



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 113/2014, de 17 de febrero de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 889/2013

SUMARIO:

Prueba ilícita. Conexión de antijuridicidad. Supuestos de desconexión. Confesión en juicio. La necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas. La prueba de confesión del inculpado puede considerarse desconectada jurídicamente de la prueba precedente declarada nula, en supuestos en que la naturaleza de la infracción constitucional no exige extender absolutamente la prohibición de valoración a todas las pruebas derivadas. Requisitos.-Que la declaración se hubiese efectuado: a) previa información de los derechos constitucionales del inculpado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado, c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita. Se trata en este caso de una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.6, 21.7, 368 y 376.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.

Constitución Española, art. 32.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Touron.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil catorce.



En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de ley por Vicente e Celsa , por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Luis Miguel , Juan María y Juan Pedro , y por quebrantamiento de forma e infracción de ley por Pablo Jesús , contra Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 22 de octubre de 2012 , en causa seguida a los mismos y otros por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo prevenidos por la ley, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representados, el primero de los recurrentes por la Procuradora Sra. D^a. M^a del Carmen Echavarría Terroba, la segunda, representada por la Procuradora D^a Nuria Terrasa Gómez, el tercero representado por la Procuradora D^a Belén Jiménez Torrecillas, los cuarto y quinto representados por el Procurador D. José Luis Torrijos León y el sexto representado por la Procuradora D^a M^a Pilar Segura Sanagustín; y como recurridos Belarmino representada por la Procuradora D^a Marta Saint- Aubin Alonso, Ceferino , representado por el Procurador D. Leonardo Ruíz Benito y Daniel , representado por la Procuradora D^a M^a Elvira Encinas Lorente.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 54 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 5193/2010 y una vez concluso lo remitió a la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 22 de octubre de 2012 dictó Sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: " Primero.- En los primeros días del mes de octubre de 2010, una persona que no se ha esclarecido que fuera el acusado Everardo , de nacionalidad nigeriana, en situación regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, acordó con la acusada Celsa , de nacionalidad rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales, que ésta viajara a Sao Paulo (Brasil) para traer como "mulera" cocaína a España, a cuyo fin le pagó el viaje y el alojamiento.

Tras permanecer en dicha ciudad tres semanas, Celsa regresó a Madrid vía Zurich (Suiza) en el vuelo NUM000 que llegó sobre las 15,15 horas del día 1-11-2010 al aeropuerto de Barajas.

Asimismo, dicha ignorada persona, convino con los acusados Luis Miguel , nacido en Ghana, en situación regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales y Julián , nacido en Sierra Leona, en situación irregular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, que fueran en el vehículo del primero con matrícula PP-....-IM a hacerse cargo de la "mulera" referida, a su llegada al aeropuerto, para trasladarla hasta Roquetas de Mar (Almería). Tras



www.civil-mercantil.com

adoptar ambos acusados una actitud vigilante y efectuar miradas de seguridad para evitar ser vistos junto a Celsa , procedió Luis Miguel a coger la maleta de ésta y Julián a agarrarla del brazo, siendo detenidos los tres cuando caminaban hacia el lugar en que habían aparcado el vehículo referido.

Celsa portaba en el interior de su organismo 42 envases de cocaína -que posteriormente expulsó bajo observancia médica- y en su bolso ocultaba 20 envases más y otro envase de mayor tamaño con cocaína. Según los análisis practicados los 62 envases contenían un total de 598,3 gramos de cocaína con una riqueza media de 81,1% y el envase de mayor tamaño contenía 238,8 gramos de dicha sustancia con una riqueza media de 72,6% (total 658,5 gramos puros de cocaína), que habrían alcanzado en el mercado clandestino un valor de 37.805,32 euros y 105.808,80 euros respectivamente.

Celsa facilitó a la policía los teléfonos de las personas que le encargaron traer la droga a España (Ruperto telf. NUM001 e Jose María Tfno. NUM002); interceptados por auto de 10/11/10, en el primero no hubo conversaciones sino sólo intentos de llamada, y el segundo dejó de usarse tras la detención de la referida. Auto en el que se intervino, además, el Tfno. NUM003 como de Luis Francisco , y los Tfnos. NUM004 y NUM005 como de Jose María , obtenidos mediante "diversas técnicas de investigación" ni siquiera mínimamente concretadas.

Segundo.

