

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 767/2003.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:

Inviolabilidad del domicilio: interesado es quien puede ser perjudicado por la diligencia de entrada y registro: necesidad de la presencia del interesado cuando está detenido en el mismo lugar donde se va a practicar la diligencia de entrada y registro; supuestos en que hay varios interesados detenidos y unos están presentes en la diligencia y otros no: efectos; Vulneración inexistente: entrada y registro en presencia de sólo uno de los acusados detenidos, siendo ineficaz para el mismo tal diligencia, pero al haberse ocupado la droga fuera del domicilio no afecta su falta de presencia a la prueba así obtenida.

En la Villa de Madrid, a cuatro de febrero de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Avilés incoó Procedimiento Abreviado con el núm. 73/01 contra D. Pedro Jesús y D^a Emilia que, una vez concluso remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo que, con fecha [20 de diciembre de 2002](#), dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Probado, y así se declara, que: Al menos durante el mes de marzo de 2000 los acusados Pedro Jesús e Emilia, mayores de edad penal, sin antecedentes penales, de común acuerdo y utilizando para ello la vivienda que compartían en Piedras Blancas (Castrillón), BARRIO000, NUM000, entregaron en distintas ocasiones varias dosis de heroína y cocaína, a consumidores de estas sustancias, quienes, a cambio, les daban dinero u otros objetos de cierto valor.

Concretamente, el 23/3/00 el acusado entregó a Ramón dos papelines de heroína a cambio de dinero y el 24/3/00 una papelina de heroína a Leonardo.

Conocida dicha actividad por agentes de la Guardia Civil del Puesto de Piedras Blancas, éstos solicitaron autorización judicial para efectuar una entrada y registro en el domicilio de los acusados, autorización que fue concedida por auto de 31/3/99 (recaído en Diligencias Previas 347/00 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Avilés).

El registro se llevó a cabo en la mañana del 1/4/00 y dio como resultado el hallazgo de 122 envoltorios de heroína que los acusados habían ocultado de la siguiente forma: enfrente de su vivienda -una casa de dos plantas situada en zona rural- y detrás de un muro de contención existente a escasos metros, tres envases portacarretes de foto con 22, 34 y 34 envoltorios de heroína cada uno respectivamente; en una cuneta igualmente situada a escasos metros de la casa, otro envase portacarretes con 32 envoltorios de la misma sustancia. El total de la heroína intervenida, pesa 30'35 gramos con una riqueza de 15'6% y vale 457.500 ptas.. También encontró la Guardia Civil en poder de los acusados, una balanza, tres teléfonos móviles, un total de 109.355 ptas., diversas joyas, una cámara de circuito cerrado de televisión y un monitor, un Toyota Celica matrícula I--IC, todo ello procedente de la actividad descrita en el primer párrafo, y los teléfonos móviles, la balanza y los turismos empleados, además, en dicha actividad».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente [pronunciamiento](#) :

« FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Pedro Jesús E Emilia como autores de un delito continuado contra la salud pública, ya definido sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

NOVENO.- Sólo nos queda por tratar de la segunda parte de este motivo 2º, en la cual se denuncia un defecto de forma: la ausencia de los imputados en el registro domiciliario, que estaban detenidos cuando se efectuó esta diligencia. Reiterada doctrina de esta sala viene considerando tal falta en esas circunstancias como algo esencial que determina la ineficacia como medio probatorio de la mencionada diligencia de registro.

Replicamos en los términos siguientes:

A) Es falso que ambos detenidos no asistieran a la mencionada diligencia de registro domiciliario. Como bien dice el Ministerio Fiscal, basta con examinar el texto de dicha actuación procesal, al folio 12 de las diligencias previas, para comprobar que allí estuvo presente D. Pedro Jesús, cuya firma aparece en dos lugares del mencionado folio, en un acto del que da fe el correspondiente secretario judicial.

B) Podría haber asistido también a tal diligencia la que posteriormente resultó asimismo acusada y condenada. Conviene decir aquí

que la solicitud de registro domiciliario (folio 1) sólo se refiere a la persona de Pedro Jesús como titular del inmueble a registrar y por ello todo se tramitó con él que era a quien, únicamente al principio, se le imputaba hallarse relacionado con el tráfico de drogas.

