

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
ZARAGOZA**

AUTO: 00135/2014

Domicilio: C/GALO PONTE Nº 1 (DETRAS DE LA ANTERIOR SEDE DEL COSO)
Telf: 976 208 367
Fax: 976 208 787

N.I.G.: 50297 48 2 2012 0002244

ROLLO: APELACION AUTOS 0000031 /2014

Juzgado procedencia: JDO.DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.2 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000721 /2012

RECURRENTE: ANTONIO LOSILLA LONGARES

Procurador/a: MARIA ISABEL MAGRO GAY

Letrado/a: FRANCISCO JAVIER NOTIVOLI ESCALONILLA

RECURRIDO/A: ANTONIO EMBID MOSTEO

Procurador/a: MARIA IVANA DEHESA IBARRA

Letrado/a: SORAYA LABORDA GARCIA

AUTO Nº 135/2014

ILMOS. SEÑORES:

PRESIDENTE

D. JULIO ARENERE BAYO

MAGISTRADOS

D. JOSÉ RUIZ RAMO

D. RUBÉN BLASCO OBEDE

D. ANTONIO ELOY LÓPEZ MILLÁN

D. MIGUEL LÓPEZ LÓPEZ DEL HIERRO

D. FRANCISCO JAVIER CANTERO ARÍZTEGUI

D. CARLOS LASALA ALBASINI

D. ALFONSO BALLESTÍN MIGUEL

D. MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE

En la ciudad de Zaragoza, a Diecinueve de Febrero de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por la Procuradora Sra. Magro Gay, en la representación acreditada, se interpuso recurso de reforma contra auto dictado con fecha 4 de Diciembre de 2.013 en D.P. nº 721/12 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza, por el que se acordaba la práctica de la prueba del potencial evocado cognitivo, prueba conocida como P300, mediante la que se trata de encontrar datos conocidos, en el caso presente, por el Sr. Losilla, los que se obtienen midiendo la

actividad eléctrica cerebral en respuesta a estímulos determinados, y que permitiría acreditar que el mismo tiene conocimientos específicos sobre los hechos investigados, recurso que fue desestimado por auto de fecha 18 de Diciembre de 2013, auto que admitió el recurso de apelación subsidiario.

SEGUNDO- Tramitado procesalmente se remitieron las diligencias a esta Sección, se formó **rollo de apelación nº 31/14**, designándose Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Cantero Aríztegui.

TERCERO- De conformidad con lo prevenido en el artículo 197 de la L.O.P.J., por acuerdo del Ilustrísimo Sr. Presidente de la Audiencia Provincial se acordó avocar al pleno de la Sala de lo Penal de dicha Audiencia el conocimiento del recurso, fijándose el día 14 de Febrero de 2013 la deliberación, fecha en que llevó a cabo, expresando el ponente referido el parecer del Pleno de la Sala, acordado por mayoría, y anunciando voto particular los Ilmos. Sres. Lasala Albasini y Ballestín Miguel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- **Lo que se plantea por el recurrente es si la prueba acordada por el Sr. Juez instructor vulnera o no su derecho a no declarar.**

A este respecto, es conveniente recordar la doctrina del T. C., de la que es muestra la sentencia de 13 de Marzo de 2006, que afirma "conviene comenzar recordando que, conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos," aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular -ha señalado-, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la 'persona acusada'. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6" (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64 EDJ2001/4385 ; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda; de 3 de mayo de 2001, caso Quinn c. Irlanda; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria. "En este sentido -concluye el Tribunal de Estrasburgo- el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio".

A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), nuestra Constitución sí menciona específicamente en su art. 24.2 los derechos a "no declarar contra sí mismos" y a "no confesarse culpables" que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC

161/1997, de 2 de octubre). En particular, ha afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable "son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable" [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre; 161/1997, de 2 de octubre; 229/1999, de 13 de diciembre; 67/2001, de 17 de marzo. Y ha declarado asimismo que los citados derechos "entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación" (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5).

SEGUNDO- A su vez la sentencia de igual Tribunal de 15 de Junio de 2009 establece: "En el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso, sino sujeto del mismo y, en cuanto tal, "ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable".

