



Roj: **STS 1931/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1931**

Id Cendoj: **28079120012018100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **362/2017**

Nº de Resolución: **259/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 362/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 259/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Jose Ramon Soriano Soriano

D. Alberto Jorge Barreiro

D.<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 30 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación 362/2017, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23<sup>a</sup> Rollo 84/2013 ). Han sido partes recurridas D. Alberto representado por el procurador D.Manuel García Ortiz de Urbina y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup>. María Nieves Fernández Pérez-Ravelo; D. Dionisio representado por la procuradora D.<sup>a</sup>. Irene Gutiérrez Carrillo y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup>. Blanca Martínez Alcázar; D. Isidro representado por el procurador D. Rafael Núñez-Pagán Baños y bajo la dirección letrada de D. Román Hierro Roldán y D. Rogelio representado por la procuradora D.<sup>a</sup>. Victoria Rodríguez Acosta y bajo la dirección letrada de D. Jacobo Teijelo Casanova.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 2 de los de Torrejón de Ardoz, instruyó Diligencias Previas con el número 865/2009 contra D. Rogelio , D. Dionisio , D. Isidro y D. Alberto , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23<sup>a</sup>, rollo 84/2013) que, con fecha 21 de diciembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

«1º.- El Jdo. De Instrucción 4 de Torrejón de Ardoz autorizó por auto de 24 de junio de 2009 la solicitud formulada por el Grupo 3º Sección 3ª de la Brigada Central de Estupefacientes de intervención de dos números de teléfono pertenecientes a una persona llamada Adrian para investigar su presunta participación



en la distribución de drogas de síntesis en la zona del Corredor del Henares y a continuación las diligencias incoadas fueron repartidas al Juzgado de Instrucción nº2 de esa localidad. Este Juzgado autorizó la prórroga de la primera intervención telefónica autorizada, así como otras intervenciones de distintas personas, ninguna de las cuales es acusada en este procedimiento, hasta que en auto de 22 de octubre de 2009 denegó las últimas intervenciones y prórrogas de intervenciones telefónicas solicitadas por el mismo grupo policial, al estimar la instructora que no existían indicios suficientes de criminalidad que justificaran la continuación de las intervenciones telefónicas, debiendo proseguir la investigación por otras vías.

2º El mismo grupo policial dirigió una solicitud en oficio de 30 de octubre de 2009 al Juzgado de Guardia de Alcalá de Henares en el que pedía la intervención de dos teléfonos de una persona llamada Eduardo , alias Largo , con el mismo objetivo de investigar la participación de este último en actividades de distribución de drogas de síntesis. El Juzgado de Instrucción 2 de esa ciudad autorizó las dos intervenciones en auto de 1 de noviembre de 2009 . La investigación así iniciada prosiguió en dicho Juzgado de Alcalá de Henares con sucesivas intervenciones telefónicas y prórrogas de intervenciones de distintas personas, entre las que también se encontraban los acusados en este procedimiento. Rogelio , Dionisio . Isidro y Alberto .

3º El Jdo. De Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz dirigió un oficio a la Brigada Central de Estupefacientes de fecha 17 de mayo de 2010 para que le informara del estado de la investigación iniciada con la intervención de los teléfonos de Adrian . contestando la Policía que dicha investigación proseguía en el ido. De Instrucción 2 de Alcalá de Henares. A continuación el Jdo. De Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz requirió de inhibición al nº2 de Alcalá de Henares para el conocimiento de esta causa y este último Juzgado dictó auto de 21 de junio de 2010 acordando inhibirse a favor del Juzgado de igual clase de Torrejón de Ardoz. Hasta ese momento el Juzgado de Alcalá e Henares estuvo autorizando intervenciones telefónicas nuevas y prórrogas hasta el día 18 del mismo mes de junio.

4º El día 12 de julio de 2010 funcionarios de Policía del Grupo 3º de la Brigada Central de Estupefacientes detectaron en la C/Valgrande del polígono industrial Valportillo de Alcobendas un Audi A-4 con matrícula alemana ..... que era transportado por un camión góndola Volvo .... VXX en cuyo maletero, dentro del hueco destinado a la rueda de repuesto fueron hallados dos paquetes con polvo roca grisáceo cristal de MDMA con un peso neto de 2.004.3 gramos, una bolsa de plástico con comprimidos de dimetoxifenetilamina 2C.13 con un peso neto de 7.090 gramos y otra bolsa de plástico de comprimidos de dimetoxifenetilamina 203 con un peso neto de 5.970 gramos. También realizaron una entrada y registro autorizada por el Juzgado de Instrucción 2 de Alcobendas en el piso NUM000 de la C/ DIRECCION000 nº NUM001 de esa localidad, donde fueron intervenidas tres bolsas de polvo piedra gris amarillento de MDMA con peso neto de 618 gramos y otra bolsa con polvo piedra blanco de MDMA de 4,2 gramos.»

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«Que debemos absolver y absolvemos a Rogelio , a Dionisio a Isidro y a Alberto de los delitos contra la salud pública y de pertenencia a grupo criminal por los que fueron acusados, declarando de oficio las costas causadas. »

**TERCERO.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECRIM con relación al artículo 24 CE , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, al haber vulnerado el tribunal el derecho a un proceso con todas las garantías y entre ellas el derecho a la prueba.

