



Roj: **STS 6328/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:6328**

Id Cendoj: **28079120012006100993**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2006**

Nº de Recurso: **1396/2005**

Nº de Resolución: **261/2006**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CS 502/2005,**
STS 6328/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil seis.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Antonio y Jose Carlos , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Segunda, que condenó a los acusados, por un delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Vázquez Guillen y Alarcón Martínez respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Castellón, instruyó Sumario con el número 2 de 2001, contra Antonio y Jose Carlos , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, cuya Sección Segunda, con fecha 16 de mayo de 2005, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: A consecuencia de la noticia recibida en la Comandancia de la Guardia Civil de Castellón por miembros del grupo GIFA de que en la provincia de Castellón operaban dos individuos de nacionalidad turca que se dedicaban a la distribución de cantidades importantes de estupefacientes a traficantes de menor nivel se realizaron las correspondientes gestiones que dieron como resultado la identificación del procesado Antonio mayor de edad, de nacionalidad turca y de su hermano Juan Francisco mayor de edad y al que no se juzga en la presente causa debido a su fallecimiento que dio lugar a dictar auto en fecha 4 de mayo de 2005 por el que se declaró extinguida su responsabilidad penal y se decretó el sobreseimiento de la causa respecto del mismo. Por el grupo GIFA se procedió al seguimiento de los hermanos citados pudiendo comprobar que contactaban con personas relacionadas con el tráfico y consumo de estupefacientes sobre todo por la zona del Grao de Castellón, observando los agentes que cuando se dirigían a algún lugar para contactar con alguien realizaban maniobras extrañas con el vehículo con el que operaban, Toyota Celica XM-....-ON y el Opel Frontera WF-....-UH , a efectos de detectar un posible seguimiento de las fuerzas de seguridad. Asimismo se ha comprobado por los agentes que durante dichos recorridos, pese a que disponían de teléfonos móviles efectuaban llamadas desde cabinas públicas sobre todo cuando iban a efectuar algún contacto. En base a lo anterior se solicitó del Juzgado de Instrucción número 3 de Castellón la intervención telefónica del número NUM000 con la finalidad de avanzar la investigación y poder comprobar los datos de los teléfonos móviles que a su vez utilizaban.

El día 31 de mayo de 2000 el Juzgado de Instrucción número 3 de Castellón dictó auto motivado mediante el que autorizaba la intervención telefónica del número NUM000 inscrito a nombre de Juan Francisco el



cual fue seguido de otras intervenciones telefónicas y seguimientos del teléfono o teléfonos utilizados por el procesado Antonio en virtud de las correspondientes resoluciones judiciales convenientemente motivadas. A tales efectos se procedió por el Juzgado a dictar auto de fecha 30 de junio de 2000, 18 de julio de 2000 y 18 de agosto del mismo año por los que se acordaba la intervención de los teléfonos móviles núm. NUM001 , NUM002 Y NUM003 .

En fecha 13 de junio de 2000 durante la vigilancia llevada a cabo por los miembros del grupo GIFA y sobre las 11 horas observaron como los hermanos Juan Francisco Antonio se dirigieron al Banco de , Sabadell ingresando la cantidad de 70.000 ptas. en una cuenta a nombre de Germán el cual con posterioridad fue detenido en Francia al habersele ocupado sustancias estupefacientes que había adquirido en Holanda y cuyo destino era España.

El día 21 de junio de 2000 durante otra de las vigilancias llevadas a cabo por el grupo GIFA observaron como el procesado Antonio se dirigía junto con Germán hacia el vehículo de éste furgoneta Nissan Vannete que se hallaba en la CALLE000 del Grao de Castellón, cogiendo Antonio de debajo del asiento del conductor una paquete de color azul y blanco.

A consecuencia del resultado de las investigaciones se solicitó mandamiento de entrada y registro en el domicilio sito en la CALLE000 , núm. NUM004 piso NUM005 puerta NUM006 del Grao de Castellón del que es titular Antonio al objeto de proceder a la averiguación del autor y la existencia de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes en su interior, lo que se acordó por auto de fecha 12 de septiembre de 2000 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Castellón . Dicho día se constituyó el Secretario junto con los miembros del GIFA núm. NUM007 , NUM008 , NUM009 y Antonio en su domicilio, el cual manifestó que autorizaba la entrada en su domicilio procediendo a abrir la puerta de su casa, si bien con anterioridad se le había notificado el auto autorizando la entrada y registro mediante la entrega de copia.

A tales efectos y con anterioridad el procesado Antonio fue interceptado en las proximidades del hotel Voramar de Benicasim, cuando iba en compañía del otro procesado Jose Carlos , y al bajar del vehículo Fiat Tipo SH-....-F en el que circulaban, se procedió por los agentes núm. NUM008 y NUM009 a interceptar a ambos procesados conminándoles a que les acompañaran siendo introducidos en el vehículo policial dirigiéndose en primer lugar al domicilio de Antonio al que se ha hecho referencia con anterioridad, donde se practicó la diligencia de entrada y registro mientras Jose Carlos aguardaba abajo custodiado por dos agentes.

El referido registro dio como resultado el hallazgo de: una pistola de calibre 9 mm. parebellum, careciendo ésta de cualquier marca o número y en perfecto estado de uso y conservación, dos cargadores con catorce y ocho cartuchos respectivamente, cuatro bolsas de plástico con cierre hermético con la inscripción Ziploc con un contenido de 3.607 pastilla de éxtasis en total (1.006,66 gr. De MDMA) valorado en 41.709,45 euros, 66,78 gr. de Hachís, valorado en 255,65 euros, una cartera conteniendo 165.000 ptas., en billetes de 5.000 ptas, un teléfono móvil marca Maxon, otro Panasonic, cuatro cargadores de móvil de pared y uno de turismo.

