



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 420/2014, de 2 de junio de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1903/2013

SUMARIO:

Delitos contra la salud pública. Entrada y Registro. Presencia del interesado. Supuestos de exigibilidad de la presencia del interesado (imputado) en la diligencia de entrada y registro. El interesado no es el titular dominical de la vivienda sino el imputado, pero no siempre es exigible su presencia. Si el imputado está detenido, la regla general establece que es imprescindible su asistencia en la diligencia, so pena de nulidad de la misma, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción, salvo excepciones por causa justificada como es la hospitalización, detención en lugar alejado, registros simultáneos. En segundo lugar, si el imputado no está detenido, debe asistir si se encuentra presente. Si no es habido, puede sustituirle un familiar u otro morador, mayor de edad. Por último, en el caso de pluralidad de moradores imputados, es suficiente la presencia de uno de ellos. Lo que no se exige necesariamente es la asistencia de letrado. Esta asistencia es imprescindible para otorgar validez al consentimiento del imputado detenido como causa que autorice el registro, pero cuando éste se realiza con autorización judicial, y con la garantía de la fe pública que otorga la presencia del secretario judicial, la asistencia del Letrado del imputado no es imprescindible. El Acta del Registro no se confeccionó por el Secretario en el propio domicilio sino posteriormente en el Juzgado por razones de espacio, incomodidad y circunstancias exteriores que rodeaban la práctica del registro, lo cual no constituye un defecto formal relevante que anule la validez de la diligencia ni vulnere en absoluto el derecho fundamental invocado.

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 566 y 569.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 368.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Tournon.

SENTENCIA



www.civil-mercantil.com

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil catorce.

En los recursos de casación que ante Nos pende, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Jose Pedro , Elisabeth , Mercedes , Arcadio e Elena , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los cuatro primeros recurrentes representados por el Procurador D. Manuel Ortiz de Apodaca García, y la quinta por la Procuradora D^a M^a Pilar Rodríguez Buesa.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 12 de Málaga, instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 46/2012, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 13 de junio de 2013, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Del análisis del conjunto de la prueba practicada se declaran como probados, los siguientes:

Primero.

El día 11 de agosto de 2011, desde las 11.00 horas de la mañana hasta las 20.00 horas de la tarde, agentes pertenecientes al Grupo de Investigación de la Comisaría Distrito Oeste de Málaga, establecieron un dispositivo de vigilancia del domicilio de los acusados, sito en CALLE002 número NUM014 , con motivo de informaciones confidenciales recibidas sobre la venta de sustancias estupefacientes en la mencionada vivienda por parte de sus moradores.

Fruto de tal vigilancia los agentes del Cuerpo Nacional de Policía intervinientes, números NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 y NUM012 , observan como entre las 12.05 y 12.47 horas llegan hasta la puerta de la vivienda señalada cinco personas, las cuales, tras recibir indicaciones desde una de las ventanas de la vivienda por parte de algunos de los acusados varones, se dirigían a la puerta de la misma, donde eran atendidos por algunas de las acusadas, a las cuales entregaban dinero y a cambio recibían una bolsita de color verde conteniendo lo que parecía sustancias estupefacientes; tras la observación realizada, fueron interceptados dos compradores, al primero de ellos se le incautó medio gramo de lo que resultó ser, tras su análisis, cocaína y al segundo interceptado se le incautó otro medio gramo de la misma



www.civil-mercantil.com

sustancia; ambos compradores fueron identificados y aceptaron declarar en cuanto al lugar en el que habían comprado y quién se la había vendido, haciéndolo el primero en condición de testigo protegido, y el segundo, identificado como Hernan , confirmando ambos que la sustancia estupefaciente la habían adquirido en el domicilio vigilado; no se procedió en esa primera vigilancia a la interceptación de las otras tres personas observadas, ante la posibilidad de que éstas pudiesen avisar a los moradores de la vivienda.

Segundo.