TERCERO.- La sentencia del T.S., Sala II, de 15 de Noviembre de 2012 afirma "Es bien conocido que -por influencia del pensamiento jurídico de la Ilustración- el derecho del imputado al silencio, y también la ausencia para él, cuando decidiese declarar, de un deber de decir la verdad, compendiados en la máxima nemo tenetur se detegere, forman uno de los principios cardinales del proceso penal de inspiración liberal-democrática. Y como tal se encuentra consagrado en el art. 24.2

En la doctrina se ha señalado que esto obedece a la asunción del carácter, en cierto modo, contra naturam de toda declaración auto-incriminatoria. Y -en vista de una elocuente y durísima experiencia en la materia, histórica e incluso actual- responde asimismo al interés por dejar a los sujetos oficiales -los diversos agentes del ius puniendi - que se relacionan con el imputado, a salvo de la tentación de hacerle objeto de cualquier forma de constricción. Incluida la de carácter moral que pudiera representar el propio juramento.

Esto equivale a la renuncia a tener al imputado como fuente de prueba contra sí mismo. Y a prescindir, dentro del cuadro probatorio, de su actitud procesal como dato, para estar únicamente, cuando decida declarar y lo haga, al valor informativo de sus aportaciones, en el marco de las que resulten de los demás medios de

prueba. Lo que significa que, hable o no hable, no deberá tener nada que temer. Incluso si, claramente, mintiere con el objeto de defenderse, porque la ausencia de una obligación de decir la verdad exige que del hecho de no decirlo no se siga ningún gravamen.

CUARTO- Consecuencia de lo expuesto es que no vale todo, singularmente el constreñimiento del imputado para, forzando su voluntad, obtener pruebas de un delito. En definitiva, el sometimiento a una coacción, fuere del tipo que fuere, impide libertad alguna, y, por tanto priva de voluntariedad, elemento necesario para configurar el dolo típico de cualquier delito, a la declaración.

Otro extremo es que el silencio pueda producir efectos. Así el auto del T. C. nº 61/1983, pone de relieve que sin perjuicio del derecho a rehusar la sujeción a pruebas, se deben soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar, y la sentencia de 24 de Julio de 2000 pone de manifiesto que “ante ciertas evidencias objetivas, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado, en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio, puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada, o la motivación fuese irrazonable o arbitraria, o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado por guardar silencio.

QUINTO.- Descendiendo al caso sometido a nuestra consideración, es lo cierto que el juez acordó la práctica de la prueba, sometida ahora a nuestra censura, en base a lo dispuesto en el artículo 363 de la ley rituarial criminal, y si bien es cierto que el citado precepto únicamente se refiere a análisis químicos y pruebas de ADN, no lo es menos que, entiende la Sala que siempre que no se constriña la voluntad del sometido a tales pruebas o se afecte a su intimidad, es extensible a la práctica de cualquiera que, con inclusión de los medios técnicos más modernos, pueda arrojar luz sobre el delito investigado.

Así la cuestión, el recurrente, informado, con carácter previo al inicio, de sus derechos, manifiesta, primeramente, que está en total desacuerdo con la prueba, que no quiere ser el conejillo de indias, pero que si su señoría lo ordena el se somete, y, posteriormente, tras recordársele los derechos que como imputado le corresponde, preguntado si se somete voluntariamente a la prueba, tras notificársele el auto, resolución que reconoce, y en la que se acuerda la práctica de la misma, manifiesta; “que se somete por su orden porque si no qué iba a hacer”, lo que evidencia que, conocedor de la posibilidad de negarse, pues fue informado de su derechos, sin que su letrado, presente en el acto, pusiese reparo alguno, se sometió voluntariamente a ella, y es más, se mostró colaborador en todo momento, atendiendo a las explicaciones y a la instrucciones del personal sanitario encargado de la realización de la misma, sin mostrar ningún tipo de resistencia, ni conducta negativa a la práctica de la prueba.

En definitiva, pese a las reticencias, el recurrente se sometió a la prueba, colaborando activamente, extremos que evidencia la inexistencia de elemento intimidador que constriñera su libertad.

Otro extremo es la valoración de la prueba, pero esa es una cuestión ajena al presente recurso y que deberá hacerse en la resolución que recaiga y que ponga fin al procedimiento.

SEXTO.- No se aprecian motivos para la imposición de costas.

VISTOS los preceptos legales aplicables.

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACION interpuesto por la Procuradora Sra. Magro Gay, en la representación procesal acreditada, **contra el auto referenciado de fecha 18 de Diciembre de 2.013** en el procedimiento D. Previas 721/12 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza, **confirmando íntegramente el mismo** y declarando las costas de oficio.

En su momento remítase al Juzgado de procedencia, para ejecución y cumplimiento de lo acordado, testimonio de la presente resolución, el que se llevará igualmente al rollo de apelación, y, una vez se haya acusado recibo, archívese el mismo sin más trámite.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. del Tribunal.