Finalizado dicho registro los agentes trasladaron seguidamente al procesado Jose Carlos con el vehículo policial a su domicilio sito en Villarreal AVENIDA000 , núm. NUM010 ático, y siendo las 13.30 horas ante los agentes números NUM011 y NUM012 , los testigos O. Gustavo y O. Alfonso se procedió a la práctica de la diligencia de entrada y registro que el procesado autorizó, con el siguiente resultado: En el comedor, 70.000 ptas., 215 pastillas de éxtasis, 2 cargadores teléfono. Primera habitación, 1 pastilla hachís 200 gr. aprox., cajita de madera conteniendo 15 pastillas éxtasis, dos cargadores teléfono, una cámara video SONY núm. B-7423 con cargador. Habitación principal, 1 pistola STAR 7'65 sin cargador.

Las sustancias estupefacientes halladas en el registro efectuado en el domicilio del procesado Antonio tras ser analizadas dieron como resultado el siguiente: en 1 bolsa de comprimidos de 178,98 gr. que resultaron anfetaminas. En otra bolsa de comprimidos con un peso neto de 287,24 gr anfetaminas. En otra bolsa de comprimidos con un peso neto de 284,74 anfetaminas. En otra bolsa de comprimidos con un peso neto de 255,70 gr. de MDMA, Hachís con un peso de 66,78 gr. La pureza de la sustancia identificada como anfetaminas más mezcla de MDA más cafeína presentaba una pureza la anfetamina de 0,53 % Y el MDA de 4,1 % Y el MDMA 40,8 %. El valor de la totalidad de dichas pastillas era de 41.709,45 euros.

Las sustancias estupefacientes halladas en el registro efectuado en el domicilio del procesado Jose Carlos tras ser analizadas resultaron ser MDMA con un peso de 62,66 gr. en una bolsa con un valor de 2.659,60 euros, un comprimido de 0,24 gr. de MDMA, un comprimido de 0,21 gr. de MDMA, dos comprimidos marrones de 0,50 gr. de MDMA, un comprimido de 0,26 de MDMA, trozos de comprimido de 0,27 gr. de anfetaminas, trozos de comprimido de 0,34 gr. de MDMA y 179,23 gr. de hachís. La pureza de las anteriores sustancias era de un 20% según la analítica practicada.

No consta que los procesados fueran consumidores de drogas.



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

FALLO: CONDENAMOS a Antonio . como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito Contra la Salud Pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, con la agravación del art. 369.3 del C.P . y de un delito de Tenencia ilícita de armas ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de: NUEVE AÑOS Y UN DIA DE PRISION y MULTA de '48.000 Euros, por el delito contra la Salud Pública y DOS AÑOS DE PRISION por el delito de Tenencia Ilícita de Armas,

accesorias de inhabilitación especial del .derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en ambos delitos, así como . el abono de 2/4 partes de las costas procesales.

CONDENAMOS a Jose Carlos como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito Contra .la Salud Pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y de un delito de Tenencia ilícita de armas ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de: TRES AÑOS Y DOS MESES DE PRISION y MULTA de 2.800 Euros por el delito contra la Salud Pública, con arresto sustitutorio de 47 días en caso de impago y SEIS MESES Y MEDIO DE PRISION por el delito de Tenencia ilícita de Armas, accesorias de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en ambos delitos, así como el abono de 2/4 partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los procesados Antonio y Jose Carlos el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa si no le hubiera sido de abono en otra.

Reclámese del Instructor, debidamente terminadas, las piezas de responsabilidades pecuniarias.

Se acuerda el comiso definitivo del dinero, vehículos, efectos e instrumentos que lo hubiesen sido provisionalmente.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Antonio , y Jose Carlos , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Antonio

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción de los art. 545, 558, 566, 567, 568 a 570 de la LECrim . en relación con el art. 534 CP . y todo ello en relación con el art. 24 CE . así como el con el art. 520.2 c) LECrim . y el art. 11 LOPJ.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 369 CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba.

CUARTO.- Al amparo del art. 850.1 LECrim.

QUINTO.- Al amparo del art. 851.1º inciso 3º LECrim . por predeterminación del fallo.

Recurso interpuesto por Jose Carlos .

PRIMERO.-Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 5 LOPJ . por infracción del art. 17.3, 24.2 y 17.3 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 5 LOPJ . por infracción del art. 17.3, 24.2 y 24.2 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECrim . y art. 5 LOPJ . por infracción del art. 17.3, 24.2 y 18.2 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 11.1 LOPJ.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día uno de marzo de dos mil seis.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Antonio

PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. en concreto de los arts. 545, 558, 566, 567, 568 a 570, todos ellos de la LECrim . que hacen referencia al título dedicado a la entrada y registro, en relación con el art. 534 CP . relativo a la inviolabilidad domiciliaria y los arts. 24 y 18 CE . sobre la inviolabilidad del domicilio, así como el art. 520.2 c) relativo a la asistencia de letrado en la diligencia judicial de entrada y registro, y art. 11 LOPJ.

Sostiene el motivo que la diligencia de entrada y registro en el domicilio del acusado, tal como consta a los folios 115 a 119, se practicó sin la presencia de letrado, infringiendo la normativa respecto a la necesidad de su presencia en tal diligencia, con vulneración del art. 18 CE . por lo que las pruebas así obtenidas son nulas de pleno derecho, por cuanto aunque en la sentencia se indique que existió consentimiento éste se encontraba viciado por falta de garantía de la asistencia letrada.

