

RESUMEN

Entrada y Registro. Validez de la entrada y registro realizado en el domicilio de una de las acusadas sin su presencia pese a que ya se encontraba detenida.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Oviedo instruyó sumario con el nº 2 de 2.008 contra María Luisa , Edmundo y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que con fecha 11 de junio de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

Que desde principios del año 2007 los procesados Edmundo y su compañera sentimental Encarna, se dedicaron a la venta de cocaína en Oviedo, siendo ayudados en esa actividad por la madre de él, la también procesada Macarena , la cual regentaba el bar denominado "El Viajero Feliz", sito en la C/ Buenaventura Paredes de esta localidad. En dicho establecimiento Edmundo se concertaba con el procesado Sixto que era su principal proveedor de la droga, aunque Sixto también la vendía a otras terceras personas, siendo los proveedores principales de cocaína a Sixto los también procesados María Luisa y Armando. Aquellas actividades de venta y distribución de la droga fueron investigadas por funcionarios de la Guardia Civil, quienes tuvieron conocimiento de que Sixto iba a entrevistarse con María Luisa y Armando, dado que aquél se quejaba de que una partida de cocaína que le habían suministrado era de baja calidad, por lo que se la devolvía para que le entregaran otra, citándose el día 20 de junio del 2007, sobre las 15 horas en la casa que utilizaba Sixto sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000. Establecido el oportuno servicio de vigilancia y control, los Guardias Civiles observaron cómo sobre las 15.20 horas María Luisa y Armando , que antes habían llegado a la casa, la abandonaban, subiéndose en el vehículo Renault Kangoo matrícula ...HHH, donde fueron detenidos ocupándoseles, a Armando , una bolsa conteniendo 118,79 gr. de una mezcla de cocaína y MDMA con una riqueza en cocaína base del 3,5% y de anfetamina base de 6,1%, valorándose en 5.710,66 € 85 € 5 dólares USA y 2 teléfonos móviles con números NUM001 y NUM002, y, a María Luisa 3.540 € dinero que, junto a la droga se lo había entregado Sixto , así como otros 175 € dos teléfonos móviles, dos libretas de ahorro a su nombre y dos tarjetas SIM telefónicas. Posteriormente, sobre las 15.50 horas Sixto se citó en una cafetería de la misma calle José Ramón Zaragoza, con los procesados Edmundo y Encarna , yendo los tres a la casa de la citada calle que utilizaba Sixto, para, minutos después salir Edmundo y Encarna que subieron a un taxi, donde fueron detenidos por la Guardia Civil ocupándosele a Encarna una bolsa conteniendo 109,84 gr. de cocaína con una riqueza de cocaína base del 38,8%, valorada en 5.155,10 € 40 € un teléfono móvil y una tarjeta SIM telefónica. Luego fue detenido Sixto cuando salió de aquella casa y se dirigía caminando hacia la calle Valentín Masip, ocupándosele dos teléfonos móviles con números NUM003 y NUM004 y cuatro tarjetas SIM telefónicas. Macarena fue detenida el 21 de junio de 2007 ocupándosele 100 € Los procesados María Luisa y Armando compartían domicilio en la C/ DIRECCION001 nº NUM005 NUM006 NUM007 de Oviedo, donde se practicó una entrada y registro, judicialmente acordada, hallándose los siguientes