Desde las 17.00 horas hasta las 20.00 horas del mismo día se monta un nuevo dispositivo de vigilancia, esta vez con la agente policial número NUM008 , mientras otros miembros del Grupo solicitaban la entrada y registro del domicilio vigilado y de la vivienda contigua, también propiedad de dos de los acusados, sito en la CALLE001 , número NUM013 , al Juzgado de Instrucción número dos de Málaga; durante la vigilancia llevada a cabo la agente policial observa la llegada de 10 compradores a la vivienda, los cuales tras recibir las indicaciones de los acusados, Arcadio , Valeriano y Jose Pedro (todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia), que se encuentran en una de las ventanas alternándose en sus funciones de control y vigilancia de los presuntos compradores, avisando a las acusadas de la llegada de éstos, los compradores llaman a la puerta de la vivienda, entregando el dinero y recibiendo a cambio la bolsita con la sustancia estupefaciente de mano de Mercedes e Elena y de Elisabeth (todas ellas mayores de edad y sin antecedentes penales a efectos de reincidencia), las cuales se turnan en las labores de entrega de la sustancia estupefaciente.

Tercero.

En la vivienda objeto de vigilancia, sita en la CALLE002 número NUM014 , propiedad de Valeriano , conviven con el mismo sus tres hijos, todos acusados, Arcadio , Elena y Mercedes , la mujer del primero, también acusada, Elisabeth , y de forma no permanente, Jose Pedro , novio de Elena ; colindante con esta vivienda, se encuentra la situada en la CALLE001 , número NUM013 , propiedad de Arcadio y de su esposa, Elisabeth , en la que se están realizando obras de reforma y rehabilitación; ambas viviendas están comunicadas desde el interior y desde una especie de callejón trasero a través de puertas laterales; razón por la cual se solicitó autorización judicial para la entrada y registro de ambas viviendas.

Debidamente autorizadas las entradas y registros mencionados, a presencia del Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción número dos y de los agentes policiales intervinientes que constan y firman en el acta (NUM011 , NUM010 , NUM015 , NUM016 , NUM017 y NUM012),



www.civil-mercantil.com

se llevan a efecto, iniciándose a las 21.10 horas el de la vivienda sita en CALLE002 número NUM014 ,, en el que se encuentran los siguientes efectos: Un envoltorio de plástico de color blanco conteniendo 84,75 gramos de lo que resultó ser tras sus análisis, cocaína, con una pureza del 26,74 %.

Un envoltorio de plástico de color blanco, conteniendo 49,95 gramos de cocaína y una pureza de 73,04 %.

Un recipiente cilíndrico de plástico, conteniendo nueve envoltorios de plástico de color blanco y verde con 5,25 gramos de cocaína, con una pureza del 33,86 %.

Varios trozos de hachís con un peso total de 65,85 gramos y un índice de THC del 2,27 %.

El valor de la sustancia estupefaciente intervenida, en el mercado ilícito tiene un valor de 9.669,13 euros.

Una balanza de la marca Fusión, de color gris y 10 recortes de plástico en el interior de un vaso de plástico.

La cantidad de 1.190,83 euros, (en billetes, 1 de 100 euros, 19 de 50 euros, 3 de 20 euros, 4 de 10 euros y 1 de 5 euros y monedas, 25 de 50 céntimos, 85 de 10 céntimos y 50 de 5 céntimos). Trece teléfonos móviles, dos ordenadores portátiles y numerosas piezas de joyería; cuatro recortes manuscritos con anotaciones de nombres y cantidades, una libreta conteniendo nombres manuscritos y cantidades.

A Elisabeth le fueron ocupadas en un monedero que llevaba consigo, 4 envoltorios de plástico verde que contenían 1,68 gramos de cocaína, con una pureza del 77,25 % y 320 euros.

A Mercedes le fue intervenida la cantidad de 105,83 euros y a Elena la cantidad de 10,11 euros.

Se intervinieron asimismo una motocicleta marca Yamaha, matrícula-TBG , una motocicleta marca Honda, matrícula DYS , y un turismo marca Mitsubishi Montero, matrícula NVJ , todos ellos propiedad de Arcadio ; y llaves de vehículos marca Opel, Renault y Fiat.

Se intervinieron dos pistolas simuladas; escopeta de la marca Gamo, calibre 22, y 49 cartuchos del mismo calibre; 3 catanas, 2 machetes y 12 navajas.