El recurrente desenfoca la cuestión. Es cierto que solo existen tres supuestos de entrada lícita en domicilio ajeno. consentimiento del titular -art. 551 -, flagrante delito -art. 553 - y autorización judicial -art. 558 -, (SSTS. 20.9.94, 24.1, 27.4.95, 18.10.96 y 23.1.97), y que los requisitos que deben tenerse en cuenta para el consentimiento autorizante del registro domiciliar, según la STS. 1803/2002 de 4.11, son los siguientes:

a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad (Sentencia de 9 de noviembre de 1994), y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento, todo ello en base al art. 25 del Código penal : "a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma".

b) Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere:

a) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; c) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. "El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza" (STS 2-12-1998). Por tanto si el titular está detenido su consentimiento no será válido de carecer al concederlo de asistencia letrada (SSTC. 196/87, 252/94, SSTS. 2.7.93, 20.11.967, 23.1.98, 14.3.2000, 12.11.2000, 3.4.2001).

c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada (SS.5.3, 30.9 y 3.10.96m 7.3.97 y 26.6.98). Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento: "Qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur" (SS. 7.3 y 18.12.97), pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente" que entre y registre y registre (S. 23.1.98).

e) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.

f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (Sentencia de 6 de junio de 2001).

g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , respecto de la presencia del Secretario Judicial.



SEGUNDO: Ahora bien en el caso que nos ocupa consta a los folios 115 y 116, auto de 12.9.2000, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Castellón autorizando la entrada y registro en el domicilio del acusado, e igualmente a los folios 117 a 121, diligencia de entrada y registro en el citado domicilio extendida por el Sr. Secretario en la que se hace constar la notificación de dicho auto al titular de la vivienda, que estuvo presente en la practica de dicha diligencia prestando su autorización.

Siendo así la existencia de auto judicial habilitante notificado al titular presente en la diligencia hace irrelevante la falta de consentimiento de éste y la no asistencia de letrado en el caso de que dicho titular se encuentre detenido.

En efecto, la diligencia de entrada y registro es una diligencia de investigación judicializada por la existencia de una situación conflictiva entre el derecho fundamental y las necesidades de investigación. La Ley Procesal conforma la disciplina de garantía de la diligencia exigiendo unos requisitos, cumplidos en la realización de la entrada, entre los que no figura la asistencia letrada. De la misma manera el art. 520 de la Ley Procesal Penal, que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimientos de identidad y declaraciones del detenido, sin referencia alguna a la entrada y registro para la que sí se exige la presencia del interesado y, en su defecto, de las personas que relaciona para garantizar los derechos que pueden resultar afectados por la diligencia (STS, 1019/2005 de 17.9).

Así, hemos declarado, STS 1417/2001, de 11 de julio, que el fundamento de la exigencia referida a la presencia del interesado o de su representante en el registro domiciliario radica en que la diligencia de entrada y registro afecta a un derecho personalísimo de relevancia constitucional, la intimidad personal, por lo que la Ley Procesal en el desarrollo de una legítima injerencia en el domicilio prevé como requisito de su práctica la presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda al tiempo y establece un régimen de sustituciones a esa presencia a través de personas con las que se pretende la asistencia del titular, por sí o representado (art. 569), a una diligencia ordenada en averiguación de un hecho delictivo porque lo relevante de la injerencia es la afectación del derecho a la intimidad, bien jurídico afectado por la medida de investigación.

Al tiempo la capacidad jurídica del acta que al efecto se levante asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica (STS 1241/2000, de 6 de julio). La jurisprudencia de esta Sala es clara al respecto y aunque se alude también al derecho de defensa como fundamento de la presencia del interesado en el registro esa consideración la realiza desde la perspectiva de exigencia de la observancia del principio de contradicción que rige en nuestro ordenamiento para que la documentación del registro, el acta levantada, sea tenida como prueba de cargo contra el mismo..

La presencia de un Letrado en la entrada y registro no es, una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, que no regula ese derecho pues no hay norma alguna que establezca esa asistencia en los registros domiciliarios (en este sentido SSTs. 1133/2001, 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005), ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en juego aparecen protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene la Ley Procesal Penal (STS de 17 de abril de 2.002).

El art. 520 L.E.Cr. que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquél, pero sin referencia alguna a la entrada y registro, lo que si es necesario, asimismo, según reiterada doctrina de esta Sala (por ej: 14.11.2003) cuando se procede a un registro domiciliario y el afectado por tal diligencia se halle detenido, es que en ese registro se encuentre presente el propio imputado. No cabe proceder al mencionado registro dejando al detenido en las dependencias policiales. Norma que se respetó en el caso presente en el que la presencia del interesado si tuvo lugar.

El motivo por lo expuesto, al no estimarse producida lesión alguna al derecho fundamental inviolabilidad del domicilio, debe ser desestimado, sin que la presencia de testigos, cuya omisión también se denuncia en el motivo; fuese necesaria, al ser tal requisito subsidiario, en defecto de la presencia del interesado o de la persona que legítimamente lo represente, o en su caso, de individuo de su familia, mayor de edad (art. 569 LECrim.), por más que tal omisión de presencia de testigos que sustituyen la presencia del interesado convertiría la diligencia en un acto procesal irregular por su realización sin observancia de la disciplina de garantía que previene la Ley Procesal, pero no será una actuación con vulneración de derechos fundamentales, pues la inviolabilidad del domicilio aparece correctamente enervado mediante la autorización judicial, pero en su realización se habrían omitido las prevenciones legales previstas para afirmar la corrección de la diligencia, lo que la convertiría en irregular y, por lo tanto ineficaz por si sola, para la acreditación del hecho que pudiera resultar de la injerencia, pero no empecería que los hechos pudieran acreditarse con otras pruebas que acreditaran la realidad del resultado de la diligencia.

TERCERO: Dentro de este primer motivo por infracción de Ley denuncia asimismo, la vulneración del art. 369 CP. al contemplar la notoria importancia de la sustancia estupefaciente ocupada en el domicilio del recurrente.



