

**Tribunal Supremo. Sentencia núm. 202/2010 de 18 de marzo.**

## **RESUMEN**

**Entrada y Registro. Requisitos que deben concurrir en el consentimiento del interesado para su validez.**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO**

El Juzgado de instrucción num. uno de Torrelavega incoó Procedimiento Abreviado con el número 13/2009 (antes Procedimiento 40/2008) y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Santander, cuya Sección Primera con fecha diez de julio de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes

#### **HECHOS PROBADOS:**

"El acusado Ezequias, mayor de edad y sin antecedentes penales, durante al menos veinte días y hasta el 27 de marzo de dos mil ocho en que fue detenido, venía ofreciendo a cambio de dinero cocaína.

El día 27 de marzo de dos mil ocho fue detenido el acusado en la zapatería "Natalia", sita en Torrelavega en la calle Alonso Altúnez de Torrelavega, propiedad de Concepción, cuando se disponía a venderle en el almacén de la citada zapatería 2 papelines de cocaína, que agentes de la Policía Nacional intervinieron en una repisa.

Tras ser detenido Ezequias manifestó voluntariamente a los agentes de la policía, tras ser informado de sus derechos constitucionales y en presencia de Letrado, que guardaba en su domicilio más cocaína y autorizó la entrega voluntaria de dicha sustancia. Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía se desplazaron con el detenido y su Letrado a su domicilio, sito en la Avenida [...] de Torrelavega, donde les hizo entrega de ocho bolsas de plástico selladas a fuego que contenían una sustancia que, debidamente analizada, resultó ser cocaína.

La sustancia total ocupada al acusado tenía un peso de 6,684 grs. y una pureza del 16,9 % que pensaba destinarla a la venta a terceros.

El precio de dicha sustancia en el mercado era de 556,26 euros.

No se ha acreditado que el acusado en la fecha de los hechos fuese consumidor de cocaína, ni de ninguna otra sustancia estupefaciente".

#### **SEGUNDO**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

#### **FALLAMOS:**

Que debemos condenar y condenamos al acusado Ezequias como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, [...].

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

### **RECURSO INTERPUESTO POR EZEQUIÁS:**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, por el acusado Ezequias, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dicho recurso.

El recurso interpuesto por la representación del acusado Ezequias , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**: Primero.- Por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución española, en base a lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ., 6/85 de 1 de julio. Segundo .- Por infracción del principio constitucional de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución española, con base en lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ. 6/85 de 1 de julio. Tercero y Quinto .- Por infracción del principio constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ., al estimar vulnerado el art. 9.3 de la Constitución española, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo con todas las garantías, al utilizarse pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales. [...]

### **PRIMERO**

El impugnante combate la sentencia en primer término, por considerar infringido el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E., lo que hace a través del art. 5-4 LOPJ ).

1. Entiende que en la causa no existió prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, atribuyéndole una dedicación al tráfico y venta de estupefacientes que no responde a la realidad. Rechaza que la prueba fundamental se haya construido sobre la base de la declaración prestada ante el juez instructor, con asistencia de letrado, cuando en el juicio oral, que es la fase decisoria se retractó, manifestando que no era cierto que vendiera cocaína, dado que la inculpación tuvo por causa presiones de la policía que le amenazó que si no reconocía los hechos le iban a mandar a su país. La contradicción procesal debe remitirse al juicio oral en cuya ocasión dejó sin efecto la autoinculpación y como prueba de cargo sólo debe tener validez la practicada en ese acto, en cuanto adornada de la inmediación y contradicción procesal, con la excepción de la prueba anticipada y preconstituída. Por otro lado no puede pretenderse partir del dato probatorio de que no es consumidor de droga, ya que ese extremo no quedó acreditado en juicio y por tanto no debe perjudicarlo.

Respecto a la droga intervenida en su casa gracias a su confesión, no debe presumirse que su destino era la venta a terceros, sino a su propio consumo, ya que tal inferencia se halla carente de apoyos probatorios suficientes.