En el domicilio sito en la CALLE001 , número NUM013 , que se inició a las 23.00 horas, a presencia del Secretario Judicial y los agentes policiales intervinientes que constan y firman en el acta (NUM011 , NUM015 , NUM010 , NUM018 , NUM008 , NUM019 , NUM009 , NUM020 y



www.civil-mercantil.com

NUM021), no se intervino ningún efecto, no encontrándose en aquel momento nadie en el mismo, pues Elisabeth y Onesimo se encontraban en el anteriormente reseñado.

Cuarto.

El acusado Onesimo , que no pertenece a la familia Elena Mercedes Arcadio y que no vive en el domicilio registrado, se encontraba el día del registro realizando pequeños trabajos de reparación, por encargo de Valeriano en la parte superior de la vivienda, siendo observado por los agentes policiales en distintas ocasiones, entrando y saliendo de la casa, a veces trasladando materiales de construcción, a veces hablando con los compradores que se acercaban a la vivienda.

No habiéndose acreditado suficientemente que éste participase o colaborase de algún modo en las actividades ya descritas desarrolladas por los moradores de la vivienda.

Quinto.

Ha quedado debidamente acreditado que cuando los hechos ocurrieron, el acusado, Valeriano , era consumidor habitual y de larga duración, de cocaína y alcohol, no siendo detenido en aquel momento, al encontrarse fuera del domicilio cuando se produjo la intervención policial; actualmente y desde hace más de un año se encuentra sometido a un programa de rehabilitación en el Centro Betel, en el que ingresó voluntariamente, habiendo consumido por última vez sustancias estupefacientes en febrero de 2012, tres meses antes de ser detenido, en mayo de 2012, presentándose voluntariamente en Comisaría".

Segundo.

La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados, Jose Pedro , Elena , Elisabeth , Mercedes , Arcadio y Valeriano , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas los cinco primeros y con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de drogadicción en el caso del último, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, a la pena de cuatro años de prisión, a los cinco primeros y la pena de tres años de prisión al último, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 25.000 euros , con arresto sustitutorio de dos meses para caso de impago a todos los acusados, así como al pago de las costas procesales, correspondiendo a cada uno de ellos 1/7



www.civil-mercantil.com

del total de las causadas en este procedimiento, sirviéndoles de abono el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Que debemos absolver y absolvemos a Onesimo del delito contra la salud pública de la que venía siendo acusado, con declaración de oficio de 1/7 de las costas causadas.

Se acuerda la destrucción de la sustancia estupefaciente intervenida, y el comiso del dinero, al que se le dará su destino legal, así como de todos los efectos y vehículos intervenidos.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia.

Llévese nota de esta condena al Registro General de Penados y Rebeldes".

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley por Jose Pedro , Elisabeth , Mercedes , Arcadio e Elena , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Arcadio , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., concretamente infracción del art. 18.2 de la C.E ., derecho a la inviolabilidad del domicilio. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.2 de la C.E ., derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La representación de Jose Pedro , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., concretamente infracción del art. 18.2 de la C.E ., derecho a la inviolabilidad del domicilio. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.2 de la C.E ., derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La representación de Elisabeth , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., concretamente infracción del art. 18.2 de la C.E ., derecho a la inviolabilidad del domicilio. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.2 de la C.E ., derecho fundamental a la presunción de inocencia.



www.civil-mercantil.com

La representación de Mercedes , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., concretamente infracción del art. 18.2 de la C.E ., derecho a la inviolabilidad del domicilio. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.2 de la C.E ., derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La representación de Elena , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por violación del art. 18.2, derecho a la inviolabilidad del domicilio, y del art. 24.2 derecho a la presunción de inocencia, ambos de la Constitución Española . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del artículo 368 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, 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 20 de mayo pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 13 de junio de 2013 , condena los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública.

Frente a ella se formulan los presentes recursos, apoyados en un total de diez motivos.

Segundo.

El primer motivo del recurso formulado por la representación de Arcadio , coincide literalmente con los planteados en los recursos formulados por Mercedes , Elisabeth y Jose Pedro , por lo que procede resolverlos conjuntamente, y se formula a través de la vía del art. 5 4º LOPJ , por vulneración del art. 18 2º de la CE , por supuesta violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.



www.civil-mercantil.com

Alegan las partes recurrentes que el registro se practicó sin la presencia de los moradores de la vivienda, y que el acta del registro no se confeccionó en el propio lugar donde se realizó el registro, sino posteriormente en el Juzgado.