Argumenta el motivo que tal como se recoge en la propia sentencia, Fundamento Jurídico cuarto, último párrafo, en lo referente a la analítica efectuada de las pastillas intervenidas, dicha parte tanto en fase de instrucción como en el plenario rebatió e interesó que por el Laboratorio de Sanidad correspondiente se analizasen pastilla por pastilla, al no haber seguridad de que todas las pastillas intervenidas más de 3.000, fuesen o tuviesen sustancia estupefaciente, lo que no se realizó, compareciendo en el juicio, en calidad de perito, la Dra. Mercedes , quien manifestó que en relación con dicho análisis, se utilizó un muestreo de cada una de las bolsas que le fueron remitidas. Por ello, considera el recurrente no se puede condenar a una persona por el delito del art. 369 , en base a una analítica realizada como se ha indicado, dando por cierto que todas las pastillas no analizadas son idénticas a las que lo fueron por muestreo.

Esta impugnación no puede ser estimada, pues es claro y conforme a la jurisprudencia de esta Sala, SS. 12.7.2000, 27.11.2000, que la toma de muestras significativa, adoptada de forma aleatoria, es un método apto para el estudio del aspecto cualitativo (grado de pureza en términos porcentuales), de las sustancias intervenidas, sin que sea necesaria el análisis de la totalidad de la droga incautada.

En igual dirección la STS. 836/2004 de 5.7 desestima tal objeción pues siendo la presentación de las pastillas homogéneas, el laboratorio acudió al sistema de análisis mediante un muestreo suficiente de las mismas, conforme a los protocolos de actuación intencionalmente aceptados, SSTS. 675/2004 de 28.3 y 1040/2005 de 20.9 que recuerda que no corresponde al Tribunal sentenciador analizar los métodos utilizados por los especialistas que comparecen al juicio sino, únicamente sus conclusiones.

CUARTO: No obstante lo anterior si debe ser estimado el motivo en cuanto a la indebida aplicación del art. 369.3 , notoria importancia.

La jurisprudencia vino manteniendo que el concepto legal de notoria importancia debe ser interpretado tanto con un criterio cuantitativo como en el cualitativo que se deduce de la riqueza de los principios activos y deben tomarse en consideración los demás componentes de la mezcla, si no fueran hirientes o nocivos, como en el caso de ser otros alcaloides los que potencian y diversifican los efectos del principal componente (SS. 20.7.99, 10.4 y 24.7.2000), La S. 16.2.99 hace un detallado examen de los resultados analíticos en los compuestos anfetaminicos

Por otro lado, es claro que si en el marco del nuevo Código la "notoria importancia" determina un incremento ciertamente extraordinario de penalidad -un mínimo de 9 años de privación de libertad- la agravación debe aplicarse exclusivamente a supuestos de verdadera y manifiesta importancia que justifiquen este acentuado incremento punitivo. Por ello para fijar la cantidad de notoria importancia el Pleno de esta Sala de 19.10.2001, tanto por razones de legalidad como de proporcionalidad y eficacia, entendió razonable partir de las cifras que cuantifican el consumo diario estimado de un consumidor medio y a partir de ahí fijada su atención a la cantidad de droga que permita abastecer en mercado importante -50 consumidores- durante un periodo relevante de tiempo -10 días-. Se obtiene así la cifra de 500 dosis de consumo diario, aplicable a todas las drogas, que equivale en los supuestos de anfetaminas y MDA (píldora del amor) a 90 grs. (SSTS. 23.4, 14.6, 22.7, 17.9 y 14.10.2002) y en los de MDMA (éxtasis) a 240 grs. (SS. 244 y 11.12.2002), de droga pura, pues para la concreción de la agravante de notoria importancia debe mantenerse el criterio de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza.

Pues bien en el relato fáctico se hace constar que las pastillas de las tres primeras bolsas tenían un peso neto de 178,98, 287,24 y 284,74 grs., esto es 750,96 gramos, siendo su pureza 0,53% de anfetaminas y 4,1% de MDA, lo que nos da 3,98 grs. y 30,78 grs. de sustancia estupefaciente pura. La cuarta bolsa contenía pastillas con un peso de 255,70 grs. siendo su pureza 40,8% de MDMA, equivalente a 104,32 grs. de sustancia pura. Cantidades lejanas a los límites anteriormente señalados para la notoria importancia, 90 grs. para anfetaminas y MDA, y 240 grs. para MDMA.

Es cierto que esta Sala (SSTS. 12.2.93, 21.9.2000, 22.5.2003), ha permitido para apreciar la agravación que se sumen las distintas sustancias, aunque cada una, en particular, no alcance el quantum señalado para cada droga, pero partiendo de que 104,32 grs. de MDMA, equivaldría a 39,12 grs. anfetaminas o MDA, la suma total de las sustancias sería 73,88 grs. que seguiría siendo inferior al límite de 90 grs. previsto para estas últimas.

QUINTO: El motivo segundo por infracción de Ley art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba cuando de documentos que acreditan la equivocación del Juzgador.

El motivo deviene inadmisibles. La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . pueda prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;



2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Pues bien, en el caso que se examina, los documentos folios 220 y 269 se refieren a los informes del laboratorio de Sanidad, en los que se indica el contenido de las más de 3000 pastillas intervenidas. El recurrente insiste en la no practica de análisis pastilla por pastilla, lo que se ha considerado innecesario en el motivo precedente.

Los restantes folios que cita hacen referencia al registro de entrada en el domicilio -que la propia sentencia declara nulo al no estar presente letrado y encontrarse el hoy recurrente detenido- y al atestado policial donde se recogen los distintos movimientos policiales que no conducen a nada interesante pese a los distintos movimientos de investigación. Documentos que no tienen tal consideración a efectos casacionales toda vez que esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5).

