

Id Cendoj: 28079120001997100184
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 0
Nº de Recurso: 1868 / 1994
Nº de Resolución: 620/1997
Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN
Ponente: ROBERTO GARCIA-CALVO MONTIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito Contra la Salud Pública. Recursos del Ministerio Fiscal, por sí y en favor de reo. Aplicación indebida de la agravante de reincidencia. Tutela Judicial efectiva.- Prueba de cargo declarada nula.- Grabaciones videográficas.- Valor probatorio: Doctrina.- Lugar de realización de las mismas.- Zonas comunes de los servicios higiénicos de parque público.-

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de mil novecientos noventa y siete.

En los recurso de casación por Infracción de Ley interpuestos por el Ministerio Fiscal, por sí y en favor de la acusada Lucía , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, que la condenó por Delito Contra la Salud Pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, siendo también parte el Minsiterio Fiscal, y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. Martín de Vidales Llorente, y siendo parte recurrida Manuel y otros, representados por la Procuradora Sra. Prieto González.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Arganda del Rey, incoó Procedimiento Abreviado 28/93 contra Lucía y otros, por Delito Contra la Salud Pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha doce de abril de mil novecientos noventa y cuatro dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El día 28 de febrero de 1992, sobre las 11'30 horas, la acusada Lucía , de 20 años de edad, vendió en el parque "González Bueno", de Arganda del Rey (Madrid), una dosis de heroína a Sergio por 2.000 ptas. Instantes después, la referida acusada repartió heroína, valiéndose de una navaja, a diferentes compradores que le abonaron la suma de 1.000 ptas.- El día 5 de marzo de 1992, sobre las 15'30 horas, agentes de la policía municipal entraron en los servicios higiénicos del citado parque -en la zona donde se encuentran los lavabos y que sirve de acceso a los dos inodoros allí existentes- y sorprendieron al acusado Leonardo , de 21 años de edad y sin antecedentes penales, cuando manipulaba con una navaja la heroína contenida en una pepelina, para entregar una parte a Federico , quién el tenía dinero para el pago preparado en la mano.- Ante la presencia de los funcionarios, aquél arrojó al suelo la sustancia que manipulaba, pero le fue incautada una bolsita de color negro oculta dentro de una cajetilla de "Winston", de la que trató de desprenderse tirándola también al suelo, y otras dos papelinas. En el interior de la bolsa se halló heroína, en una cantidad de 3,7 gramos y de una riqueza del 40 y 44 por ciento, respectivamente. El acusado las destinaba al tráfico y a su propio consumo. Asimismo le fue intervenida la cantidad de 37.000 pesetas en diversos billetes y monedas y un cilindro metálico de los utilizados para fumar heroína.- El día 10 de marzo siguiente, funcionarios del mismo cuerpo ocuparon, en el referido parque, en poder del acusado Manuel , de 27 años de edad y sin antecedentes penales, una papelina y una bolsita blanca respectivamente, de una riqueza del 83 por ciento; y en poder de la acusada Marina , de 20 años de edad y sin antecedentes penales, cuando fue detenida en otra zona de la localidad de Arganda del Rey, una papelina de heroína, con 250 miligramos, de una pureza del 86 por ciento, un tubo metálico y un canuto de papel de plata.- Por último el día 25 de marzo, en la misma localidad, agentes municipales intervinieron al acusado Gabriel de 25 años de edad, una papelina con 300 miligramos de heroína, de una riqueza del 65

por ciento; y al acusado Federico , de 22 años de edad y sin antecedentes penales, le ocuparon una papelina de 250 miligramos de heroína, con la misma pureza que la anterior.- Todos los acusados eran adictos a la heroína cuando ocurrieron los hechos, circunstancia que afectaba a su personalidad, deformándola y aminoraba sus facultades volitivas, si bien no de una manera muy intensa y sustancial.- Lucía ha sido ejecutoriamente condenada en sentencia de 24-11-1987, como autora de un delito contra la salud pública, a una pena de 30.000 ptas. de multa; y en sentencia de 5-4-89, como autora del mismo tipo delictivo, con igual pena de multa.- Los agentes de la policía municipal de Arganda del Rey aportaron a las actuaciones cintas audiovisuales de video que habían grabado los días 28 de febrero y 3 y 5 de marzo de 1992 en el parque "González Bueno". Parte de esta grabación recogía imágenes relativas a la zona situada al aire libre, pero la filmación de los días 3 y 5 de marzo fué efectuada sobre el interior de los servicios higiénicos del parque. En concreto sobre la dependencia en que se encuentran situados los lavabos y dos inodoros de tales servicios, si bien desde el lugar donde fue ubicada la cámara -en la rejilla de un cuarto contiguo- no se podían divisar directamente los dos inodoros. La policía no obtuvo autorización judicial previa para realizar la grabación audiovisual con la videocámara, pues le fue comunicada el día 4 de marzo al Juez de Instrucción del Juzgado nº 2 de Arganda del Rey, quién en ningún momento dictó resolución alguna autorizando la instalación de la videocámara.- "(sic)