VOTO PARTICULAR

ILTMO. SR. D. CARLOS LASALA ALBASINI

En relación con la decisión adoptada por el Pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Provincial de Zaragoza mediante Auto núm. 135/2.014, de fecha 19 de Febrero de 2.014 resolviendo el Recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del procesado Sr. Losilla, contra el Auto de fecha 4-12-2013, dictado por el Sr. Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza en sus Diligencias Previas nº 2721/2012, he de mostrar mi total rechazo y oposición a la decisión de la mayoría y ello por los motivos siguientes:

1- No consta con claridad y rotundidad la autorización del imputado Sr. Losilla para someterse, a la prueba P-300, sino todo lo contrario, ya que la respuesta del Sr. Losilla fue “Que está en total desacuerdo con la prueba, que no quiere ser el conejillo de Indias, pero que si su Señoría lo ordena, él se somete”.

“Que se somete por su orden porque si no qué iba a hacer”

Estas respuestas no constituyen una autorización libre y válida del imputado Sr. Losilla, para someterse a la práctica de la prueba neurológica P.E.C. (Potencial Evocado Cognitivo –P300-).

2.- El artículo 363 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la posibilidad de obtener pequeñas muestras biológicas del procesado, para la práctica de análisis químicos o biológicos de A.D.N. del sospechoso o del procesado, en aras a la investigación judicial, y a la recta administración criminal.

Estas tomas de muestras biológicas, pueden ser adoptadas incluso en contra de la voluntad del sospechoso o del procesado, pero no puede equipararse esa toma de muestras biológicas a la entrada en el reducto íntimo de la mente humana que se apoya y reside en el cerebro de las personas, pues tal entrada con la prueba PEC en la mente de una persona, conculca el art. 10 de la vigente Constitución Española de 1978 “que consagra la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social”.

El artículo 15 de la Constitución Española de 1978 dice que todas las personas tienen derecho a la vida y a la integridad moral.

El artículo 18 de la Constitución Española garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal.

3- Aun en el supuesto que el imputado D. Antonio Losilla Longares aceptara libremente someterse a esa prueba neurológica P-300 o PEC, la práctica de la misma conculcaría lo dispuesto en el artículo 520-1 b) de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal “que establece para todo detenido o preso provisional, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, concordante con el artículo 24.2 de la C.E.

Esa prueba neurológica del “Potencial Evocado Cognitivo” obtiene una información que la voluntad del sometido a esa prueba no puede ocultar pues escapa a ella.

Ello equivale a que declare contra sí mismo quien no quiera declarar y a que se confiese culpable quien no quiera hacerlo.

Toda declaración o palabra emitida ha sido inmediatamente antes un pensamiento que conlleva una actividad eléctrica cerebral.

La aplicación de la P-300 equivale a la aplicación del suero de la verdad, escopolamina o pentotal sódico.

Cualquier información obtenida con el P-300 de cualquier sospechoso detenido o preso sería radicalmente nula cuando menos.

4.- El artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Públicos hechos en Nueva York el 19-12-1966 ya ratificado por España y publicado en el BOE 103 de fecha 30-4-1977 dice “Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Asimismo tal pacto dice en su artículo 14-3º-6º “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni confesarse culpable”.

Por todo esto manifiesto mi total oposición al criterio mayoritario del pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Provincial de Zaragoza, por considerarla incompatible con la legalidad vigente, por lo que debió estimarse el recurso.

En Zaragoza, a 19 de Febrero de 2014.

EL MAGISTRADO

VOTO PARTICULAR
FECHA: 19/02/2.014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL ILMO. SR. D. ALFONSO BALLESTÍN MIGUEL AL AUTO Nº 135/2014, DICTADO POR LA SALA PENAL DE ESTA AUDIENCIA PROVINCIAL, CONSTITUÍDA AL EFECTO CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 197 DE LA L.O.P.J., EN EL ROLLO DE APELACIÓN REGISTRADO EN LA SECCIÓN PRIMERA CON EL Nº 31/2014, CORRESPONDIENTE AL RECURSO INTERPUESTO CONTRA EL AUTO DE

FECHA 4/12/2013, DICTADO EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS Nº 2721/2012 DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 2 DE ZARAGOZA.

Desde el mayor de los respetos a la actuación de los otros siete Magistrados que avalan la procedencia de la diligencia de prueba acordada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza, conocida como Potencial Evocado Cognitivo P300, pero asumiendo el deber de exponer mi convicción discrepante respecto de tal admisión, formulo el presente voto particular, al amparo del art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender que tal prueba no debió admitirse sin el consentimiento pleno e incondicionado del imputado con el que debía practicarse.