SEXTO: El motivo tercero por quebrantamiento de forma, art. 850.1 LECrim . toda vez, que la prueba interesada por la parte de que las pastillas, en numero superior a 3.000, fuesen analizadas una por una, no obstante y pese a la reiteración por la parte hoy recurrente a fin de tener la certeza absoluta del contenido de todas ellas, no se realizó jamás y prueba de ello es lo que así manifestó el titular del laboratorio.

El motivo se desestima.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia. Es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado esta Sala en Sentencia de 16 de abril de 1998 , la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11). No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone,



por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Como ya hemos subrayado, la casación por motivo de negación de prueba establecida en el art. 850.1 LECrim., según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 792 y 793.2 LECrim. (actuales 785.1 y 786.2), y de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, requiere las condiciones que a continuación se indican: 1.º La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2). 2.º La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3.º Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4.º Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa, y 5.º Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación, (SSTS. 1661/2000 de 27.11, 869/2004 de 2.7).

SEPTIMO: En el supuesto que examinamos obra a los folios 219 y 220 informe analítico de las sustancias intervenidas al acusado, determinando su peso e identificación de las respectivas sustancias en relación con cada una de las bolsas remitidas, y al folio 269 informe analítico en relación con las mismas sustancias, determinado el grado de pureza.

Consta igualmente como su cumplimiento con lo dispuesto en el art. 627 LECrim. la Sala acordó por providencia de 12.5.2004, dar traslado a la representación del procesado por término de 5 días, para instrucción (folio 15 Rollo Sala) presentándose por aquella escrito solicitando, entre otras, diligencia pericial consistente en que "se procediese al análisis de todas y cada una de las pastillas ocupadas en el domicilio del acusado" (folios 20 a 22). Petición que fue implícitamente denegada por auto de la Sala de 1.9.2004, (folio 41), en cuyo razonamiento jurídico unido se señala que aparecen evacuadas en el sumario cuantas diligencias se hallaban indicadas para el esclarecimiento de los hechos que dieron lugar a su formación, y procede atender en este trámite a lo solicitado por el Ministerio Fiscal abriendo el juicio oral, por lo cual "se confirma el auto de conclusión. Se abre el juicio oral". Este auto fue notificado a la representación del acusado el 6.9.2004 (folio 43), sin que fuese objeto de impugnación alguna.

En el escrito de calificación provisional, la defensa de este procesado (folios 1 a 63), interesó como prueba pericial la de D^a Mercedes, único perito, a fin de ratificar y ser preguntado sobre extremos en relación a los informes obrantes en la causa, respecto de las sustancias analizadas, sin que por dicha parte se reitera la práctica de una nueva prueba pericial de análisis de todas y cada una de las pastillas ocupadas.

Siendo así y como consta en el acta del juicio oral, que compareció en calidad de perito la citada Doña Mercedes (folios 200 vto. y 201), quien ratificó su informe, siendo interrogado por todas las partes sobre los extremos que tuvieron por conveniente, no puede entenderse cometida infracción alguna. No hubo denegación de prueba pericial por cuanto dicha prueba no fue solicitada en forma en el escrito de conclusiones provisionales y el informe pericial practicado en la fase instructora por órgano de carácter público u oficial, fue ratificado en el juicio oral, quedando así sometido a las garantías propias de la oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen tal acto, pudiendo su resultado en relación a la naturaleza y porcentaje cualitativo de pureza ser valorado por la Sala.

OCTAVO: El motivo cuarto por quebrantamiento de forma, art. 851.1 inciso tercero LECrim. por consignar como hechos probados conceptos, que por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

El motivo carece de la más mínima consistencia y deviene inadmisibile.

La predeterminación del fallo supone que en los hechos probados incluyen conceptos jurídicos, es decir, cuando en la sentencia se reemplaza la descripción de los hechos por su sola significación jurídica (STS. 870/2004 de 12.7), por lo que este motivo deberá apreciarse en los casos en los que al redactar el Tribunal los hechos que declare expresamente probados, utilice términos propios de la técnica jurídica, asequibles únicamente a las personas versadas en Derecho o utilice los mismos términos con los que el Legislador haya descrito o definido la correspondiente figura penal, de tal modo que en el "factum" se vengan a sustituir los hechos -que es lo propio del mismo- por los conceptos jurídicos -que es lo propio del "iudicium" o fundamentación jurídica de la resolución judicial- (STS. 161/2004 de 9.2).



Resulta obvio que nada de esto sucede en la sentencia recurrida, las expresiones que se dicen predeterminantes del fallo, no se contienen en los hechos probados, sino precisamente, en sus fundamentos jurídicos, en concreto en el tercero y cuarto, lugar, por tanto, adecuado para ello, en cuanto supone expresar los criterios jurídicos y motivos fundamentadores del pronunciamiento condenatorio.

RECURSO DE Jose Carlos

NOVENO: Dado que los motivos por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5 LOPJ. por infracción del art. 17.3 CE . que consagra el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales (motivo primero); por infracción del art. 24.2 CE . que consagra el derecho a la asistencia de letrado, así como a la presunción de inocencia (motivo segundo), por infracción del art. 18.2 CE . que consagra la inviolabilidad del domicilio (motivo tercero), e infracción de Ley, art. 849.1 LECrim..... por infracción del art. 11.1 LOPJ , referente a la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales (motivo cuarto), coinciden en su planteamiento, esto es, que reconocida en la sentencia la nulidad de la diligencia de entrada y registro practicadas en el domicilio del recurrente, al no haber prestado éste su consentimiento y autorización asistido de abogado, la audiencia no debió valorar y fundar el fallo condenatorio en pruebas derivadas de dicha diligencia, por cuanto la ilegitimidad de la prueba originaria se transmite a las derivadas, ello posibilita a la Sala a efectuar un análisis conjunto en aras de evitar innecesarias repeticiones.