El fundamento de la exigencia de la presencia del interesado, o de su representante, en la entrada y registro domiciliario ordenada por la autoridad judicial en un proceso penal, radica en primer lugar en que esta diligencia afecta a un derecho personal, de naturaleza constitucional, que es el derecho a la intimidad personal, ya que el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 188/2013, de 4 de noviembre , en relación con el art 18 2º CE y el art. 8 CEDH).

Y, en segundo lugar, afecta al derecho a un proceso con todas las garantías, porque el resultado de dicha diligencia constituirá prueba de cargo en el juicio contra el imputado cuyo domicilio se ha acordado registrar, lo que aconseja que en la práctica del registro se garantice la contradicción para asegurar la validez del registro como prueba preconstituida (STS 261/2000, de 14 de marzo y STC 141/2009, de 15 de junio).

La Ley procesal prevé por ello como requisito de la práctica del registro la presencia del interesado o persona que legalmente le represente (art. 569).

El interesado a que se refiere el art. 569 Lecrim , para exigir su presencia en el acto del registro, no es necesariamente el titular, en el sentido de propietario o arrendatario de la vivienda. Lo determinante no es quien sea el propietario, que puede ser desconocido, no residir en el domicilio, o incluso ser una persona jurídica, sino quien es el residente en el domicilio, cuya intimidad es la que va a ser afectada (STS 680/2010, de 14 de julio).

Ordinariamente el interesado en el registro es el imputado, pues el resultado del registro va a afectar a su defensa, aunque no siempre tiene que ser necesariamente el imputado la persona presente en el registro judicialmente autorizado. El imputado o persona contra la que se dirige el procedimiento puede encontrarse en ignorado paradero, o simplemente fuera de la vivienda y no ser localizable en el momento del registro. La entrada y registro en un domicilio autorizada en el curso de un procedimiento judicial por delito constituye, por su propia naturaleza, una diligencia de carácter urgente que no se puede demorar a la espera de que el imputado regrese a su domicilio o sea localizado policialmente.

Por ello la Ley autoriza a prescindir del interesado "cuando no fuere habido" (art. 569 Lecrim), lo que resulta claramente referido al imputado, pudiendo en estos casos realizarse el registro



www.civil-mercantil.com

ante cualquiera de sus familiares mayores de edad, estimando la doctrina jurisprudencial, atendiendo a una realidad social en la que las agrupaciones domiciliarias ya no se realizan necesariamente por familias en sentido estricto, que esta norma es aplicable a todos los moradores de la vivienda, mayores de edad, aunque no sean familiares en sentido estricto (STS 111/2010, de 24 de febrero , refiriéndose a un supuesto en el que el acusado no estuvo presente en el registro, pero si su compañera sentimental, residente en el domicilio).

Ahora bien lo que sí que resulta exigible es la presencia del imputado en el registro cuando se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción, que se garantiza mejor con la presencia efectiva del imputado en el registro, por lo que la ausencia del imputado en estos casos es causa de nulidad (STS 716/2010 , de 12 de julio).

Esta regla no es aplicable en supuestos de fuerza mayor, en los que la ausencia de inculpado, pese a encontrarse a disposición policial, esté justificada. Por ejemplo en casos de hospitalización del imputado (STS 393/2010, de 22 de abril o 968/2010, de 4 de noviembre), de detención en lugar muy alejado del domicilio (STS 716/2010, de 12 de julio) o bien en caso de registros practicados simultáneamente en varios domicilios (STS 199/ 2011, de 30 de marzo , 947/2006, de 26 de septiembre y 402/2011, de 12 de abril).

En el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro (STS 402/2011, de 12 de abril).

Lo que no se exige necesariamente es la asistencia de letrado. Esta asistencia es imprescindible para otorgar validez al consentimiento del imputado detenido como causa que autorice el registro, pero cuando éste se realiza con autorización judicial, y con la garantía de la fe pública que otorga la presencia del secretario judicial, la asistencia del Letrado del imputado no es imprescindible. La urgencia del registro para evitar la ocultación de pruebas impide ordinariamente esperar a que pueda designarse y constituirse la defensa letrada (STS 262/2006, de 14 de marzo).

