

**STS núm. 111/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 24 febrero**

**RESUMEN**

**Necesidad de la presencia del interesado en la práctica de la diligencia de entrada y registro. Concepto de interesado.**

**I. ANTECEDENTES**

Primero

**PRIMERO**

El Juzgado de Instrucción número 3 de Cartagena, incoó Procedimiento Abreviado con el número 567 de 2008, contra Inocencio, Millán, Santiago y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, cuya Sección Quinta, con fecha 20 de febrero de 2009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

**HECHOS PROBADOS: UNICO.-** Los acusados, Juan Miguel , Augusto , Santiago y Inocencio , mayores de edad y sin antecedentes penales, actuando previamente concertados, en horas no concretadas del día 30 de Mayo de 2008, salieron desde el puerto de Torrevieja a bordo del yate " DIRECCION000 ", embarcación que carecía de matrícula y pabellón, hasta un punto no concretado en alta mar, para encontrarse con una embarcación cargada con fardos de hachís procedentes de Marruecos, desde la que efectuaron el traspaso de la droga hasta el DIRECCION000 , momento en el que el acusado Millán , mayor de edad y sin antecedentes penales (nacido en Marruecos pero nacionalizado holandés), se unió a la tripulación del mismo, reanudando los cuatro acusados el regreso con el barco así cargado. Sobre las 21,50 horas del día 30 de mayo de 2008, el patrullero " DIRECCION001 " del Servicio de Vigilancia Aduanera (A.E.A.T), detectó en el radar un eco en la posición 37° 27' N/000° 30' W, que también fue localizado por la patrullera " DIRECCION002 " del Servicio Marítimo de la Guardia Civil, dirigiéndose ambos para efectuar su identificación y abordaje, que se hicieron en las aguas jurisdiccionales españolas en la posición 37° 29'N/000° 32' W, comprobando que en el yate había una gran cantidad de fardos apilados, presumiblemente hachís, visibles desde la cubierta de popa, por lo que se procedió a la detención de sus ocupantes, teniendo que remolcar la embarcación, que quedó amarrada sobre las 5,00 horas del día 31 de mayo de 2008 en la dársena de talleres de la Autoridad Portuaria de Cartagena, con los fardos en su interior, cerrada y debidamente custodiada. Por auto de ese mismo día dictado por el Juzgado de Instrucción 3 de Cartagena, se autorizó la entrada y registro en el yate de recreo DIRECCION000, que se practicó el 31/05/2008 a presencia de Juan Miguel y su Letrado, interviniendo 126 fardos de arpillera, con un peso de 6.140 K de peso bruto que resultaron ser 4.000 kgr de peso neto, que los acusados iban a destinar al tráfico y cuyo valor en el mercado ilícito ascendía a 5.736.000 € El yate DIRECCION000, es una embarcación deportiva de 13,34 metros de eslora y 4.20 metros de manga, que presenta carencias en su habitabilidad, motorización y estado de conservación, resultando por ello antieconómico. Portaba la matrícula ...G y había sido matriculado en Alemania, si bien fue dado de baja en enero de 2008, por lo que en el momento de su abordaje carecía de matrícula legítima y de pabellón alguno, sin que se haya acreditado su propiedad, salvo por manifestación del acusado Juan Miguel, quien dijo haberla comprado por unos 42.071 €a Augusto .

Segundo

**SEGUNDO**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, al acusado Millán , ya circunstanciado, como responsable en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública de los que no causan grave daño a la salud y de extrema gravedad, tipificado en los artículos 368 y 370.3 del Código Penal [...]

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, al acusado Juan Miguel , ya circunstanciado, como responsable en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública de los que no causan grave daño a la salud y de extrema gravedad, tipificado en los artículos 368 y 370.3 del Código Penal [...]

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, al acusado Augusto , ya circunstanciado, como responsable en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública de los que no causan grave daño a la salud y de extrema gravedad, tipificado en los artículos 368 y 370.3 del Código Penal [...]

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, al acusado Inocencio , ya circunstanciado, como responsable en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública de los que no causan grave daño a la salud y de extrema gravedad, tipificado en los artículos 368 y 370.3 del Código Penal [...]

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, al acusado Santiago , ya circunstanciado, como responsable en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública de los que no causan grave daño a la salud y de extrema gravedad, tipificado en los artículos 368 y 370.3 del Código Penal [...]

### TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Inocencio, Millán, Santiago, que se tuvieron por anunciados [...]

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

RECURSO INTERPUESTO POR Inocencio

### PRIMERO

El motivo primero al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, en relación con el art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.1.2 CE. por vulneración del principio de presunción de inocencia, al haberse enervado ésta con prueba nula de pleno derecho, conforme el art. 11.1 LOPJ. y art. 238.3 y 240.1 del mismo Texto, por haberse vulnerado su derecho de defensa y a la contradicción, dado que consta en el acta de entrada y registro de la embarcación DIRECCION000 donde apareció la droga, que el recurrente no se encontraba presente en el momento de la práctica de dicha diligencia, a pesar de encontrarse detenido y ostentar la figura de "interesado" por dirigirse el procedimiento penal contra el mismo.