Pues bien, habrá que determinar si en el presente caso existió prueba de cargo autónoma e independiente en relación a dichos coacusados no recurrentes.

Por ello decíamos en la S. 416/2005 de 31.3, será preciso examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, como recordaba la STS.4.4.02 fruto del intento de superación de diversas interpretaciones y de la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, se impone recientemente una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del TC. 8/2000 de 17.1, y la de esta Sala 550/01 de 3.4, entre otras, asentadas, sobre las siguientes aseveraciones, en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que, en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que esta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

b) que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentra vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.



Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del TC. que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un solo cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas entradas y registros que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En el mismo sentido, la STC 86/95 , y también en relación a la prueba de confesión del imputado, declaró: aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respeto a las garantías de todo imputado, 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.

También puede citarse la STC 239/99 de 20 de Diciembre , en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuricidad que invalide la declaración del condenado sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, confesión que fue prestada en el Plenario, y la nulidad del registro domiciliario en el que fue hallada, no debiéndose indagar las razones del porqué el recurrente en el Plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio.

Idéntica doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000, 14/2001 y 138/2001.

Por su parte, esta Sala de Casación ha mantenido idéntica posición de la que son exponente las SSTS 550/2001, 676/2001, 998/2002, 1011/2002, 1203/2002, 1151/2002 ó 1989/2002, entre las más recientes, además de la ya citada STS 498/2003 de 24 de Abril.

En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99 "....De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de, inducción fraudulenta o intimidación....".

No se ignora que recientemente se han dictado por esta Sala otras sentencias --23/2003 de 17 de Enero y 58/2003 de 22 de Enero -- que efectúan una nueva interpretación del ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba nula en el sentido de incluir en ellos toda información obtenida al hilo del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, con la consecuencia de que el interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula, cuya inexistencia debe --debería-- operar no sólo en el campo del mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpativa del acusado en el Plenario, no obstante estar prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba sería igualmente y en todo caso nula porque los



datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada, con la conclusión de resultar imposible efectuar al inculpado pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, dada su naturaleza de pregunta capciosa en el sentido de inductoras a error. Doctrina semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de Febrero . En todo caso se trata de una tesis minoritaria dentro de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ya citada.

En todo caso, no estará de más recordar la reflexión contenida, también, en la STC 161/99 de 27 de Septiembre , ya citada, que al respecto afirma que "...que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido....", "...la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada....", y se concluye "...no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga..." --Fundamento Jurídico segundo y tercero--.

Es evidente que como se indica en la STS 1203/2002 de 18 de Julio "...ha de evitarse que esta fórmula (se refiere a la conexión de antijuridicidad) se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11-1º LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ....", por ello será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión inculpativa, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga.

DECIMO: En el caso que nos ocupa consta al folio 163 diligencia de información de derechos al detenido Jose Carlos , a los folios 164 y 165, su declaración ante el Juez de instrucción, asistido de letrado, en la que admitió que "las pastillas encontradas en su domicilio son para su consumo", "que la pistola que encontraron en su casa se la encontró en las Playetas", y a los folios 222 y 267, informe pericial de análisis de las sustancias.

Igualmente en el acto del juicio oral, no obstante tener conocimiento de la cuestión de nulidad planteada por su letrado, reconoció que se le efectuó un registro y que se hallaron más de 200 pastillas, compareciendo asimismo los peritos en balística quienes ratificaron y aclararon el correspondiente informe, así como el Perito Dª Mercedes que ratificó sus informes en relación a las sustancias intervenidas.

En esta situación debe estimarse que aquella confesión está efectuada como manifestación de su libre decisión, plenamente consecuencia de ella, sin ser fruto de la sugestión que pudiera imponerle la evidencia de la droga ocupada.

Se trata, en definitiva, de prueba válida, autónoma y suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, por lo que no existe ninguna conexión de antijuridicidad entre esta declaración y la prueba anulada. Criterio asentado en la STC. 23.10.2003 , "este Tribunal ha declarado la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, al entender que los derechos a no declarar contra si mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se prestan con asistencia letrada con garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier medio de coacción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. Por ello la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, permite, desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito.

DECIMO PRIMERO: El motivo quinto por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba basado en el acta de la diligencia de entrada y registro que tuvo lugar en fecha 12.9.2000, en el domicilio del recurrente Mercedes , documento que demuestra la equivocación del Tribunal sin resultar contradicho por otros elementos probatorios y ello porque si bien la Audiencia Provincial declara la nulidad de la diligencia de entrada y registro, no hace extensivos los efectos de dicha declaración a las otras pruebas, que derivan de aquella diligencia, pero dado que aquellas otras pruebas carecen de aptitud probatorio, no cabe afirmar que las mismas contradigan el documento que motiva la declaración de nulidad dicha diligencia.

El motivo deviene inadmisibles. El error de hecho solo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim . como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "litosuficiente"



capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios.

En síntesis como también señala la STS. 19.4.2002, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Pues bien condicionado el motivo a la nulidad del resto de los elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, nulidad que ha sido desestimada en los motivos precedentes, no puede apreciarse error alguno en la apreciación de la prueba, dado que aquellas otras pruebas, son suficientes para enervar la presunción de inocencia del recurrente e incardinar su conducta en el art. 368, delito contra la salud pública, sustancia que causa grave daño a la salud (ver en relación a MDMA SS. 27.9.94, 6.3.95, 14.4.98).

DECIMO SEGUNDO: Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Antonio, las costas del mismo se declaran de oficio, y desestimando el planteado por Jose Carlos se le imponen las originadas por dicho recurso, art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por Jose Carlos, contra sentencia de 16 de mayo de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, condenándole al pago de las costas.