2. La pretendida insuficiencia de prueba no es tal como a continuación analizaremos, dentro de los límites de control que la ley concede a la censura casacional. Esta Sala ante una alegación de este tipo tiene obligación de comprobar los siguientes extremos:

- a) si en la causa existió prueba suficiente de cargo, que justifique la sentencia de condena.
- b) si la misma fue obtenida en el sumario conforme a las normas procesales y constitucionales y por ende se hallaba adornada de plena regularidad legal.
- c) si fue introducida y practicada en el plenario con respeto y vigencia de los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (disciplina de la prueba).

d) si la prueba incriminatoria fue valorada por el tribunal conforme a las pautas de lógica y experiencia, esto es, sin atisbo de arbitrariedad.

Consecuentes con lo dicho, el tribunal de casación ha de llegar al convencimiento de que existió un mínimo de actividad probatoria de signo incriminatorio sobre la existencia o concurrencia de los elementos típicos de carácter objetivo y de las circunstancias jurídico-penales relevantes. La referencia inmediata a la presunción de inocencia apunta a los aspectos objetivos del injusto típico y de la participación en él del sujeto activo. Respecto a los contenidos de conciencia (dolo o elementos subjetivos del injusto, propósitos tendenciales, etc.) deberán ser acreditados por indicios o prueba indirecta, fruto de la actividad lógico-deductiva del tribunal de instancia.

Esta Sala, tanto en la valoración de la prueba directa, como en el proceso inferencial dirigido al acreditamiento de los elementos subjetivos, puede y debe analizar la estructura racional de ese proceso y como bien apunta el Fiscal y esta Sala ha tenido ocasión de afirmar en diversas ocasiones, la suficiencia probatoria del elemento subjetivo (amén de ser reconducido al cauce procesal del art. 849-1º L.E.Cr., como elemento subjetivo del tipo) puede tener y tiene una proyección en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia, en el control de la real existencia y acreditación de los datos o elementos objetivos indiciarios de los cuales arranca el silogismo inferencial, los cuales deben hallarse plenamente acreditados en el proceso, controlando a continuación la corrección lógica de la convicción obtenida por el tribunal.

3. Dicho lo anterior y descendiendo al caso concreto, podemos comprobar la suficiencia de prueba de cargo, entre la que figura en primer término, el testimonio autoincriminatorio del acusado. Éste, en su declaración, tanto policial como judicial evacuada en instrucción, con asistencia de Letrado y previa lectura de sus derechos, reconoció que era cierto que la policía le había intervenido dos dosis de cocaína al llegar a la zapatería y que iba a venderlas a su propietaria; que a dicha persona ya le había vendido en otras ocasiones y que en su domicilio tenía ocho papelinas más de cocaína dispuestas para vender. El tribunal explica que, aunque luego en el juicio oral el acusado se retractó de su declaración, otorgaba credibilidad a la declaración sumarial practicada con respeto a los derechos fundamentales, descartando la segunda por la inconsistencia de sus explicaciones.

Es abundante la jurisprudencia de esta Sala, en sintonía con la proclamada por el Tribunal Constitucional, hasta el punto de hacer innecesaria su cita, que el órgano jurisdiccional sentenciador ante declaraciones dispares o contradictorias, entre las emitidas en instrucción y las vertidas en juicio oral, está obligado a contrastarlas conforme al art. 714 L.E.Cr. y razonadamente optar por aquella o aquellas, en todo o en parte, que le merezcan más credibilidad.

En nuestro caso la Audiencia se inclinó por la más espontánea y con menos posibilidades de aleccionamiento realizada en la fase instructora, con plenas garantías y ello lo razonó y justificó adecuadamente. En tal sentido nos dice que la declaración hecha ante el juez instructor, con asistencia de letrado, se hallaba avalada:

a) por el hecho objetivo de la ocupación de dos papelinas en la zapatería a cuya titular se la vendió y ocho más en su casa, como declaró.

b) el testimonio de Concepción, que reconoció que le vendió dos papelinas, que otras veces también había intentado venderle o le había vendido más, que no le amenazó al acusado con contárselo a su mujer, que nunca habían consumido juntos cocaína y no había mantenido con él ninguna relación sentimental.

c) declaraciones de los policías que practicaron la intervención y ocupación de las 10 papelinas.

d) en el juzgado no se limitó a ratificar su confesión, sino que añadió detalles y consideraciones complementarias, que distaban mucho de una simple y rutinaria ratificación.

