

STS núm. 758/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 30 junio

Policía Nacional que se introduce en el interior de una vivienda tras observar una transacción de droga y con ocasión de delito flagrante.

I. ANTECEDENTES:

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 16 de Sevilla, incoó Procedimiento Abreviado nº 183/08 contra Virtudes , por delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, que con fecha diecisiete de febrero de dos mil diez , dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados :

" HECHOS PROBADOS : Sobre las 19,20 horas del día 16/09/2009, el funcionario de la Policía Nacional con número de identificación NUM000 , de patrulla junto con otros compañeros por la barriada sevillana de las tres mil viviendas, observó como a través de la ventana del bajo A, bloque 295, conjunto diez, la acusada Virtudes entregaba a una persona una papelina (que resultó ser 0,87 mg. de cocaína de una pureza del 81%) por la que a su vez dicha persona le daba a cambio un billete de cinco euros. La proximidad entre donde la transacción ocurrió y el lugar en el que se encontraba el agente (ligeramente adelantado a sus compañeros los funcionarios NUM001 y NUM002) permitió que aquél agarrase la mano de Virtudes a la que aseguró con grilletes a la reja de la ventana y controlase al comprador.- A los gritos de la Sra. Virtudes acudió hasta la ventana Paula que fue así mismo esposada a los barrotes en tanto que ya en el lugar los otros agentes se hicieron cargo del adquirente de la sustancia y de la persona que se encontraba en el ciclomotor.- En el interior de la vivienda, encima de una mesa, los funcionarios de la policía encontraron una caja con tres bolsas de sustancia rocosa, una balanza Tanita y diversos efectos relacionados con la venta (cuchillos, cuchillas, recortes de plástico) que Virtudes tenía a su disposición para la venta de las sustancias. Además se encontró dinero, un total de 1772,60€ en diversos tipos de monedas y billetes.- Las bolsas ocupadas resultaron contener 63,54 gramos de cocaína con una pureza del 80,9 %; 100,49 gramos de heroína con una pureza del 38,6 %, y 29,96 gramos de heroína con una pureza del 40,2 % droga valorada en 16.017 €- Virtudes, consumidora de cocaína en baja cantidad, se encuentra privada de libertad por esta causa desde el 16/09/2009, y presa preventiva desde el 18/09/2009".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS: Condenamos a Virtudes como autora de un delito contra la salud pública de sustancias de las que causan grave daño, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, [...] Dedúzcase testimonio de particulares y remítase al Juzgado Decano para su reparto entre los de Instrucción de esta Capital por la posible comisión de un delito de falso testimonio respecto de las declaraciones prestadas en la vista oral por Carlos Manuel ".

[...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS:

[...]

SEGUNDO

Ya hemos anunciado que el primer motivo, acogiéndose al artículo 5.4 L.O.P.J., denuncia la infracción del artículo 18.2 C.E., inviolabilidad del domicilio, por cuanto " los agentes actuantes penetraron en el interior del domicilio en el que se encontraba sin que concurriera ninguno de los presupuestos legalmente habilitantes", de forma que "en los propios hechos probados de la sentencia no se recogen ni se expone la existencia de un delito flagrante "; también se refiere a la persona que se encontraba en el domicilio junto con la acusada, al hecho que la sustancia estupefaciente se encontrase en una habitación contigua y a que en todo caso el consentimiento de la acusada para practicar la diligencia era necesario.

Como ha dicho reiteradamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún faltando el consentimiento del titular válidamente prestado, la entrada y registro en un domicilio puede hacerse sin resolución judicial en caso " de flagrante delito " (artículo 18.2 C.E. en relación con el 553 LECrim.), de forma que en estos casos, pese a faltar el consentimiento, no habría ilegítima invasión del domicilio. Teniendo en cuenta la definición legal de delito flagrante incorporada por el artículo 795.1.1ª LECrim. (Reforma llevada a cabo por la Ley 38/02, que entró en vigor el 28/04/03), la Jurisprudencia viene exigiendo las **siguientes notas para estimar su presencia**: en primer lugar, **la inmediatez de la acción que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes**, es decir, la actualidad en la comisión del delito o su inmediatez temporal, lo que equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se ha considerado cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometerlo o en un momento posterior a su comisión; en segundo lugar, **la inmediatez personal, que equivale a la presencia de un delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito**, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo, de forma que aquélla puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o bien a través de apreciaciones de otras personas que advierten a la policía que el delito se está cometiendo, en todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea, y si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia; y en tercer lugar, **la necesidad urgente de la intervención policial, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida la policía 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** (recientes S.S.T.S., además de los precedentes citados en las mismas, 181/07 o 111/10).

También la **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con anterioridad, se ha ocupado del delito flagrante**. Así, la S.T.C. 341/93, que declara la inconstitucional 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 ", 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". 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.

Es importante también subrayar que la Jurisprudencia ha declarado que 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 debe partirse de ello para contrastar si se ha respetado o no la norma constitucional invocada (artículo 18.2 C.E.), de forma que la modificación de la premisa histórica requiere la apreciación del error de hecho del artículo 849.2 LECrim.