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

"FALLAMOS: Condenamos a Lucía y a Leonardo como autores responsables de un delito contra la salud pública de tráfico de heroína, ya definido, con la concurrencia, en la primera, de la circunstancia agravante de reincidencia, y la atenuante de drogadicción en ambos, a las penas, a cada uno de ellos, de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; una multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada cien mil pesetas o fracción de las mismas que dejaren de satisfacer; y a que abonen cada uno una sexta parte de las costas procesales.- Se acuerda el comiso de la sustancia estupefaciente, dinero y efectos intervenidos a ambos acusados, a los que se dará el destino legal.- Para el cumplimiento de la pena impuesta se le abonarán a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.-Se aprueban los autos de insolvencia dictados por el Juez de Instrucción en la pieza de responsabilidad civil.- De otra parte, absolvemos a los acusados Manuel , Marina , Gabriel Y Federico del delito contra la salud pública que se les imputa, declarándose de oficio las cuatro sextas partes de las costas procesales.- Desele a la sustancia estupefaciente que se les intervino el destino legal.- Esta resolución es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que habría de prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaría de esta Sala en el término de cinco días.-"(sic)

A la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, se acompaña Voto Particular, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Al tener noticias la Policía Municipal de Arganda del Rey (Madrid), de que en el parque municipal "González Bueno", de la expresada localidad se traficaba con sustancias estupefacientes, y que al mismo acudían, a diario, numerosos drogadictos de la citada población, con la consiguiente intranquilidad entre sus moradores, con continuas quejas de ellos, se procedió, por miembros de la policía citada, a filmar con una video-cámara el interior de los servicios públicos del parque, en la madrugada del día 28 de febrero de 1992, comprobando que los mismos eran utilizados para consumir sustancias estupefacientes, hallándose cantidad de jeringuillas usadas, papel de plata quemado y otros utensilios así como una gran suciedad y deterioro en los servicios. Ese mismo día, a partir de las 9.22 horas, se grabó por la Policía , ocn la cámara citada, lo que ocurría en el parque, desde el interior de una caseta ubicada en el mismo, con las debidas precauciones a fin de no ser vistos por las personas que allí acudieron. Los días 3 y 5 de marzo se procedió por la policía a grabaar lo que ocurría en los servicios públicos, en la zona común de los labavos, de los mismos, tras comprobar por la grabación del día anterior que el tráfico con substancias estupefacientes y el consumo de las mismas se desarrollaba, fundamentalmente, en dicho lugar. Esta grabación la realizaron desde un habitáculo, con entrada independiente a los servicios, a través de una rejilla existente en dicho lugar, desde la que sólo podían observar lo que ocurría en dicha zona común. El día 4 de marzo comunicó la policía al Juzgado de guardia de la citada localidad las investigaciones que estaban realizando, y los medios técnicos que utilizaban, de lo que tuvo conocimiento el juez del Juzgado nº 2, incoando el correspondiente procedimiento penal.- El último día citado, 5 de marzo de 1992, sobre las 15.30 horas, cuando ya había cesado, minutos antes la grabación efectuada por la policía municipal, dos miembros de esta penetraron en los servicios sorprendiendo a Leonardo junto a Federico , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, cuando este le daba a aquél dinero, mientras Leonardo manipulaba con una navaja, una subsancia contenida en una papelina, dejando caer al suelo, al llegar la policía un paquete de tabaco marca Winston que contenía una bolsita de color negro, que una hora antes tenía Leonardo en la mano, cuando regresó a los servicios públicos, donde había estado esa mañana, desde las 11 horas, fumando