**QUINTO.-** Instruidas las demás partes del recurso interpuesto, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de julio de 2017. Habiéndose cumplido todos los plazos legales excepto el de dictar sentencia por indisposición temporal de la ponente. Por otra parte, la jubilación de dos de los integrantes de la Sala ha ralentizado la recogida de firmas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que ataca el Fiscal a través del único motivo de recurso, planteado por cauce de los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ por vulneración de la tutela judicial efectiva que constitucionaliza el artículo



24.1 CE, absolvió a los acusados en la causa al considerar nulas las intervenciones telefónicas, fuente de toda la prueba incriminatoria que esgrimió la acusación contra los mismos.

Apreció la sentencia impugnada una nulidad de inicio, porque no constaba en la causa la regularidad constitucional de las intervenciones telefónicas practicadas en el procedimiento seguido en el Juzgado de Instrucción de La Coruña, en las que se obtuvieron los datos que sirvieron de soporte a las que posteriormente se acordaron por el Juzgado de Instrucción de Torrejón. Otra posterior, al haber sorteado los investigadores el control judicial cuando, tras negar el juzgado que conocía de esta últimas las nuevas intervenciones y las prórrogas de las hasta ese momento acordadas, con el objetivo de proseguir la misma línea de investigación, acudieron a los Juzgados de Alcalá a los que omitieron aquel dato. Por último, calificó la sentencia de prospectivas las intervenciones.

**SEGUNDO.** - Seguiremos el orden marcado por la Sala sentenciadora, que responde a una lógica cronología.

1. El derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos; legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad; de suficiente contenido incriminatorio y racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las reglas de la experiencia los medios de prueba valorados justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, así como la inexistencia de alternativas fácticas verosímiles y razonables.

La idoneidad de la prueba de cargo exige como punto de partida que haya sido constitucionalmente obtenida, lo que en el caso actual significa el pleno respeto al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. Requisito *sine qua non* para que sean válidas las pruebas obtenidas directamente y derivadas indirectamente de las intervenciones telefónicas.

De manera reiterada han declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como la constitucional, que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no tiene carácter absoluto. Puede quedar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que deban ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, a partir de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida. La decisión al respecto corresponde exclusivamente del poder judicial, concretamente, al Juez de Instrucción, a quien compete la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada.

La restricción de un derecho fundamental, como es el secreto de las comunicaciones, exige una justificación previa explícita y fundada para que no exista duda acerca de la licitud de la misma, justificación que ha de estar documentada en la causa, pues su inexistencia hace imposible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, exigencia que no decae cuando la autorización judicial se ha producido en otro proceso.

2. Cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en aquel proceso, ni el principio *in dubio pro reo* autoriza a cuestionar o sospechar de la licitud a lo allí realizado, es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en aquellos. Todo ello con el fin de enervar cualquier atisbo de duda acerca de la licitud de las mismas, y de hacer posible el control jurisdiccional y su verificación por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven comprometidos.

Este cuestionamiento ha de ponderar que la causa enjuiciada es diferente de la original, por lo que la información requerida solo necesita referirse a los elementos sustanciales que permitan el referido control.

La solución jurisprudencial ante estos supuestos fue en algunos aspectos divergente, por lo que se acometió la unificación de la doctrina de esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo 2009, en el que se acordó: «En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación.



En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

La lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva, (según explicó la Sentencia 777/2009 de 24 de junio que lo desarrolló, a la que se han referido otras muchas como SSTS 817/2012 de 23 de octubre ; 892/2013 de 27 de noviembre ; 499/2014 de 17 de junio , la 171/2015 de 19 de mayo o la 271/2017 de 18 de abril ) lo siguiente: a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

No se trata de presumir que las intervenciones practicadas en otras causas son ilegítimas e irregulares y por ende vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. El presupuesto del razonamiento es precisamente el opuesto, hay que suponer, salvo prueba en contrario, que los jueces, policías, autoridades y en general funcionarios públicos han adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución. De este acuerdo no se deduce, en absoluto, que los jueces instructores que reciban oficios policiales que soliciten medidas apoyadas en diligencias de investigación derivadas de otras causas, necesiten conocer en su integridad o con detalle las causas anteriores, o deban valorar necesariamente, bajo pena de nulidad, si las intervenciones telefónicas acordadas en anteriores procedimientos son válidas constitucionalmente o no, antes de otorgar las autorizaciones que les sean solicitadas. Solo en los supuestos en que la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, y en los que el interesado impugne en la instancia, en forma y en momento procesal hábil para poder ser rebatido, la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que propuso el medio de prueba cuestionado deberá justificar de forma contradictoria su legitimidad.

**3.-** En el presente caso, la Sala sentenciadora, tras analizar los oficios policiales que sustentaron la carga indiciaria que justificó la intervención acordada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Torrejón, fijó el origen de las sospechas en las investigaciones judiciales llevadas a cabo por parte de la unidad policial solicitante (Grupo 3º de la sección 3ª de la Brigada Central de Estupefacientes), judicializadas en Juzgado de Instrucción 6 de A Coruña en las diligencias previas 5439/2008, en el curso de las cuales se intervinieron 150.000 pastillas de un derivado anfetamínico, y se detectó que, si bien la mayor parte de los investigados se encontraban en Galicia, había personas que de forma paralela se dedicaban a la comercialización y distribución de tales sustancias en «el Corredor del Henares».