efectos relevantes para la causa: - 165,76 grs. de cocaína con una riqueza en cocaína base del 38,09€ valorada en 7.799,63€ - 500,92 grs. de una mezcla de MDMA y cocaína con una riqueza en cocaína base del 3% y en anfetamina base del 13,2%, valorada en 23.777,88€ - 321,53 grs. de una mezcla de MDMA y cocaína con una riqueza en cocaína base del 3,8% y en anfetamina base del 12,5%, valorada en 15.573,80€ - 14,49 grs. de una mezcla de MDMA y cocaína con una riqueza en cocaína base del 3,7€ y en anfetamina base del 15,7%, valorada en 700,04 € - 1,04 grs. de cocaína con una riqueza en cocaína base de 37,6%, valorada en 47,40€ - 4,01 grs. de marihuana con una riqueza en THC de 16,8% y valorada en 53,09€ - Una báscula de precisión Jata Hogar. - Un teléfono móvil y una tarjeta SIM telefónica. - Diversas joyas. - Electrodomésticos de ocio como un televisor, DVD y cámara de vídeo. - 2 ordenadores portátiles. En la casa que utilizaba Sixto sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 NUM008 NUM009 de Oviedo, se practicó una diligencia de entrada y registro judicialmente acordada, ocupándose los siguientes efectos relevantes para la causa: - 324,49 grs. de cocaína con una riqueza en cocaína base del 0,2% valorada en 78,50€ - 25,50 grs. de cocaína con una riqueza en cocaína base de 44,3% valorada en 1.366,43€ - 2,39 grs. de una mezcla de MDMA y cocaína con una riqueza en cocaína base de 3,2% y de anfetamina base de 13,2%, valorada en 114,03 € - 7.550 € y un sobre en el que además de ese dinero había anotaciones contables, dos botes de Manitol, para adulterar la droga. - 3 balanzas de precisión. - 3 teléfonos móviles - recortes de plástico para hacer dosis individuales. En el domicilio del citado Sixto, sito en la C/ DIRECCION002 nº NUM010 - NUM011 - NUM012 NUM013 de Oviedo se halló: - una bolsa con 3,12 grs. de cocaína con una riqueza en cocaína base del 41,8%, valorado en 157,75€ - 51,88 € - Un cordón de oro y un reloj Ferrari. - Recortes de plástico para hacer dosis individuales. - Anotaciones de números y nombres. - Dos teléfonos móviles y tarjetas SIM. En el domicilio de Edmundo y Encarna, sito en la C/ DIRECCION003 nº NUM014 NUM015 de Oviedo, se practicó diligencia de entrada y registro, judicialmente acordada, hallándose: - un trozo de plástico con recortes para hacer dosis individuales de droga. - un teléfono móvil sin tarjeta. - dos libretas de ahorro a nombre de Edmundo. En el bar "El Viajero Feliz" se hallaron: - 570€ - un teléfono móvil. - una libreta de ahorro a nombre de Macarena. Entre las personas que adquirirían droga a Edmundo y Macarena estaba el también procesado Juan Manuel, el cual, a su vez, la revendía a terceras personas, siendo detenido el día 5 de julio de 2007 ocupándosele 9 envoltorios de plástico conteniendo 2,70 grs. de cocaína con una riqueza en cocaína base del 25,7%, valorada en 162€ y otra bolsa conteniendo 2,59 grs. de paracetamol para mezclarla con la anterior y obtener mayor beneficio en la venta. Entre las personas que adquirirían droga a Sixto estaba el también procesado Casimiro, el cual, a su vez, la revendía a terceras personas. Toda la droga ocupada estaba destinada al tráfico para terceros, procediendo de dicha actividad el dinero y efectos que les fueron intervenidos a los procesados. Todos ellos son mayores de edad y carecen de antecedentes penales en esta causa, y, Edmundo, Encarna, eran consumidores de estupefacientes en la fecha de los hechos, cometiéndolos como consecuencia de ello.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a los procesados que se van a decir, como autores de un delito contra la salud pública, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (María Luisa, Armando, Sixto, Edmundo, Macarena, Encarna, Juan Manuel y Casimiro) [...].

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de los acusados María Luisa y Edmundo, 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 el recurso.

RECURSO INTERPUESTO POR MARIA LUISA:

[...].

Valoró también el Tribunal como elemento de convicción las distintas partidas de droga que se hallaron en el registro judicialmente autorizado del domicilio de María Luisa y en el que también habitaba desde meses atrás el coprocesado Armando como morador. En este punto, **la recurrente alega la nulidad de la diligencia de entrada y registro y de su resultado porque la acusada se encontraba detenida y no estuvo presente en la práctica de dicha diligencia.**

Esta cuestión requiere que nos detengamos un momento para su análisis en profundidad: en efecto, **no conviene olvidar que la entrada y registro de un domicilio que se lleva a cabo en busca de pruebas de la comisión de un ilícito penal, afecta a dos bienes jurídicamente protegidos constitucionalmente, pero de distinta naturaleza y consecuencias.** Así, en primer lugar, supone una invasión o injerencia de personas extrañas en el ámbito de la intimidad de la persona cual es el domicilio, exponente por antonomasia del espacio físico en el que el individuo debe gozar de absoluta libertad para el libre desarrollo de su personalidad. Ese ámbito de la privacidad se encuentra constitucionalmente protegido por el art. 18.2 C.E que únicamente permite el sacrificio de tan inalienable derecho cuando venga precedido del consentimiento del titular, de una resolución judicial o de la existencia de un delito flagrante.