heroína, al menos en tres ocasiones, hasta las 13 horas, en que se ausentó, regresando hacia las 14.20 horas, aproximadamente. La policía intervino a Leonardo dos papelinas y la bolsa de color negro que contenía una substancia que, una vez analizada, resultó ser heroína, con un peso de 60 y de 125 miligramos y una riqueza, en heroína bse del 40 por ciento y del 44 por ciento, las primeras y de 3,7 gramos y una riqueza del 50 por ciento, la segunda, que el anterior había comprado para destinarla, en parte, para su consumo y, en parte, para traficar, mediante su venta, con tal substancia. Así mismo le intervino la policía seis billetes de cinco mil pesetas, dos billetes de dos mil pesetas, dos monedas de quinientas pesetas y veinte monedas de cien pesetas, tres mecheros, dos navajas, un librito de papel de fumar y un cilindro metálico de los utilizados para fumar heroína, entre otros efectos. Leonardo consumía desde hacía tiempo substancias estupefacientes, en particular heroína, antes por vía intravenosa, y después, fumada, como consumió, en varias ocasiones, la mañana del día de su detención.- En la mañana del día 28 de febrero de 1992, Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, llegó al parque público ya expresado, sobre las 9.32 horas, contactando durante la mañana con varios individuos, y penetrando, de forma reiterada, en los servicios públicos del parque, donde consumía heroína y traficaba, mediante su venta, con tal substancia estupefaciente. Así mismo, estuvo realizando tal actividad, en un espacio físico del habitáculo o zona común de los servicios, durante las mañanas de los días 3 y 5 marzo. Cuando fue detenido por la policía, el día 10 de marzo siguiente, sobre las 9 horas, al llegar al expresado parque público y dirigiéndose a los servicios, le intervinieron una papelina, que contenía una substancia en polvo ocre, que una vez analizada, resultó ser heroína con un peso de 139 miligramos y una riqueza del 83 por ciento y una bolsa blanca con igual substancia, con un peso de 1,58 gramos, con igual riqueza, una navaja pequeña y una cuchilla, que utilizaba para preparar dosis de heroína que vendía y consumía. Manuel consumía habitualmente heroína, por vía nasa. Asimismo, le intervino la policía una pequeña agenda con pastas de plástico blanco, con nombres y números de teléfono, y, en sus dos últimas páginas anotaciones con nombres y cantidades tachadas. También llevaba consigo, junto a la agenda citada dos papeles, escritos por él, con nombres y números, que Manuel manifestó que no eran suyos, y que se referían al tráfico de substancias estupefacientes que el mismo desarrollaba, con intensidad mayor que los otros implicados.- El día 5 de marzo de 1992, entre las 13.50 y las 14.15 horas, Marina, estuvo vendiendo heroína en el interior de los expresados servicios, repartiendo tal substancia, en papelinas, con una navaja pequeña, con el mango color negro, que tenía una arandela metálica, a varias personas, recibiendo de un comprador varias monedas de cien pesetas, de otro un billete de mil pesetas, y de otros, tres billetes más de igual cantidad. Cuando fue detenida por la policía, el día 10 de marzo, le intervinieron una papelina con una substancia color marrón que, una vez analizada, resultó ser heroína, con un peso de 250 miligramos y una riqueza del 86 por ciento, así como un tubo metálico y un canuto de papel de plata, con restos de la misma substancia. Marina consumía la expresada substancia estupefaciente fumándola, desde hacía tiempo. En el mes de marzo de 1993 ingresó en el Centro de Día de San Blas, Madrid, para el tratamiento y rehabilitación de toxicómanos, después en el Hospital "Alonso Vega" y en un piso de estancia, dependiente de dicho centro, con una evolución muy favorable, regresando en el mes de enero de este año a su domicilio familiar, sin volver a consumir substancia estupefaciente.- En la mañana del día 28 de febrero de 1992, sobre las 11'30 horas, la acusada Lucía, mayor de edad y ejecutoriamente condenada por sentencias de fecha 24-2-87 y 5-4-89, dictadas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranjuez, en las causas 115/86 y 158/88, por delitos contra la salud pública, a las penas de multa, vendió heroína, en el parque citado a Sergio por el precio de dos mil pesetas. A este último le había vendido en días anteriores, la expresada substancia estupefaciente, Lucía y su novio Leonardo, antes referido. Minutos después Lucía con una pequeña navaja repartió heroína en papelitos a otros compradores recibiendo billetes de mil pesetas en pago de la substancia. Al ser reconocida por el médico forense del Juzgado de Arganda, el día once de marzo siguiente, un día después de ser detenida por la policía, le observó punturas antiguas en los antebrazos, manifestando ella que llevaba una semana sin consumir heroína, substancia a la que era adicta desde hacía años, presentando escalofríos y temblores.- También fueron detenidos por la policía el día 25 de marzo, en relación a los anteriores, Gabriel y Federico, mayores de edad y con antecedentes penales por delitos contra la propiedad el primero, cuando regresaban de Madrid a Arganda, de adquirir heroína, substancia estupefaciente a la que ambos eran adictos. Al primero le intervino la policía una papelina, que analizado su contenido resultó ser heroína con un peso de 300 miligramos y una riqueza del 65 por ciento y una navaja con restos de tal substancia, y al segundo otra papelina de 250 miligramos de heroína, y de igual riqueza que la anterior y otra navaja con restos de heroína. Ambos acudían a los servicios del expresado parque público a consumir heroína, y así lo hicieron el día 3 de marzo y el día 5 sólo Melisa, a quien el médico forense del Juzgado referido, el día después de su detención, le apreció una sintomatología compatible con el "síndrome de abstinencia" de la heroína que consumía."(sic)