4. Junto al fundamental testimonio del recurrente figuran otras pruebas, alguna de ellas fueron las que confirmaron la veracidad de su declaración sumarial ante el juez. Entre éstas:

a) la inexistencia de prueba alguna acerca de su carácter de consumidor de droga, circunstancia que aduce por primera vez en el plenario y que como elemento reductor de la responsabilidad criminal, en tanto capaz de disminuir la imputabilidad del agente, es al acusado a quien compete su probanza. El tribunal de instancia hace referencia a la fiabilidad de la prueba o acreditamiento por el análisis de sus cabellos.

b) la prueba pericial documentada de los Laboratorios oficiales acerca de la calidad, cantidad y naturaleza de las sustancias intervenidas.

c) el registro de su domicilio, voluntariamente consentido, con la participación y presencia de su abogado, aunque no fuese preciso para la regularidad legal de la diligencia.

d) las contradicciones del acusado sobre su permanencia en la zapatería, en contraposición con lo declarado por la dueña y las distintas versiones relativas a hipotéticas presiones de los policías para que efectuara declaración inculpativa, en las que se le amenazó con expulsarlo del país, para luego afirmar que el descubrimiento de la droga y autoincriminación tuvo por causa la obtención de beneficios procesales.

5. Por otro lado no puede excluirse del acervo probatorio la droga voluntariamente entregada, ya que el procedimiento de ocupación fue plenamente correcto y respetuoso con los derechos fundamentales.

**Para considerar válido el consentimiento** se ha venido exigiendo por esta Sala, como apunta el Fiscal, las siguientes condiciones:

- 1) **que no esté invalidado por error, violencia o intimidación** de cualquier clase.
- 2) **que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de actuación policial del signo que sean.**
- 3) **que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no pueda válidamente prestar tal consentimiento si no es con la asistencia de Letrado.**
- 4) **que la prestación del consentimiento y la presencia de abogado se documente por escrito, normalmente por diligencia policial.**

En nuestro caso concurrieron esas circunstancias, ya que tras haber sido informado de sus derechos, art. 520 L.E.Cr., se prestó el consentimiento a presencia del letrado y se documentó al folio 14 de las actuaciones, efectuándose el registro a presencia del detenido y del letrado.

Por todo lo expuesto podemos concluir que el derecho a la presunción de inocencia estuvo plenamente desvirtuado. El motivo ha de rechazarse.

## **SEGUNDO**

En el correlativo ordinal se alega la violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...]

1. Los argumentos que sustentan el motivo censuran la sentencia dictada por la arbitrariedad en sus razonamientos, los cuales obvian las manifestaciones del acusado y alzapriman las declaraciones contradictorias de la testigo Concepción, ya que no se ha

acreditado que sea un componente de una banda de sudamericanos que se dedican al tráfico de drogas.

Tampoco se da respuesta a la ausencia de esos elementos o datos que suelen acompañar al vendedor de droga, que normalmente se halla en posesión de importantes cantidades de estupefacientes o de instrumentos relacionados con la transformación y venta.

Sostiene que las entradas y registros en la zapatería y en su propia casa se hicieron infringiendo la legalidad, particularmente porque la policía le sugiere que colabore con la justicia, como actitud más beneficiosa para su situación y en la creencia de que era cierto realiza una serie de manifestaciones que le imputan.

Finalmente muestra su desacuerdo al no haber tenido en consideración lo afirmado durante la formación del sumario y no lo del juicio oral en donde sostuvo que la droga era para autoconsumo, lo que hace que el acto de la vista carezca de relevancia al prescindir de él, quedando sujeto a todo lo contenido en las diligencias policiales de origen.