No obstante, conviene reproducir aquí lo que dijimos en nuestra [sentencia 584/2003](#), fundamento de derecho 4º:

«2. Ciertamente es que tal ausencia constituye una vulneración de lo dispuesto en el art. 569 [LECrim](#) que dice así: "El registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad. Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo".

Podemos leer en la [sentencia de esta sala de 10.7.2001](#) lo siguiente:

"Tan diáfana es la norma que no necesita aclaración alguna, al menos para su aplicación al presente caso.

No obstante, hay que precisar que 'interesado' lo es, evidentemente, quien ha de resultar afectado por los resultados de la diligencia que se va a hacer. Desde luego lo es quien puede ser penalmente imputado por lo que en esa actuación judicial se busca. Lo es en este caso Ángel Jesús, como lo acredita el que fue acusado y condenado en la instancia. Nadie puede tener mayor interés que aquel que resulta perseguido en un proceso penal como consecuencia precisamente del resultado de esa actuación.

Sólo se excusa su presencia en los casos que, de modo singularmente preciso, recoge el texto legal: cuando no esté o no quiera asistir ni nombrar quien lo haga en su nombre (lo que puede ser un letrado), para cuyos supuestos la propia Ley dice lo que hay que hacer.

Otra cosa es el efecto que haya de derivarse de la no presencia del interesado en estas actuaciones procesales.

A veces quizá pueda considerarse una mera irregularidad procesal.

Pero en estos casos, en que el afectado por la diligencia se encuentra detenido por la propia policía en el mismo lugar donde el registro se ha de efectuar, su ausencia, dejándolo en el calabozo de comisaría, ha de estimarse causa de nulidad de la diligencia correspondiente con la consiguiente ineficacia como medio de prueba para condenar a esa persona.

Y ello también cuando haya varios interesados de modo que el precepto procesal haya sido cumplido respecto de unos y no con algún otro, como aquí ocurrió. Para estos casos hay que poner de manifiesto la eficacia relativa de esta norma procesal, para considerar correcta la actuación respecto de unos y no con relación a otros. No se trata de una garantía objetiva de la actuación procesal a los efectos de advenir la realidad del contenido de la diligencia. Para esto está el secretario del juzgado que da fe de ello. Se trata de una exigencia del principio de contradicción procesal.

El principio de contradicción en el proceso penal rige con plenitud en la fase del juicio oral. También regía en algunos aspectos concretos en el trámite de instrucción, pero a partir de la [Ley 53/1978, de 4 de diciembre](#), impera como regla general también en esta fase sumarial o de diligencias previas, por lo dispuesto, entre otros, en los arts. 118 y 302 [LECrim](#) que quedaron modificados por esta Ley 53/1978, que determinan, por un lado, la necesidad de que las diligencias penales se entiendan de modo inmediato con la persona que aparezca como imputada (art. 118) y, por otro lado, la posibilidad de actuar este imputado como parte en la tramitación completa de la instrucción, de modo que, si designa abogado y procurador (o solamente abogado -art. 788-), con él habrán de entenderse todas las diligencias, salvo en los casos en que se acuerde el secreto del procedimiento (art. 302).

El principio de contradicción tiene eficacia respecto de todos y cada uno de los que han de ser parte en el proceso. Su cumplimiento respecto de uno no excusa su falta en relación a otros. Aquí había dos implicados igualmente en unas actuaciones judiciales y los dos tenían que estar presentes en el registro domiciliario para cumplir el mandato del art. 569 [LECrim](#). Véanse en este sentido las recientes [sentencias de esta sala de 30.1.2001](#) y [27.2.2001](#), particularmente la primera que expone con detalle esta doctrina con cita de otras resoluciones de esta misma sala.

No dudamos de la buena fe de la policía que pudo entender que bastaba con la presencia de uno de los dos detenidos para advenir el registro junto con la del secretario judicial y sin percatarse de la necesidad derivada del principio de contradicción antes expuesta. Una vez más aparece la necesidad de una nueva Ley procesal penal que precise extremos como éste para evitar errores como el aquí padecido.