Dicho Voto Particular contiene la siguiente parte dispositiva:

FALLO: "ABSUELVO a Gabriel y a Federico del delito contra la Salud Pública del que eran acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las dos sextas partes de las costas procesales. CONDENO a

Leonardo , a Marina , a Manuel y a Lucía , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, concurriendo en la última la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia y en los cuatro atenuante analógica de drogadicción, a la pena de DOS AÑOS, CUATRO MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR, a los dos primeros, y de TRES AÑOS DE PRISION MENOR, a los dos últimos, con la accesoria de suspensión de cargo público y de derecho de sufragio activo y pasivo durante la condena, y a la pena de multa de UN MILLON DE PESETAS con arresto sustitutorio de cinco días en caso de impago y pago de la sexta parte de las costas procesales a cada uno de ellos.- Se acuerda el comiso de la substancia estupefaciente, efectos y dinero intervenido a los anteriores, a los que se dará el destino legal, procediéndose a la destrucción de la primera.-Para el computo de la pena privativa de libertad impuesta se abonará el tiempo de prisión preventiva sufrido por los acusados en la causa.- Se ratifican los autos de insolvencia de los acusados decretados por el Instructor de la causa.-"(sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal, por sí y en favor de Lucía , que se tuvo 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal, formalizó los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

UNICO.- Al amparo del art. 5-4 L.O.P.J. por falta de tutela judicial efectiva -ex. art. 24-1 C.E.- al no valorar, por considerarla nula, una prueba de cargo.

RECURSO EN BENEFICIO DE Lucía

UNICO.- Al amparo del art. 849-1º de la L.E.Cr., por infracción, por indebida aplicación, del art. 10-15 del C.Penal.

Quinto.- Instruida la parte recurrida de los recursos interpuestos; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Dado traslado al recurrente a los efectos previstos en la disposición transitoria 9ª de la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, el mismo no evacuó el trámite conferido.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para Vista, esta se celebró el día 23 de abril de 1997, como consta en el Acta unida al rollo de Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO EN FAVOR DE Lucía

PRIMERO.- Planteado como Recurso independiente en favor del reo, el que se formaliza por el Ministerio Público a través de un único Motivo y con amparo en el art. 849-1º de la L.E.Cr. para denunciar infracción, por aplicación indebida, del art. 10-15º del C.Penal respecto a la condenada Lucía se trata prioritariamente, tal como si fuera el primer Motivo de un global planteamiento casacional aún cuando la respuesta a cada una de las cuestiones que en dicha estrategia se plantean tenga un reflejo individualizado en la parte dispositiva de esta resolución.

La sentencia impugnada aplica la agravante de reincidencia a unos hechos acaecidos en marzo de 1992 a quien posee antecedentes penales por Delito Contra la Salud Pública en sentencias de 24-2-87 y 5-4-89, habiéndose impuesto en ambas pena de multa.