Prosigue la sentencia relatando, con cita del oficio policial citado, que por diferentes gestiones llevadas a cabo por parte de esa Brigada, se supo que una de las personas que integrarían el grupo ubicado en el Corredor del Henares y que se dedicaría a la distribución de drogas de síntesis en la zona era Adrian , del que se pudo conocer el teléfono y vehículo que utilizaba. Aventuraba el oficio policial que «el hecho de que Adrian hubiera recurrido al grupo de Galicia interesándose por este tipo de droga, hace pensar que contaría con los contactos necesarios e infraestructura suficiente para poder dar salida a considerables cantidades de esa droga, así como para poder proveerse de la misma, ya que las transacciones que realizaba el grupo detenido en A Coruña, ante las demandas de sus diferentes clientes, solía ser de importantes cantidades de droga de síntesis».

El oficio policial explicó, además, que se había detectado la presencia de Adrian en el domicilio familiar de Torrejón de Ardoz, observado que acudía a un gimnasio cercano a su domicilio, que entre los meses de febrero a mayo viajó varias veces a Londres y que carecía de actividad laboral conocida.

Prosigue la sentencia «El oficio policial se complementa con otro de 23-6-2009 (118) en el que precisan al titular del Juzgado de Instrucción, "en relación a la conversación telefónica mantenida con Juan Miguel ." que los principales investigados en las diligencias previas instruidas en La Coruña hablaban por teléfono de -enviar dos o tres Ivon a Madrid- y le enviarían a Erasmo la dirección por SMS, siendo la del domicilio de Adrian en Torrejón de Ardoz». Este último dato especialmente sugestivo de que se iba a entregar una muestra de droga, fue valorado por el Juzgado de Instrucción de Torrejón que inicialmente acordó la medida (el nº 4), para entender necesaria la intervención de sus teléfonos.

Concluyó la Sala sentenciadora, que las intervenciones autorizadas por el Juzgado de Instrucción 4 de Torrejón de Ardoz (en funciones de guardia), que posteriormente fueron enviadas, en atención a las normas de reparto interno, al Juzgado nº6 de la misma ciudad, tuvieron su origen en las autorizadas por el Juzgado de La Coruña,



por lo que analizó la cuestión desde la perspectiva del ya citado acuerdo de Pleno de esta Sala de 26 de mayo de 2009.

Y así afirmó «En este procedimiento se planteó el debate sobre la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas - muy numerosas- desde, al menos, el momento en que la defensa de Rogelio presentó su escrito de conclusiones provisionales, en el que ya introduce esta cuestión previa, siendo el primer motivo de la nulidad precisamente la ausencia del auto que autorizaba las escuchas telefónicas en la causa seguida en La Coruña, de la que partían los datos que dieron lugar a la investigación desarrollada en este procedimiento. A pesar de ello, no se ha traído a esta causa el auto que autorizó aquellas excusas».

**4.** El recurso del Fiscal no cuestiona que resulte aplicable al caso de la doctrina jurisprudencial citada, aunque sí que las defensas lo hubieran planteado con suficiente claridad en el escrito de conclusiones provisionales, para que se tuviera por formulada la cuestión y el Fiscal tomara conocimiento de la misma. Añade que, tratándose como en este caso, de un Procedimiento Abreviado, el momento especialmente previsto para la sustanciación de este tipo de cuestiones es el trámite del artículo 786.2 LECRIM al comienzo de las sesiones del juicio oral. Y entiende que solo en ese momento puede considerarse formalmente impugnada la legitimidad de las intervenciones autorizadas en La Coruña, y conocida la misma por el Fiscal.

Por ello considera que se vieron cercenadas sus posibilidades de actuación cuando la Sala sentenciadora denegó su propuesta de suspensión de la vista para que se pudieran incorporar al procedimiento las resoluciones antecedentes que demostraran la legitimidad de la obtención de la fuente de conocimiento procedentes de otra causa.

**5.** La queja del Fiscal no puede prosperar. El que el Procedimiento Abreviado tenga previsto un especial trámite al comienzo de la vista para denunciar, entre otras cuestiones, la vulneración de algún derecho fundamental ( artículo 786.2 LECRIM ), no excluye que lo óptimo sea que la cuestión se anuncie en los escritos de conclusiones, para así propiciar que las restantes partes, incluido el Fiscal, tengan la posibilidad de conocer las estrategias procesales de los demás y de rebatirlas sin verse sorprendidas en su buena fe procesal.

Ha considerado esta Sala de casación que la acreditación de la regularidad constitucional de la injerencia será posible siempre que el procedimiento se halle en periodo de prueba antes del trámite de conclusiones definitivas, e incluso se ha dado viabilidad a la suspensión tras el trámite de cuestiones previas para aportar la prueba o a su incorporación promoviendo ejercicio de la facultad extraordinaria del Tribunal prevista en el art. 729 LECRIM (entre otras 850/2012 de 23 de octubre, 44/2013 de 24 de enero, 296/2013 de 12 de abril o 4/2014 de 22 de enero). Pero en todo caso primando el uso de los instrumentos procesales más acorde a su propia naturaleza.

Es decir, al plantearse la cuestión, como resalta la sentencia recurrida, en el escrito de conclusiones provisionales de las defensas, el Fiscal hubo de conocer de la misma. Y así pudo reaccionar sin esperar a una propuesta de prueba que, en el sentido más acorde con lo dispuesto en los artículos 785.1 y 786.2 LECRIM , no supusiera la suspensión del juicio. Incluso si para obtenerla previamente necesitaba el auxilio del Tribunal, puede acudir a él con anterioridad. Desde esa óptica, la decisión de la Sala sentenciadora al denegar una prueba propuesta al comienzo de la vista, que implicaba la suspensión del juicio, cuando se trataba de contradecir una cuestión previamente anunciada, no puede considerarse injustificada.