1.- En primer lugar, como cuestión previa, se discrepa en cuanto a la corroboración que hace la Sala del encaje de tal prueba en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que menciona el auto recurrido, dado que el mismo se refiere a la práctica de análisis químicos que se consideren indispensables para la investigación y a los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal encaminados a la obtención de muestras biológicas de los sospechosos para la determinación de su perfil de ADN, mientras que el objeto de esta prueba denominada P300, aplicada al imputado, tiene como finalidad la búsqueda en su cerebro de datos que interesen a la investigación; nada que ver, por tanto, con los “análisis químicos” o “el perfil de ADN” a los que da cobertura legal el citado precepto. Por tanto, considero que la posibilidad procesal de practicar esta prueba no está en lo dispuesto en el citado artículo 363, sino que habría que haberla buscado, en su caso, en el genérico artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a la práctica de diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan podido participar.

2.- En segundo lugar, dado que esta prueba consiste en la búsqueda de información mediante la respuesta que da el cerebro a unos determinados estímulos, considero que si no media un consentimiento expreso, voluntario, libre e incondicionado de quien, teniendo la condición de imputado, se somete a la misma, estamos ante una contravención del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo (artículo 24-2 de la Constitución Española), pues lo que se pretende con dicha prueba es, en definitiva, conseguir que “hable el cerebro”, esto es, que el sometido a ella aporte una información al margen de su voluntad.

Estamos, en concreto, ante una diligencia de investigación cuyos resultados pueden llevar a obtener una información que el imputado no ha querido proporcionar en su declaración judicial, y aunque la interpretación de las ondas que a tal fin ofrece el electroencefalógrafo correspondiente la realiza un perito, que no el juez, de lo que no cabe duda alguna es de que, si no concurre el consentimiento del imputado para someterse a la esa prueba P300 y si, además, su resultado aporta realmente tal información, se producirá un efecto jurídico similar al que resultaría de una declaración coercitiva y podremos afirmar, por tanto, que estamos ante un quebranto del derecho fundamental señalado.

El imputado tiene derecho a la autodeterminación libre de lo que más le puede interesar para su defensa y, consecuentemente, tanto si no declara, como si se niega a colaborar en su propia incriminación, como sería el caso analizado, si no se respeta su voluntad se produce una vulneración del citado artículo 24-2 de la

Constitución, siendo esta la interpretación que sobre el ámbito del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como del más amplio derecho de defensa, ha hecho el Tribunal Constitucional (SSTC de 11 de marzo de 2002, 22 de julio de 2002 y 20 de septiembre 2004, entre otras), y también el Tribunal Supremo (STS de 14 de octubre de 2004).

3.- Finalmente, en cuanto a la validez y eficacia del “consentimiento” manifestado por el imputado, ahora recurrente, entiendo que no debió apreciarse en la forma y con la suficiencia con que lo ha hecho el tribunal, con el criterio mayoritario de los Magistrados que lo componen, por cuanto, si el mismo dijo que estaba “en total desacuerdo con la prueba”, su voluntad de no someterse a ella era evidente, sin que su decisión pudiera entenderse modificada con el añadido que hizo, inmediatamente antes de practicarla, de que “si su señoría lo ordena él se somete”, o por lo que dijo posteriormente, en el mismo acto, cuando manifestó que “por su orden me someto, porque si no, qué iba a hacer”. Considerar que esta actitud del imputado puede entenderse como un consentimiento en el sometimiento a la prueba P300 es tanto como afirmar que el juez podía sustituir su voluntad en el ejercicio de su derecho a no declarar, derecho que, obviamente, es de carácter personalísimo. Así pues, en absoluto puede sostenerse que el imputado afirmase su sometimiento voluntario a la prueba, como han entendido la mayoría de los integrantes del tribunal, dado que aquel “consentimiento” se hallaba condicionado a lo que le ordenara el Juez instructor, que es tanto como residenciar en la decisión de éste el ejercicio del aludido derecho fundamental.

En definitiva, pues, al haberse convalidado por el tribunal, en vía de recurso, la admisión de una diligencia de prueba que no respetó el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo, considero que nos hallamos ante una decisión que ha dado validez a una diligencia de prueba irregular e ilícitamente practicada y, por tanto, no válida, pues entiendo que, al no haberse respetado la voluntad claramente expresada de no querer someterse a ella, se violentó aquel derecho fundamental.

Fdo.: ALFONSO BALLESTÍN MIGUEL