Sobre las 6,20 horas del día 22-1-2011 los acusados, Juan María y Juan Pedro , ambos de nacionalidad rumana, mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo, llegaron al aeropuerto de Barajas en el vuelo de la compañía Air Europa número NUM006 , procedente de Buenos Aires (Argentina); país al que habían viajado juntos por traerse la cocaína que pudieran en el interior de sus organismos, y del que conjuntamente regresaron portando dentro de sus cuerpos 10 y 78 cápsulas de cocaína, respectivamente, que contenían un total de 96,3 gramos y 749,6 gramos de dicha sustancia, con una riqueza media de 74,9% y 78,3% (total 659,05 gramos de cocaína pura).

La cocaína que los acusados conjuntamente traían, destinada al tráfico ilegal, habría alcanzado en el mercado clandestino un valor de 15.108,04 y 39.263,18 euros, respectivamente.

Tercero.

El día 27-02-2011, en una parada que efectuó a la altura de Iznalloz (Granada), el autobús de la línea Almeyar -que habiendo salido de Madrid a las 15 horas, se dirigía a Almería-, fueron detenidos los acusados Belarmino , de nacionalidad alemana, mayor de edad y sin



www.civil-mercantil.com

antecedentes penales y Pablo Jesús , de nacionalidad nigeriana y en situación irregular en el territorio español, mayor de edad y sin antecedentes penales, a los que les ocupó dentro de la maleta de viaje que llevaban, un bolso negro en cuyo doble fondo se ocultaban 52 envases de cocaína destinada al tráfico ilegal; con un peso total de 493,3 gramos, con una riqueza media de 22,9% (total 112,96 gramos netos de cocaína), valorada en 23.661,73 euros.

No se ha cumplidamente acreditado que Belarmino -a la que Pablo Jesús ha exculpado- lo conociera.

Tampoco se ha acreditado que ambos acusados hubieran actuado siguiendo las indicaciones de los acusados, Daniel , de nacionalidad nigeriana y en situación regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales y Iván , de nacionalidad nigeriana en situación regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales. Ni que en el registro del domicilio de éste último sito en la CALLE000 núm. NUM007 , CALLE000 , NUM008 piso, puerta NUM009 , practicado en día 10-3- 2011 se hallaran 10'42 gramos y 0'81 gramos de cocaína, con una riqueza de 29'3% y 29,1%, valorados en 639,49 euros y 49,37 euros; 485,50 gramos de sustancia de corte y una balanza de precisión. Acusado a quien, al ser detenido, le fueron ocupados dos teléfonos móviles que no consta que utilizara para actividad ilícita.

Cuarto.

Sobre las 23'40 horas del día 9-3-2011, fueron detenidos en la Avda de Alicun de Roquetas (Almería), mientras viajaban en el vehículo de la marca Opel Astra con matrícula RCK , los acusados Ceferino , de nacionalidad rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien conducía dicho vehículo, Daniel , de nacionalidad nigeriana y en situación regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, que ocupaba el asiento del copiloto, y Vicente , de nacionalidad rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia. Tras regresar este último de Sao Paulo (Brasil), el cual llevaba ocultas dos planchas en el calzado con 64'43 gramos y 197,61 gramos de cocaína, con una riqueza respectivamente de 65% y 66,3% y en el interior de su organismo 33 envases, que contenían un total de 346,05 gramos de cocaína con una riqueza de 66,6%; sin que se haya suficientemente probado que esto lo conocieran los acusados Ceferino y Daniel .

La valoración de dichas cantidades de cocaína en el mercado ilícito asciende a 8.772,0 euros; 27.442,42 euros; y 48.273,98 euros; respectivamente.

Al acusado Daniel le fueron ocupados tres teléfonos móviles y 4 tarjetas SIM y al acusado Ceferino un teléfono móvil, que no consta que utilizaran para actividad ilícita.



www.civil-mercantil.com

Tampoco se ha acreditado que fuera a hacerse cargo de dicha cocaína un acusado al que no se enjuiciado ahora, al no estar a disposición de la Sala, ni que la misma estuviera destinada a los acusados Juan Ignacio , de nacionalidad nigeriana y en situación regular en España, mayor de edad y anteriormente condenado en sentencia firme de fecha 3-4-2007 por un delito contra la salud pública a la pena de cinco años y un día de prisión, y Dona Palmira , de nacionalidad nigeriana y en situación regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales.

En el registro del domicilio de éste último, sito en la c/ DIRECCION000 núm. NUM010 , EDIFICIO000 , portal NUM008 , NUM011 NUM012 , que se practicó el día 10-3-2011, se ocupó una balanza de precisión, cuyo uso no consta.