Y debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Antonio, con estimación parcial del motivo primero por infracción de Ley y desestimación de los restantes por infracción de Ley y quebrantamiento de forma, contra la indicada sentencia, y en su virtud, casamos y anulamos dicha resolución, dictando a continuación segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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 D. Joaquín Delgado García D. Siro Francisco García Pérez D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3, con el número 2 de 2001, y seguida ante la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, por delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, contra Antonio con DNI. nº NUM013, hijo de Mustapha y de Selena, nacido en Usjudar (Turquia) el día 11 de octubre de 1960, y vecino de Manises (Valencia), de estado no consta, de profesión no consta, con instrucción y sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esa causa de la que estuvo privado desde el 13 de septiembre de 2000 a 26 de febrero de 2001; y contra Jose Carlos, con DNI. NUM014, hijo de Silverio y de Resalía nacido en Laza (Orense) el día 1 de marzo de 1969, con domicilio en Grao de Castellón, de estado no consta, con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el día 13 de septiembre de 2000 de 14 de febrero de 2001; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida que se han incorporado a nuestra primera sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- Tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia precedente, no es de aplicación la agravante prevista en el art. 369.3 , notoria importancia, al no rebasar la cantidad de sustancia estupefaciente de las pastillas reducida a pureza los límites cuantitativos fijados jurisprudencialmente.

Segundo.- En orden a la individualización de la pena, siendo de aplicación el art. 368 CP ., valorando la actuación y participación de este acusado, más relevante que la del otro recurrente, y el número de pastillas intervenidas, igualmente muy superior, se considera adecuada la pena de 5 años de prisión con igual pena de multa de 48.000 euros.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda de fecha 16 de mayo de 2005 , debemos condenar y condenamos a Antonio como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, a las penas de cinco años de prisión y 48.000 euros de multa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. Siro Francisco García Pérez D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:14/03/2006

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 261/2006, de fecha 14 de marzo de 2006 , que resuelve el recurso de casación número 1396/2005.

Primero. Como consta en la sentencia que motiva mi discrepancia, el registro del domicilio de Jose Carlos se llevó a cabo sin mandamiento judicial y sólo con su consentimiento, prestado a la policía mientras se hallaba detenido, sin que para hacerlo hubiera sido asistido de letrado.

Siendo así, es claro que lo acontecido no fue una infracción de legalidad ordinaria, sino -conforme a lo declarado en la sentencia de esta sala de 2 de diciembre de 1998 , que se cita en la de la mayoría- el quebrantamiento de dos derechos fundamentales consagrados por la Constitución. A saber, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18,3) y el derecho a la asistencia letrada (art. 24,2).

Segundo. Por ello entiendo que la ilegitimidad de la entrada y registro debió entenderse asimismo transmitida a las ulteriores declaraciones de contenido incriminatorio del ahora recurrente, a mi juicio, indebidamente tomadas en consideración como medio de prueba autónomo.

Tercero. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 11,1 , dice que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Según el Diccionario de la Real Academia, "efecto" es "lo que sigue por virtud de una causa". Es decir, en principio, todo lo que resulta de ésta. Tal derivación sólo puede ser "directa" o "indirecta", pues tertium non datur, o sea, no existe una tercera posibilidad.

Efecto "directo" es, también según el Diccionario, el que se produce de forma "derech[a] o en línea recta"; e "indirecto" es el que "no va rectamente". Lo que, trasladado al campo en que se mueven estas consideraciones, significa que fue derivación directa de la prueba declarada ilegítima el conocimiento de la existencia de actividades relacionadas con la droga obtenido a través de la entrada y registro, y la incautación de ésta. Mientras que el adquirido mediante la confesión del que recurre -obviamente, gracias a que se le pudo interrogar sobre tal sustancia merced a lo previamente sabido por vía de la diligencia inconstitucional- si no fue directo, sólo pudo haber sido indirecto.

Cuarto. El art. 11,1 LOPJ , según está doctrinalmente aceptado, consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del art. 24,2 CE y se deriva del valor supremo que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales: aquí, en particular, al del presunto inocente a no ser condenado si no es en virtud de prueba válidamente obtenida. Por tanto, lo reglado en esa primera disposición es mera proyección normativa de lo expresado en la segunda. Y en ambas se plasma una precisa opción de nuestro constituyente: la consagración de la garantía procesal constitucional, con rango de derecho fundamental. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en los EEUU, cuyo ordenamiento concibe la garantía procesal como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, ordenado a prevenir



abusos policiales (deterrent effect). Pero no como derecho fundamental en sí misma: un dato que impide apresuradas asimilaciones de ambos sistemas como las que, no obstante, frecuentemente se hacen.

La razón de tal opción del legislador español es fácil de comprender. En un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, no son concebibles actuaciones institucionales limitativas de derechos fundamentales producidas sin respeto de las prescripciones constitucionales previstas al efecto. Y ello por una elemental razón de legitimidad: el Estado sólo puede intervenir legítimamente de aquel modo si, y sólo si, respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia.

Por eso, cualquier actuación del ius puniendi llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima. Tan rigurosamente ilegítima como lo proclama el inequívoco enunciado legislativo que es objeto de análisis, que excluye el posible aprovechamiento de sus efectos, aunque sea para fines lícitos.

Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesal y penalmente ilegítimo.

Es de una patente obviedad que la eventual declaración de ilicitud probatoria acontecida al amparo de esa norma sólo tiene consecuencias de orden jurídico intraprocesal. Por tanto, y por ejemplo, nunca produciría el efecto de convertir una droga ilegal en no-droga o en droga legal. Porque la correspondiente decisión no afecta a la primera como objeto material, sino sólo a la forma en que su hallazgo ha tenido lugar. Es decir, concierne únicamente a la aptitud de éste como evento hábil para producir conocimiento válidamente utilizable con fines incriminatorios. Es a lo que se debe que una sustancia expulsada del discurso sobre la prueba, deba/pueda ser, sin embargo, decomisada, en su realidad física.

