

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-3-2007, nº181/2007, rec. 1816/2006.

RESUMEN

Concepto de flagrancia delictiva.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción [...] de Málaga, instruyó Sumario [...], contra Lourdes y Gaspar , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Segunda, [...], dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los que siguen:

Que el día 25 de junio de 2.004, se montó un dispositivo de vigilancia policial sobre la vivienda sita en la C/ DIRECCION002 NUM001 de la Bda. DIRECCION003 y fruto de la misma se obtuvo la intervención de dos pequeñas bolsitas con un peso aproximado de 0'35 gramos, con un porcentaje de principio activo de 12'5% (heroína) y 90'8 % (cocaína). El valor del precio de la sustancia intervenida asciende a 24 euros.

Tras ello continuaron las vigilancias y seguimientos sobre la vivienda plenamente ya identificada en C/ DIRECCION002 núm. NUM001 - NUM002 NUM003 cuya moradora era la acusada Lourdes mayor de edad y sin antecedentes penales y fruto de ello fue que el día 31 de agosto de 2.004 sobre las 17'30 horas se dirigió hacia la vivienda antes mencionada, un tercero, quien tras llamar a la puerta, le abrió el también acusado Gaspar y aquel le solicitó un "cuartito" y tras entregarle el meritado comprador un billete de 50 euros, cierra la puerta, y la abre la hija de Lourdes , Gloria , de 13 años de edad, quien entregó al comprador la vuelta del dinero y la sustancia estupefaciente.

Tras observar los agentes de Policía esta operación deciden intervenir rápidamente, por lo que el agente NUM006 una vez que se identificó como policía, trató de impedir que Gaspar cerrara la puerta de la vivienda, aprisionándole el acusado la mano y el pie derecho, con el objeto de impedir que el Policía, pudiera acceder a la vivienda, aunque este, tras solicitar ayuda a sus compañeros consiguió descolgar la puerta del bastidor y acceder al interior de la vivienda.

La Policía halló en la vivienda de Lourdes , en las inmediaciones de la puerta principal, 3 cuartitos de droga que analizadas por la Dependencia de Sanidad resultó heroína-cocaína con un peso de 0'37 gramos una pureza de 7'07 de heroína y 42'4% de cocaína. Los acusados Lourdes y Gaspar pretendían destinar la sustancia estupefaciente a la venta a terceras personas. En una caja fuerte se halló 350 euros en billetes, 36 euros en moneda y en una bolsa de plástico 500 euros en billetes y 91 euros en moneda.

Igualmente se le ocupó al comprador una papelina de heroína-cocaína con un peso de 0'14 gramos, no pudiendo determinarse la cantidad de principio activo de las sustancias porque la misma fueron consumidas en el análisis efectuado por la Dependencia de Sanidad.

El funcionario del Cuerpo Nacional de Policía núm. NUM004 resultó con contusiones diversas en brazo y pierna precisando una primera asistencia medica sin posterior tratamiento médico. [...]

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

FALLO: [...] Que debemos condenar y condenamos a Lourdes como autor criminalmente responsable de un delito CONTRA LA SALUD PUBLICA QUE CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD CON EL SUBTIPO AGRAVADO DE UTILIZACIÓN DE MENORES sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal [...]

Que debemos condenar y condenamos a Gaspar como autor criminalmente responsable de un delito CONTRA LA SALUD PUBLICA QUE CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD CON EL SUBTIPO AGRAVADO DE UTILIZACIÓN DE MENORES y DE UN DELITO DE RESISTENCIA A LOS AGENTES DE LA AUTORIDAD sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal [...]

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Lourdes y Gaspar [...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

RECURSO INTERPUESTO POR Gaspar

[...] **OCTAVO:** El motivo octavo por infracción del art. 24 CE., al amparo del art. 5.4 LOPJ. al haberse obtenido pruebas de forma ilícita, por cuanto la entrada y registro en el domicilio de Lourdes se efectuó de forma irregular, infringiendo los arts. 18.2 (inviolabilidad del domicilio) y 569 LECrim. (requisitos de la entrada y registro) al no haber intervenido la interesada o propietaria del domicilio, disponible de estar detenida y no constar ni siquiera la identidad completa de los testigos que asistieron al registro, según se puede comprobar en la propia acta de entrada y registro, ni haber ratificado la misma dichos testigos.

Además la sentencia tiene como hecho probado la posesión de tres papelinas destinadas para su venta, cuando dichas papelinas ni siquiera aparecen en la mencionada acta de registro y entrada pese a que un agente de policía dice que se encontraban en el recibidor, es decir, dentro de la vivienda, de forma que dichas papelinas se han obtenido de forma ilícita y no pueden ser consideradas prueba de cargo contra los acusados.

El motivo se desestima.

a) **Aún faltando el consentimiento del titular validamente prestado, la entrada y registro en un domicilio puede hacerse sin necesidad de resolución judicial "en caso de flagrante delito" (art. 18.2 CE. en relación con el art. 553 LECrim). En estos casos, pese a faltar el consentimiento no habría ilegítima invasión del domicilio.**

Por delito de flagrante con base a la definición legal del art. 795.1.1ª LECrim. reforma Ley 38/2002 de 24.10, que entró en vigor el 28.4.2003 , se entiende el que reúne las siguientes notas:

1) inmediatez de la acción (que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes). Esto es actualidad en la comisión del delito -en la terminología acuñada por la jurisprudencia sería inmediatez temporal, es decir que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se considera cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometer el delito o en un momento inmediatamente posterior a su comisión.