En el caso se trata de un supuesto acabado de flagrancia delictiva. Un agente policial observa directamente, y así consta en el " factum ", " como a través de la ventana del bajo A, la acusada entregaba a una persona una papelina (que resultó ser 0,87 mg. de cocaína de una pureza del 81 %) por la que a su vez dicha persona le daba a cambio un billete de cinco euros ", añadiendo después que " en el interior de la vivienda (a la que accedieron otros agentes después de haber transcurrido 2 o 3 minutos tras franquearles la puerta otras personas que se hallaban en su interior, como se explica en el fundamento de derecho tercero), encima de una mesa los funcionarios de la policía encontraron una caja con tres bolsas de sustancia rocosa, una balanza Tanita y diversos efectos relacionados con la venta de las sustancias. Además se encontró dinero, un total de 1772,60 € en diversos tipos de monedas y billetes". Pues bien, la inmediatez de la acción consiste en que el primero de los agentes percibió directamente la transacción descrita en el "factum" en el momento de producirse (**inmediatez de la acción**), interviniendo directamente en ella la acusada (**inmediatez personal**), resultando igualmente la urgencia de la intervención policial dentro del domicilio, pues de lo contrario la obtención de las pruebas, teniendo en cuenta que se trataba de sustancias estupefacientes, hubiese corrido serio peligro, dada la facilidad para hacerla desaparecer, evitando también la huida de otras personas comprometidas que pudieran encontrarse en el interior de la vivienda. Los argumentos aducidos para descalificar el hecho de la flagrancia, incorporado directamente al "factum", son inanes, puesto que nada obsta a ello la presencia de una segunda mujer que también fue esposada a los barrotes de la ventana y que no ha sido acusada, puesto que de ello no se deriva tacha alguna que afecte a la flagrancia, ni tampoco la impugnación del consentimiento prestado por la acusada para realizar el registro, pues ya estaba justificada la intervención directa de la policía sin autorización judicial previa en razón de la flagrancia interpretada correctamente por los agentes que intervinieron en la operación. Dicho consentimiento incluso corroboraría la licitud de la acción.

Por lo tanto, el primer motivo debe ser desestimado.

TERCERO

Los cuatro motivos siguientes hemos señalado que tienen que ver con la presunción de inocencia. Así, se denuncia el derecho a un proceso con todas las garantías, invocando el artículo 11.1 L.O.P.J. en la medida que deben ser nulas todas las pruebas que tengan como origen la vulneración denunciada en el primer motivo y por lo tanto de la entrada y registro; también el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir

indefensión, puesto que la Audiencia no motiva ni da explicación sobre la participación de la acusada en los hechos " y porqué entiende que la persona que vendió la sustancia estupefaciente era mi mandante "; después aduce directamente la vulneración de la presunción de inocencia de la acusada, poniendo en cuestión las declaraciones testificales de la mujer que se encontraba en la vivienda, subrayando especialmente que la acusada no era la titular de la misma, y del comprador de la sustancia; y, por último, invoca la aplicación del principio " in dubio pro reo " .

Estos cuatro motivos también deben ser desestimados.

Ante todo, debemos señalar que **existe prueba de cargo directa sobre el acto de tráfico observado por el agente policial que se encontraba muy próximo a la ventana e igualmente sobre las sustancias y efectos que fueron intervenidos en la vivienda**. La atribución a la acusada de la disposición sobre ello es una inferencia que construye el Tribunal con toda corrección. En primer lugar, porque lo intervenido se encontraba en una habitación contigua a la ventana y a la vista; también hay que tener en cuenta que el comprador se dirigió directamente a la acusada, cuyo nombre y apellidos conocía, manifestando literalmente " dame un paquetillo " sin mayores precisiones; igualmente porque la cocaína vendida tenía una pureza similar a la que se encontraba encima de la mesa. Por otra parte, la discusión sobre la titularidad de la vivienda es irrelevante en la medida que la participación en los hechos de la acusada está plenamente acreditada a través de las declaraciones testificales, tanto de los policías intervinientes como del propio comprador, siendo indiferente que dicha vivienda constituyese o no el domicilio de la misma. De la misma forma tampoco se observa irregularidad alguna en la cadena de custodia como razona la Audiencia con claridad y precisión pues las dos entregas se refieren al mismo atestado y se trata de droga similar. A la luz de lo anterior los argumentos esgrimidos en los motivos de referencia no pueden prosperar en ningún caso: ni se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio y por lo tanto no puede declararse la nulidad de la diligencia de entrada y registro; la participación en los hechos de la acusada se deriva de la prueba directa mencionada, que acredita al menos un acto de tráfico de sustancias estupefacientes subsumible en el tipo penal aplicado, pero además también está justificada por la prueba indiciaria su disposición sobre el resto de la sustancia intervenida, como hemos señalado más arriba; tampoco la invocación del principio " in dubio pro reo " tiene consistencia alguna por cuanto la Audiencia en ningún momento ha expresado duda alguna acerca de su convicción sobre los hechos y la participación de la acusada en los mismos.

III. FALLO:

Que debemos declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Virtudes frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en fecha 17/02/10, en causa seguida a la misma por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), imponiendo a la mencionada las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

[...]