



Roj: **STS 3511/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3511**

Id Cendoj: **28079120012015100500**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2015**

Nº de Recurso: **2382/2014**

Nº de Resolución: **511/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 743/2014,**  
**STS 3511/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Carlos Antonio , Juan Carlos y Ángel Jesús** , contra sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 25 de junio de 2014 , en causa seguida a los mismos y otros por 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 votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores D. Carlos Plasencia Baltés, D. Carlos Navarro Gutierrez y D<sup>a</sup> Mercedes Revillo Sánchez.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Cristóbal de La Laguna, instruyó sumario con el 3071/2012 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, que con fecha 25 de junio de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

PRIMERO.- El procesado **Ángel Jesús** , nacido el NUM000 de 1957, provisto de DNI n° NUM001 y con antecedentes penales no computables a los efectos de reincidencia al reputarse cancelables los vigentes por el delito de tenencia ilícita de armas, venía encargándose del almacenamiento de cargamentos de hachís introducidos vía marítima, para lo cual en el mes de mayo de 2012 había alquilado una vivienda en el CAMINO000 núm. NUM002 , Guamasa, de San Cristóbal de La Laguna cuyo sótano-garaje se utilizó durante un tiempo como lugar de almacenamiento de dichos cargamentos de hachís.

Después que en la madrugada del día 14 de mayo de 2012 unos vecinos advirtieran la presencia en la referida vivienda de unos individuos no identificados que llevaban chalecos reflectantes, sacando de la misma objetos voluminosos e introduciéndolos en una furgoneta, sobre las 15:50 horas de ese mismo día una comisión judicialmente autorizada efectuó una diligencia de entrada y registro en dicha vivienda alquilada por el procesado **Ángel Jesús** , sita en el CAMINO000 n° NUM002 , Guamasa, de San Cristóbal de La Laguna, donde la policía judicial intervino restos procedentes de un cargamento de dicha sustancia, como plásticos y fibras de arpilleras utilizados para el empaquetado de los fardos, junto con varias pastillas y piezas de hachís con un peso total de 1'044 kilogramos y una riqueza del 12,2 %; sustancia que hubiera alcanzado un precio de 1.608'804 euros en el mercado ilegal de consumidores de Tenerife.

SEGUNDO.- El procesado **Ángel Jesús** , desde fecha no determinada, pero en todo caso anterior en unos meses a diciembre de 2012, disponía, y venía utilizando como propias, de cuatro armas de fuego reales, en concreto



un fusil tipo Mauser Español de cerrojo, modelo "1893", del calibre 7 x 57 mm, con mira telescópica, y un rifle inicialmente identificado policialmente como "Winchester", aunque en realidad es "Browning", de palanca, modelo "BLR", del calibre 308 Winchester, con mira telescópica, así como dos pistolas, una semiautomática marca ASTRA modelo 200 con cargador, del calibre 6,35 mm. Browinig y otra marca STAR modelo A-40, con cargador, del calibre 9 mm. largo.

Estas cuatro armas de fuego eran aptas para efectuar disparos con munición adecuada sus respectivos calibres y características, encontrándose en perfecto estado de funcionamiento, si bien las cuatro tenían borrados sus respectivos números de identificación, careciendo el procesado Ángel Jesús de las guías de pertenencia de las mismas, así como de la correspondiente licencia administrativa para su uso.

No ha quedado debidamente acreditado que el procesado Herminio, nacido el NUM003 de 1958, provisto de DNI n° NUM004 y sin antecedentes penales, ex armero de la Fuerzas Armadas, fuera la persona que le vendió al procesado Ángel Jesús las antes descritas dos pistolas, si bien sí concertó con éste mediante llamadas, telefónicas una cita, la cual se celebró en una finca de la que Ángel Jesús disponía en el municipio de Fasnia, teniendo lugar dicho encuentro el día 21 de septiembre de 2011, acudiendo el procesado Herminio en el vehículo de su propiedad marca Citroën Xara con matrícula .... RLT, de cuyo maletero extrajo un paquete cuyo contenido exacto no ha resultado acreditado, más allá de que pudiera portar diferentes cartuchos o vainas a fin de comprobar el calibre de las armas que Ángel Jesús tenía en su posesión (las antes descritas), y que en dicho momento mostró al procesado Herminio, sin que haya resultado debidamente acreditado que Herminio conociera de antemano el tipo de armas que Ángel Jesús quería mostrarle, tomando en ese momento conocimiento de las mismas y de sus características, así como del hecho de que tenían borrados sus respectivos números de identificación.

TERCERO.- En horas de la madrugada del 12 al 13 de diciembre de 2012 la policía judicial procedió a la incautación de un cargamento de hachís constituido por un total de treinta y nueve (39) fardos que contenían 11.700 tabletas de hachís, con un peso total de 1.167,72 kilogramos netos, con una riqueza del 12,2 % del principio activo tetrahidrocannabinol y con un precio de 1.799.456'52 euros en el mercado ilegal de consumidores de Tenerife. Cargamento que había sido transportado hasta la playa del Roque del Espinal, sita en la zona de La Barranquera de la localidad de Tejina del municipio de San Cristóbal de La Laguna en una embarcación neumática tipo Zodiac de cuatro metros de eslora, dotada de un motor fueraborda marca Yamaha de 40 c.v. de potencia, tripulada desde las costas africanas por los procesados Vicente, nacional de Marruecos, nacido en el año 1967, con NIE n° NUM005 y Pasaporte del Reino de Marruecos num. NUM006 y sin antecedentes penales, y Juan Luis, nacional de Marruecos, nacido el NUM007 de 1984, con Pasaporte del reino de Marruecos n° NUM008 y sin antecedentes penales, los cuales habían aceptado el transporte del hachís por un premio en metálico de 2.000 euros, a repartir por mitad entre ambos, recibiendo durante la travesía información de los organizadores de la importación de la droga sobre el punto de desembarco en la costa por medio de sendos teléfonos móviles de los que disponían.

Desde el momento en que la embarcación llegó a las proximidades de la playa, varios individuos que la esperaban comenzaron a descargar los fardos de hachís, operación que les llevó hasta las 03:00 horas de la madrugada, momento en que los agentes de la Guardia Civil irrumpieron en el lugar identificándose mediante señales acústicas y luminosas, impidiendo así la huida de los mismos, a los que fueron deteniendo sucesivamente entre las rocas próximas al arenal donde se produjo el alijamiento así abortado por la acción policial. Entre los individuos que fueron detenidos en el arenal se encontraban los procesados Carlos Antonio, nacido el NUM009 de 1975, con DNI n° NUM010 y sin antecedentes penales, y Juan Carlos, nacido el NUM011 de 1980, con DNI n° NUM012 y sin antecedentes penales, siendo ambos detenidos inmediatamente después de participar en las labores de alijamiento del cargamento de hachís, a cuyo fin habían viajado juntos en el vuelo de la compañía Binter NUM013 que partió de Gran Canaria a las 17:00 horas del día 11 de diciembre de 2012, pernoctando esa primera noche en la playa a la espera de la llegada de la embarcación con el cargamento de hachís procedente de la costa africana.

Ni la embarcación ni el motor pudieron ser inicialmente recuperados, al haber encallado en un acantilado rocoso próximo al arenal donde se produjo el desembarco, habiendo quedado ambos efectos con grandes desperfectos y totalmente inutilizados.

En el interior de la furgoneta marca FORD modelo TRANSIT matrícula ....-VXC se encontraron las dos pistolas propiedad del procesado Ángel Jesús antes descritas, esto es, una semiautomática marca ASTRA modelo 200 con cargador, del calibre 6,35 mm. Browinig con número de identificación parcialmente borrado en el armazón y eliminado en la corredera, alimentada con seis cartuchos sin disparar de 6,35 mm. Browinig, apta para disparar y en buen estado de conservación; y una pistola marca STAR modelo A-40, con cargador, del calibre 9 mm. largo con número de identificación borrado, alimentada con seis cartuchos sin disparar de 9 mm. largo, también apta para disparar y en buen estado de conservación. Ambas pistolas se encontraban en



perfecto estado de funcionamiento para hacer fuego real y el procesado Ángel Jesús carecía de las guías de pertenencia de ambas armas cortas, así como de la correspondiente licencia administrativa para su uso.

CUARTO.- No ha quedado debidamente acreditado mediante pruebas legalmente válidas que los procesados Ángel Jesús , Fabio , Gervasio , Imanol , José , Melchor ni Pelayo se encontraran en la playa del Roque del Espinal participando en la descarga del cargamento de hachís incautado por la policía judicial, ni que los procesados Romulo , Severino , Jose María y Carlos Francisco se hubieran apostado en los caminos adyacentes a la playa para vigilar la zona del desembarco y alertar al resto ante una eventual presencia policial.

No ha quedado debidamente acreditado mediante pruebas legalmente válidas que el procesado Bernardo estuviera concertado para ocultar el cargamento de hachís intervenido por la policía judicial.

Tampoco ha quedado debidamente acreditado mediante pruebas legalmente válidas que los procesados NUM014 , Fernando y Heraclio estuvieran concertados con el procesado Ángel Jesús para la distribución de partidas de hachís en los mercados de intermediarios a menor escala o directamente a los consumidores.

QUINTO.- El procesado Herminio se venía dedicando de modo habitual a la reparación de armas de fuego, fabricación de armas ornamentales y modificación sustancial de armas, pudiendo facultar la acción de disparar a armas de fuego inutilizadas, sin sus correspondientes guías y licencias ni procedimientos legales, y para cuyas pruebas disponía en la planta inferior de su vivienda, sita en la CALLE000 n° NUM015 de Santa Cruz de Tenerife, de un taller de armas, y en un subsuelo del mismo inmueble otro habitáculo en cuyo interior se encontraban varias puertas y planchas metálicas altas para recibir impactos de bala a modo de rudimentaria galería de tiro para pruebas de fuego real.

Sobre las 18:20 horas del día 17 de diciembre de 2.012 una comisión judicialmente autorizada procedió a practicar una diligencia de entrada y registro en el domicilio del procesado Herminio , sito en la CALLE000 n° NUM015 de Santa Cruz de Tenerife, en cuya plante baja, en la que se ubicaba el taller clandestino antes indicado, la policía judicial intervino dieciocho (18) armas blancas, entre machetes y bayonetas, incluyendo Un cuchillo y una espada, numerosas armas de fuego y munición metálica de diversos calibres, entre los cuales se encontraba munición prohibida para su tenencia por particulares ya que la misma está considerada como munición de guerra así como otros utensilios relacionados con la manipulación y modificación de armas de fuego.

En un mueble existente junto a la entrada del taller de la planta baja se intervino también un libro con la leyenda "Ministerio del Interior, Dirección General de la Guardia Civil, Autorización de Coleccionista de Armas", correspondiéndose dicho libro con el n° NUM016 y a nombre del procesado Herminio , fechado el 11 de junio de 1984. En dicho libro constan anotadas algunas de las armas que han sido incautadas y que supuestamente estarían inutilizadas, constando numerosos traspasos a una tercera persona llamada Feliciano . El último control de asentamientos de este libro, inspeccionado por la Intervención de Armas de la Guardia Civil de Santa Cruz de Tenerife data del 12 de mayo de 2003. Igualmente, en dicho lugar se intervinieron los siguientes documentos: 1) Licencia de armas a nombre del detenido para armas de la categoría "E"; 2) Guía de pertenencia a nombre del detenido, correspondiente a la escopeta sin marca, del calibre 12, con número de identificación " NUM017 ", incautada en el registro de su domicilio; 3) Guía de pertenencia a nombre del detenido, correspondiente a la escopeta marca "ZABALA", del calibre 12, con número de identificación " NUM018 ", incautada en el registro de su domicilio; 4) Guía de pertenencia a nombre de Joaquín , correspondiente a la escopeta marca "BERETTA modelo "A304", del calibre 12, con número de identificación " NUM019 ", incautada en el registro de su domicilio; 5) Guía de pertenencia a nombre de Joaquín , correspondiente a la escopeta marca "POINTER", del calibre 12, con número de identificación " NUM020 ", incautada en el registro de su domicilio; 6) Guía de pertenencia a nombre de Norberto , correspondiente a la escopeta marca LÍG modelo PR del calibre 12 mm, con número de identificación NUM021 , la cual no fue hallada en dicho registro; 7) Guía de pertenencia a nombre de Ruperto , correspondiente a la escopeta marca MG modelo CN del calibre 12 mm, con número de identificación NUM022 , la cual tampoco fue hallada en ese registro.

Del total de setenta y cuatro (70) (sic) armas de fuego intervenidas en el domicilio del procesado Herminio , dieciséis (16) de ellas se encontraban en estado de funcionamiento eficaz, por lo que disparan con normalidad la munición adecuada a sus respectivos calibres y características, siendo las siguientes: 1) Una carabina marca "DESTROYER", del calibre 9 mm largo, con número de identificación " NUM023 "; 2) Una carabina marca "BRONCO", del calibre 22 L.R., con número de identificación " NUM024 "; 3) Un rifle marca "SANTA BARBARA" del calibre 7x57 mm con número de identificación " NUM025 ", con visor telescópico; 4) Una escopeta marca "POINTER", del calibre 12, con número de identificación " NUM020 "; 5) Una escopeta marca "BERETTA modelo "A304", del calibre 12, con número de identificación " NUM019 "; 6) Una escopeta marca "L.I.G.", del calibre 12, con número de identificación en los cañones " NUM026 " y en la báscula " NUM027 ", que en el escrito de remisión figuraba como marca "F.S." y número de identificación " NUM028 "; 7) Una escopeta sin marca,



del calibre 12, con número de identificación " NUM017 "; 8) Una escopeta marca "ZABALA", del calibre 12, con número de identificación " NUM018 "; 9) Una escopeta marca "L.I.G.", del calibre 12, con número de identificación " NUM029 "; 10) Una escopeta marca "K.L." del calibre 9 mm, con número de identificación " NUM030 "; 11) Una escopeta marca "VICTOR SARASQUETA" del calibre 12, con número de identificación " NUM031 "; 12) Una escopeta marca "EGO", del calibre 12-70, con número de identificación " NUM032 ", que en el escrito de remisión figuraba como marca "J.Z."; y dos cañones yuxtapuestos, marca "EGO" del calibre 12-70, con número de identificación " NUM032 ", con guardamanos, compatibles e intercambiables con los de la escopeta anteriormente reseñada; 13) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38, sin número de identificación; 14) Un revólver marca "HOWARD", del calibre 38 Smith & Wesson, con número de identificación " NUM033 "; 15) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 44 Russian, sin número de identificación; y 16) Un revólver tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38 Smith & Wesson, con número de identificación " NUM034 ".

Otras veinticinco (25) armas de las intervenidas en el registro no se encontraban en condiciones de efectuar disparos aunque técnicamente no se encuentran inutilizadas al poseer piezas fundamentales: 1) Un Rifle marca "MOSSBERG", del calibre 300 Winchester Mágnum, con número de identificación " NUM035 "; 2) Una carabina marca "ONENA", del calibre 9 mm largo, con número de identificación " NUM036 "; 3) Una carabina de tipo "BERTHIER", del calibre 8 mm Lebel, sin número de identificación; 4) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38, con número de identificación " NUM037 "; 5) Un revólver de tipo "PUPPY", del calibre 320, sin número de identificación; 6) Un revólver de tipo "VELODOG", del calibre 6,35 mm. Browning, sin número de identificación; 7) Un revólver de tipo "PUPPY", del calibre 320, sin número de identificación; 8) Un revólver de tipo "VELODOG", del calibre 6,35 mm. Browning, sin número de identificación; 9) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38, sin identificación; 10) Un armazón con cañón, de revólver de marca y calibre desconocidos, sin número de identificación; 11) Un revólver marca "SMITH & WESSON", del calibre 38 Smith & Wesson, sin martillo percutor y sin número de identificación; 12) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38, sin número de identificación; 13) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre del calibre 38, sin número de identificación, sin martillo percutor y sin cachas; 14) Un revólver marca "VELOMITH" del calibre 6 mm Velodog, sin martillo percutor y sin número de identificación; 15) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38, sin martillo percutor ni cachas, y sin número de identificación; 16) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 320, sin número de identificación y sin cachas; 17) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 32 Smith & Wesson, sin disparador y sin número de identificación; 18) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 32 Smith & Wesson, sin disparador ni martillo percutor y sin número de identificación; 19) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 32 Smith & Wesson, sin disparador ni martillo percutor ni cachas y sin número de identificación; 20) Un revólver marca "COLT", del calibre 38 Long Colt, sin número de identificación; 21) Un revólver marca "MODESTO SANTOS", del calibre 38, con número de identificación " NUM038 "; 22) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 32 Smith & Wesson, con número de identificación " NUM039 "; 23) Un revólver marca "BERISTAIN", del calibre .38 Smith & Wesson, con número de identificación " NUM040 "; 24) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38 Smith & Wesson, sin número de identificación; y 25) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 32 Smith & Wesson, sin número de identificación.

Otras diecinueve (19) de las armas que se encontraban inutilizadas y no presentaban aptitud para efectuar disparos, sin que el procesado hubiera comunicado su adquisición a la Intervención de Armas de la Guardia Civil, siendo en concreto las siguientes: 1) Una escopeta de cerrojo de marca desconocida, inicialmente identificada como rifle marca "GECO", del calibre 9 mm, con número de identificación " NUM041 "; 2) Una carabina marca "DESTROYER", del calibre 9 mm largo, con número con número de identificación " NUM042 "; 3) Una carabina marca "DESTROYER", del calibre 9 mm largo, con número de identificación " NUM043 "; 4) Una carabina marca "MONTSERRAT", del calibre 9 mm largo, con número de identificación NUM044 ; 5) Un revólver de tipo "SMITH & WESSON Eibarrés", del calibre 38, sin identificación, sin disparador ni cachas; 6) Un revólver marca "ASTRA", del calibre 38 Special, con número de " NUM045 "; 7) Un revólver marca "ASTRA", del calibre 38 Special, con número de " NUM046 "; 8) Una pistola marca "STAR", del calibre 9 mm corto, con cargador, con número de identificación " NUM047 "; 9) Una pistola marca "REMINGTON", del calibre 7,65 mm Browning, con cargador, con número de identificación ' NUM048 10) Una pistola marca "WALMAN", del calibre 7,65 mm. Browning, con cargador, con número de identificación " NUM049 "; 11) Una pistola marca "GRAND PRECISION", inicialmente identificada como marca "PUMA", del calibre 9 mm corto, con cargador, con número de identificación " NUM050 "; 12) Una pistola marca "MÁUSER", del calibre 6,35 mm Browning, con cargador, con número de identificación " NUM051 "; 13) Una pistola marca "VICTORIA", del calibre 6,35 mm Browning, con cargador, con número de identificación " NUM052 "; 14) Una pistola marca "URTIAGA", del calibre 9 mm corto, con cargador, con número de identificación " NUM053 "; 15) Una pistola marca "SUPER DESTRO VER", del calibre 9 mm corto, con número de identificación " NUM054 "; 16) Un revólver de tipo "SMITH & WES



SON Eibarrés", del calibre 38 Special, sin número de identificación; 17) Un revólver marca "CARATE ANITUA", del calibre 38, con número de identificación " NUM055 "; 18) Un revólver marca "CORDERO", modelo POLICE POSITIVE", del calibre 32 Smith & Wesson Largo, sin número de identificación, y 19) una pistola lanza bengalas de marca desconocida, de calibre 20 mm., sin número de identificación.

Otras tres (3) armas detonadoras que no se encontraban en condiciones de funcionamiento eficaz, siendo las siguientes: 1) Una pistola detonadora marca "RÖHM", modelo "RG 300", del calibre 6 mm Flobert Detonador, sin número de identificación; 2) Una pistola detonadora marca "KOMET", del calibre 6 mm Flobert Detonador, sin número de identificación; y 3) Un revólver detonador marca "ESTRELLA", del calibre 6 mm Flobert Detonador, sin martillo percutor ni cachas y sin número de identificación.

Otras cinco (5) armas antiguas, cuya posesión requiere solo trámites administrativos pero cuyo uso está legalmente prohibido, siendo las siguientes: 1) Una pistola de dos cañones yuxtapuestos de marca y calibre desconocidos de tipo "CHURRUCA", sin número de identificación; 2) Un revólver de tipo "LEFAUCHEUX", del calibre 9 mm Lefauchaux, sin cachas y sin número de identificación; 3) Un revólver de tipo "LEFAUCHEUX", del calibre 7 mm Lefauchaux, sin cachas y sin número de identificación; 4) Una pistola de dos cañones yuxtapuestos sistema "LEFAUCHEUX", identificada inicialmente como de avancarga, del calibre 15 mm Lefauchaux, sin número de identificación; y 5) Un revólver marca "EXPRESS", del calibre .41 Rimfire, con número de identificación " NUM056 ". Así como una imitación de un revólver tipo "COLT", modelo "SINGLE ACTION", sin capacidad de efectuar disparos ni de ser puesto en condiciones de efectuarlos, teniendo un carácter meramente ornamental.

Y, finalmente, se intervino un revólver transformado marca "MONDIAL", modelo "999", originalmente del calibre .22 Detonador, sin número de identificación y sin capacidad de efectuar disparos, que era originalmente un arma detonadora, habiendo sido manipulada al objeto de que pudiera dispararse con munición dotada de proyectil único.

Con fecha de 30 de septiembre de 2013, agentes adscritos a la Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil de Santa Cruz de Tenerife, habiéndose presentado en su domicilio, intervinieron en poder del procesado Herminio cuatro guías más que se correspondían con 4 de las armas que habían sido intervenidas durante la entrada y registro practicada en su domicilio. De las cuales, una (la nº NUM057 ) constaba expedida a nombre del citado procesado, correspondiéndose la carabina marca "BRONCO", del calibre .22 L.R., con número de identificación " NUM024 "; otra (la nº NUM058 ) constaba expedida a nombre de don Luis María , correspondiéndose con la escopeta marca "L.I.G.", del calibre 12, con número de identificación " NUM029 "; y las restantes dos guías (las no NUM059 y NUM060 ) constaban expedidas a nombre de don Arcadio , correspondiéndose con la escopeta marca "EGO", del calibre 12-70, con número de identificación " NUM032 ", que inicialmente se describió como marca "J.Z.", y el rifle marca "SANTA BARBARA" del calibre 7x57 mm con número de identificación " NUM025 ", con visor telescópico".

SEGUNDO.- La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Ángel Jesús , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, previsto y penado en el artículo 368, párrafo primero, del Código Penal , a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de MULTA de TRES MIL EUROS (3.000 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 1 día de privación de libertad por cada 1.000 euros de multa impagados, y al pago de 1/19 parte de un tercio de las costas procesales; y de un DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS, previsto y penado en el artículo 564.1 y 2.1º del Código Penal , a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de la mitad de un tercio de las costas procesales.

Igualmente, respecto del acusado Ángel Jesús se acuerda el comiso de las cuatro armas de fuego indicadas en el fundamento de derecho octavo de esta resolución, que figuran descritas con detalle en el apartado de hechos probados de esta resolución, y que le fueron intervenidas.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Vicente , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia y uso de embarcación, previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero , 369.1.5 º y 370.3 del Código Penal , a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de MULTA de MIL EUROS (1.000 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de 1 día de privación de libertad; y al pago de 1/19 parte de un tercio de las costas procesales.



Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Juan Luis , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia y uso de embarcación previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero, 369.1, 5 y 3703 del Código Penal , a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. y a la pena de MULTA de MIL EUROS (1.000 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de 1 día de privación de libertad; y al pago de 1/19 parte de un tercio de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos Antonio , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia y uso de embarcación, previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero, 369.1.5 ° y 370.3 del Código Penal , a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de MULTA de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de 30 días; y al pago de 1/19 parte de un tercio de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Juan Carlos , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia y uso de embarcación previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero, 369.1.5 ° y 370.3 del Código Penal a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de MULTA DE DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de 30 días; y al pago de 1/19 parte de un tercio de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Herminio , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un DELITO DE DEPÓSITO DE ARMAS, previsto y penado en el artículo 566.2 del Código Penal , a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de un tercio de las costas procesales.

Igualmente, respecto del acusado Herminio se acuerda el comiso de las armas de fuego indicadas en el fundamento de derecho octavo de esta resolución, que figuran descritas con detalle en el apartado de hechos probados de esta resolución, y que le fueron intervenidas con ocasión de la entrada y registro practicada en su domicilio.

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Bernardo , ya circunstanciado, del DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia, uso de EMBARCACIÓN, uso de armas y pertenencia a organización criminal, previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero, 369.1.5 ° a 8 °, 369 bis y 370.3 del Código Penal , y del DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS, previsto y penado en el artículo 564 . y 2.1 del Código Penal , que el Ministerio Fiscal le imputaba, con todos los pronuncia favorables hacia su persona y declaración de las costas procesales de oficio respecto del mismo (1/19 parte de un tercio por el primer delito y 1/2 de un tercio por el segundo).

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Fabio , Gervasio , Imanol , José , Melchor , Pelayo , Romulo y Severino , ya circunstanciados, del DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia, uso de embarcación y pertenencia a organización criminal, previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero, 369.1.5 °, 369 bis y 370.3 del Código Penal , que el Ministerio Fiscal les imputaba, con todos los pronunciamientos favorables hacia sus personas y declaración de las costas procesales de oficio respecto de los mismos (a cada uno 1/19 parte de un tercio).

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Jose María y Carlos Francisco , ya circunstanciados, del DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud -hachís-, en cantidad de notoria importancia y uso de embarcación, previsto y penado en los artículos 368, párrafo primero, 369.1.5 ° y 370.3 del Código Penal , que el Ministerio Fiscal les imputaba, con todos los pronunciamientos favorables hacia sus personas y declaración de las costas procesales de oficio respecto de los mismos (a cada uno 1/19 parte de un tercio).

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Prudencio , Fernando y Heraclio , ya circunstanciados, del DELITO CONTRA LA SALUD, tráfico de drogas, en su modalidad de sustancia que no



causa grave daño a la salud -hachís-, previsto y penado en el artículo 368, párrafo primero, del Código Penal, que el Ministerio Fiscal les imputaba, con todos los pronunciamientos favorables hacia sus personas y declaración de las costas procesales de oficio respecto de los mismos (a cada uno 1/19 parte de un tercio).

Firme que sea la presente resolución respecto de los procesados Vicente y Juan Luis e incoada la correspondiente ejecutoria con pase a situación de penados de los mismos, se acuerda la SUSTITUCION a los citados acusados de las penas de prisión impuestas en esta causa a cada uno de ellos por su expulsión del territorio español, disponiéndose expresamente que no podrán regresar a España en un plazo de OCHO AÑOS, contados desde la fecha de su expulsión, sin perjuicio de las demás prevenciones legales impuestas en el artículo 89 del Código Penal, a cuyo fin serán expresamente requeridos.

Se acuerda el comiso y destrucción de la droga intervenida; así como que a las armas intervenidas cuyo comiso se ha acordado conforme a lo razonado en el fundamento de derecho octavo de esta resolución, se les dé el destino legal y reglamentariamente previsto por medio de La correspondiente Intervención de Armas de la Guardia Civil, sin perjuicio de lo que en su caso, proceda acordar respecto de las posibles tercerías que con relación a las mismas se puedan llegar a plantear en ejecución de sentencia. En cuanto a las restantes armas y munición de diferentes tipos cuyo comiso no se ha acordado, procede su remisión definitiva a la Intervención de Armas de la Guardia Civil en tanto que su situación y destino final deberá diferirse al ámbito administrativo y resolverse ante la autoridad que resulte competente.

Firme que sea esta resolución, o para el caso de no ser recurrida respecto de este particular, procédase a la devolución a los acusados o terceros propietarios de los vehículos, cantidades de dinero y efectos de lícito comercio que les fueron intervenidos a los primeros en el momento de sus respectivas detenciones o, en su caso, durante las entradas y registros practicadas en sus respectivos domicilios, quedando sin efecto las posibles autorizaciones que se hayan podido acordar respecto de los mismos en favor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; excepción hecha de aquellos efectos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha acordado darles un destino distinto.

En todo caso, para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará a los acusados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, acordándose mantener la situación de prisión provisional para Vicente y Juan Luis al amparo del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que faculta para prorrogar la situación de prisión provisional hasta la mitad de la pcna impuesta, caso de ser recurrida la sentencia.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer RECURSO de CASACION, el plazo de cinco días contados desde el siguiente al de su notificación, anunciándolo en esta Audiencia para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron contra la misma recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Carlos Antonio, Juan Carlos y Ángel Jesús**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación de Carlos Antonio formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por infracción de los artículos 368, 369.1.5º y 370.3 del Código Penal.

La representación de Juan Carlos, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al no basarse la condena en un juicio lógico ni en una prueba firme respecto a la realización de actos de tráfico de drogas. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de los artículos 368, 369.1.5ª y 370.3 del Código Penal.

La representación de Ángel Jesús, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por infracción de los artículos 9, 24, 18.2, 10.2 y 25 de la C.E., derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión, a conocer desde un principio la acusación que se formula contra él, a un juez imparcial predeterminado, a la inviolabilidad del domicilio, así como por vulneración del principio "non bis in idem" y de lo establecido en el art. 120.3 de la C.E. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim., por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim., por error en



la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 368 de la L.E.Crim . SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., e infracción del art. 11.1 de la L.O.P.J ., en cuanto existe conexión de antijuridicidad entre el auto de 1 de septiembre de 2012 y las armas encontradas en la furgoneta. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 72 del Código Penal .

QUINTO .- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista y los impugnó, por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO - Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 9 de julio pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife con fecha 25 de junio de 2014 , condena a los recurrentes Carlos Antonio y Juan Carlos como autores de un delito contra la salud pública, y al recurrente Severino como autor adicionalmente de un delito de tenencia ilícita de armas. Frente a ella se interponen tres recursos, por un total de doce motivos.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Carlos Antonio , por vulneración constitucional al amparo del art 24 2º CE , alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

Como resume acertadamente el Ministerio Fiscal, dos son las cuestiones planteadas en este motivo. En primer lugar, alega el recurrente que la condena se impuso sobre la base de pruebas derivadas de la intervención telefónica autorizada por auto de 1 de septiembre de 2012 , cuya nulidad parcial fue declarada por el Tribunal por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, y, por tanto, son pruebas obtenidas ilícitamente, existiendo conexión causal y de antijuridicidad entre las intervenciones telefónicas declaradas nulas y la prueba testifical de los agentes de la Guardia Civil núm. NUM061 , NUM062 y NUM063 ; testimonios que han sido utilizados para justificar la condena impuesta sin que concurren los requisitos jurisprudencialmente establecidos para que en el presente supuesto pueda resultar de aplicación la doctrina de la desconexión de la antijuridicidad, ya que la declaración prestada en el plenario por el acusado Carlos Antonio , que no reconoció los hechos sino que fue exculpatoria, en modo alguno validaba la nulidad decretada por el Tribunal respecto del auto de 1 de septiembre de 2012 , ni tampoco lo hacía respecto de las pruebas que en base a dicha nulidad habían quedado contaminadas de antijuridicidad.

En segundo lugar, entiende que los indicios utilizados por el Tribunal para fundamentar la condena carecen de solidez y calidad para tener por desvirtuado su derecho a la presunción de inocencia, pues la inferencia alcanzada no sólo resulta excesivamente abierta e insuficiente, sino que, además, el análisis racional de los indicios permite alcanzar conclusiones alternativas a las alcanzadas por el Tribunal. Dentro de este apartado señala que la sentencia sustenta en gran medida el fallo en la declaración prestada por este recurrente en el plenario, pero lo hace acogiendo aquellos aspectos de la declaración que el Tribunal entiende que son incriminatorios y rechaza y niega todo valor a aquellos otros exculpatorios contenidos en la misma declaración.

**SEGUNDO**.- Las dos cuestiones planteadas se encuentran íntimamente relacionadas, pues el tema de la posibilidad de que la supuesta confesión del acusado en el juicio pueda valorarse como prueba independiente que rompa el nexo de antijuridicidad derivado de la inconstitucionalidad de las intervenciones telefónicas, se encuentra en el caso actual muy vinculado al hecho de que esta supuesta confesión no es tal, sino una declaración exculpatoria de la cual se extraen indicios supuestamente incriminatorios, que se utilizan en contra del reo, excluyendo de la valoración las manifestaciones favorables al propio acusado.

Los antecedentes fácticos y fundamentación de la decisión controvertida aparecen muy bien resumidos por el Ministerio Público en su escrito de contestación al recurso.

Por auto de 1 de septiembre de 2012 se decretó la intervención de cinco números de teléfono cuyos usuarios eran Ángel Jesús , Rodrigo y Severino , así como la intervención de otros tres números de teléfono más atribuidos a tres personas identificadas como " Lázaro ", " Heraclio " y " Prudencio " .

Pues bien, **la sentencia acordó la nulidad parcial de este auto por carecer de motivación fáctica** , al no haberse aportado en la solicitud policial, a la que se remitía el auto, datos objetivos verificables con relación a los



identificados como " Lázaro ", " Heraclio " y " Prudencio ", extendiendo el alcance de dicha nulidad a " *las restantes pruebas que traigan causa en dichas intervenciones, sin perjuicio de aquellas concretas pruebas que, por no estar afectadas por esa contaminación, puedan ser objeto de análisis o que, estando incluso afectadas inicialmente por esa nulidad sobrevenida, puedan ser valoradas a través de las declaraciones que los acusados hayan podido efectuar durante el plenario una vez que, siendo plenamente conocedores de la nulidad parcial del auto de fecha 1 de septiembre de 2012 acordada por este Tribunal al inicio de la segunda sesión del juicio oral, hubiesen declarado voluntariamente a las preguntas que con posterioridad les fueron efectuadas por el Ministerio Fiscal o sus propias defensas ( ..)*" (Página 37 de la sentencia).

Continúa explicando la sentencia, en el fundamento tercero, que tras acordarse en el juicio oral la nulidad parcial del auto de 1 de septiembre, **que suponía expulsar del procedimiento el resultado de todas las intervenciones que habían llevado a la interceptación del desembarco de hachís en la madrugada de los días 12 a 13 de diciembre de 2012**, se acordó la suspensión momentánea del juicio oral para que las partes pudieran reorganizar sus estrategias, pudiendo durante este momento los acusados entrevistarse con sus defensas, pero reanudado dicho acto determinados acusados, entre ellos Carlos Antonio , decidieron prestar declaración libre y voluntariamente. Es a partir de las declaraciones de determinados acusados en el juicio oral, prestadas con conocimiento de la nulidad de las escuchas telefónicas, donde el Tribunal entiende que se produce la desconexión de antijuridicidad con la prueba ilícita.

Asimismo, estas declaraciones permitieron valorar como pruebas lícitas, según la sentencia y el Ministerio Fiscal, aquellas diligencias de investigación practicadas durante la instrucción de la causa cuyo resultado fue reconocido expresamente por los mismos, así como los efectos del delito que con ocasión de tales diligencias se pudieron obtener. También adquirieron validez como prueba de cargo, según la sentencia de instancia y el Fiscal, las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil sobre aquellos hechos y diligencias respecto de los que prestaron libre y voluntariamente declaración en el plenario estos acusados.

El acusado reconoció que fue detenido en la playa y que había llegado a Tenerife, procedente de Gran Canaria, el día 11 de diciembre, siendo el motivo de su viaje la compra de ropa deportiva, pero que había llegado dos días antes de encontrarse con la persona que le vendía la ropa, porque le gusta la pesca submarina y en otras ocasiones había ido a esa playa a coger lapas, siendo ésta la primera ocasión que venía con Juan Carlos .

El Tribunal, argumenta el Ministerio Fiscal en la impugnación del recurso, hace un minucioso examen de su declaración, reputándola carente de credibilidad, ya que no se aportó ninguna prueba objetiva que acreditara su dedicación a la compra de ropa deportiva, no propuso la testifical de la persona que le iba a vender las prendas y, aunque en las copias de documentos aportados en la pieza de situación personal se describía una relación de prendas deportivas con sus precios, así como nombres y cantidades, no figuraban expedidos a nombre del acusado ni constaba el nombre de la empresa o particular que los hubiera expedido.

Añade el representante del Ministerio Público que ninguna prueba objetiva sirvió para justificar que su presencia en la playa fuera para pescar y coger lapas, pues los citados agentes de la Guardia Civil manifestaron que llevaba puesto un traje de neopreno, como él mismo lo reconoció, y aunque les dijo que se encontraba pescando, lo cierto es que no encontraron aparejo ninguno de pesca ni tampoco la caseta de campaña en la que afirmó había dormido.

Asimismo, se extraña el Tribunal de su presencia en la playa precisamente la noche en que iba a arribar una embarcación con un importante alijo de hachís y que, habiendo manifestado que se encontraba a unos 150 ó 200 metros del resto de los detenidos, no se apercibiera de las ráfagas de luz que un vehículo efectuaba a la embarcación, ni de la llegada de la embarcación con el consiguiente ruido del motor o de los vehículos utilizados para cargar los fardos, ni tampoco de las prolongadas labores de desembarco, si bien reconoció que después vio el furgón cargado con los fardos de hachís.

En definitiva, considera el Fiscal, que el acusado admitió que se encontraba en la playa la noche del desembarco de los fardos de hachís vestido con un traje de neopreno, lo que le permitía combatir el frío del agua, de ahí que se pueda inferir que su presencia se debía a que participó en las labores de descarga; inferencia que se ve reforzada por la inverosimilitud y escasa consistencia de su declaración de descargo, que le sirve para formular su hipótesis alternativa, sin que la misma, por las razones expuestas, pueda ser acogida.

Estima el Fiscal, por todo ello, que puede ratificarse el criterio del Tribunal sentenciador al valorar como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia la propia declaración del acusado en el juicio.

**TERCERO** .- El motivo interpuesto impone la necesidad de efectuar algunas consideraciones sobre la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad en nuestro ordenamiento, siguiendo la jurisprudencia recogida en sentencias de esta Sala como la núm. 320/2011, de 22 de abril , la núm. 988/2011, de 30 de septiembre o la núm. 811/2012, de 30 de octubre .



La conexión de antijuridicidad, 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 tomada en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado.

La prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y su concreción legal se establece en el art. 11.1 -inciso segundo- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que " *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales* ".

**CUARTO** .- Ahora bien el efecto de las pruebas derivadas de la vulneración de un derecho constitucional de forma directa e indirecta, tiene una significación jurídica diferente, según la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

En principio, 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, no es valorable el contenido directo de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo obtenido de esta fuente espuria.

La significación de la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas indirectamente es más complicado, y ha de ser referido a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuridicidad, es decir que no concurren supuestos de desconexión como el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable o la flagrancia delictiva, entre otros.

En cuanto a su naturaleza, la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.

El mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia.

**QUINTO** .- Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado.

Por ejemplo, en el caso actual, ha de atenderse al 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).

Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige.

Pero todo ello, teniendo en consideración que 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 ( SSTS de esta Sala núm. 320/2011, de 22 de abril, y núm. 988/2011, de 30 de septiembre, en síntesis, que resumen el estado actual de la cuestión en esta Sala, conforme a la doctrina constitucional).

**SEXTO**.- En la doctrina clásica de esta Sala (SSTS 18 y 23 de abril de 1997, núm. 501/97 y 538/97, entre otras) puede apreciarse un criterio más exigente o expansivo en la aplicación de este efecto reflejo al señalar que: *"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 disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal ("Deterrence effect"). 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)".*

Este criterio que excluye excepciones en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, directa y refleja, acogido por la doctrina inicial del Tribunal Supremo, anterior al desarrollo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad por el Tribunal Constitucional, es el defendido actualmente por la doctrina mayoritaria.

**SÉPTIMO.-** Sin embargo la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, a partir del Pleno reflejado en la STC 81/98 , corrigió este criterio, al desarrollar la doctrina de la conexión de antijuridicidad, a la que nos acabamos de referir al sintetizar la doctrina actual de esta Sala.

De esta doctrina constitucional se deduce que el efecto anulatorio no se deriva sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino de 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.

La importante sentencia 81/1988, de 2 de abril, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional , estableció que las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras 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 tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, **según el Tribunal Constitucional cuya doctrina en esta materia nos vincula ( art 5 1º LOPJ )**, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar 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 considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige.

Estas dos perspectivas, como ya se ha expresado, 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 aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo ( STC 81/98 )

**OCTAVO.-** Procede recordar aquí lo establecido literalmente por el Tribunal Constitucional en el caso específico analizado en la STC 81/98 , dada la similitud de alguna de las circunstancias del caso con el actualmente enjuiciado, **sobre todo en lo referente a la naturaleza de la infracción constitucional que ha provocado la nulidad.**

Dice la STC 81/98 . *"Desde el punto de vista de la índole y características de la vulneración de que aquí se trata, 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.*

*Esta cuestión ha de darse por resuelta en el presente caso a partir de la declaración efectuada por el Tribunal Supremo en la Sentencia que aquí se impugna, como dijimos en el fundamento jurídico primero. Según esa resolución, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental . Por ello, y aunque la Sentencia impugnada no extraiga ninguna consecuencia explícita de ese tipo de infracción, hemos de dejar constancia que ni puede afirmarse ni se afirma en ella que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas.*

*Esto sentado, procede analizar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente. La Sentencia impugnada subraya que, en virtud de*



la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita.

A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho.

Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo, y dado que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, la conexión de antijuridicidad, que hemos negado desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo.

El análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 C.E. no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad.

Para resolver esa cuestión, ha de valorarse en primer término que en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero, lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales. Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 y 181/1995) que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental.

En el caso que nos ocupa, la justificación aducida por la Policía Judicial y acogida explícitamente por el Juez determina el posible delito, cuya gravedad está fuera de toda duda, y expresa, junto a esa precisión imprescindible, algunos de los presupuestos de la intervención de las comunicaciones, por más que, en este punto concreto, esto es, en orden a la expresión de los fundamentos justificativos, haya sido declarada insuficiente.

De todo ello se desprende que, en este caso, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su Sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas".



**NOVENO.-** De esta resolución conviene destacar que el Tribunal Constitucional considera que cuando, desde la perspectiva interna, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en consecuencia no consta que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la valoración de la prueba refleja practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías **si se aprecia la concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad** (en el caso enjuiciado por el Tribunal Constitucional, el descubrimiento inevitable, es decir que la ocupación de la droga se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho).

Al mismo tiempo, desde la perspectiva externa, aunque la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, de lo expuesto en la STC 81/98 se desprende que cuando no nos encontremos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en que la expresión de sus fundamentos justificativos haya sido declarada insuficiente, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha sin que resulte necesario extender dicha prohibición a las pruebas derivadas.

En consecuencia, como las dos perspectivas son complementarias, aunque la prohibición de valorar la prueba refleja no venga exigida en estos casos de insuficiencia de motivación de la resolución judicial por las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental, **si es necesario que la prueba refleja resulte jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y en consecuencia que se aprecie alguna causa jurídica de desconexión (descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, hallazgo casual, fuente independiente, ponderación de intereses, etc.)**.

**DÉCIMO.-** La valoración de esta doctrina matizada exige efectuar un excurso de derecho comparado, como ya hemos efectuado en otras sentencias de esta Sala, para constatar si en el espacio judicial europeo, en el que necesariamente nos movemos, la regla de la eficacia indirecta de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se aplica de una forma rígida o extensiva, o más bien matizada conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo que es esencial sostener el principio de reconocimiento mutuo, principio que debe convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión.

La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar su aplicación.

El reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal solo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las decisiones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado, lo que implica no solo confianza en la adecuación de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se aplican correctamente.

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagran el derecho a un juicio equitativo, mientras que el artículo 48, párrafo segundo, de la Carta garantiza el respeto del derecho a la defensa.

Pero aunque todos los Estados miembros son partes en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que dicha pertenencia por sí sola no aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros.

El refuerzo de la confianza mutua exige, además, una aplicación coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH. Y en este ámbito es necesaria la homologación, o al menos aproximación, entre los estándares de protección de los derechos fundamentales y las garantías que ofrecen los sistemas penales de los diversos Estados que conforman la Unión.

**UNDÉCIMO.-** Pues bien, sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, y reproduciendo lo ya expuesto en sentencias anteriores de esta Sala, **es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional**.



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

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

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

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

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

**DUODÉCIMO.-** Yendo ahora al caso enjuiciado, y aplicando al mismo la doctrina constitucional de la conexión de antijuridicidad, podemos apreciar que se trata de un supuesto en el que la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental.

Desde una perspectiva externa no nos encontramos ante una intervención telefónica llevada a cabo sin resolución judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en la que la expresión de sus fundamentos justificativos ha sido declarada insuficiente, por lo que la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha, según la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que resulte necesario extender la prohibición de valoración a la totalidad de las pruebas derivadas siempre que se aprecie alguna causa jurídica de desconexión constitucionalmente admisible.

Recordemos que el Tribunal sentenciador declaró parcialmente nula la intervención telefónica acordada judicialmente en la causa por insuficiencia de motivación de la resolución judicial, al considerar la Sala que en la solicitud policial que sirvió de fundamento a dicha resolución judicial no se exteriorizaban indicios objetivos suficientes que justificasen la inmisión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Como señala la STS 113/2014, de 17 de febrero , este juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico ( art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ).

Por ello **la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización.**

**Este criterio que exige para la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad: 1º) que se constate en cada caso el supuesto específico de desconexión aplicado, 2º), que se identifique con claridad el supuesto aplicado, y 3º) que se especifiquen las razones que justifican su utilización, viene establecido por la doctrina**



**jurisprudencial de esta Sala (STS 113/2014, de 17 de febrero , entre otras) para superar la excesiva dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica que lleva aneja la doctrina de la conexión de antijuridicidad.**

**DÉCIMOTERCERO-** Como se ha señalado, el análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

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

Esta relevante aportación de nuestra doctrina constitucional ha sido ignorada, por lo general, en los análisis doctrinales referidos a esta materia, que suelen realizar un análisis crítico muy superficial de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, y postular planteamientos maximalistas, que no son aplicados en ninguno de los países de nuestro entorno, y que, por lo general, prescinden o desconocen el matiz diferencial introducido por la doctrina de la conexión de antijuridicidad en relación a los supuestos en que no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en la perspectiva externa.

Lo cierto es que la extensión otorgada por la doctrina constitucional a la prueba inconstitucional, por ejemplo la calificación de inconstitucional de una actividad probatoria por razones formales (prórroga por providencia de una intervención telefónica, aun siendo evidente que subsistía la motivación que determinó la intervención), fue lo que condujo a la apreciación de que en estos supuestos podría resultar desproporcionada la aplicación absoluta de la regla de exclusión de toda la prueba derivada, llevando a la necesidad de establecer distinciones entre unas vulneraciones (las que ponen en cuestión el propio derecho fundamental) y otras consideradas menos relevantes (las acordadas judicialmente con déficit de motivación), conduciendo finalmente a la doctrina de la conexión de antijuridicidad. El que mucho abarca, poco aprieta.

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

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

**DÉCIMOCUARTO** .- En el caso actual, como ya se ha expresado, nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones telefónicas autorizada judicialmente, por auto motivado dictado en el procedimiento judicial correspondiente, acordada por el Juez de Instrucción competente en relación con un hecho delictivo grave como es el tráfico de estupefacientes, respecto del cual ordinariamente se considera proporcionada la medida adoptada, pero con una motivación que la Sala sentenciadora ha considerado insuficiente, por lo que se ha declarado la ilicitud de la prueba.

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

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



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

Se trata de un tema sometido a polémica, tanto en el ámbito jurisprudencial, como doctrinal. En este último ámbito no pueden desconocerse relevantes aportaciones doctrinales recientes, que incorporan interesantes observaciones sobre la materia, pero cuyas conclusiones no resultan compatibles con la doctrina del Tribunal Constitucional.

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

Para ello es necesario que se cumplan determinados requisitos, y en concreto que se acredite que dicha declaración se hubiese efectuado: a) previa información de los derechos constitucionales del inculpado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado, c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita ( STS 2/2011, de 15 de febrero , del Pleno de la Sala; 912/2013, de 4 de diciembre y 649/2013, de 11 de junio , entre las más recientes).

**DÉCIMOSEXTO.-** Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional ( STC 86/1995 , entre otras) en relación a la prueba de confesión del imputado, ha estimado la aptitud de la declaración una vez verificado que se prestó con respeto a todas las garantías, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

En el mismo sentido la STC 239/1999, de 20 de diciembre , en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la confesión que fue prestada en el Plenario. La misma doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 81/1998 , 49/1999 , 8/2000 , 136/2000 , 299/2000 y 138/2001 .

**DÉCIMOSEPTIMO.-** Aplicando dicha doctrina al caso actual, es fácil constatar que no concurre el supuesto de desconexión aplicado por el Tribunal de Instancia.

En efecto, el acusado, hoy recurrente, no ha confesado en el juicio oral su participación en los hechos delictivos, sino que realizó una declaración absolutamente exculpatoria.

El acusado se ha limitado a admitir su presencia en el lugar de los hechos (que difícilmente puede negar, pues fue detenido en el lugar), pero sin confesar su participación en delito alguno, por lo que su declaración no puede ser utilizada como prueba en su contra.

Lo que realiza el Tribunal sentenciador es una valoración de la declaración del acusado en el juicio, para contrastarla con otros datos manifiestamente derivados de la prueba ilícita, como el hecho del desembarco del hachis, conocido por la policía precisamente a través de las intervenciones telefónicas anuladas, y concluir de dicho contraste que sus declaraciones no son creíbles, fundando la condena en dicha conclusión.

Pero para ello se utiliza lo que puede calificarse de **maquiavelismo probatorio** , incurriendo en dos actuaciones incorrectas. En primer lugar, calificar como confesión, a efectos de eludir la exclusión probatoria de la prueba ilícita refleja, lo que manifiestamente no lo es, al tratarse de una declaración exculpatoria. Y, en segundo lugar, utilizar para cuestionar la verosimilitud de la declaración del acusado, datos procedentes del conocimiento derivado de la prueba que el mismo Tribunal ha calificado como inconstitucional, y por tanto nula, como señalar la dificultad de que el acusado estuviese en la playa y no percibiese las luces y ruidos producidos por la interceptación del desembarco de la droga, cuando dicha interceptación debe excluirse de las actuaciones pues se produjo precisamente gracias a la prueba ilícita.

**Es claro que el Tribunal no puede valorar la prueba válida (declaración exculpatoria del acusado en el juicio) en función de los datos conocidos a partir de una diligencia inconstitucional.**

**El motivo, en consecuencia, debe ser estimado, y con él la totalidad del recurso de este condenado.**





**DÉCIMOCTAVO.-** El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del acusado Juan Carlos , por vulneración constitucional al amparo del Art. 5 4º LOPJ , alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, argumentando que la prueba de cargo sobre el descubrimiento del hachís ha sido declarada nula, y que en su caso ni siquiera se le puede aplicar como prueba su confesión en el juicio pues se negó a declarar.

El motivo es manifiestamente estimable, conforme a lo razonado respecto del recurrente anterior. En efecto, en el caso de este condenado no puede plantearse como ruptura de la conexión de antijuridicidad su confesión en el juicio, pues se negó a declarar. Tampoco la confesión del otro acusado, pues como ya hemos señalado dicha confesión no tuvo lugar, y solo se produjo una declaración exculpatoria, que también exculpa a este recurrente, y que no puede desvirtuarse en base al conocimiento del Tribunal obtenido de la prueba ilícita. Y desde luego la aplicación de la doctrina Murray es absolutamente improcedente, pues esta doctrina exige que la culpabilidad del acusado que se niega a dar explicaciones, se encuentre acreditada por otras pruebas válidas, que en el caso actual no existen.