Pero es que además, en este caso, el razonamiento se refuerza tras comprobar que, tal y como han puesto de relieve impugnar el recurso la defensa de los acusados absueltos D. Dionisio y D. Rogelio , la regularidad constitucional de las escuchas ya fue cuestionada en la fase de instrucción, momento en el que el Fiscal se opuso a la nulidad instada. En aquel momento la petición de nulidad se basó fundamentalmente en ocultación por parte de la policía solicitante de las respectivas intervenciones a los Juzgados que habían de autorizarlas, de lo actuado en otros procedimientos, en concreto que habían sido previamente denegadas. Defecto que se hizo también extensivo a lo actuado ante el Juzgado de A Coruña, por lo que no puede sostenerse que el anuncio en conclusiones fuera sorpresivo, o que la acusación pública se hubiera visto cercenada en sus posibilidades de proponer prueba en la que sustentar la legalidad combatida en momento procesalmente idóneo, en todo caso sin dar lugar a la suspensión del juicio.

**TERCERO.-** También estimó la a Sala sentenciadora que se produjo la nulidad de las escuchas practicadas en la las actuaciones al haber sorteado los investigadores el control judicial cuando, tras no acceder el juzgado que conocía de la causa a ampliar la nómina de intervenciones o prorrogar las ya autorizadas, acudieron a los Juzgados de Alcalá omitiendo aquel dato, con el objetivo de proseguir la misma línea de investigación.

**1.-** Es necesario, al igual que hizo la Sala sentenciadora, efectuar un repaso distintas peticiones de intervención telefónica cursadas por la Brigada Central de estupefaciente y la respuesta judicial a las misma, una vez el



Juzgado de Torrejón de Ardoz autorizó la intervención y escucha de las conversaciones mantenidas a través de los teléfonos cuyo uso se atribuyó a Adrian .

**1.1** Por medio del oficio de 21 de julio de 2009 dirigido ya al Juzgado nº 2 de aquella localidad a quien finalmente correspondió el conocimiento de la causa, el Grupo 3º de la Sección 3ª de la Brigada Central de Estupefacientes solicitó la prórroga de la medida respecto al teléfono móvil del Sr. Adrian , el cese de las escuchas en su teléfono fijo y la intervención de dos nuevos teléfonos pertenecientes a dos personas identificadas como Luis Francisco y Arturo , que se relacionarían con el primero para comprar o vender droga.

A resultas de tal petición, el Juzgado dictó auto el 23 de julio de 2009 que, ante la insuficiencia de los datos aportados en el oficio policial, denegó la prórroga y acordó el cese de todas las hasta el momento autorizadas. También denegó las nuevas intervenciones y acordó el sobreseimiento provisional de la causa con apoyo en el artículo 641.1 LECRIM .

La Policía dirigió nuevo oficio al mismo Juzgado el 28 de julio de 2009 al que acompañó la transcripción de conversaciones entre Adrian y un tal Ignacio en las que parece que éste le pedía al primero «uno entero» y discutían un precio. Se solicitó entonces la intervención de un nuevo número de Adrian y la de unos teléfonos pertenecientes a Ignacio , Luis Francisco y Arturo . El Juzgado de instrucción dictó auto de esa misma fecha por el que acordó la reapertura del procedimiento y las intervenciones solicitadas, salvo la del teléfono del último citado.

Con fecha de 25 de agosto de 2009 el mismo grupo policial dirigió nuevo oficio al Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz con el que solicitó la prórroga de las anteriores tres intervenciones, a lo que accedió el Juzgado en auto de 26 de mismo mes y año.

Con fecha 21 de septiembre de 2009 los investigadores dirigieron un oficio al mismo Juzgado, solicitando la prórroga de las mismas tres intervenciones telefónicas y además otras nuevas de un tal Jose Carlos (luego identificado como el acusado Alberto ), de una persona no identificada y de un tal Alfonso . El Juzgado de Instrucción dictó auto de 23 de septiembre de 2009 que autorizó las prórrogas y las nuevas intervenciones.

Con fecha de 30 de de septiembre de 2009 el mismo grupo policial dirigió oficio al Juzgado solicitando la intervención de un nuevo teléfono de Jose Carlos y de un tal Ezequias . El Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz las autorizó en auto de 5 de octubre de 2009 .

El 20 y 21 octubre de 2009 el mismo grupo policial dirigió sendos oficios al Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz. En el primero de ellos se identificó ya a Jose Carlos como a Alberto y se mencionaron sus contactos con el acusado Rogelio , solicitándose la intervención de un teléfono de este último. En el segundo oficio, entre otras cosas, se cuenta que el día 14 de octubre anterior Jose Carlos mantuvo una entrevista con un varón desconocido en la rotonda del Centro Comercial Plenilunio, a donde llegó conduciendo un VW Golf ....QXW , y su interlocutor otro VW Golf ....FNN . Identifican al desconocido como Eduardo , alias Largo , con antecedentes por tráfico de drogas y tenencia ilícita de armas y ampliamente conocido por la Brigada, porque fue detenido en enero de 2008 y piden la prórroga de las intervenciones telefónicas acordadas para Adrian , Luis Francisco , Ignacio , Jose Carlos , Ezequias y Alfonso .