Asumimos integramente los términos expositivos con que el Ministerio Fiscal razona sobre el alcance de su postulación. En primer término se debe justificar la interposición del recurso dado que la pena impuesta -2 años, 4 meses y 1 día de Prisión Menor y Multa de 1 millón de pesetas- supone el grado mínimo de la posible a imponer al concurrir también la atenuante analógica de drogadicción, lo que haría carecer de practicidad al mismo; pero siendo ello así, lo será sólo respecto de la pena ahora impuesta, pero no en relación a los efectos de la multirreincidencia con la transcendencia que ello puede tener en un futuro.

Con la obligada referencia fáctica que el cauce elegido impone hemos, de entender indebidamente aplicado el art. 10-15º del C.Penal, en razón de que las sentencias antecedentes, ambas imponiendo pena de multa, pudieron estar canceladas como antecedentes penales al tiempo de cometer los hechos ahora en juiciados, por cuanto transcurrió desde la más moderna de las sentencias (5-4-89) más de los dos años a que alude el art. 118-3º del C.Penal, sin que sea aplicable el aumento del 50% para caso de reincidencia ya que, según resulta del folio 224 (hoja de antecedentes) en la segunda causa, no fué considerada la condena en cuyo beneficio se recurre, como reincidente.

Por todo ello, se estima el Motivo.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

SEGUNDO.- En un único Motivo el Ministerio Público, a través del art. 5-4 de la L.O.P.J., denuncia falta de Tutela Judicial efectiva -art. 24-1º de la C.E.- al no valorar, por considerarla nula, una prueba de cargo.

Alega el Fiscal que la sentencia que se impugna precinde de una de las pruebas de cargo - grabaciones de audio y video en unos servicios públicos- y absuelve a varios de los acusados, cuya acusación tenía como prueba, en lo fundamental, la declarada nula y la testifical de ella derivada.

Con una cita expresa de la Sentencia de esta Sala de 14-4-94 que reconoce al Ministerio Fiscal "el derecho a la tutela efectiva de que fue privado al dejarse de valorar, por errónea consideración de su nulidad -nulidad que no era tal-, una prueba de la acusación que era trascendente para la decisión sobre el objeto del proceso", el recurrente se sitúa para alegar las razones que le llevan a entender que no es nula la prueba de cargo consistente en la grabación en audio-video de actividades delictivas y conversaciones en unos servicios higiénicos existentes en un parque público.

Sin duda se trata de un lugar público, en cuanto que a tales servicios puede acceder cualquier persona, pero la sentencia entiende que, no obstante tal condición ello no significa que se trate de un espacio desprovisto de toda privacidad, pues su destino, hace que esté rodeado de esa connotación, por lo que puede hablarse, "un lugar público, pero no expuesto al público".

Pues bien, siendo esto cierto y de acuerdo con los términos indiscutidos del "factum", no lo es menos, -como señala el Fiscal recurrente- que las acciones más privadas que se pueden realizar en un lugar como el de autos, estuvieron fuera del campo de acción de la cámara. Nos referimos a los retretes propiamente dichos, cuyo ámbito de intimidad parece alejado de toda duda. Sin embargo, no sucede lo propio con lo que la sentencia denomina "antesala del váter" (sic), lugar que era el que caía bajo el campo de acción de la cámara, en el que bien puede decirse que, por mucho que sea de cierta intimidad, desaparece la propia de los retretes en los que dicha nota la marca la puerta que los separa de la denominada antesala.

A partir de tales presupuestos de hecho, hemos de señalar que en el presente caso no se cuestiona la validez como medio de prueba de las grabaciones videográficas legítimamente obtenidas, es decir sin vulneración de la dignidad o la intimidad de las personas afectadas por la filmación, aunque se rechace su valor como documento a efectos casacionales.

Dicha validez está admitida pacíficamente por esta Sala -de ello son exponentes, entre otras, las Sentencias de 6-5-93, 7-2-94, 6-4-94- aun cuando en las mismas se hayan señalado directrices cautelares (S.T.C. 16-11-92 y de este Tribunal de 30-11-92) tanto para evitar invasiones de Derechos Fundamentales (de ahí que sea preceptiva la autorización judicial previa cuando se trata de domicilios o lugares privados similares, considerados como tales), como para garantizar su valor probatorio a base de adoptar medidas de control dirigidas a evitar la mixtificación de la película a partir de una sustitución espúrea la producida como por el intercambio de voces, palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real (montaje).