2) Inmediatez personal (presencia del delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito), esto es evidencia del delito y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en él; la evidencia puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho "su situación o relación con aspectos del delito que proclamen su directa participación en la acción delictiva", también se admite la evidencia que resulta, no de la percepción directa o inmediata, sino a través de apreciaciones de otras personas (la policía es advertida por algún vecino de que el delito se está cometiendo, por ejemplo); en todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio que permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación en él de un sujeto determinado es prácticamente instantáneo; si fuera preciso interponer un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente, no puede considerarse que se trata de un supuesto de flagrancia.

3) Necesidad urgente de la intervención policial, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente, y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial (SS. 29.3.90, 11.9.91, 9.7.94, 9.2.95, 12.12.96, 4.3 y 14.4.97). Como recuerda la STS. 24.2.98, y la STC. 341/93 de 18.11 , considera la flagrancia una situación fáctica en la que la comisión del delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención, siendo visto el allanamiento en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito. Se incluyen los supuestos de persecución en los que el perseguido no se ponga fuera del inmediato alcance de sus perseguidores (SS. 31.1.94, 23.1.98, 133/2004 de 3.2).

Las SSTs. 1368/2000 de 18.9 y 1879/2002 de 15.11, se ocupan del delito flagrante interesando la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Vamos a reproducir parcialmente el Fundamento de Derecho segundo de la primera de las citadas:

"El artículo 18.2 C.E. contiene una rigurosa protección de la inviolabilidad del domicilio, estableciendo tres supuestos taxativos en que procederá la entrada o registro: consentimiento del titular, supuesto de flagrante delito y mediante resolución judicial. Nuestra Constitución, a diferencia de otras, agota en su propio texto, sin remitirse a leyes de desarrollo, las excepciones a la vigencia del derecho y, además, no concibe otra autorización distinta a la judicial, aún en caso de urgencia, lo

que revela la íntima relación entre el presente derecho a la inviolabilidad del domicilio y el concerniente a la intimidad personal y familiar del apartado 1º, es decir, la posible colisión de intereses constitucionales y la decisión sobre su preferencia debe ser resuelta preventivamente por el Juez. (S.T.C. 160/1991, 18/7).

La tantas veces citada S.T.C. 341/93, de 18/11 , que declara la inconstitucionalidad del artículo 21.2 L.O.P.C. (Ley Orgánica de Protección Ciudadana), constituye el punto de partida para definir el alcance de la flagrancia como supuesto verdaderamente excepcional previsto en el artículo 18.2 C.E. en sede de inviolabilidad del domicilio, acudiendo a "la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o, en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito", no asumiendo como definitivas las formulaciones legales presentes en nuestro Ordenamiento hasta la L.O. 7/88, de 28/12, que suprimió la definición legal incorporada al artículo 779 LECrim., deduciéndose la presencia de las dos siguientes notas: evidencia del delito y urgencia de la intervención policial, cuidándose de matizar que esta última no es por sí sola flagrancia.

Pues bien, dicho alcance también está presente en el lenguaje común, no necesariamente técnico, y, así, el Diccionario de la R.A.E. se refiere a lo flagrante como adjetivo que expresa "que se está ejecutando actualmente", "de tal evidencia que no necesita pruebas" y en flagrante como modo adverbial que quiere decir "en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir". El Diccionario del Español Actual se refiere a estarse "ejecutando en el momento en que se habla" y a ser "cosa muy evidente e innegable". En síntesis, actualidad e inmediatez del hecho y percepción directa y sensorial del mismo, lo que excluye la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello.

La Jurisprudencia de esta Sala II constata esta línea doctrinal. Entre las más recientes, la de 7/3/00 se refiere a la doble inmediatez temporal y personal, y a la urgente necesidad de intervención inmediata de la policía, bien para poner fin al mal que la infracción conlleva, para detener al delincuente o para aprehender el objeto o los instrumentos del delito. La de 13/3/00 se refiere a delito flagrante como aquél que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo. O la aún más reciente de 9/6/00 que sigue la misma línea. Los supuestos son sustancialmente análogos al presente: agentes policiales en funciones de vigilancia que desde el exterior del domicilio perciben directamente hechos presuntamente delictivos ejecutados en su interior (tráfico de droga).

El sustrato fáctico al que se aplica la flagrancia debe constar en el hecho probado, fruto de la valoración por el Tribunal de instancia de las pruebas practicadas ex artículo 741 LECrim, y de dicha constancia debe partirse para contrastar si se ha respetado o no la norma constitucional invocada (artículo 18.2 C.E.). La modificación de la premisa histórica requiere la apreciación del error de hecho (artículo 849.2 LECrim)".

NOVENO: En el presente caso se hace constar en el relato fáctico como los agentes policiales que realizaban las vigilancias y seguimientos sobre la vivienda de la c/ DIRECCION002 NUM001 . NUM002 , NUM003 . cuya moradora era la coacusada

Lourdes , observaron la concreta operación sucedida el 31.8.2004, siendo entonces cuando decidieron intervenir, encontrándose con la resistencia del otro acusado Gaspar , que cerró la puerta, aprisionando a uno de los agentes la mano y el pie derecho. hechos que subrayan la evidencia de la comisión del delito y la posibilidad de desaparición de vestigios y pruebas de aquel. Inmediatez temporal y necesidad urgente de detener al delincuente e intervenir la sustancia y útiles del delito que justifican la entrada en el domicilio.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación, respectivamente interpuestos por Lourdes y Gaspar , contra sentencia de 18 de mayo de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga , en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud publica, y en su virtud, casamos y anulamos dicha resolución, dictando a continuación nueva sentencia [...]

SEGUNDA SENTENCIA

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, [...], condenamos a Lourdes y a Gaspar como autores de un delito contra la salud publica ya definido [...]