Aplicando la doctrina al caso presente, no cabe duda de la ineficacia de tal diligencia de registro domiciliario respecto de Ángel Jesús que quedó en los calabozos de comisaría cuando la policía se llevaba a Rosendo para ese registro donde se halló la droga. Como es una prueba esencial para la condena de Ángel Jesús, éste ha de ser absuelto, por incumplimiento de una norma procesal que en las circunstancias del presente caso consideramos esencial, tal y como tan reiteradamente esta sala viene manteniendo».

Tal doctrina es aplicable al supuesto aquí examinado, en el que, de los dos hermanos detenidos, sólo uno estuvo presente. El registro domiciliario, como bien dice el Ministerio Fiscal, ha de considerarse eficaz respecto de Eusebio, que sí asistió al mismo, e ineficaz contra Carlos Francisco.

Tercero. Pero aquí y ahora hemos de dar un paso más, para precisar las consecuencias de tal defecto procesal en cuanto al hermano detenido que no estuvo presente en la referida diligencia de registro domiciliario.

Aunque en el caso presente nada alegan los recurrentes en este sentido, conviene dejar aclaradas dos cosas:

1ª. **No hubo vulneración alguna de derecho fundamental** de orden sustantivo que hubiera de llevar consigo la aplicación del art. 11.1 [LOPJ](#) que manda que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Véase fundamento de derecho 11º de la [STC 171/1999 de 27 de septiembre](#), donde podemos leer, con citas de otras muchas resoluciones del mismo tribunal, lo siguiente: "Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad".

2ª. **Tampoco cabe aplicar** para este caso los arts. 238 y ss. de la misma [LOPJ](#) referidos a la **nulidad de los actos judiciales**, pues esta omisión de lo mandado en el art. 569 [LECrim](#) es claro que no se encuentra en ninguno de los graves supuestos de infracción procesal previstos en tales normas.

Por tanto, sólo cabe hablar aquí de la ineficacia del acta de registro domiciliario respecto de Carlos Francisco, pero sin proyección indirecta o refleja alguna en otros medios de prueba de cargo que pudieran existir en el proceso.

Así pues, si, como aquí ocurre, hay otras pruebas de cargo diferentes de la mencionada acta, lícitamente obtenidas y razonablemente suficientes para condenar, en tales pruebas cabe fundar sanciones penales contra Carlos Francisco, que es lo que hace la [sentencia](#) recurrida cuando, al final de su fundamento de derecho 3º, utiliza a tal efecto las declaraciones de los policías realizadas en el acto del juicio oral a las que confiere "plena credibilidad por la precisión y detalle de su relato y la contundencia y seguridad de sus afirmaciones"».

Y esto último es aplicable al caso aquí examinado.

C) Sólo nos queda decir que, aunque hubiera que considerar nula esa diligencia de registro domiciliario, el pronunciamiento de fondo habría de ser el mismo, porque, sin duda, lo más relevante, de todo aquello que fue hallado como consecuencia de tal registro, a los efectos de justificar las condenas aquí recurridas, fueron los portacarretes de fotografías que tenían dentro las 122 papelinas de heroína, los cuales fueron encontrados precisamente fuera del domicilio, en un muro y en una cuneta próximos a la casa, situados en la vía pública, donde para registrar no era necesaria ni autorización judicial ni, por tanto, el cumplimiento de las normas procesales que la [LECrim](#) manda para esta clase de actuaciones practicadas en lugares cerrados, entre ellos el citado art. 579.

Hay que desestimar esta parte segunda del motivo 2º del recurso de ella.

FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por D. Pedro Jesús contra la sentencia que a él y a otra les condenó por delito relativo a tráfico de drogas, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo con fecha [veinte de diciembre de dos mil dos](#).

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por Dª Emilia, por estimación de la primera parte de su motivo segundo, y en consecuencia anulamos la mencionada [sentencia](#) que a ella y a otro condenó por el citado delito relativo a tráfico de drogas, cuya estimación aprovechará al otro recurrente.

CONDENAMOS a D. Pedro Jesús, como autor de un delito contra la salud pública relativo a sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud sin la concurrencia de circunstancias.

CONDENAMOS a Dª Emilia como autora de la misma clase de infracción penal, también sin circunstancias.