

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 294/2009, de 28 enero.**

## **RESUMEN**

**No valoración de una prueba de diligencia de entrada y registro por haber tenido su origen directo en unas manifestaciones hechas por la esposa del acusado, y realizadas con inobservancia de la exigencia legal de ser advertida de su derecho a no declarar contra su cónyuge.**

## **I. ANTECEDENTES**

1

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Blanes de los de Gerona incoó Procedimiento Abreviado con el número 35/2005 contra Franco , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Gerona (Sec. Tercera) que, con fecha treinta y uno de marzo de dos mil ocho , dictó sentencia nº 262/08 que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< ÚNICO.- Se declara probado que en fecha 31 de julio de 2.004 por agentes de los mossos d'esquadra autorizados al efecto por auto dictado por la Juez del Juzgado de Instrucción nº 1 de Blanes, se efectuó una entrada y registro en el piso situado en la puerta NUM000 de la NUM000 planta del inmueble ubicado en el nº NUM001 de la CALLE000 de Lloret de Mar, en la que vivían, entre otras personas, Franco, mayor de edad y sin antecedentes penales, y su esposa María Inmaculada, hallándose en el curso de tal registro una cámara de fotos marca Nikon Coolpix 3100, que le había sido sustraída días antes, sin emplear para ello fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, a Frida por Gustavo; en una de las habitaciones dos bolsas de una sustancia que analizada resultó ser cocaína con un peso neto de 158 gramos y una pureza del 68% y en otra de las dependencias 13 envoltorios de una sustancia que analizada resultó ser cocaína con un peso neto de 10,932 gramos y una pureza del 71% y 14 envoltorios de una sustancia que resultó ser cocaína con un peso de 5,853 gramos y una pureza del 72%; y detrás de la nevera 3 fajos de billetes con 3.450, 4.750 y 4.400 euros>>.

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< FALLO.- QUE ABSOLVEMOS A Franco DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA Y RECEPCIÓN de los que venía acusado por el Ministerio Fiscal, declarándose de oficio las costas de esta alzada. [...]

3

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales, por el MINISTERIO FISCAL [...]

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### PRIMERO

- Contra la Sentencia de la instancia que absuelve al acusado de un delito de tráfico de drogas, interpone el Ministerio Fiscal este recurso con motivo único, al amparo del art. 852 de la LECriminal por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del Fiscal, proclamada en el art. 24.2 de la Constitución Española.

La alegación se dirige concretamente a atacar la **decisión de la Sala de no valorar la prueba de diligencia de entrada y registro por haber tenido su origen directo en unas manifestaciones hechas por la esposa del acusado, y realizadas con inobservancia de la exigencia legal de ser advertida de su derecho a no declarar contra su cónyuge.**

La Sala de instancia razona correctamente su decisión, en términos que deben ser acogidos por esta Sala de Casación.

1.- En efecto, **la esposa del acusado acudió a las dependencias policiales a denunciar a su marido por malos tratos. Esta comunicación de hechos de maltrato fue voluntaria y emitida por decisión e iniciativa propia. El art. 261 de la LECr determina que no están obligadas las personas que en él se relacionan, y entre ellas "el cónyuge del delincuente". La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra ella establecida en el art. 416 de la LECr, no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente (art. 416 de la LECr). Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 de la LECr, ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente de Policía, contra parientes del art. 261, ha de hacerse necesariamente la advertencia referida.**

2.- Por la propia razón de ser y fundamento de la norma **cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente.**

3.- Por lo mismo la innecesariedad de la información sólo se puede referir a los hechos que se quieren denunciar voluntariamente. Pero no puede utilizarse la declaración policial sobre esos concretos hechos, para, a través del interrogatorio sobre ellos, hacer pesquisas sobre otros diferentes y provocar del denunciante de los primeros una segunda denuncia sobre los segundos. No es que no se pueda interrogar sobre ellos. Es que para interrogar es inexcusable advertir a la compareciente que sobre esos otros, distintos de los que por iniciativa propia quería denunciar, no tiene obligación de hacerlo. La comunicación de esos diferentes hechos, pertenece a la iniciativa del agente interrogante que pregunta sobre ellos y su comunicación por el declarante no es ya iniciativa suya previamente decidida libremente, sino respuesta a la averiguación iniciada por la Policía; que necesita hacer la previa advertencia de la dispensa legal.