La justificación última de la doctrina jurisprudencial que no exige la presencia del Letrado se encuentra en la urgencia de la medida, dado que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma la ignore hasta el mismo momento de su práctica, y por ello el art. 566 Lecrim previene la notificación del auto al interesado en dicho momento. La urgencia puede impedir la designación y comparecencia del letrado con tiempo suficiente para asistir a



www.civil-mercantil.com

la diligencia, debiéndose evitar la posible desaparición de las pruebas, vestigios y efectos del delito por parte de personas afines al detenido, que es factible que se produzca desde que conozcan su detención. Por ello se estima que la autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el carácter judicial de la diligencia y la presencia del secretario judicial tutelan la legalidad de su práctica y garantizan la fiabilidad del contenido del acta y la presencia del interesado asegura la contradicción, sin que resulte imprescindible la presencia letrada en la diligencia para garantizar los derechos fundamentales del detenido, y concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías. Esta doctrina jurisprudencial se reitera, entre otras, en las SSTs 1116/98 de 30 de septiembre , 697/2003, de 16 de mayo , 1134/09, de 17 de noviembre , 590/2010, de 2 de junio , 953/2010, de 27 de octubre y STS1078 /2011, de 24 de octubre .

Tercero.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre la asistencia del interesado al registro puede resumirse muy sintéticamente diciendo que en el supuesto de que el imputado se encuentre detenido, bien con anterioridad al registro o bien en el propio acto del mismo, es imprescindible como regla general su asistencia al registro, so pena de nulidad de la diligencia, salvo excepciones por causa justificada, encontrándose entre estas excepciones los supuestos de hospitalización, detención en lugar alejado o registros simultáneos.

En el supuesto de que el imputado no se encuentre detenido, debe asistir asimismo a la diligencia si se encuentra presente en el domicilio cuando se vaya a practicar el registro, lo que constituye la alternativa preferente. Si no es habido en ese momento, puede ser sustituido por cualquier familiar u otro morador de la vivienda, mayor de edad.

En el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro.

Cuarto.

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, se impone la desestimación de la primera parte del motivo de recurso.

En efecto, consta en las actuaciones que el registro se practicó en presencia de una de las moradoras de la vivienda, que es también una de las imputadas en la causa y finalmente condenada, Elisabeth . Elisabeth es la compañera sentimental de Arcadio , residente en dicho



www.civil-mercantil.com

domicilio e hijo mayor del titular de la vivienda, Valeriano , ambos también acusados y condenados.

Alega la recurrente Elisabeth que no residía en dicha vivienda, de CALLE002 NUM014 , sino en la contigua de CALLE001 NUM013 , cuyo registro también se acordó judicialmente, y que en la fecha de los hechos, por obras en esta segunda vivienda, residía en casa de sus padres. Consta que la vivienda contigua, que se encuentra comunicada con aquella en la que se encontraron los efectos relacionados con el tráfico de estupefacientes, se encuentra en obras y temporalmente deshabitada, por ello en el registro no se ocupó en esta segunda vivienda efecto alguno.

La recurrente Elisabeth se encontraba en la vivienda de CALLE002 en el momento en que fue a realizarse el registro, es la compañera sentimental del hijo del titular de dicha vivienda, con quien convive, y consta que su compañero reside en casa de su padre mientras se realizan las obras en su vivienda contigua, por lo que constituye una inferencia racional, acorde a las normas de experiencia, que su compañera sentimental también resida en dicha vivienda, como ha declarado formalmente acreditado el Tribunal sentenciador, con independencia de que acuda a dormir en ocasiones a casa de sus padres.

Además, la recurrente Elisabeth fue vista con anterioridad, durante la vigilancia policial, cuando desde la vivienda de CALLE002 atendía a diversos drogodependientes que acudían a la misma para adquirir droga. Y en la vivienda se han encontrado efectos suyos, como dos libretas de ahorro a su nombre, efectos que ordinariamente, y conforme avalan las reglas de la experiencia, las personas suelen guardar en su domicilio.