Por auto de 22 de octubre de 2009 el Juzgado denegó la intervención del teléfono de Rogelio y las prórrogas de las intervenciones anteriormente acordadas, porque las escuchas practicadas hasta el momento no habían aportado datos nuevos que justificaran la injerencia en las comunicaciones. Ahora bien, indicó que la investigación debía proseguir por otros cauces, lo que descartó el sobreseimiento en cuanto que era posible la continuación de las pesquisas, si bien a través de métodos menos gravosos para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

**1.2-** Ocho días después, el 30 de octubre de 2009, el Grupo 33 de la Brigada Central de Estupefacientes dirigió un oficio, esta vez al Juzgado de Guardia de Alcalá de Henares, solicitando la intervención de dos números de teléfono de Eduardo , Largo , del que se informa que tiene antecedentes policiales por tráfico de drogas y tenencia ilícita de armas y era conocido policialmente por figurar en las diligencias previas 649/2007 del Juzgado de Instrucción 2 de Alcalá de Henares y en las diligencias previas 865/2009 del Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz (el inicial procedimiento) seguidas por delitos contra la salud pública. Se contaba que el día 15 de octubre de 2009 Largo mantuvo una entrevista con un varón investigado en las segundas de las diligencias citadas, las del Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz, en la rotonda del Centro Comercial Plenilunio, a donde llegó conduciendo un VW Golf ....FNN y su interlocutor otro VW Golf ....QXW . Se explicaba también que el investigado trabajaba en la construcción, acudía a un gimnasio de Alcalá de Henares donde podría entablar contactos para vender droga que llega fundamentalmente de los Países Bajos y en España se distribuye en ambientes de ocio nocturno, sospechando la Policía que el investigado era uno de esos distribuidores.



El Juzgado de Instrucción 2 de Alcalá de Henares dictó auto el 1 de noviembre de 2009 autorizando la intervención de los dos teléfonos, a la vez que acordaba la incoación de las diligencias previas 4462/2009 de ese Juzgado. A partir de este momento, en ese procedimiento se fueron sucediendo solicitudes de nuevas intervenciones telefónicas, de prórrogas, de ceses de números de teléfono pertenecientes a Largo , a un tal Avelino , posteriormente identificado como Florian , a Remigio , al acusado Alberto , a un tal Ezequias , luego identificado como Ramón , que todas fueron autorizadas judicialmente. De ese modo se llegó a la solicitud de intervenciones telefónicas contenida en oficio de 27 de abril de 2010, en el que se identificaron a los cuatro acusados en este procedimiento y se pidió la intervención de un teléfono móvil de Rogelio , de otro perteneciente al Enano, Isidro , y la prórroga de la intervención de un teléfono de Alberto y de otra intervención de un teléfono de Dionisio , que fueron autorizadas por auto de 30 de abril de 2010.

**1.3-** Mientras tanto, el Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz, que no había sobreesido sus diligencias previas 865/2009, dictó providencia de fecha 17 de mayo de 2010 por la que acordó oficiar a la Brigada Central de Estupefacientes para que informara sobre el estado en que se encontraban las investigación. La Brigada Central contestó con un oficio de 19 de mayo de 2010 en el que informó de una nueva línea de investigación que dió lugar a las diligencias previas 4462/2009 del Juzgado de Instrucción 2 de Alcalá de Henares en las que estaban siendo investigados Alberto y Rogelio . Con esa información, el Juzgado de Torrejón requirió de inhibición al 2 de Alcalá de Henares para el conocimiento de las diligencias previas 4462/2009 de este último.

En las diligencias previas del Juzgado de Instrucción 2 de Alcalá de Henares se siguieron sucediendo solicitudes de nuevas intervenciones telefónicas y de prórrogas, que el Juzgado autorizó. Cuando recibió el requerimiento de inhibición, dió traslado al Ministerio Fiscal para informase sobre competencia, y siguió autorizando las nuevas intervenciones y prórrogas que se le solicitaron hasta que, por auto de 21 de junio de 2010 se inhibió del conocimiento de sus diligencias previas a favor del Juzgado de igual clase de Torrejón de Ardoz.

Cuando el procedimiento llegó al Juzgado de Instrucción de 2 de Torrejón de Ardoz se encontraban pendientes de resolver dos solicitudes policiales, una de intervención de nuevos teléfonos de Rogelio y de Alberto y otra que solicitaba la del número que utilizaba un transportista que iba a trasladar a España desde Alemania un Audi A-4, y algunas prórrogas.

El Juzgado de Torrejón ordenó, antes de resolver sobre las intervenciones telefónicas, dar traslado al Ministerio Fiscal para que informases de la posible nulidad de las acordadas por el Juzgado de Instrucción 2 de Alcalá de Henares. A partir de ese momento no se realizaron nuevas intervenciones.

Como consecuencia de las intervenciones telefónicas efectuadas, la Policía tuvo conocimiento de que el 12 de julio de 2010 había llegado a España un Audi A-4 con matrícula alemana .... en el que se transportaba sustancia estupefaciente. Se intervino el vehículo y se encontró droga en el domicilio que los Sres Dionisio y Isidro compartían.

**2.** A partir de esta sucesión de acontecimientos, la Sala sentenciadora concluyó que las escuchas telefónicas acordadas entre el 1 de noviembre de 2009 y el 18 de junio de 2010 por el Juzgado de Instrucción 2 de Alcalá de Henares fueron practicadas por órgano no competente para ello, al que se accedió eludiendo el control de la juez de instrucción competente, que no era otra que la titular del Juzgado de la misma clase nº 2 de Torrejón de Ardoz.