Por su parte, el registro del domicilio afecta de lleno al ciudadano cuando se lleva a cabo en un procedimiento judicial criminal y que tiene por objetivo hallar los elementos probatorios que acrediten la participación de la persona investigada en la actividad delictiva investigada. En tales casos, el derecho a la defensa adquiere singular relevancia.

El problema se circunscribe a **dilucidar el alcance del vocablo "interesado"** que aparece en el art. 569 L.E.Cr , donde se establece imperativamente que **"el registro se hará a presencia del interesado"** y su incidencia en el ámbito del derecho a la intimidad y a la defensa mencionados.

La reciente sentencia de esta Sala nº 51/2009, de 27 de enero explica que la jurisprudencia, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, ha entendido en numerosas ocasiones que **el interesado** al que se refiere el artículo 569 de la LECrim **es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores.** Así se desprende de la STC 22/2003, aunque se tratara en ese caso de la validez del consentimiento prestado por uno de ellos. Naturalmente esta consideración se hace sin perjuicio de que el imputado, o imputados vean afectado su derecho a la contradicción si el registro se efectúa sin su presencia y su resultado es después utilizado como prueba de cargo. En este sentido, en la STS nº 154/2008, de 8 de abril, se decía que el artículo 569 de la LECrim "dispone que el

registro se hará a presencia del interesado. **Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo su presencia como condición de validez de la diligencia.** Al mismo que se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento, pues resultaría **insostenible que pudiera practicarse válidamente el registro de un domicilio con el consentimiento del imputado no morador de aquél.** Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS núm. 1009/2006, de 18 de octubre. De no ser así, es decir, **si, siendo posible, no está presente el interesado, la diligencia será nula,** impidiendo la valoración de su resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, **cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no se presenten conflictos de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno** (STS núm. 698/2002, de 17 de abril) para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. **En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569.** Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, **interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia 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 núm. 352/2006, de 15 de marzo), 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 núm. 1108/2005, de 22 de septiembre)".

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.**

Pues bien, **en el supuesto actual,** y en lo que atañe al derecho a la intimidad, **el registro fue practicado a presencia de uno de los moradores de la vivienda y que, a la vez,**

era también directamente interesado en el resultado de la investigación policial por cuanto ésta también se dirigía contra él. No sólo eso: Armando tenía instalado su domicilio en la vivienda de María Luisa, con la que convivía, y ambos eran sospechosos de ser coautores de los mismos hechos delictivos, como si la pareja conformara una especie de unidad criminal. **En estas circunstancias, la presencia en la diligencia de entrada y registro de uno de ellos -tan "interesado" como el otro en el resultado del registro-, legitima la repetida diligencia.** Es lo que en ocasiones se ha denominado por esta Sala "**intereses asimilables**" de los afectados (véase STS de 30 de enero de 2.001). También compareció y testificó en el Juicio Oral uno de los agentes que practicaron el registro, concretamente, el NUM017, según consta en el Acta.

Por lo demás, **la doctrina jurisprudencial ha permitido la excepción de este requisito cuando existan causas de fuerza mayor que impidan la presencia del detenido en la pesquisa policial, o cuando existan motivos razonablemente justificados para ello.** En nuestro caso así ocurrió, pues tal y como se expresa en la sentencia hay que tener en cuenta la razonable explicación que se da para justificar la ausencia de la procesada en el registro, relacionada con el interés en proveer sobre la cuestión de sus hijos menores que se hallaban en el centro escolar, procurando buscar a alguien que se hiciera cargo de ellos al estar detenida su madre, siendo así explicado por los funcionarios de la Guardia Civil que intervinieron en las diligencias, Nos. NUM018, NUM019 y NUM020, estando por otra parte documentado en el atestado, por ejemplo, a los folios 297, 298 y 299.

El motivo debe ser desestimado.

[...]

III. FALLO

SENTENCIA

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuestos por las representaciones de los acusados María Luisa y Edmundo , interpuestos contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, de fecha 11 de junio de 2.009 en causa seguida contra los mismos y otros por delito contra la salud pública.