En consecuencia, ha de considerarse que Elisabeth , compañera sentimental de Arcadio , de quien estaba esperando un hijo, vivía con él en dicho domicilio, y constituye una moradora mayor de edad, relacionada familiarmente con el titular de la vivienda, e imputada en la causa, que ostenta la condición de interesada a los efectos de validar con su presencia la realización del registro.

Todo ello con independencia de constatar que el resto de los acusados y moradores de la vivienda, con excepción del padre, Valeriano , también acudieron a la vivienda mientras se estaba realizando el registro, aunque no lo contemplaran íntegramente desde el principio.

Quinto.

La segunda alegación que se incluye en este motivo, interesando la nulidad de la prueba derivada del registro por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio,



www.civil-mercantil.com

es la de que el Acta del Registro no se confeccionó por el Secretario en el propio domicilio sino posteriormente en el Juzgado.

Como señala la sentencia impugnada, constan en las actuaciones las actas de los dos registros domiciliarios firmadas por el Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción número 2 de Málaga, y por los respectivos agentes policiales identificados en los hechos probados de la sentencia, que fueron los que acudieron a los registros.

En ellas hace constar el Secretario, bajo la fe pública judicial, que: " habiéndose manifestado por Elisabeth y Onesimo su intención de no firmar el acta que se va a levantar al efecto, y dadas las circunstancias de espacio, incomodidad y circunstancias exteriores que rodean la práctica del presente registro, la presente acta se va a levantar en la sede del Juzgado de Guardia", y a continuación: "Seguidamente se procede, ante mí el Secretario Judicial, a la práctica del registro en todas y cada una de las dependencias de la citada vivienda, dando como resultado el siguiente..." relacionándose seguidamente, minuciosamente detallados, todos y cada uno de los efectos, sustancia estupefaciente, dinero, armas, joyas encontradas en el domicilio, recogidos en los hechos probados, además de diversos documentos, entre ellos, facturas a nombre de Valeriano y Arcadio , referidas a algunos de los vehículos intervenidos, dos libretas de ahorro a nombre de Elisabeth , y otra libreta a nombre de Mercedes .

Señala asimismo la sentencia impugnada que la diligencia de entrada y registro se realizó de forma regular y lícita, en virtud del auto judicial autorizante, de fecha 11 de agosto de 2011, cuya motivación no ha sido cuestionada en momento alguno por la parte recurrente, y se ha practicado con todas las garantías y controles legalmente pertinentes.

El hecho de que el Secretario judicial transcribiera mecanográficamente el acta en la sede judicial, por las razones ya señaladas de espacio, incomodidad y circunstancias exteriores que rodeaban la práctica del registro, no constituye un defecto formal relevante que anule la validez de la diligencia ni vulnere en absoluto el derecho fundamental invocado.

Es obvio que el Secretario tuvo que realizar primero un borrador manual de acta en el lugar del registro, teniendo en cuenta la extensión y detalle del Acta definitiva, que hace imposible que se confeccionara simplemente sobre datos memorizados, por lo que no se aprecia en que puede afectar esta formalización definitiva del Acta en los locales del Juzgado al derecho fundamental invocado como supuestamente vulnerado. Por otra parte, el Acta aparece autorizada por el Secretario Judicial, que ostenta la fe pública, y firmada por los funcionarios policiales actuantes, no constando la firma de la recurrente Elisabeth , simplemente porque se negó a ello. No se señalan tampoco discrepancias en cuanto a su contenido, por lo que la



www.civil-mercantil.com

alegación formulada en el recurso puede calificarse de meramente formal y carente de relevancia.

Tampoco puede calificarse como relevante a los efectos de determinar la nulidad del registro, que no se recogiesen en el Acta los lugares o habitaciones concretos en donde se encontraron las sustancias estupefacientes, el dinero, las joyas, las armas, los documentos, la balanza, etc., habiendo expresado el Secretario Judicial que se procedió al registro de todas y cada una de las dependencias de la vivienda, y habiéndose recogiendo igualmente los efectos relevantes para la causa que llevaban consigo Elisabeth (dinero y papelinas de cocaína) y Mercedes e Elena (dinero), tal y como se recoge en los hechos probados de la sentencia impugnada.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación del motivo.