Al acusado que no está a disposición de la Sala y a los acusados Juan Ignacio y Dona Palmira les fueron ocupados, respectivamente, dos, tres y dos teléfonos móviles, que tampoco consta que utilizaran para actividad ilícita".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Everardo , Belarmino , Daniel , Iván , Ceferino , Juan Ignacio y Dona Palmira , de los delitos contra la salud pública de los vienen siendo acusados, declarando de oficio las costas procesales relativas a los mismos, y dejando sin efectos las medidas de aseguramiento que se hubieran acordado contra ellos en la causa y sus piezas separadas.

Se declara la devolución a los mismos de los efectos intervenidos que sean de lícito tráfico.

Que debemos condenar y condenamos a la acusada Celsa y a los acusados Luis Miguel y Julián como responsables en concepto de coautores de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño, ya definido, la primera con la concurrencia de la atenuante analógica de confesión, y los otros dos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, a la pena de tres años de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ciento cuarenta y tres mil seiscientos catorce euros con doce céntimos (143.614,12 €), con responsabilidad personal subsidiaria de tres días caso de impago.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Juan María y Juan Pedro , como responsables en concepto de coautores de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, la pena de tres años de prisión, con su accesoria



www.civil-mercantil.com

legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de cincuenta y cuatro mil trescientas setenta y un euros con veintidós céntimos (54.371,22 €), con responsabilidad personal subsidiaria de tres días caso de impago.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Pablo Jesús , como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de veintitrés mil seiscientos sesenta y un euros con setenta y tres céntimos (23.661,73 €), con responsabilidad personal subsidiaria de tres días caso de impago.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Vicente , como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de ochenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y ocho euros con cuarenta (84.488,40 €), con responsabilidad personal subsidiaria de tres días caso de impago.

Asimismo condenamos a cada uno de los acusados al pago de una séptima parte de las costas derivadas del procedimiento declarando de oficio el resto.

Las penas privativas de libertad impuestas a los acusados Pablo Jesús y Julián se sustituyen por su expulsión del territorio nacional, con la prohibición de regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión.

Se decreta el comiso de los efectos intervenidos a los mismos, así como de las sustancias incautadas -procediéndose una vez firme la sentencia a la inmediata destrucción de las mismas-.

Conclúyanse conforme a derecho las piezas de responsabilidades pecuniarias.

Para el cumplimiento de la pena se les abonará todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa, si no se les hubiera aplicado a otra.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciado ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

Tercero.



www.civil-mercantil.com

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Vicente , Celsa , Luis Miguel , Juan María y Juan Pedro , y por quebrantamiento de forma e infracción de ley por Pablo Jesús , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Vicente , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim . y art. 5.4 de la L.O.P.J ., por documentos que constaban en autos y demostraban la equivocación del Juzgador, en concreto la nulidad de las escuchas y nulidad de la cadena de custodia de la sustancia intervenida. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., y art. 5.4 de la L.O.P.J ., en concreto la vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 y 17 de la C.E. en relación con el 120 de la C .E., que exige la motivación de las sentencias, y en el caso de condena se considera infringido el art. 368, párrafo 2º, violándose además el art. 27 del Código Penal en cuanto a la individualización de la pena.

La representación de Celsa , formalizó su recurso alegando como motivo UNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación de la atenuante como muy calificada de colaboración del art. 21.7 en relación a la 4ª del Código Penal , todo ello en relación con el art. 376 del mismo cuerpo legal .

La representación de Juan María y Juan Pedro , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del art. 24.2, en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución , el art.11.1 de la L.O.P.J ., y el art. 786.2 de la L.E.Crim . SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución , en relación con el art. 786.2 de la L.E.Crim . TERCERO: Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción por inaplicación del art. 20.6º del Código Penal , o subsidiariamente, por infracción por inaplicación del art. 21.1º en relación con el art. 20.6º del Código Penal , y en ambos casos del art. 24.1 y 2 de la Constitución . CUARTO: Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del art. 368, párrafo segundo del Código Penal .

La representación de Luis Miguel , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 º y 2º de



www.civil-mercantil.com

la L.E.Crim ., en relación con los artículos 11.1 y 5.4 de la L.O.P.J ., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Pablo Jesús , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO: Al amparo del art. 851.1º de la L.E.Crim ., al considerar que la sentencia no expresa cuales son los hechos que se consideran probados.

Quinto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 4 de febrero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 22 de octubre de 2012 , condena a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública, a la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos. Frente a ella se alzan los presentes recursos, fundados en un total de once motivos.