2. Según doctrina de esta Sala, reflejo de los criterios de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo, cuyas más importantes manifestaciones son las siguientes:

- a) posibilidad de acceder a los juzgados y tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos.
- b) el de tener la oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria sin sufrir indefensión.
- c) el de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable.
- d) el de ejercer los recursos establecidos por la ley frente a las resoluciones que se estimen desfavorables.
- e) el de obtener la ejecución del fallo judicial recaído en la resolución firme.

La respuesta fundada en derecho implica incluir en la sentencia la motivación o razones que justifican el tenor de la misma. Lo que en ningún caso es objetable es que el tribunal decide, con objetividad e imparcialidad, en conciencia (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.) y dentro del proceso penal las declaraciones sumariales tanto de procesados, como de testigos y peritos, pueden ser tenidas en cuenta (no sólo en supuestos de prueba preconstituída o anticipada) sino cuando se atraen o incorporan al proceso de la forma establecida por la ley y la jurisprudencia. Esta Sala en su día acordó en un Pleno no jurisdiccional de fecha 28 de noviembre de 2006 **"las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia"** y si las declaraciones policiales pueden ser atraídas al juicio, con más razón las judiciales o sumariales, siempre, lógicamente, que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, todo lo cual supone que las declaraciones previas al juicio se hayan evacuado con todas las formalidades legales e igualmente se hayan introducido al plenario en la forma prevista por las leyes procesales y por la jurisprudencia, al objeto de ser constatadas y valoradas en su justa medida.

3. En nuestro caso el juzgador de instancia valoró las pruebas de cargo y de descargo y alcanzó unas conclusiones. El tribunal en ningún caso se halla constreñido o vinculado por un criterio rígido acerca de la preferencia o prevalencia de una declaración vertida en el sumario contradictoria con otra evacuada en el plenario, pues éste de forma razonada y con arreglo a pautas y criterios lógicos puede otorgar credibilidad total o

parcial a lo testimoniado antes del juicio o en el juicio, según la mayor o menor credibilidad que le merezcan las versiones.

El tribunal no ha pasado por alto el derecho de faltar a la verdad que asiste al acusado y la obligación del testigo de ser veraz bajo penas de falso testimonio y también ha podido valorar la ausencia de datos o elementos que suelen ir unidos al tráfico de drogas a pequeña escala, pero es que el órgano jurisdiccional dispuso de prueba contundente que acreditaba la venta de dos papelinas a la dueña de la zapatería y la posesión de ocho más obtenidas por voluntad del acusado en su propia casa. La objetividad de los datos, sin importar cualesquiera otros que pudieran concurrir, bastaba y justificaba al más alto nivel, el acreditamiento probatorio del hecho delictivo.

Lo dicho por el acusado en la instrucción resultaba fuertemente corroborado por el testimonio de la testigo, de los policías y por las circunstancias objetivas de constancia sumarial (intervención de la droga).

El aspecto preocupante para el recurrente de ser catalogado como miembro de una banda de sudamericanos que se dedica al tráfico de drogas, es una afirmación que no aparece en parte alguna de la sentencia y que resulta irrelevante para el acreditamiento del hecho y participación del culpable. El derecho penal no cataloga a las personas por una tendencia o caracterización personal (derecho de autor), ya que como derecho del acto o del hecho sólo tiene en consideración que el acusado en una ocasión vendió dos papelinas a tercera persona y que lo hizo en alguna ocasión más en los veinte días anteriores y que en su casa tenía guardadas 8 papelinas para dedicarlas al consumo de terceros. El delito de tráfico de drogas no es de hábito y se castigan esos concretos y determinados casos.

Por otro lado la aprehensión de la droga (dos papelinas) con la entrada de la policía en la zapatería, establecimiento abierto al público y la recepción de 8 papelinas más **entregadas por el acusado en su casa, a donde accedió la policía con su consentimiento expresamente declarado ante letrado y perfectamente documentado en autos, permiten dar valor probatorio a esas dos ocupaciones de sustancia tóxica.**

Por otro lado ninguna influencia tiene la posible sugerencia de los policías de que testimoniara con verdad y entregara la droga que poseyera, por ser procesalmente más beneficioso, pues además de que podía haberse abstenido de colaborar, le fueron leídos sus derechos hallándose presente el abogado al que debió atender en sus consejos de forma preferente, si así lo hubiera estimado oportuno.

