



Roj: **STS 4754/1997 - ECLI:ES:TS:1997:4754**

Id Cendoj: **28079120011997103618**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/1997**

Nº de Recurso: **1367/1996**

Nº de Resolución: **974/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de Casación por INFRACCION DE LEY que ante Nos pende, interpuesto por Inmaculada , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sec.2ª), por delito CONTRA LA SALUD PUBLICA, los componentes de la Sala Segunda que al margen se expresan se han constituido para la Vista prevenida por la Ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando la recurrente representada por el Procurador Sr.Sánchez Puelles.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Bilbao, instruyó procedimiento abreviado con el número 166/90, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia de dicha localidad, (Sec.2ª), que con fecha 29 de diciembre de 1.995 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Diversas investigaciones -vigilancias y seguimientos- llevadas a cabo por agentes de la Ertzaintza durante el mes de Septiembre de 1989, pusieron en evidencia la dedicación de Dña. Inmaculada -mayor de edad, con antecedentes penales que deben estimarse cancelados a efectos de esta causa- a la transmisión y venta de heroína a distintas personas.

En dichas actividades y realizando una mera labor de puesta en contacto entre compradores y vendedora, colaboraban con ella Dña. Nieves , mayor de edad, sin antecedentes penales y D. Aurelio , mayor de edad, sin antecedentes penales.

Continuando con las investigaciones y como culminación de las mismas, el día 19 de septiembre, sobre las 22.40 horas, agentes de la Ertzaintza, tras efectuar una vigilancia y seguimiento desde el domicilio de la primera, procedieron a detener en el interior de la cafetería Amaya de esta villa, sita en las inmediaciones del Teatro Arriaga, a Dña. Inmaculada , a Dña. Nieves , a D. Bernardo , mayor de edad con antecedentes penales y a D. Tomás , mayor de edad, con antecedentes penales, cuando la primera, que había acordado una cita con ambos con el fin de adquirirles heroína, procedió a hacer entrega a D. Bernardo de un paquete que contenía 500.000 pts importe de la droga que iba a adquirir.

Localizada y registrada posteriormente la motocicleta KAWASAKI modelo ZX-600-A matrícula N....-I propiedad de este último, que la había dejado aparcada en las inmediaciones, se ocupó oculta en un compartimento situado en la parte inferior de la misma, una bola cerrada con cinta aislante negra que contenía 54,060 gramos de heroína, con una riqueza de 17,2 % expresado en diacetilmorfina clorhidrato.

Tanto D. Bernardo como D. Tomás eran consumidores de sustancias estupefacientes en el momento de cometer los hechos y tenían afectadas sus facultades psicofísicas como consecuencia de ello.

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



FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Dña. Inmaculada como autora responsable de un delito contra la salud pública en su concreta modalidad de tráfico de drogas que causan un grave daño a la salud sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS DE PRISION MENOR Y MULTA DE CINCO MILLONES DE PESETAS (5.000.000 pts) con 60 días de arresto sustitutorio en caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Dña. Nieves y a D. Aurelio , como cómplices responsables de un delito contra la salud pública en su concreta modalidad de tráfico de drogas que causan un grave daño a la salud sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena -a cada uno de ellos- de SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR Y MULTA DE QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000 pts) con 30 días de arresto sustitutorio en caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Bernardo y a D. Tomás , como autores responsables de un delito contra la salud pública en su concreta modalidad de tráfico de drogas que causan un grave daño a la salud con la concurrencia -en cada uno de ellos- de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia y atenuante analógica por drogadicción, a la pena -a cada uno de ellos- de DOS AÑOS CUATRO MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR Y MULTA DE UN MILLON DE PESETAS (1.000.000 pts) con 30 días de arresto sustitutorio en caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

Declaramos la insolvencia de Dña. Inmaculada y de D. Tomás aprobando el Auto que a este fin dictó el Instructor con fecha 17 de noviembre de 1993, declaramos la solvencia parcial -en cuantía de un millón doscientas diez mil pesetas- de D. Bernardo aprobando el Auto que a este fin dictó el Instructor con fecha 12 de enero de 1995 y declaramos la solvencia de D. Aurelio y de Dña., Nieves aprobando el auto que a este fin dictó el Instructor con fecha 5 de junio de 1995. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

3.-Notificada la sentencia a las partes por la representación de Inmaculada se interpuso recurso de Casación por INFRACCION DE LEY, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de Inmaculada , basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley con apoyo en el art. 849.1º de la L.E.Criminal, al cometerse la infracción de una norma jurídica de carácter sustantivo cuya apreciación debió ser observada en la sentencia recurrida, refiriéndose concretamente al art. 18.3 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- Por infracción de ley con apoyo procesal en el nº 1 del art. 849 de la L.E.Criminal, refiriéndose concretamente a la aplicación indebida del art. 344 del Código Penal, al producirse un error de derecho en la aplicación de dicho artículo.