Todo ello con independencia de que el Tribunal haya podido introducir en el relato fáctico el desembarco de hachís, en atención a las declaraciones autoincriminatorias de otros acusados no recurrentes, lo que no puede afectar a los dos recurrentes cuyo recurso se estima, pues respecto de éstos no se ha roto la conexión de antijuridicidad.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso de este condenado, con declaración de las costas de oficio.

**DÉCIMONOVENO.-** El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Ángel Jesús , por infracción constitucional, alega vulneración de los Arts 9 , 24, 18 2 º, 10 2 º y 25 de la CE .

Reitera el recurrente el planteamiento de las cuestiones formuladas como previas en el juicio oral, y que ya se resolvieron por el Tribunal, a cuya resolución nos remitimos.

En primer lugar alega vulneración del principio acusatorio, por estimar que el Fiscal le acusaba de participar en la operación de desembarco del hachis, y fue condenado por la droga incautada en su casa. Pero esta impugnación carece de contenido, pues en la calificación provisional del Ministerio Público ya se hacía referencia a la citada vivienda, y en el juicio oral se modificaron las conclusiones incluyendo expresamente el hecho por el que ha sido condenado.

Alega en segundo lugar vulneración del principio non bis in ídem por retraso en la acumulación de dos procedimientos penales distintos que se le seguían, así como falta de notificación de dicha acumulación y de otras diligencias, alegaciones irrelevantes, pues no se aprecia en ninguno de dichos casos que se le ocasionase indefensión material alguna.

En tercer lugar se refiere a la vulneración del derecho a juez ordinario predeterminado por la ley, por estimar que el procedimiento correspondía al Juzgado de Instrucción de su domicilio, cuestión de competencia territorial que no afecta a este derecho fundamental y además en el caso actual la droga fue ocupada en su domicilio de Guamasa, que pertenece al partido judicial que tramitó el procedimiento.

Por último alega vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, porque la policía entró inicialmente en la casa de Guamasa sin autorización judicial. Nos remitimos a la argumentación de la sentencia de instancia, que aclara perfectamente que la entrada inicial se produjo como consecuencia de una denuncia de robo, en un supuesto de flagrancia delictiva.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO.-** El segundo motivo de recurso, por error de hecho en la valoración de la prueba, se formula al amparo del Art. 849 2º de la Lecrim . El motivo se apoya en declaraciones testimoniales, que no son hábiles para la utilización de este cauce casacional y en documentos carentes de fehcencia alguna, como los folios del atestado.

Si se contempla el motivo desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia, en relación con la condena por tenencia de armas, su desestimación también se impone, pues constan pruebas testimoniales y declaraciones de los agentes de las que puede deducirse razonablemente que el acusado era el titular de la furgoneta donde estaban las armas.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante



vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En el caso actual, la prueba concurrente es manifiesta, siendo suficiente la lectura de la sentencia de instancia para constatarlo.

**VIGÉSIMOPRIMERO.-** Los motivos segundo, tercero y cuarto, también al amparo del Art. 849 2º, denuncian supuestos errores del Tribunal de instancia en la valoración de la prueba.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim .;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos en ninguno de los motivos citados. En el motivo tercero se alegan supuestos errores en el número de piezas y peso del hachís ocupado en el domicilio de Guamasa, pero esta cuestión aparece perfectamente explicada en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada. En el cuarto se reiteran las alegaciones sobre la ilegalidad de la entrada policial en el



domicilio de Guamasa, perfectamente respondidas en la sentencia de instancia. Y en el quinto se alega que la vivienda registrada no es la misma que consta en el contrato de arrendamiento a nombre del acusado, alegación que también aparece perfectamente respondida en la sentencia.

**VIGÉSIMOSEGUNDO.**- El motivo sexto, por infracción de ley, alega infracción del Art. 368 de la Lecrim , por no haberse practicado una diligencia de reconocimiento en rueda. El motivo resulta inadmisibles, pues la infracción de ley a la que se refiere este cauce casacional, es la de un precepto penal sustantivo, y no procesal.

El motivo séptimo, también por infracción de ley, denuncia vulneración del Art. 11 1 de la LOPJ , que tampoco es denunciable por este cauce casacional.

Y el motivo octavo, por el mismo cauce casacional, alega insuficiente motivación de la condena impuesta. La impugnación carece de fundamento, pues el apartado II A) del fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada, razona debidamente la gravedad del delito en que participó el recurrente.

El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

FALLO ESTIMATORIO RECURSOS DE LOS DOS PRIMEROS, SIN COSTAS, Y DESESTIMATORIO DEL TERCERO, CON COSTAS.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Carlos Antonio , Juan Carlos** , contra sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 25 de junio de 2014 , en causa seguida a los mismos y otros por delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Ángel Jesús** , contra la anterior sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Cristóbal de la Laguna, y seguida ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, con el número 3071/20 12, Rollo de Sala 94/20 13, por delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de armas contra Ángel Jesús , nacido en Santa Cruz de Tenerife el NUM000 /1957, hijo de Mario y Raimunda ; contra Herminio , nacido en Burgos el NUM003 /1958, hijo de Ángel Daniel y Visitacion ; contra Juan Carlos , nacido en Las Palmas de Gran Canaria el NUM011 /1980, hijo de Benjamín y Amparo ; contra Carlos Antonio , nacido en Las Palmas de Gran Canaria el NUM009 /1975, hijo de Mario y Debora ; contra Vicente , nacido en Set Gzooula Safi (Marruecos); contra Juan Luis , nacido en Safi (Marruecos) el NUM007 /1984, hijo de Laureano y de Leticia ; contra Gervasio , nacido en Santa Cruz de Tenerife el NUM064 /1979, hijo de Carlos Ramón y de Vicenta ; contra Jose María , nacido en Santa Cruz de Tenerife el NUM003 /1985, hijo de David y Antonia ; contra Severino , nacido en Santa Cruz de Tenerife el NUM065 /1988, hijo de Andrés y Erica ; contra Carlos Francisco , nacido en Taraconte el NUM066 /1992, hijo de Darío y Leocadia ; contra Prudencio , nacido en Puerto de la Cruz el NUM067 /1960, hijo de Hugo y Pilar ; contra Heraclio , nacido en Santa Cruz de Tenerife el NUM068 /1981, hijo de Benjamín y Marí Trini ; contra Bernardo , nacido en San Cristóbal de La Laguna el NUM065 /1980, hijo de Jose Pablo y de Clemencia ; contra Fernando , nacido en el Puerto de la Cruz el NUM069 /1989; contra Melchor . nacido en Chiker (Marruecos) el NUM070 /1974, hijo de Jesús Manuel y Justa ; contra Fabio , nacido en Taraconte el NUM071 /1965, hijo de Bienvenido y Sabina ; contra José , nacido en Melilla el NUM072 /1977; contra Romulo , nacido en San Cristóbal de la Laguna el NUM073 /1992; contra Imanol , nacido en Noia (A Coruña) el NUM074 /1976, hijo de Ovidio y Raimunda ; y contra Melchor , nacido en Beni-Chike (Marruecos) el NUM075 /1986., hijo de Jesús Manuel y Justa ; y en cuya causa se dictó sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron.

### I. ANTECEDENTES



Se aceptan los de la sentencia de instancia, excluyendo las referencias a los recurrentes Carlos Antonio y Juan Carlos .

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**UNICO.**- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional, y en aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia, procede la libre absolución de los acusados Carlos Antonio y Juan Carlos , con todos los pronunciamientos favorables.

## **III. FALLO**

Que debemos absolver y absolvemos a Carlos Antonio y Juan Carlos en causa seguida a los mismos y otros por delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia no contradichos por esta.

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

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CANDIDO