Ha declarado esta Sala en sentencia 1461/2001 de 11.7, que **el fundamento de la exigencia referida a la presencia del interesado o de su representante en el registro domiciliario radica en que la diligencia de entrada y registro afecta a un derecho personalísimo de relevancia constitucional, la intimidad personal, por lo que la Ley procesal en el desarrollo de una legítima injerencia en el domicilio prevé como requisito de su práctica la presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda al tiempo y establece un régimen de sustituciones a esa presencia a través de personas con las que se pretende la asistencia del titular, por sí o representado (art. 569), a una diligencia ordenada en averiguación de un hecho delictivo porque lo relevante de la injerencia es la afectación del derecho a la intimidad, bien jurídico afectado por la medida de investigación. Al tiempo la capacidad jurídica del acta que al efecto se levante asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica.** (Cfr. STS 1241/2000, de 6 de julio). La jurisprudencia de esta Sala Segunda es clara al respecto y aunque se alude también al derecho de defensa como fundamento de la presencia del interesado en el registro esa consideración la realiza desde la perspectiva de exigencia de la observancia del principio de contradicción que rige en nuestro ordenamiento para que la documentación del registro, el acta levantada, sea tenida como prueba de cargo contra el mismo (STS. 261/2000 de 21.2).

Las sentencias de esta Sala de 11.2.2000 y 9.4.2003 desarrollan una extensa doctrina en relación a las personas que deben estar presentes en el registro domiciliario, partiendo de que el interés afectado por la diligencia de entrada y registro ordenada judicialmente en un domicilio particular -que se adelanta, tal como se analizará en otros recursos siguientes, no es el caso actual- es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria, cuya protección adquiere rango constitucional en el art. 18.2 de la CE.

**Según la STS. 183/2005 de 18.2, el interesado cuya presencia exige el art. 569 LECrim. es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalísimo a la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, es interesado el imputado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción, para que aquella tenga validez probatoria. El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda (titular del domicilio registrado) la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim."** Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 552, 566 y 570 LECrim. (el art. 550 al exigir resolución motivada para entrar en el domicilio cuando no prestare su consentimiento "el interesado", expresión ésta "el interesado", que se reitera por el mismo art. 550 para designar al destinatario de la notificación que según el art. 566 , es precisamente, el particular del domicilio registrado y se utiliza por el art. 552 al exigir que la práctica se haga procurando no perjudicar ni importunar al interesado "al interesado" más de lo necesario, y por el art. 570 sobre la necesidad de que "el interesado" permita la continuación de la diligencia durante la noche (STS. 163/2000 de 11.2). Por lo que, en definitiva el interesado cuya presencia exige el art. 569 y el titular del domicilio registrado, que es el que en su caso, puede consentir la entrada y recibir la notificación

del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en la condición de tal de intervenir en la diligencia de registro (STS. 1944/2002 de 9.4). **Son numerosas las sentencias de esta Sala Segunda, en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presentes el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente con la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado**, SSTS. 12.3.96, 19.1.99, 11.2.2000, 18.2.2005 y STC. 171/99 de 27.9, que un supuesto en que el acusado no estuvo presente, pero sí lo estuvo su compañera sentimental, la titular del domicilio en que fue localizada la droga, declaró que aquella ausencia es constitucionalmente, irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

**En el caso presente el recurrente la única relación que tenía con el yate era de mero ocupante ocasional y transitorio -solo el mismo día de los hechos, 30.5.2008- por lo que su no condición de morador habitual resulta evidente. El registro se realizó en presencia del coimputado Juan Miguel, quien manifestó ser su propietario y haberlo comprado por 42.071 E, cumpliéndose, por ello, las previsiones del art. 569 LECrim.**

**Pudiera objetarse que al estar Inocencio detenido y ser interesado su presencia devendría obligatoria, pero como hemos declarado en SSTS. 51/2009 de 27.1 y 924/2009 de 7.10, la ausencia del imputado detenido en la práctica de la diligencia de registro no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica.** Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS. 352/2006 de 15.3), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos, conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS. 1108/2005 de 22.9).

En este mismo sentido, respecto de la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro a efectos de respetar el principio de contradicción cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, se decía en la STC nº 219/2006 que "Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre; 171/1999, de 27 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre)", como ocurrió en el

presente caso en el que en el plenario con respeto a los principios de concentración e inmediación, declararon los funcionarios de la tripulación del patrullero "DIRECCION001 " del Servicio de Vigilancia Aduanera, y los propios acusados no cuestionando la existencia del hachís en el barco.

[...]

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Inocencio, Millán y Santiago [...]