Sexto.

El segundo motivo de los cuatro recursos, denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de cada uno de los cuatro recurrentes, Arcadio , Mercedes , Elisabeth y Jose Pedro .

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



www.civil-mercantil.com

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 testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni 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 presenció, 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.

Séptimo.

En el caso actual, la Sala sentenciadora analiza detalladamente la prueba de cargo existente contra los recurrentes, debiendo resolverse los motivos por presunción de inocencia interpuestos en los cuatro recursos conjuntamente, pues la prueba concurrente es básicamente la misma contra todos los recurrentes.

Señala la Sala sentenciadora que la prueba practicada en la vista oral ha acreditado suficiente y debidamente la participación de los acusados en la venta de sustancias estupefacientes, siendo observados claramente en sus ventas por los agentes de la Policía Nacional intervinientes, que declararon como testigos en el acto del juicio oral, con todas las garantías de la inmediación y la contradicción.

Concretamente la agente policial que actuó como secretaria de las diligencias y que formó parte del dispositivo de vigilancia, situada a unos 30 metros del objetivo del objetivo, tanto en la mañana como en la tarde del día en que posteriormente se realizó el registro, pudo observar el gran número de compradores que sólo en ese día acudían a las viviendas objeto de dicha vigilancia.



www.civil-mercantil.com

Esta agente pudo identificar perfectamente a todos los acusados, los varones (Valeriano Arcadio , siendo este último el recurrente Arcadio , y Jose Pedro , novio de Elena) que vigilaban la llegada de los compradores, se ponían en contacto con ellos a través de una de las ventanas de una de las viviendas, y tras hacer una llamada telefónica, les señalaban el acceso a la puerta de la vivienda donde se realizaba la venta, en la cual eran recibidos por las acusadas.

Estas acusadas (Mercedes , Elena y Elisabeth) eran las encargadas de recoger el dinero y entregar directamente la sustancia estupefaciente.

Como señala el Tribunal sentenciador la agente policial explicó detalladamente en su declaración prestada en el acto del juicio la forma en que se encontraban ubicadas ambas viviendas, así como la comunicación interior y exterior entre ellas y distinguió perfectamente como la vivienda de color albero era la utilizada por los varones para efectuar la vigilancia y la pintada en blanco, era la utilizada para vender directamente la droga por las distintas mujeres, llegando a indicar concretamente, cuántas operaciones realizaron cada una de ellas, y las horas en que se fueron produciendo las llegadas de los numerosos compradores a lo largo del día; las características de ambas viviendas, la que estaba en obras, propiedad del matrimonio formado por Arcadio y Elisabeth , las puertas laterales que comunicaban desde el exterior con ambas casas, a través de una especie de callejón; manifestó haber observado perfectamente al padre y al hijo (Valeriano y Arcadio , junto a Jose Pedro) en la ventana, alternándose en las funciones ya mencionadas, cómo indicaban la puerta en donde estaban las mujeres, que eran las tres acusadas, indistintamente, observando los intercambios entre compradores y acusadas, y las bolsas de color verde que les entregaban; fue esta agente la que permaneció la que mayor tiempo vigilando las viviendas, mientras sus compañeros solicitaban la autorización judicial de entrada y registro en el Juzgado de Guardia.

En el mismo sentido declararon los demás agentes policiales que intervinieron en la operación, así el agente policial que también realizó la vigilancia de la mañana (situado a unos 20 metros del objetivo), declaró que en el transcurso de unas tres horas vieron entre 3 y 5 pases, y que eran las mujeres quienes entregaban las bolsitas, aunque él no podía concretar en aquel momento sus identidades; también intervino en los registros y recuerda que cuando se inició el registro no se encontraban todos los moradores presentes, pero fueron llegando después, siendo detenidos y presenciando parte del registro.

