

**Tribunal Supremo 27-1-2009, nº 51/2009, rec. 1238/2008. Entrada y registro domiciliario. Concepto procesal de titular y de interesado.**

## **RESUMEN**

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. Subraya el Alto Tribunal que la ausencia del imputado en la diligencia de registro afecta al derecho a la vigencia del principio de contradicción y, consecuentemente, a su derecho a la defensa efectiva. Tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional han entendido que en esos casos el resultado de la diligencia de entrada y registro debe ser incorporado como prueba de cargo mediante el testimonio de los agentes policiales o de otras personas que la hayan presenciado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de San Fernando, incoó el Procedimiento Abreviado con el número 23/200.4 contra Mariano , Carlos José , Fermín , Remedios y Flor y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera, rollo 16/2.006) que, con fecha seis de marzo de dos mil ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

” Remedios , mayor de edad, ejecutoriamente condenada en tres ocasiones anteriores por delitos contra la salud pública, datando la última de 3 de abril de 1997, a la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor que extinguió el 25 de junio de 2001, en unión de su hijo Carlos José , mayor de edad y sin antecedentes penales, valiéndose de sus respectivos teléfonos móviles, que fueron intervenidos mediante autorización judicial, llevaban a cabo transacciones de droga, normalmente cocaína, con terceros que como consumidores, se ponían en contacto con aquéllos para satisfacer sus necesidades de adicción, llevándose a cabo las transacciones, tanto en el domicilio de Carlos José , sito en la Avda. Ponce de León de San Fernando y en un local de garaje ubicado en la carretera de Camposoto, como en el domicilio de Remedios , en un chalet en el Camino de los Llanos de la localidad de Chiclana de la Frontera.

Así las cosas, el día 22 de octubre de 2003, como culminación de la investigación, agentes del Cuerpo Nacional de Policía, legalmente habilitados por autorización judicial, llevaron a cabo diligencias de entrada y registro de los tres citados, arrojando el siguiente resultado: En el garaje de la carretera de Camposoto, alquilado por el acusado Carlos José , el día 22 de octubre, sobre las 20 horas: balanza de precisión, con restos de droga, 60 euros y cocaína distribuida en 13 papelinas, con pesos entre 0,150 y 5,221 grs. y una pureza entre 59,5 y 73,7%, peso total de 14,285 grs. En el domicilio del acusado Carlos José , situado en la AVENIDA000 , blq. NUM000 piso NUM001 : dos envoltorios conteniendo 4,955 grs. y 1,456 grs, y una pureza de 79,4%, otro envoltorio, tipo huevo con dos papelinas de pesos 0,035 y 0,024 grs. con pureza de 89,1%, una balanza de precisión, con restos de droga y 62 euros en billetes. En el domicilio de Remedios , sito en el camino de Los Llanos, en Chiclana de la Frontera: un envoltorio, envuelto en plástico blanco, conteniendo en su interior un total de 4,464 grs. de cocaína al 79,4%, una papelina con un peso de 0,415 grs. al 82,7%, dos pastillas de MDMA, un trozo de hachís con un peso de 84,745 grs. y un THC de 7,8%, en envoltorio conteniendo marihuana con peso de 5,853 grs., una balanza de precisión, un peso de cocina, tijeras, recortes de plásticos circulares de los usados para confeccionar las papelinas, todos con restos de cocaína, 59.850 euros en billetes de curso legal (billetes de 5, 10, 20 y 50), procedentes de la actividad descrita, numerosas joyas de oro, algunas de las cuales provienen de delitos contra la propiedad, habiendo sido entregadas a los acusados en pago de venta de drogas, sin que conste que conocieran la ilícita procedencia de las mismas. Cuanta droga y utensilios fueron ocupados, estaban destinados al tráfico oneroso a terceros, procediendo el dinero y joyas intervenidas, de dicha actividad.

No ha resultado acreditada la participación en dicha actividad de Mariano , Fermín y Flor .” (sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

”Que debemos absolver y absolvemos a Mariano , Fermín y Flor con todos los pronunciamientos favorables, debiéndose devolver al primero el dinero intervenido una vez firme la presente.

Que debemos condenar y condenamos a Remedios y Carlos José , como autores responsables del delito contra

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

TERCERO.- En el motivo cuarto denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa que considera producida en cuanto que los dos recurrentes no estuvieron presentes en los tres registros efectuados pese a lo cual se les imputa como propia la droga encontrada en cada uno de ellos. Así, **Carlos José no presenció el registro efectuado en el chalet de Chiclana ni tampoco el practicado en San Fernando, en el que se encontraban dos personas que nada tenían que ver con los recurrentes. Y Remedios solamente presenció el registro efectuado en su domicilio. Por lo tanto, sostiene, el registro se practicó sin la presencia del interesado.**

1. 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 núm. 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 aquel; o el artículo 552 , en cuanto el registro debe hacerse procurando no importunar ni perjudicar al interesado; o el artículo 570 , en cuanto es el interesado quien debe ser requerido para que permita la continuación del registro durante la noche. 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 núm. 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, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6)”.