Por todo lo expuesto, es patente que el derecho a la tutela judicial efectiva no se ha infringido.

### **TERCERO**

Los motivos tercero y quinto se formalizan conjuntamente, por lo que también debe darse una respuesta a ambos unitaria. Los dos motivos, canalizados por la vía del art. 5-4 LOPJ., se contraen a la vulneración del derecho a un proceso justo con todas las garantías por utilización de pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales (art. 24-2 C.E. que no se invoca), y por tanto decisión arbitraria (art. 9-3 C.E. en relación al 11 LOPJ.) por servirse de tales pruebas para fundamentar una sentencia de condena, a pesar de hallarse contaminados (conexión de antijuricidad).

1. El censurante nos dice que el "ius puniendi" del Estado sólo puede ser alcanzado dentro de las exigencias de la ley, actuando ésta como garantía frente a todos, constituyendo una manifestación básica del Estado de derecho caracterizado por el ineludible sometimiento al principio de legalidad, con prohibición de todo exceso.

Sobre esa base **entiende que se han utilizado en el proceso pruebas obtenidas irregularmente, en particular, la intervención de la droga en el domicilio del acusado se habría producido con vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18-3 C.E.), en tanto su consentimiento para la entrada estaría viciado por varias razones:**

a) **por no haberle sido explicadas las consecuencias** y alcance de tal manifestación y de la obtención de la droga poseída.

b) **porque la declaración prestada ante la policía, así como la posterior ante la autoridad judicial, ambas a presencia de letrado, estarían viciadas por la nulidad del registro**, que arrastraría la nulidad de tales declaraciones por existir conexión de antijuricidad.

c) por último, **sería nula la declaración autoinculpatoria por cuanto la policía le habría indicado que lo más beneficioso para él era el reconocimiento del delito.**

2. Los argumentos carecen de virtualidad suasoria, en tanto en cuanto tropiezan con hechos objetivos que los invalidan.

En tal sentido es **incontestable que el acusado después de ser detenido (repárese que se le había sorprendido por la policía vendiendo dos papelinas a Concepción, papelinas de cocaína que fueron intervenidas) se le leen sus derechos a presencia de letrado de conformidad con lo dispuesto en el art. 520 L.E.Cr., prestando declaración estando también el letrado presente y habiéndose documentado la prestación del consentimiento para que se registrase su casa igualmente con la asistencia de abogado, redactándose y firmándose la diligencia en el acta al folio 14.**

La doctrina de esta Sala expuesta ampliamente en la sentencia n° 261 de 14-3-2006 oportunamente citada por el M° Fiscal, señala los **requisitos que deben concurrir en caso de consentimiento prestado por el interesado para que se registre su domicilio**. En principio, conforme al art. 18 de la Constitución sólo existen tres supuestos de entrada lícita en el domicilio ajeno: consentimiento del titular -art. 551 L.E.Cr. -, flagrante delito -art. 553 L.E.Cr. - y autorización judicial -art. 558 L.E.Cr.- y el caso concernido encaja perfectamente en el primero de los mencionados.

3. **Por otro lado aún en el supuesto de que en algún momento a instancias suyas se dirigiera a la policía o ésta espontáneamente le recomendara la colaboración para mejorar su posición procesal, no afectó en nada a su libertad y más teniendo como consejero a su letrado.** En cualquier caso lo dicho por la policía, si es cierto que lo dijo, resultaba irrelevante, toda vez que con la intervención de las dos papelinas que le vendió a Concepción , manifestado por ésta y corroborado por la ocupación de la droga y los testimonios policiales, bastaba para justificar las penas impuestas. El resto de la droga hallada en el domicilio y la afirmación de que en los veinte días previos fueron realizadas también ventas, no eliminaba la condena y menor pena era imposible imponer conforme a la ley.

De acuerdo con todo lo dicho, los motivos deben rechazarse [...]

### **III. FALLO**

#### **SENTENCIA**

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Ezequias, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera, con fecha diez de julio de dos mil nueve, en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública y con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.