Segundo.

El primer y único motivo del recurso interpuesto por la representación de Celsa , por infracción de ley al amparo del Art. 849 1º de la Lecrim , alega indebida aplicación de la atenuante prevenida en el Art. 21 7º como muy cualificada, en relación con el Art. 376 CP .

El motivo carece de fundamento. La aplicación de una atenuante analógica como muy cualificada requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales que no se aprecian en el caso enjuiciado, como acertadamente razona el Tribunal sentenciador, a cuya resolución nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones.

Por otra parte, las circunstancias que exige la aplicación del Art. 376, como el abandono voluntario de las acciones delictivas o la presentación espontánea a las autoridades confesando los hechos delictivos realizados, es manifiesto que no concurren en el caso enjuiciado, por lo que su falta de aplicación es obligada.



www.civil-mercantil.com

Tercero.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Luis Miguel , infracción de precepto constitucional al amparo del Art. 5 4º LOPJ , alega infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Considera el recurrente que no ha quedado acreditado que el recurrente conociese que la condenada Celsa portaba cocaína en el interior de su organismo y en su bolso.

El motivo debe ser desestimado. La Sala sentenciadora se ha fundado en un análisis minucioso y razonable de los testimonios de los policías intervinientes, de los que se deduce que el comportamiento del recurrente es suficientemente significativo, a los efectos de concluir que el auxilio prestado a la condenada que portaba la cocaína se realizaba con perfecto conocimiento de causa.

Cuarto.

El segundo motivo de recurso, por infracción de ley en relación con el Art. 11 1 de la LOPJ , alega nulidad de la prueba practicada, en aplicación de la doctrina de los frutos del árbol prohibido, como consecuencia de la declaración de nulidad del auto de intervenciones telefónicas de 10 de noviembre de 2011.

Para desestimar el motivo basta constatar que la detención del recurrente se produjo el 1 de noviembre de dicho año 2011, es decir con anterioridad a la fecha en que se dictó el auto de intervenciones telefónicas del que se pretende derivar la nulidad de las pruebas existentes contra el recurrente (auto de 10 de noviembre de 2011), por lo que es manifiesto y evidente que la investigación de la que se derivó la detención del recurrente es absolutamente independiente del referido auto.

Quinto.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de los condenados Juan María Y Juan Pedro , al amparo del Art. 852 Lecrim , y 5 4º LOPJ , en relación con el Art. 24 2º CE , alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse resuelto la nulidad de las intervenciones telefónicas con ocasión de su planteamiento como cuestión previa. En el segundo motivo, por el mismo cauce, se reitera la misma cuestión.

Sin desconocer que se trata de una cuestión sujeta a polémica, es lo cierto que la doctrina de esta Sala (veáanse, por ejemplo, STS 160/97, de 4 de febrero , STS 25/2008, de 20 de enero o STS 601/2013, de 11 de julio), establece que la solución definitiva de las cuestiones planteadas en el trámite de cuestiones previas, incluidas las referidas a la validez o nulidad de las pruebas,



www.civil-mercantil.com

cabe diferirlas a la resolución en sentencia, sin que ello implique vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En relación con la cuestión de fondo planteada, relativo a la validez de la confesión como prueba de cargo, nos remitimos al motivo correspondiente del recurso de Vicente , que se analizará más adelante.

Sexto.

El tercer motivo, por infracción de ley, alega inaplicación del Art. 20 6º CP por no haberse apreciado la eximente, completa o incompleta, de miedo insuperable.

El cauce casacional elegido exige el respeto del relato fáctico. En el caso actual dicho relato no permite apreciar la concurrencia de ningún elemento fáctico que pueda servir de fundamento a la apreciación de la eximente invocada, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Séptimo.

El cuarto motivo, también por infracción de ley, denuncia la inaplicación del apartado 2º del Art. 368 CP , referido a supuestos de menor entidad. Teniendo en cuenta la importancia cuantitativa de la cocaína ocupada a los recurrentes, valorada en más de cuarenta mil euros, el motivo carece del menor fundamento.

Octavo.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del acusado Pablo Jesús , alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El motivo carece de fundamento. El propio acusado reconoció en el acto del juicio oral que transportaba la droga, exculpando a Belarmino , que fue absuelta, precisamente porque el recurrente reconoció su culpabilidad. La ocupación de la droga y el resultado de su análisis, ratifican dicha prueba.

Noveno.