4.- La consecuencia legal de su inobservancia es la ilegalidad del resultado. Ilegalidad que se extiende tanto a la declaración misma hecha con vulneración de la exigencia legal incumplida, como lógicamente al conocimiento policial que resulta de aquélla. Pues si se entendiera otra cosa se llegaría a la incongruencia de afirmar la invalidez de algo y al mismo la validez de su consecuencia. Si la declaración ilegal no la tiene, en esas condiciones, no vale como comunicación, no vale como denuncia y no vale el conocimiento que por ella adquiere la Policía. **El conocimiento existe obviamente, pero no pertenece a una investigación policial lícita. Por tanto no puede servir esa investigación para sobre ella interesar una diligencia de entrada y registro.** Esta diligencia exige resolución judicial motivada, sobre la base de indicios objetivos, fruto de una investigación. No puede ampararse en lo que la Policía "sabe" sin más, sino en lo que sabe lícitamente, fruto de una investigación realizada de acuerdo con la ley. Esto es lo que falta cuando se incumple en el interrogatorio el deber de advertencia de la dispensa legal de denunciar. Y en consecuencia la autorización de entrada y registro carece de licitud.

5.- Es acertada por ello la negativa de la Sala de instancia a valorar como prueba de cargo esa diligencia. El oficio policial solicitó la autorización judicial para practicar la entrada y registro señalando como indicios de responsabilidad criminal precisamente las declaraciones de su cónyuge. Es cierto que en segundo lugar señalaban el dato de la coincidencia de su mote o nombre con que era conocido con el que un comprador de estupefacientes dijo que era el de quien se la vendió. Pero esta coincidencia por sí sola no hubiera bastado para autorizar una entrada y registro que claramente se acordó por el órgano Judicial gracias a las manifestaciones de denuncia hechas -ilegalmente- por su cónyuge.

6.- Finalmente esa Sala ya declaró la nulidad de las declaraciones públicas hechas por parientes no advertidos oportunamente de su dispensa legal de hacerlo (SS 10 mayo de 2007; 20 de febrero de 2008. Su invalidez ocasiona la ilicitud de la averiguación obtenida, y por tanto la del indicio fundamentador de la petición de autorización para el registro domiciliario. Sin indicio legítimo no hay razón justificadora de la diligencia. Y sin ella no puede ésta ser valorada como prueba.

## SEGUNDO

- En cuanto a las declaraciones judiciales del acusado, interrogado sobre los hallazgos en el interior de su vivienda, obtenidos en diligencia sin valor legal, carecen, igualmente

de validez. A) la ineficacia del registro no procede del incumplimiento de las normas de legalidad ordinaria de la LECriminal que regulan su práctica, sino que resultan del incumplimiento de las condiciones de su licitud constitucional, por estar el vicio precisamente en la falta de razones indiciarias justificadoras de su autorización legitimante. La formal autorización concedida - puesto que el Auto se dictó- lo fué por considerar erróneamente indicio valorable lo que realmente no era tal por proceder de una ilegal averiguación. La práctica de la diligencia es ilícita y por consiguiente impide la validez de la declaración prestada sobre esos hallazgos por el titular de la vivienda registrada. B) Existe entre ambos elementos de prueba conexión de antijuridicidad que invalida la declaración contaminada (art. 11.1 de la LOPJ), pues en este caso no reúne la declaración ni la espontaneidad y voluntariedad de confesión, ni fue una libre decisión de declarar sobre los hechos, sino que se le interrogó y contestó precisamente sobre aquello mismo que fué el hallazgo del ilícito registro.

TERCERO

- Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL [...]