TERCERO.- Por infracción de ley, amparado en el art. 849.1º de la L.E.Criminal, al cometerse la infracción de una norma jurídica de carácter sustantivo cuya apreciación hubiera debido ser observada en la sentencia recurrida, refiriéndose concretamente al art. 24.2 inciso último de la Constitución Española, en su vertiente relativa a la presunción de inocencia, que por imperio de la ley, han de gozar los procesados.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la Vista prevenida el día 24 de junio de 1.997, manteniendo el recurso el letrado recurrente D.José Raul Segura quien sostiene el recurso interpuesto pasando a informar.

Por el Ministerio Fiscal se sostiene el contenido del escrito formulado, impugnando el motivo y pasando a informar.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena a la recurrente, entre otros, como autora de un delito contra la salud pública, en la concreta modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (heroína). El recurso interpuesto, en sus motivos primero y tercero, denuncia la supuesta violación de los derechos



constitucionales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3.C.E) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E), alegando que, conforme a lo dispuesto en el art. 11.1º de la L.O.P.J., ninguna de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador puede surtir efecto al derivarse todas ellas de una intervención telefónica que el propio Tribunal sentenciador consideró nula por falta de motivación suficiente de la resolución judicial que la acordó.

SEGUNDO.- El art. 11.1 de la L.O.P.J. dispone que "En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal.

Como señalan las sentencias de esta Sala nº 448/97 de 4 de Marzo y nº 472/97, de 14 de Abril, la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya 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. 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. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J.), jurídicamente contaminados.

El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. 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).

La enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1º de la L.O.P.J. determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que se deben concretarse en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones "indirectas" del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la C.E., pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

TERCERO.- En el caso actual el Tribunal sentenciador no reconoció efecto probatorio alguno al contenido de las conversaciones telefónicas registradas, por estimar que aún cuando la intervención estaba amparada por la correspondiente autorización judicial, ésta carecía de la suficiente motivación fáctica al remitirse a una previa comunicación de la Policía Autonómica Vasca carente de contenido indiciario. Estimó, sin embargo, que aún prescindiendo totalmente de la valoración de dicha prueba, existía prueba de cargo suficiente y hábil para acreditar la participación de la acusada en un delito de tráfico de estupefacientes, consistente de un lado en la declaración en el acto del juicio oral de dos coimputados, declaración cuya validez probatoria apoya el Tribunal sentenciador expresamente en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 86/1995, de 6 de Junio, y de otro en el dato objetivo -debidamente acreditado en el juicio a través de declaraciones testificales prestadas con todas las garantías- de que la acusada fué detenida en una cafetería en el acto de hacer entrega a otro de los coimputados de la cantidad de quinientas mil pts como importe de más de 50 gramos de heroína que éste le iba a entregar, detención que se produjo como consecuencia de una labor de vigilancia y seguimiento realizada por un conjunto de agentes que, desde fechas atrás, estaban llevando a cabo la investigación.

CUARTO.- En relación con la primera de dichas pruebas, ha de convenirse con la representación del recurrente -pese a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995, entre otras-, en que la admisión por los imputados de hechos descubiertos ilícitamente no constituye propiamente prueba independiente sino diferente, pero causalmente derivada de la prueba ilícita, y en consecuencia inhábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia; asimismo la alegación de la Sala de que la detención de la recurrente en plena operación de adquisición de la droga sólo estuvo muy lejanamente afectada por las informaciones obtenidas policialmente a través de la observación telefónica, pues de ésta únicamente pudo obtenerse una "cita...absolutamente genérica, en la que no se precisó ni hora ni lugar concreto", tampoco puede ser suficiente, por sí sola, para sanear totalmente la prueba pues el nexo causal, aunque debilitado, continúa existiendo.

Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento,



anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". Es decir que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues -con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

La limitación del "descubrimiento inevitable" debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fé", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardiamente; buena fé que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aún cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación.

No cabe apreciar, en consecuencia, que en la Sentencia impugnada se haya producido infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, debiendo desestimarse el recurso pues todos sus motivos son tributarios de esta supuesta infracción.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de Casación interpuesto por Inmaculada por INFRACCION DE LEY contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sec.2ª), que la había condenado por delito contra la salud pública, imponiéndose las costas de este procedimiento a dicha recurrente.

Notifíquese la presente resolución a la recurrente, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

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

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