Se comprende que esta peculiaridad de la gnoseología procesal garantista sea de difícil comprensión para el profano, según lo pone de relieve con reiteración la propia actitud de los imputados que suelen confesar, rendidos ante la evidencia objetiva de una aprehensión efectivamente producida. No tanto, sin embargo, en el caso del jurista: con motivos para saber que ciertas garantías procesales fundamentales relacionadas con la prueba, operan a modo de filtro entre las particularidades del caso en su realidad empírica y el discurso probatorio, al que no todo lo que existe en la primera debe tener acceso.

Pues bien, a tenor de lo que acaba de razonarse, el precepto del art. 11,1 LOPJ no es "un brindis al sol" ni una excrecencia o exceso del sistema que hubiera que corregir, sino, antes bien, su momento de la verdad, o, lo que es lo mismo, un exponente de máxima coherencia. En efecto - permítaseme la insistencia- los derechos fundamentales, como he dicho, representan una autolimitación del propio poder que el estado constitucional se autoimpone reflexivamente, al condicionar la legitimidad de algunas de sus intervenciones -las de mayor riesgo para los particulares- al cumplimiento de determinadas exigencias. Éstas tienen, como no podía ser de otro modo, un privilegiado ámbito de incidencia en el ejercicio del ius puniendi, en virtud de la consideración de que la del proceso penal ha sido una "historia de horrores y errores", precisamente por haber estado inspirada en criterios de pura eficiencia represiva sin principios.

Quinto. En este contexto de interacción del art. 24 CE y el art. 11,1 LOPJ, su corolario, la idea de que la confesión autoinculpatoria, que es mera aceptación de lo conocido a través de una diligencia connotada de ilegitimidad constitucional, carecería de relación con ésta, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formales de la declaración del imputado en el juicio, es argumentalmente falaz, por varias razones:

1ª. Porque la observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúan sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.

2ª. Porque no está al alcance del declarante -ni de nadie- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo.

3ª. Porque -como es el caso- visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que, a tenor del marco, fue claramente capciosa (art. 709 Lecrim).

Y, saliendo al paso de una objeción -que no se sostiene, pero- que recurre en algunos discursos, debo afirmar que con este planteamiento no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso. Incluso, ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, diré que, ciertamente, estaría errando de tribunal, al usar a uno de los del estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Y conviene reparar en que aquí lo legal y constitucionalmente



improcedente no es (sólo) la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables.

Por lo demás, es también de una llamativa obviedad que no hay el más mínimo apunte de contradicción entre la actitud jurisdiccional consistente en admitir la eventual utilización como prueba de cargo de lo aportado mediante confesión por el propio acusado en un proceso limpio; y la que se expresa en la decisión de rechazar (ex art. 11,1 LOPJ) la confesión obtenida a partir de la utilización de datos viciados de ilegitimidad constitucional en su origen. La patente diversidad esencial de las situaciones de partida y la incidencia de ese precepto, hace que la diferencia de tratamiento de los elementos de juicio en uno y otro caso se encuentre plenamente justificada. Mejor: es la constitucional y legalmente debida.

Sexto. Por las razones expuestas, es claro que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del art. 11,1 LOPJ. Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: "Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que...". De donde se sigue, como bien ilustra la practica actual de los tribunales, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial. Algo que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable.

Es por lo que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, como forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el precepto tantas veces citado, sólo puede tener, a su vez, una lectura. Tal es la implícita en el criterio que inspira este voto particular, que se cifra en considerar que las decisiones judiciales, las actuaciones policiales, la entrada y registro connotada de ilegitimidad constitucional, así como la registración y documentación de sus resultados, el interrogatorio en juicio del eventual implicado y sus respuestas, son actuaciones de sujetos institucionales (jueces, fiscales o policías), o provocadas por ellos en el ejercicio de sus funciones, y producidas en un medio asimismo institucional y por cauces formalizados, aunque presenten desviaciones importantes del paradigma normativo de necesaria referencia.

Siendo así, no es posible operar en este terreno con una artificiosa distinción de dos planos y otros tantos cursos causales, el jurídico y el natural o real. Por lo que acaba de decirse y, además, porque los efectos jurídicos no podrían ser denotados como irreales, puesto que han acontecido y originado consecuencias de orden práctico. Así, es patente que tanto la prueba matriz como la refleja y las interconexiones de ambas se dan en un marco formalizado de relaciones, en el que son inequívocamente jurídicos tanto las causas como los efectos, incluso en el caso de que puedan estar afectados de grave irregularidad.

En definitiva, la conclusión necesaria es que, primero, el art. 11,1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos "naturales" de aquéllas, si es que efectivamente los hubiere, ya que "donde la ley no distingue...". Y, en segundo término, que por lo argumentado, el hilo conductor que liga la entrada y registro y la información (mal) obtenida a través de ellas con el interrogatorio y la confesión del inculpado es de naturaleza institucional, formal y (anti)jurídica. De tal manera que entre ambos momentos, para decirlo con la terminología acuñada en la STC 81/1998, existiría en todo caso una objetiva "conexión de antijuridicidad".

Séptimo. Hay una última consideración que, aunque se mueva en un ámbito distinto de las precedentes, no deja de ser importante. Es que, vigente el art. 11,1 LOPJ, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.

Es por lo que entiendo que de la valoración como ilegítima de la entrada y registro debió seguirse la constatación de un vacío probatorio, con las consecuencias reclamadas al respecto por el recurrente.

Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.