Y así explica «Fue el Juzgado de Instrucción de Torrejón de Ardoz el que inició este procedimiento con la primera solicitud de intervención telefónica de las conversaciones de Adrian , el cual se diluye por completo en la investigación, a raíz de que sus datos e identidad surgen en una investigación con escuchas telefónicas que fueron autorizadas por un Juzgado de Instrucción de La Coruña. El Juzgado de Torrejón de Ardoz, prorrogó y autorizó las intervenciones y prórrogas de varias personas investigadas, hasta que después de cuatro meses de escuchas telefónicas- de junio a octubre de 2009- sin obtener resultados, dicho Juzgado decidió no autorizar nuevas intervenciones, sin perjuicio de que la Brigada Central de Estupefacientes continuara con su investigación con otros métodos (seguimientos, vigilancias .....).

En ese momento el grupo policial investigador decide eludir el control que ejerce la titular del Jdo. de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz y formula su petición de nuevas intervenciones telefónicas en el Jdo. de Instrucción 2 de Alcalá de Henares. La petición que se formula ante este Juzgado de fecha 30-10-2009 (f.331a 334) es prácticamente idéntica a la que fue presentada y denegada ante el Jdo. de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz con fecha de 20 y 21 de octubre de 2009 (f.290 a 312). En el oficio de 20-10-2009 se informa de los contactos existentes entre Alberto y Rogelio , quien aparece por primera vez en las actuaciones y se pide la intervención de un número de teléfono que utiliza este último. En el oficio de 21-10-2009 se solicitan las prórrogas de las intervenciones de numerosos teléfonos pertenecientes a diferentes personas, entre ellas de dos teléfonos de Alberto y, como justificante, se relata que el día 14 de octubre anterior Jose Carlos -



( Alberto ) mantuvo una entrevista con un varón desconocido en la rotonda del Centro Comercial Plenilunio, a donde llegó conduciendo un VW Golf ....QXW , y su interlocutor otro VW Golf ....FNN . Identifican al desconocido como Eduardo , alias Largo , con antecedentes por tráfico de drogas y tenencia ilícita de armas y ampliamente conocido por la Brigada, porque fue detenido en enero de 2008. En el oficio dirigido al Jdo. de Instrucción de Guardia de Alcalá de Henares de fecha 30-10-2009 (f.331 a 334) se solicita tan solo la intervención de un teléfono perteneciente a Eduardo , alias Largo , y como justificación se explica que tiene antecedentes policiales por tráfico de drogas y tenencia ilícita de armas y es conocido de la Brigada por figurar en las diligencias previas 649/2007 del Jdo. de Instrucción 2 de Alcalá de Henares y en las diligencias previas 865/2009 del Jdo. de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz seguidos por delitos contra la salud pública. Se informa que el día 15-10-2009 Largo mantuvo una entrevista con un varón investigado en las diligencias 865/2009 del Jdo. de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz en la rotonda del Centro Comercial Plenilunio, a donde llegó conduciendo un VW Golf ....FNN . y su interlocutor otro VW Golf ....QXW .

La única conclusión posible que se extrae de estos oficios policiales de idéntico fundamento es que estamos ante una misma investigación que se ha desarrollado en dos juzgados de instrucción diferentes porque el Grupo 3º de la Brigada Central de Estupefacientes trasladó la investigación de un juzgado a otro, sin que el último tuviera conocimiento de la existencia de unas diligencias previas abiertas en el Jdo. de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz, porque no se le informa de ello. Tanto es así que, cuando este último juzgado tiene conocimiento de que la investigación ha proseguido en el Jdo. de Instrucción 2 de Alcalá de Henares, requiere a este último de inhibición, el cual, previo informe del Ministerio Fiscal de 10-6-2010 a favor de la inhibición (f.839), lo acuerda así y por auto de 21-6-2010, el procedimiento vuelve al Jdo. de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz, el cual lo primero que hace es plantear la posible nulidad de actuaciones en auto de 8-7-2010».

**3.** La larga cita de la sentencia recurrida justifica por si misma la razonabilidad de su conclusión. Resulta claro que en este caso el grupo policial investigador, una vez del Juzgado que venía controlando las intervenciones telefónicas puso fin a las mismas, y con ellas a la principal fuente de noticias en relación a las pesquisas en curso, en lugar de dirigir sus indagaciones por otros senderos menos gravosos para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, como sugirió el órgano judicial, no renunció a proseguir su investigación por la misma vía.

Para ello, ante la negativa judicial, que contó con la aquiescencia del Fiscal en cuanto que no consta que la misma fuera objeto de recurso, en lugar de explorar otros caminos, optó por seguir con las intervenciones. Eso sí, como subterfugio acudió a otro juzgado en busca de autorización. Para conformar ante este último la apariencia de que realmente se trataba de una investigación ramificada de la anterior pero diferente, no ocultó la existencia de las diligencias del Juzgado de Instrucción 2 de Torrejón de Ardoz, aunque si se refirió a ellas con terminología que permitía deducir que la investigación objeto de las misma había concluido. Se dijo que en ellas «se investigaron» (oficio policial de 30 de octubre de 2009 dirigido al Juzgado de Alcalá), lo que induce a pensar que tales diligencias estaban finiquitadas, mientras que en el Juzgado de Torrejón, aunque sin intervenciones telefónicas, la misma seguía abierta.

Por otro lado, se relató exactamente el mismo encuentro que había servido como indicio justificativo de la petición de prórroga de las intervenciones autorizadas en Torrejón, el que tuvo lugar el 15 de octubre en las cercanías del centro comercial Plenilunio. Si bien ahora, no para justificar la intervención de la línea del Sr. Alberto (cuya identidad en ese momento se oculta, y cuyos teléfonos se volvieron a intervenir más adelante en el marco de las diligencias del Juzgado de Alcalá), sino la del otro interlocutor Eduardo , alias Largo .