Por otro lado, conviene destacar -así lo hace la Sentencia de esta Sala de 27-2-96, refiriendo otra de 14-5-94- que los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas. Si la declaración en Juicio Oral de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas -en este caso, Policías locales- resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervinientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción - visualizada en el Plenario- no parece reprochable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que dichos agentes tuvieron una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estuvieron sometidos en en dicho Acto los Principios de Publicidad, Contradicción, Oralidad e Inmediación

asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminadora de su testimonio sin merma de Derechos constitucionales o garantías de los justiciables.

TERCERO.- El debate se suscita, pues, en torno a la determinación de sí, por razón del lugar, en que se realiza la grabación: zonas comunes o distribuidor de los servicios higiénicos de un parque público, se ha producido o no una proscrita invasión del Derecho a la Intimidad y, consecuentemente, si el contenido de las imágenes así obtenidas ha quedado o no privado de potencialidad probatoria de signo inculpatario respecto a las personas que aparecen en los vídeos realizando operaciones de tráfico de drogas.

La sentencia de instancia opta por el criterio de negar validez a dicha probanza razonando extensamente sobre tal decisión con una abundante panoplia argumental llena de erudición y minuciosidad. Por el contrario, el Voto Particular del Magistrado discrepante, se inclina por la decisión homologante y otorga su beneplácito a la prueba cuestionada con argumentos de no menor peso y erudición que los de sus compañeros de Sala.

Tal posicionamiento es ya revelador de la dificultad que entraña adoptar una determinación que cancele dichas discrepancias valorativas, para lo cual, aquélla, necesariamente, habrá de discurrir, al margen de criterios generalizantes, por cauces de referencia circunstanciada al caso sometido a consideración a fin de propiciar una solución equilibrada de la dialéctica casacional abierta en torno a la citada cuestión y sin quebranto de los Derechos Fundamentales en conflicto, pues el interés público que subyace en la investigación criminal justifica no la injerencia en la vida privada ni los atentados a la intimidad, pero sí el seguimiento de los actos realizados por las personas sospechosas que acuden a lugares conflictivos.

La Sentencia de esta Sala de 19-4-96, -recogiendo la doctrina sentada, entre otras, por las de 14-1-93, 6-4 y 10-5-94- y en relación con el valor probatorio del material obtenido videográficamente, literalmente dice:

1º. Corresponde a los jueces determinar la legitimidad de un medio de tan gran actualidad ahora. El trucaje, la manipulación o la distorsión de las cintas de video grabadas se evitará no sólo por medio de la técnica más depurada sino también si la prueba se practica, a través de lo que las partes hayan solicitado, en el juicio oral con publicidad e intermediación, incluso con la visualización de las mismas y la intervención pericial oportuna en los casos en que sea necesario porque, se insiste, así haya sido pedido y así haya sido admitido por el Tribunal. Cualquier medio, en tanto que en el proceso penal no rige el sistema de prueba tasada, será válido si se respetan los derechos de las partes y sirve para algo tan esencial como es, en la investigación criminal, la identificación y el reconocimiento de las personas presuntamente culpables.

2º. La validez de la prueba practicada con la filmación o grabación de cintas de video supone que, en la línea de lo explicado antes, no se vulneren derechos esenciales, tales la intimidad o la dignidad de la persona o personas afectadas por la filmación llevada a cabo previa autorización judicial en los casos en que sea esta necesaria, o por los particulares, Policía Judicial, Cuerpos de seguridad privada, etc., cuando la misma no sea precisa.

3º. En consecuencia es válida y correcta la captación en general de imágenes de personas sospechosas recogidas en la vía pública de manera velada o subrepticia, en los momentos en los que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo, pues ningún derecho queda vulnerado en estos casos.