Otro agente policial declarante interceptó a uno de los compradores, que llevaba una bolsa de droga con las mismas características que las de los demás.



www.civil-mercantil.com

Un cuarto agente, también declarante, ratificó en el plenario el atestado, e intervino en los registros, manifestando que una de las casas estaba en obras y la otra acabada, que ambas viviendas se comunicaban entre ellas, una tenía dos plantas y un sótano en construcción. Ratificó que se encontraron muchos objetos, cuchillos, catanas, machetes y pistolas simuladas y de aire comprimido, muchas joyas y en una de las viviendas muchos elementos ornamentales y de decoración de lujo, no recordando cuántos detenidos estaban desde el principio y cuántos llegaron después, o si el acta de hizo "in situ" o en las dependencias judiciales, lo que, como ya hemos señalado, no es relevante.

Un quinto agente policial que también participó en el registro, declaró como entró con el Secretario judicial en el domicilio, aunque manifestó no recordar muchos detalles por el paso del tiempo.

La Sala sentenciadora analiza minuciosamente las declaraciones exculpatorias de los acusados, considerando que carecen de consistencia y contundencia suficiente para restar credibilidad y validez a la declaración realizada por los agentes policiales que participaron y sobre la cual no existen motivos objetivos de duda o falta de credibilidad subjetiva, no considerando la Sala sentenciadora que se aprecien móviles espurios en los mismos.

Y destaca que estas declaraciones exculpatorias incurren en contradicciones, especialmente en cuanto al hecho de que Elisabeth y Arcadio hijo vivan de forma más o menos permanente en el domicilio objeto de registro, lo que ellos niegan, pero los otros acusados reconocen.

Razona el Tribunal sentenciador que Elisabeth y Arcadio fueron observados por los agentes policiales en sus respectivas funciones en el desarrollo de la actividad ilícita que realizaron al menos durante el día que ha sido objeto de enjuiciamiento.

Concretamente a Elisabeth se le observaron hasta 5 transacciones seguidas, durante el espacio de tiempo en que las otras dos acusadas abandonaron momentáneamente el domicilio para ir a comprar, o al hospital, según manifestaron en la vista oral. Y en el registro se encontraron en la vivienda dos cartillas de ahorro a nombre de Elisabeth .

Asimismo, Jose Pedro , que también alega no vivir en la casa, fue igualmente observado, desde la ventana de la vivienda, indicando a los compradores la puerta donde les entregarían la droga, avisando a las mujeres que tenían que proporcionarla, alternándose en sus funciones con los dos Valeriano Arcadio , padre e hijo.

Ha de tenerse en cuenta a efectos probatorios, que dentro de la vivienda se encontraron libretas y hojas conteniendo anotaciones manuscritas de nombres y de cantidades, e incluso



www.civil-mercantil.com

en algunos de ellos, aparecen las palabras "debe" y "pagado", al lado del nombre, lo que constituye un indicio adicional de una actividad continuada de tráfico. Además de ocuparse droga, una balanza, material para hacer papelinás, etc.

El análisis de las sustancias aprehendidas, realizado de acuerdo con la normativa vigente ha determinado el peso, la pureza y el valor en el mercado ilícito de la cocaína y el hachís intervenido, constituyendo una prueba específica de la dedicación al tráfico del grupo de personas que ocupaba las viviendas registradas.

En definitiva, la Sala sentenciadora dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y racionalmente valorada, referida a todos los acusados, por lo que los motivos por supuesta vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia deben ser desestimados.

Octavo.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de Elena , alega vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y a la presunción de inocencia.

En relación con el primero cuestiona el registro domiciliario, con los mismos argumentos ya analizados en los demás recursos, por lo que su desestimación se impone por las razones ya expuestas.

En relación con la presunción de inocencia, cuestiona la valoración de la prueba practicada, pero como ya hemos señalado, dicha valoración no nos corresponde en casación, cuando existe una prueba de cargo directa, practicada en el juicio oral y directamente valorada por el Tribunal sentenciador, que consiste en las declaraciones de los policías intervinientes en el operativo y que implica de modo preciso y contundente a la recurrente como interviniente en la actividad de tráfico.

El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, cuestiona la subsunción de los hechos en el art 368 CP , pero para ello prescinde del relato fáctico, lo que obliga necesariamente a la desestimación del recurso.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de todos los motivos de recurso, con imposición a los recurrentes de las costas de los mismos.

III. FALLO



www.civil-mercantil.com

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Jose Pedro , Elisabeth , Mercedes , Arcadio e Elena , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

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

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