Todo ello nos proyecta un panorama muy similar al que sustentó la decisión de esta Sala plasmada en la STS 740/2012 de 10 de octubre , en la que el Tribunal de instancia se basó fundamentar su decisión. La única diferencia entre uno y otro supuesto de hecho radica en que, en el que fue objeto de la sentencia que acabamos de citar, el Juzgado que inicialmente conocía de la causa, denegó las nuevas intervenciones telefónicas y prórrogas y acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, tras lo cual los investigadores acudieron a otro Juzgado para continuar bajo su amparo, la investigación de los mismos hechos.

Pues bien, concluyó la citada STS 740/2012 de 10 de octubre , que recogió el testigo de otras anteriores como la STS 6/2007 de 10 de enero , que al ocultar al segundo de los Juzgados que las intervenciones solicitadas en el primero habían sido denegadas, impidió a este último el debido control de la intervención y, en consecuencia «se vulneró la garantía constitucional al secreto de las comunicaciones pues a través de estas intervenciones telefónicas y por las circunstancias de ocultación que las posibilitaron, se trataba, en realidad de mantener a través de su reanudación, sin ello conocerlo el juzgado que las autorizó, una anterior investigación dándose involuntaria cobertura a una investigación prospectiva sin contar con base objetiva para ello, al basarse en no desvelarse que lo pedido ya había tenido una respuesta desestimatoria que culminó en el cierre provisional de la misma».





En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías controlador de la medida, en origen y durante su desarrollo. Control que en este caso se burló para obtener vía libre respecto a las primeras de las intervenciones que validó el Juzgado de Instrucción de Alcalá de Henares, las autorizadas por auto de 1 de noviembre de 2009, y que afecta a todas las que derivaron de ella, es decir, a la prórroga de las acordadas y a las nuevas que surgieron a resultas de las anteriores.

En atención a lo expuesto, huelga analizar si las intervenciones anuladas en su conjunto fueron además prospectivas, como las calificó Tribunal sentenciador. Si bien tal pronunciamiento exigiría un examen pormenorizado de la carga indiciaria que sustentó cada una de ellas, ya innecesario, los parámetros a los que acudió aquel para basar tal afirmación, aun tributarios de mayor profundización (que tampoco era exigible en este caso al Tribunal de instancia una vez había considerado nulas las intervenciones) no pueden tacharse de irracionales. Esto es el tiempo durante el que se prolongó la medida sin obtener resultado concreto, y la cantidad de personas respecto a las que se extendió la misma.

Cierto es que los parámetros de ponderación respecto a una medida invasiva de los derechos fundamentales, necesariamente deben ponerse en conexión con las características de la actividad objeto de investigación; y que el tráfico de drogas a gran escala, por sus peculiaridades e implicaciones, requiere analizar aquellos desde su especial lógica en cuanto que es actividad necesitada de planificación, con estructuras difícilmente permeables, conformadas por una pluralidad de personas con distintos niveles de implicación. Una actividad que se desarrolla sin referencias territoriales nítidamente marcadas, en muchas ocasiones transnacionales. De ahí que, por lo general, se prolonguen más en el tiempo, y paulatinamente se amplíe la nómina de afectados a medida que se va detectando su involucramiento. Ahora bien, ello no puede convertir las intervenciones telefónicas en un instrumento de exploración destinado a obtener informaciones policíalmente útiles, pero desvinculadas de una concreta actuación delictiva. De ahí su necesario anclaje, tanto de inicio como durante su vigencia a través de sucesivas prórrogas, a una base indiciaria que permita descartar su carácter meramente prospectivo, y evite el automatismo en su concesión o renovación, lo que solo puede garantizarse a través del efectivo control judicial.

**4.** El artículo 11 desde la LOPJ proclama la falta de efecto de las pruebas que hayan sido «obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene establecido que la ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del artículo 18.3 CE existe una conexión natural o causal, que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida. En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha admitido que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, y se han reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia.

Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas ( SSTC 81/1998 FJ 4 ; 49/1999 FJ 14 ; 94/1999 FJ 6 ; 171/1999 FJ 4 ; 136/2000 FJ 6 ; 28/2002 FJ 4 ; 167/2002 FJ 6 ; 261/2005 FJ 5 y 66/2009 FJ 4).

En relación a la conexión de antijuridicidad, explicó la STS 747/2015 de 19 de noviembre a la que se han remitido otras como la STS 271/2017 de 18 de abril, la STC 81/1998 de 2 de abril marcó una doble perspectiva de análisis. La interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y una perspectiva externa, que contempla las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo ( SSTC 81/1998 , 121/1998 , 49/1999 , 94/1999 , 166/1999 , 171/1999 , 136/2000 , 259/2005 FJ 7 y 66/2009 FJ 4).



En lo que respecta a la jurisprudencia de esta Sala, que condensa la ya citada sentencia STS 747/2015 de 19 de noviembre, siguiendo los criterios marcados por el Tribunal Constitucional, comienza recordando que el artículo 11.1 LOPJ dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Indirectamente ha de entenderse, según ha señalado el Tribunal Constitucional ( ATC 282/1993 ), como una referencia a aquellas ocasiones en las que se ha producido una previa conculcación de un derecho fundamental que de manera inmediata no proporciona material probatorio, pero lo obtenido sirve para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba. El sentido del precepto implica no solo que no es posible valorar las pruebas obtenidas directamente con la vulneración del derecho fundamental, sino también que no pueden ser utilizados legítimamente como medios de investigación, o como datos para iniciar u orientar una investigación penal, aquellos que hayan sido obtenidos violentando los derechos o libertades fundamentales. El artículo 11.1 establece una prohibición de valoración equiparando ambos supuestos; y que, en todo caso, la posibilidad de no aplicación de esa norma general debe valorarse como una excepción, que, como tal, ha de venir especialmente justificada ( STS 73/2014 de 12 de marzo ).