El segundo motivo, por quebrantamiento de forma al amparo del Art. 851 1 de la Lecrim alega que la sentencia no expresa cuales son los hechos que se declaran probados, considerando que en todo caso deberían ser calificados como tentativa.

El motivo debe ser desestimado. La sentencia recoge en el hecho probado tercero un relato completo y detallado de la actuación del recurrente. La eventual calificación del hecho como tentativa constituye una cuestión de subsunción, totalmente ajena a este cauce casacional por



www.civil-mercantil.com

quebrantamiento de forma, y en cualquier caso ya ha sido razonadamente desestimada por el Tribunal sentenciador.

Décimo.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de Vicente , por error de hecho en la valoración de la prueba, en relación con el Art. 5 4º LOPJ , denuncia la vulneración del Art. 18 2º de la CE , alegando que la declaración de nulidad del auto de intervenciones telefónicas de 10 de noviembre de 2011, debió anular por aplicación de la conexión de antijuridicidad todas las pruebas de cargo que se deducen de dicho auto, incluida la declaración en el juicio oral del propio recurrente.

Como ha recordado reiteradamente esta Sala (por ejemplo en la STS 301/2013, de 18 de abril), el art. 11.1 de la L.O.P.J . establece que " en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal.

Con carácter general la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, para asegurar que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto (STS 301/2013, de 18 de abril).

El Tribunal Constitucional, cuya doctrina en esta materia nos vincula (Art. 5 1º LOPJ), ha matizado la aplicación del Art. 11 LOPJ , en función de la extensión que su propia jurisprudencia iba otorgando a las violaciones constitucionales en materia probatoria y las consecuencias anulatorias que esta extensión podía determinar en caso de aplicación ilimitada del efecto indirecto, desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en la STC 81/98, de 2 de abril , dictada por el Pleno. Doctrina que por algunos sectores doctrinales se ha calificado como una regla de exclusión de origen nacional.

La conexión de antijuridicidad supone el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda



www.civil-mercantil.com

una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero esta conexión no es meramente causal sino que admite excepciones, que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional. Es decir que para evitar extender hasta el infinito el efecto prohibitivo derivado del artículo 11.1 LOPJ . se admiten excepcionalmente factores de corrección. Este criterio del Tribunal Constitucional coincide, en líneas generales, con las doctrinas vigentes en el Derecho Comparado sobre esta materia (STS 811/2012, de 30 de octubre y STS 301/2013, de 18 de abril).

El juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización.

Undécimo.

El análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

En primer lugar es necesario realizar el análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa.

Lamentablemente esta aportación de nuestra doctrina constitucional ha sido ignorada, por lo general, en los análisis doctrinales referidos a esta materia, que se suelen quedar en meras



www.civil-mercantil.com

recopilaciones de aportaciones de derecho comparado, en relación con la doctrina de los frutos del árbol envenenado y las "exclusionary rules", prescindiendo del matiz diferencial introducido por la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en relación a los supuestos en que no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en la perspectiva externa

Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas.

Es decir que desde la resolución STC 81/98, de 2 de abril, el Tribunal Constitucional considera que cuando la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en consecuencia no consta que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la valoración de la prueba refleja practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si se aprecia la concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad.

Es solo en estos supuestos, por tanto, cuando cabe la posibilidad de analizar la prohibición desde el punto de vista interno para constatar si puede concurrir algún supuesto específico de desconexión.

Incluso es estos casos, como el presente, ha de recordarse que la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas constituye la regla general, que solo cabe exceptuar cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatar en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización (STS 811/2012, de 30 de octubre y STS 301/2013, de 18 de abril).

Décimo segundo.

En el caso actual nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones telefónicas autorizada judicialmente, por auto motivado dictado en el procedimiento judicial correspondiente, acordada por el Juez de Instrucción competente en relación con un hecho delictivo grave como es el tráfico de estupefacientes, respecto del cual ordinariamente se



www.civil-mercantil.com

considera proporcionada la medida adoptada, pero con una motivación que la Sala sentenciadora ha considerado insuficiente, por lo que se ha declarado la ilicitud de la prueba.

Se trata en consecuencia de una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente, en el que puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos casos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas.

Procede, en consecuencia, analizar si concurre un supuesto específico de desconexión, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización.

Décimo tercero.

El supuesto de desconexión admitido en el caso enjuiciado por el Tribunal sentenciador consiste en la propia confesión del recurrente, en el acto del juicio oral, con pleno conocimiento del planteamiento de la nulidad de las intervenciones telefónicas.