2. En el caso, al registro del garaje no son aplicables las garantías derivadas de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio, por lo que únicamente podría cuestionarse la infracción del principio de contradicción y sus consecuencias, lo que se hará en el examen del motivo siguiente. En cualquier caso, a la práctica de la diligencia asistió el imputado Carlos José. De manera que los resultados de esa diligencia pueden ser utilizados como prueba de cargo en su contra.

En cuanto al registro del domicilio de la recurrente Remedios, se reconoce en el propio motivo que estuvo presente en la diligencia, por lo que ninguna infracción se aprecia en el sentido expuesto, pudiendo ser igualmente utilizado como prueba de cargo respecto de los hechos que se le imputan.

Finalmente, en lo que se refiere al registro efectuado en el domicilio sito en la Avda. Ponce de León, de San Fernando, consta en el acta levantada al efecto que estuvieron presentes Fermín y Javier, siendo este último uno de los que la Policía consideraba en ese momento como moradores, por lo que desde la perspectiva de los derechos del interesado tampoco se aprecia infracción alguna.

Por lo tanto, el motivo cuarto se desestima.

CUARTO.- En el tercer motivo denuncia nuevamente la vulneración de la presunción de inocencia, aunque ahora alegando que el resultado de las diligencias de entrada y registro no fue adecuadamente incorporado al plenario, pues de los agentes policiales propuestos como testigos por el Ministerio Fiscal tres de ellos no presenciaron ninguno de los registros y el cuarto, aunque manifestó haber estado en uno de los domicilios, sin embargo aclaró que no presenció el registro. Tampoco se solicitó la lectura de las actas.

1. Vienen a cuestionar aquí los recurrentes la posibilidad de utilizar como prueba de cargo los resultados de las diligencias de entrada y registro, y de otro lado si es posible, dadas las circunstancias de cada diligencia, imputar a cada acusado el resultado de las diligencias de entrada y registro en las que no estuvo presente. Como se acaba de decir, la ausencia del imputado en la diligencia de registro afecta al derecho a la vigencia del principio de contradicción y consecuentemente a su derecho a la defensa efectiva. Tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional han entendido que en esos casos **el resultado de la diligencia de entrada y registro debe ser incorporada como prueba de cargo mediante el testimonio de los agentes policiales o de otras personas que la hayan presenciado.**

2. En el caso, el resultado de ambos registros no ha sido cuestionado, aun cuando los recurrentes impugnen la validez de su incorporación al plenario. Es cierto como dice el recurrente que no comparecieron como testigos los agentes que presenciaron los registros y que el único que asistió a uno de ellos, el celebrado en Chiclana, efectuó labores de vigilancia mientras sus compañeros hacían el registro.

Pero el recurrente Carlos José presenció el registro del garaje de la calle Camposoto, cuyo uso se le atribuía, y cuyo resultado se incorporó como prueba preconstituida a través de la documental propuesta por el Ministerio Fiscal consistente en el acta suscrita por el Secretario judicial. En tal registro se encontró una balanza de precisión con restos de droga y trece papelinas de cocaína con pesos entre 0,150 y 5,221 gramos y porcentaje de sustancia pura entre el 59,5 y el 73,7%, y con un peso total de 14,285 gramos.

La recurrente Remedios presenció igualmente el registro de su domicilio e igualmente este se documentó en el acta levantada y suscrita por el Secretario Judicial y fue propuesta como prueba documental por el Ministerio Fiscal. En dicho registro se encontró un envoltorio con 4,464 gramos de cocaína con un porcentaje de sustancia pura del 79,4% y una papelina con 0,415 gramos de cocaína al 82,7%, lo que supone un total de 3,88 gramos de sustancia pura. Además, dos pastillas de MDMA, un trozo de hachís de 84,745 gramos, unos gramos de marihuana, 59.850 euros, una balanza de precisión y recortes de plástico circulares de los utilizados para la

confección de papelinas.

**La presencia de los imputados**, y en el caso de Remedios , además “interesada” según el artículo 569 de la LECrim , **hace que no sea imprescindible la presencia de testigos para acreditar el resultado de dichas actuaciones en cuanto a las respectivas imputaciones, ya que se trata de diligencias policiales irrepetibles realizadas bajo la fe pública judicial, cuyo resultado puede probarse mediante la misma acta.**

De ambos registros se desprenden datos que, unidos a las conversaciones telefónicas, permiten declarar probado que ambos acusados, de acuerdo, se dedicaban a la venta de cocaína a terceros, aun cuando solo se atribuya a cada uno la posesión material de la sustancia encontrada en el registro a cuya práctica asistieron. En ese sentido, su queja no puede ser acogida.

## **FALLO**

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación.