos en que los derechos se actúan y los deberes se cumplen sin necesidad del proceso, al que se acude tan sólo cuando son conculcados, en el proceso penal el condicionamiento del delito, proceso y pena resulta esencial, en cuanto el delito tan sólo puede declararse en su realidad y autoría mediante el juicio penal y la pena tan sólo puede ser infligida a través de tal actividad procesal.

Pues bien, dentro de la relación jurídica que el proceso penal comporta, existen derechos fundamentales que tan sólo se atribuyen al imputado, como ocurre con la presunción de inocencia, mientras que otros se atribuyen lo mismo a las partes acusadoras que acusadas con un criterio de igualdad, como derecho al Juez ordinario y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa.

No ofrece así duda que el Ministerio Fiscal o cualquier acusación contingente tienen derecho a la práctica de la prueba y una denegación indebida puede determinar indefensión desde la pura vertiente procesal de denegación indebida de prueba pertinente.

B) La argumentación del Tribunal de instancia se apoya en el carácter ilegal de tal prueba, partiendo para ello de la distinción entre conversaciones telefónicas y cualquier otro tipo de conversación privada, entendiéndose que carece de cobertura legal la intervención acordada por el Juzgado de Instrucción. Mas esta distinción no es la aceptada por el principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, el propio Tribunal Constitucional, que destacó en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre EDJ 1984/114, "sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de -comunicación-, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma...". También las sentencias de esta Sala -ad exemplum-, de 18 de abril y 23 de diciembre de 1994 EDJ 1994/9785, entre otras, han recogido que el art. 18,3 de la Constitución EDL 1978/3879 contiene dos partes completamente diferentes y diferenciadas: una primera, imbuida del carácter de defensa de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado, afirma el derecho al secreto, plasmación singular de los principios declarados en el art. 10,1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 -dignidad de la persona y afirmación del libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden público y de la paz social- y que se encuentra íntimamente vinculado al derecho a la intimidad, pero sin confundirse plenamente, ya que toda comunicación es para la norma fundamental secreta y sólo algunas, como es obvio, serán íntimas y privadas. A este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica -en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el Juez y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado-.

Mas aunque se aceptase tal solución del auto de la Audiencia Provincial, habría que señalar al respecto que tal intromisión se produce en el ámbito penitenciario y la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de setiembre, General Penitenciaria EDL 1979/3825, permite en las comunicaciones orales (y escritas) que sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente (art. 51,5 EDL 1979/3825). Mucho mas cuando sea el propio Juez Instructor de la causa el que lo acuerde y por razones tan ponderadas y justas, como en este caso, donde la proporcionalidad de la medida resulta patente.

Como ha destacado la sentencia de este Tribunal de casación de 6 de marzo de 1995 EDJ 1995/629, la sentencia 1283/1994, de 20 de junio, en recurso de amparo 587/92 (BOE núm. 117) "se refiere al artículo 51,2 de la Ley Orgánica General penitenciaria EDL 1979/3825 y que recoge, precisamente, que no deben confundirse las dos clases de comunicaciones que son de distinta naturaleza y vienen, por ello, a suponer regímenes legales claramente diferenciados. Dice así el principal intérprete de nuestro Texto Fundamental: "Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la L.O.G.P. EDL 1979/3825 distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas -art. 51,1 EDL 1979/3825 - y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales -art. 51,2 EDL 1979/3825 -; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del art. 51,5 EDL 1979/3825, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas "por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento", según precisa el art. 51,1 EDL 1979/3825, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51,2 EDL 1979/3825, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario."

Pues bien, si se permite al Director en tal normativa mucho más al Juez de Instrucción cuando su finalidad es precisamente garantizar una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse.

Finalmente, no entiende este Tribunal que si la intervención de las conversaciones ha tenido lugar y los afectados en su intimidad, en su privacidad y en el secreto de sus comunicaciones, aceptan que se oigan en el plenario, la Sala de instancia no lo haya acordado en un empecinamiento incomprensible.

C) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado a este respecto, que para revestir un carácter necesario en una sociedad democrática, una injerencia debe fundarse sobre la necesidad social imperiosa y particularmente proporcionada al fin legítimo perseguido

-sentencia de 24 de marzo de 1988, caso Olson EDJ 1988/10468 -. El caso Huvig pone el acento, no en la decisión del Juez de Instrucción que no minimiza, sino en la falta de control sobre sus oficiales y en la indeterminación de los posibles afectados.

Como el acuerdo del Instructor no está combatido como arbitrario, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, sus cautelas y garantías, hay que estimar tal prueba legítima y, como consecuencia su denegación a las acusaciones vulneradora de sus derechos a la utilización de los medios de prueba y a un proceso justo.

Habida cuenta de la renunciabilidad por los interesados en cuanto aceptaron oír tales escuchas, corrobora aún más tal conculcación que debe estimarse y, como consecuencia, la anulación del proceso que deberá celebrarse de nuevo con distinto Tribunal y autorizando la audición de la prueba denegada.

Los motivos único del Ministerio Fiscal y segundo de la acusación particular deben ser acogidos.

Recurso de la acusación particular

CUARTO.- Acogido el motivo segundo por su coincidencia con el único del Ministerio Fiscal, resta de examinar el primero, de error de hecho en la apreciación de la prueba donde se señalan como documentos acreditativos de la equivocación por parte del juzgador de instancia, declaraciones de los acusados y testigos y la prueba pericial en su conjunto.

La doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene repetido hasta el cansancio que se precisa un documento genuino y no una prueba personal documentada en la causa -sentencias, por citar entre las recientes, 190/1996, de 4 de marzo EDJ 1996/858 , 511/1996, de 5 de julio EDJ 1996/5528 , 266/1997, de 4 de marzo EDJ 1997/1030 , 492/1997, de 15 de abril EDJ 1997/1751 , 595/1997, de 30 de abril EDJ 1997/3860 , 718/1997, de 22 de mayo EDJ 1997/6127 y 1188/1997, de 3 de octubre EDJ 1997/6352 -.

Con relación a la prueba pericial, no ha sido valorada y apreciada racionalmente en función de la ciencia, saber y conclusiones del peritaje y, en todo caso, sería preciso, como han señalado las sentencias, entre otras, 1247/1995, de 5 de diciembre EDJ 1995/7703 , 36/1996, de 22 de enero EDJ 1996/57 , 332/1996, de 22 de abril EDJ 1996/3409 , 414/1996, de 4 de julio EDJ 1996/6074 y 774/1996, de 26 de octubre EDJ 1996/8233 , "la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre aquellos datos fácticos, los haya tomado como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario o rutinario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen y no concurriendo otras pruebas sobre tal junto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con la de los citados informes, salvo razones que lo justifiquen, siempre que no se disponga de otras pruebas. Como ello no ocurre, el motivo debe ser desestimado inexcusablemente.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION por quebrantamiento de forma, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y la ACUSACION PARTICULAR, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, con fecha 17 de enero de 1997, en causa seguida a Juan Domingo y José Miguel por presunto delito de homicidio, detención ilegal (rapto), violación y tenencia ilícita de armas, estimando el motivo único del Ministerio Fiscal y segundo de la Acusación particular, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha Audiencia así como el juicio precedente que deberá volverse a celebrar con Tribunal distinto y con admisión de tal medio probatorio.

Comuníquese esta resolución al Tribunal de instancia a los oportunos efectos, con devolución de las actuaciones y acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Jiménez Villarejo.- Ramón Montero Fernández-Cid.- Gregorio García Ancos.- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.- Francisco Soto Nieto.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.