4º. La filmación, si se quiere que respete los valores de la persona humana recogidos en la Constitución, sólo cabe hacerla en los espacios, lugares o locales libres y públicos, también en establecimientos oficiales, bancarios o empresariales, nunca en los domicilios o en los lugares privados o considerados como tales como, por ejemplo, los reservados de los aseos públicos, en estos casos salvo autorización judicial, circunstancias todas las apuntadas a las que debe circunscribirse el seguimiento o la vigilancia de los jueces que, cuando deban autorizarla previamente, dictarán la resolución motivadamente razonada.

5º. La distinción entre lo permitido y lo prohibido ha de obtenerse en base a lo que señale la Constitución y, muy especialmente, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Por otra parte, y a fin de centrar los términos del debate, conviene reflejar lo que la Sala de instancia concreta en el último inciso del fundamento jurídico segundo de su resolución: "el Tribunal no alberga duda

alguna de que, a la vista de la denuncia de los particulares y a las propias vigilancias de los agentes, se está ante un caso en que los indicios concurrentes justificaban la instalación de la videocámara en el lugar de los hechos. A este respecto, puede decirse que se dan los requisitos de necesidad y proporcionalidad que viene exigiendo el T.C. para limitar y restringir los Derechos Fundamentales en aras de una investigación criminal (STC 57/94, fundamento jurídico 6º). Ahora bien, el requisito que no se cumplimentó fue el de la adopción jurisdiccional de la medida, pues no se dictó ninguna resolución judicial, ni motivada ni sin motivar, que legitimara la limitación de los Derechos Fundamentales de los imputados y de las terceras personas que acudían a los servicios higiénicos. Ello genera, tal como ha establecido el T.C. en reciente Sentencia 86/94, de 14 de marzo, la ilicitud probatoria de las cintas de vídeo grabadas en el interior de la referida dependencia (art. 11 de la L.O.P.J.). Sin que, obviamente, la supervisión de las cintas "a posteriori" por el Juez de Instrucción y su unión a la causa puede retrolegitimar la actuación policial".

CUARTO.- Pues bien, tomando en consideración las circunstancias concurrentes, los razonamientos citados como reflexión obligada ante las posturas enfrentadas y de acuerdo con los parámetros interpretativos definidos por la jurisprudencia reseñada y de los que ha de ser reflejo la enunciada fórmula de equilibrio que debe marcar -sin quebrantos- los verdaderos límites de los Derechos Constitucionales en juego, hemos de inclinarnos por la tesis del Recurso, coincidente -como ya sea dicho- con la mantenida en el Voto Particular.

Así, sin necesidad de reiterar precisiones doctrinales y jurisprudenciales sobre el concepto y alcance del Derecho a la Intimidad y el Secreto de las Comunicaciones, puesto que, dado el completo elenco ilustrativo aportado por la resolución de instancia y el referido Voto discrepante, de hacerlo, abundaríamos en una repetición argumental innecesaria, debemos afirmar que el ámbito del Derecho a la Intimidad -entendida ésta en el sentido constitucional del término y, por tanto, sometido a la exigencia de autorización judicial previa para su invasión- no debe extenderse en el presente supuesto a aquella zona común o de distribución en la que se encuentran situados los lavabos de los servicios públicos del parque de tal naturaleza denominado "González Bueno", sino únicamente a los habitáculos cerrados en los que se encuentran los inodoros y a los que se accede desde dicha zona común después de traspasar una puerta.

En el caso de autos, los servicios higiénicos son públicos, en el sentido de que no hay limitación de entrada a persona alguna, salvo la que pudiese venir aconsejada en razón al sexo y, dentro ya del recinto, puede distinguirse entre una parte estrictamente privada, y, por ello, normalmente protegida por puerta de acceso y separación y otra zona en la que desaparece esa intimidad propia de los retretes. Es precisamente en esa segunda zona donde se realiza la grabación en cuanto lugar buscado de propósito por los acusados, no precisamente para proteger su intimidad o privacidad, sino para actuar en clandestinidad.

Tal como señala el Ministerio Público, difícilmente puede aceptarse que un lugar consistente en la zona común de lavabos, cuya conservación y custodia corresponde a los Municipios y su disfrute a todos los ciudadanos bajo unas condiciones, y que, por definición, excluyen cualquier aspecto de secreto o reserva del usuario, pueda desarrollarse una actividad de la esfera de lo íntimo y lo privado frente a una actividad pública necesaria de control de las instalaciones.