Los casos generalmente examinados hacen referencia a supuestos en los que los datos obtenidos violentando el derecho fundamental se combinan con otros cuya procedencia es independiente. Se hace así referencia, entre otros, a los casos de hallazgo casual o de descubrimiento inevitable en los que razonablemente se hubiera llegado a la obtención del dato relevante por vías lícitas e independientes, o en los supuestos de conexión especialmente atenuada por la escasa significación del dato obtenido o por otras razones atendibles ( STS 73/2014 de 12 de marzo ).

También se ha dicho por esta Sala que la llamada doctrina del fruto del árbol envenenado admite una corrección a través de la teoría del descubrimiento inevitable. Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, «conexión de antijuricidad», que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera dado, no es el resultado de esa condición ( SSTS 69/2013 de 31 de enero ; 912/2013 de 4 de diciembre de 2012 y 963/2013 de 18 de diciembre ).

En la sentencia de esta Sala 320/2011 de 22 de abril (que acogió los criterios de la STC 197/2009 de 28 de septiembre y de las que en ella se citan), se establece que la conexión de antijuricidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda 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. Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el artículo 11.1 LOPJ, de tal modo que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Ahora bien, se precisa en la referida sentencia 320/2011 que los efectos directos e indirectos, tienen significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser valoradas -si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal- aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. Sin embargo, la significación de su obtención indirecta es más complicada de establecer, y ha de estar referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de la ilícita como fuente de información. Todo ello sin perjuicio de las teorías de desconexión esbozadas, tales como las del hallazgo casual o el descubrimiento inevitable.

Por último, después de recordar la perspectiva interna y externa que señala el Tribunal Constitucional a la hora de ponderar la conexión de antijuricidad, incide la sentencia 320/2011 en la distinción entre una perspectiva natural y otra jurídica. La primera -la natural- supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). En la segunda perspectiva -la jurídica- la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente. Y advierte que es imprescindible



diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente ( art. 11.1 LOPJ ), y las que lo sean de forma independiente y autónoma 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 tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se 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 dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad.

Finalmente, las sentencias de esta Sala 811/2012 de 30 de octubre y 511/2015 de 21 de julio, después de plasmar y asumir las líneas principales de la sentencia 320/2011 , que acabamos de sintetizar, entran a distinguir dos corrientes en la jurisprudencia de este Tribunal. Una más tradicional, anterior a la sentencia 81/1998 TC , y otra corriente posterior en la que se aplican las nuevas pautas del Tribunal Constitucional. En la concepción primigenia de esta Sala se acentúa o intensifica el efecto reflejo o indirecto de la infracción de la norma constitucional, buscando así otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal. 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 ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Se considera que prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. De forma que el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 LOPJ . únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal).

En la segunda fase jurisprudencial que se reseña en la sentencia 511/2015 como surgida a partir de la STC 81/1998 , se implanta un criterio más flexible merced a la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. En virtud del mismo, se atenúa el efecto anulatorio derivado de la infracción de la norma constitucional, de modo que la anulación de la prueba refleja o derivada no se genera sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino que se requiere la conexión jurídica entre ambas o conexión de antijuridicidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

Así las cosas, para que opere la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas se precisa que concurra una vinculación o un nexo no solo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que se exige también un vínculo o nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no -se afirma en la STS 511/2015 y en otras de esta Sala- hemos de analizar, según el Tribunal Constitucional, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho constitucional materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de dilucidar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de ponderar, desde una perspectiva que debe considerarse externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Ambas perspectivas, según ya se anticipó, son complementarias.

En cuanto a la perspectiva interna, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma ( STC 81/1998 ).

En lo que atañe a la perspectiva externa, ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones u otro derecho fundamental. A tal efecto, se procurará constatar si se está ante una



vulneración intencionada, gravemente negligente o simplemente errónea, datos indiciarios que se consideran especialmente significativos para sopesar la necesidad de activar el efecto disuasorio por estimarlo indispensable para tutelar de cara al futuro la eficacia del derecho fundamental menoscabado, a cuyo fin debe procederse a la anulación de las pruebas derivadas.

En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra ( SSTS 320/2011 de 22 de abril ; 811/2012 de 30 de octubre ; 69/2013 de 31 de enero ; 912/2013 de 4 de diciembre ; 963/2013 de 18 de diciembre ; 1273/2014 de 12 de marzo y 511/2015 de 17 de julio ).

En el caso que nos ocupa concluyó el Tribunal sentenciador, y el recurso no lo combate, que la totalidad de la prueba de la que dispuso en el juicio oral derivaba de las intervenciones anuladas, lo que desplaza sobre la misma la prohibición de valoración.

En atención a lo expuesto, el recurso se desestima.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM , al ser el Fiscal el único recurrente, procede declarar de oficio las costas de esta instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª Rollo 84/2013 ). Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportuno, con devolución de la causa que en su día remitió. interesando acuse de recibo.

DECLARAR de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro

Ana Maria Ferrer Garcia Juan Saavedra Ruiz