Aunque es un tema sometido a polémica, la doctrina de esta Sala viene admitiendo, en supuestos como el presente en el que la naturaleza de la infracción constitucional determina que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas, que la prueba de confesión del inculpado puede considerarse desconectada jurídicamente de la prueba precedente declarada nula

Para ello es necesario que se cumplan determinados requisitos, y en concreto que se acredite que dicha declaración se hubiese efectuado: a) previa información de los derechos constitucionales del inculpado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado y c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la



www.civil-mercantil.com

realidad derivada del resultado de la prueba ilícita (STS 2/2011, de 15 de febrero , del Pleno de la Sala; 912/2013, de 4 de diciembre y 649/2013, de 11 de junio , entre las más recientes).

Décimo cuarto.

Es cierto que este criterio ha sido cuestionado desde el interior de la propia Sala, sosteniendo, a partir de una interpretación literal del art. 11,1 LOPJ y desde una perspectiva causalista, que la doctrina de la conexión de antijuridicidad implica una reformulación forzada del citado precepto. Reformulación que no se considera aceptable, por lo que, sin efectuar distinción alguna de la extensión de los efectos de la nulidad en función de las causas de ilicitud de la prueba inicial, o de las necesidades de protección del derecho fundamental afectado, se sostiene razonada y legítimamente la procedencia de una interpretación absoluta e ilimitada de la fuerza expansiva del efecto irradiante de la prueba ilícita.

Pero también lo es que la doctrina constitucional, que nos vincula, mantiene una posición más matizada, y que esta línea moderada es la prevalente en la actualidad en el ámbito del derecho comparado.

Como decíamos en las SSTS núm. 811/2012, de 30 de octubre y núm. 912/2013, de 4 de diciembre , " sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art 32), el denominado " efeito-a-distancia ", o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la " inutilizabilidad " de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Codice di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la " inutilizabilidad derivata " se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "principio de lealtad en la aportación de la prueba", en la alemana, en la que se aplica la "teoría de la ponderación de



www.civil-mercantil.com

intereses" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("fernwirkung des Beweisverbots"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina ("fruits of the poisonous tree"), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la "exclusionary rule".

Aun sin compartir, en absoluto, esta regresión de la doctrina jurisprudencial norteamericana, lo que resulta claro es que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno."

Décimo quinto.

Y en este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 86/1995, entre otras) en relación a la prueba de confesión del imputado, ha estimado la aptitud de la declaración una vez verificado que se prestó con respeto a todas las garantías, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo. En el mismo sentido la STC 239/1999, de 20 de diciembre, en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la confesión que fue prestada en el Plenario, y la misma doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000 y 138/2001.

En definitiva, puede concluirse que la prueba de confesión del acusado puede operar como una prueba sin conexión de antijuridicidad con la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó con los requisitos anteriormente mencionados: a) previa información de los derechos constitucionales del inculcado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado y c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su



www.civil-mercantil.com

espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita (SSTS 2/2011, de 15 de febrero , 91/2011, de 9 de febrero , 730/2012, de 26 de septiembre , 912/2013, de 4 de diciembre y 649/2013, de 11 de junio , entre las más recientes).

Aplicando dicha doctrina al caso actual procede la desestimación del recurso, dado que como señala la sentencia de instancia, a cuya fundamentación nos remitimos, en el caso actual, y respecto de Vicente , como sucede con Juan María , Juan Pedro y Pablo Jesús , el reconocimiento de los hechos en el acto del juicio oral, constanding los requisitos anteriormente indicados, constituye prueba de cargo suficiente y hábil para desvirtuar su presunción constitucional de inocencia.

Décimo sexto.

El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , constituye una especie de cajón de sastre en el que se acumulan una serie de supuestas vulneraciones legales, añadidas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El motivo debió ser inadmitido por su defectuoso planteamiento. El cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico, y la posibilidad de denunciar únicamente infracciones sustantivas. La sentencia está debidamente motivada y desestima la aplicación del art 368 2º CP 95 interesada por el recurrente por ser evidente que la importación desde Brasil de cocaína valorada en más de ochenta mil euros no puede ser calificada como un hecho de escasa entidad.

Procede, por todo ello, la integra desestimación de la totalidad de los recursos interpuestos, con imposición a los recurrentes de las costas de los mismos, por ser preceptivas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley por Vicente e Celsa , por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Luis Miguel , Juan María y Juan Pedro , y por quebrantamiento de forma e infracción de ley por Pablo Jesús , contra Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 22 de octubre de 2012 , en causa seguida a los mismos y otros por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de



www.civil-mercantil.com

las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.