QUINTO.- Por otra parte, reconocida la proporcionalidad y necesidad de la medida destinada a la investigación de unos hechos delictivos que, por su cotidianeidad prácticamente habían transformado el destino de dichos servicios públicos, convirtiéndolos en puntual lugar de encuentro para el tráfico de sustancias prohibidas y, de otro lado, indiscutida la afirmación de que la videocámara enfocaba únicamente la zona de lavabos de forma tal que los inodoros o wateres quedaban en un ángulo ciego al que dicha cámara no podía acceder, resulta obligado rechazar las explicaciones que la combatida ofrece como justificación de la exclusión de la prueba obtenida con dicha grabación del elenco sometido a la valoración del Tribunal.

Ello significa tanto como acomodar los términos de la decisión jurisdiccional a módulos interpretativos ajustados a la especificidad del supuesto y en razón del necesario equilibrio que ha de imperar en la preservación de todos los Derechos Constitucionales en conflicto, puesto que -como recuerda el Magistrado discrepante que emite su Voto particular- en nuestro sistema político son consagrados también como Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos, entre otros, el de la libertad y seguridad (art. 17-1 de la Constitución Española), el de igualdad (art. 14) y el de la integridad física (art. 15), que podrían verse conculcados por la conducta desarrollada en los hechos enjuiciados por los acusados y otros jóvenes en el parque público y en los servicios de igual naturaleza que frecuentaban a diario utilizándolos de forma que cabría calificar de monopolista excluyendo de su uso normal a los demás ciudadanos, más no la adopción de criterios generalizantes en que basar invocaciones genéricas destinadas a justificar incursiones en el Derecho a la intimidad en aquéllos otros casos verdaderamente necesitados de una previa habilitación

judicial.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION por Infracción de Ley interpuestos por el Ministerio Fiscal, por sí y en favor de Lucía , contra la sentencia dictada el día 12 de abril de 1994 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, en la causa

Recurso nº 1868/94

Sentencia num. 620/97

seguida contra la misma y otros, por Delito Contra la Salud Pública, casando y anulando dicha sentencia, declarando de oficio las costas causadas por Recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal..

Todo ello sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecutoria se lleve a efecto la revisión de la sentencia de instancia, si ello fuere procedente.

Comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de mil novecientos noventa y siete.

El P.A. nº 28/93 procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Arganda del Rey, y seguido ante Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, por Delito Contra la Salud Pública de tráfico de heroína, contra Leonardo , nacido el 25-3-1972, hijo de Aflorsio y Victoria, natural de Madrid y vecino de Arganda del Rey, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; Manuel , nacido el 11-9-1964, hijo de Alfonso y Antonia, natural de Ocaña (Toledo) y vecino de Madrid, con antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; Lucía , nacida el 12-7- 1970, hija de Pablo y Teresa, natural de Madrid y vecina de Arganda del Rey, con antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; Marina ; nacida el 15- 12-1971, hija de Apolonio y Antonia, natural de Madrid y vecina de Arganda del Rey, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; Gabriel , nacido el 13-11-1966, hijo de Antonio y Adoración, natural de Madrid y vecino de Arganda del Rey, con antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; Federico , nacido el 23-8-1969, hijo de Juan José e Isabel, natural de Madrid y vecino de Araganda del Rey, con antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 12 de abril de 1994, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por Excmos. Sres. arriba expresados y bajo Ponencia del Excmo.Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia dictada por esta Sala el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia que a ésta precede.

III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Gabriel y Federico del Delito Contra la Salud Pública del que eran acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las dos sextas partes de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Leonardo , Marina , Manuel y Lucía , como autores criminalmente responsables de un Delito Contra la Salud Pública de sustancia que causa grave daño a la

salud, ya definido sin la concurrencia de circunstancias agravantes y concurriendo en todos ellos la atenuante analógica de drogadicción a la pena de 2 años, 4 mese y 1 día de Prisión Menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; una multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada cien mil pesetas o fracción de las mismas que dejaren de satisfacer; y a que abonen cada uno una sexta parte de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de la sustancia estupefaciente, dinero y efectos intervenidos a los acusados, a los que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se le abonarán a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Se aprueban los autos de insolvencia dictados por el Juez de Instrucción en la pieza de responsabilidad civil

Manteniéndose y dando por reproducidos los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.