

**STS de 29 de marzo de 1990**

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRUEBAS OBTENIDAS VIOLENTANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NULIDAD: DOMICILIO: INVIOLABILIDAD;** tráfico de drogas: delito permanente; DELITO FLAGRANTE: concepto.

El T. S. estima los motivos primero y segundo del recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por Julián R. S., anula la sentencia de la Audiencia que le condenó por un delito contra la salud pública y dicta segunda sentencia en la que absuelve libremente al procesado del delito del que fue acusado.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### **PRIMERO.-**

La sentencia recurrida condenó a Julián R. S. como autor de un delito contra la salud pública por posesión de 170 gramos de heroína en un apartamento del que era inquilino.

Dicho condenado recurrió en casación alegando entre otros motivos, violación del artículo 18.2 de la Constitución Española porque el hallazgo de la mencionada sustancia estupefaciente se hizo en un registro que realizó la Policía sin el consentimiento del inquilino y sin autorización judicial.

### **SEGUNDO.-**

Después de la importante sentencia del Tribunal Constitucional n.º 114/1984, de 29 de noviembre y de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dice que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, en nuestro Derecho Positivo ya no puede existir duda alguna de que, en los casos como el presente en que, tal y como luego se razonará, se consiguió la aprehensión de la droga tóxica en un registro de un apartamento realizado con violación del artículo 18.2 de la Constitución Española, la prueba así obtenida es radicalmente nula.

Los hechos ocurrieron, en síntesis, de la forma siguiente: el día 15 de junio de 1983 unos funcionarios de policía, que al respecto habían establecido un servicio de vigilancia, detuvieron en la calle Cruz Verde de Madrid a Julián R. S. cuando salía del apartamento que ocupaba como inquilino en el n.º 22, 3.º B de dicha calle, y en el cacheo de que fue objeto se le ocupó una papelina de heroína de un gramo de peso. Inmediatamente después de esta detención, sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular del apartamento referido, en compañía del conserje del inmueble, los cuatro policías que habían intervenido en esta diligencia subieron al mismo, hicieron un registro y encontraron allí, entre otros objetos, 170 gramos de heroína dentro de una bolsa marrón que estaba escondida en un maletero, distribuidos en seis envoltorios.

En el sumario y en el juicio oral declararon el procesado, que negó siempre conocer la existencia de la heroína ocupada, y la señora que lo acompañaba cuando fue detenido, que nada sabía al respecto, y en el juicio oral testificaron uno de los policías que actuó en las referidas diligencias y el conserje que presenció el registro.

La sentencia recurrida, como se ha dicho, estimó válido el registro efectuado por entender que se hallaban ante un supuesto de flagrancia delictiva, y en base a ello condenó, siendo en realidad el resultado de tal registro la única prueba existente sobre la posesión de la droga, pues las testificales que se practicaron en el juicio se refirieron a la aprehensión antes referida.

### **CUARTO.-**

Conforme aparece redactado el artículo 18.2 de la Constitución Española, que permite entrar en domicilio ajeno sin el consentimiento del titular y sin resolución judicial que lo autorice en los casos de flagrante delito, estos supuestos constituyen una excepción al contenido de un derecho fundamental. Por ello la aplicación de esta excepción y el mismo concepto de delito flagrante han de ser objeto de interpretación restrictiva en aras del máximo respeto posible al derecho fundamental.

Es decir, para que haya delito flagrante tiene que sorprenderse al delincuente cuando está cometiendo el delito o inmediatamente después en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo.

Trasladando esta idea al caso que nos ocupa enseguida se advierte que la detención de Julián R. S. se

produjo en la calle Cruz Verde cuando tenía en su poder una papelina de heroína de un gramo. A lo sumo podría existir delito flagrante respecto de la posesión de esta pequeña cantidad de estupefaciente, pero nunca en relación a los 170 gramos que fueron hallados en el registro domiciliario posterior.

Luego la posesión de esta última cantidad no puede reputarse delito flagrante, porque no era materialmente poseída por el acusado en el momento en que fue detenido por la Policía. No existía esa relación de inmediatez del delincuente con el objeto del delito de modo que pudieran infundir sospechas vehementes de ser autor del mismo. Había sido sorprendido en la calle y la droga estaba en el apartamento. Conviene hacer constar aquí que la acusación (folio 7 del rollo de la Audiencia) se formuló por la posesión de los 170 gramos de heroína hallados en el piso y no por la posesión de la papelina que tenía en su poder el recurrente cuando fue detenido, pues respecto de esta papelina nada dice la calificación del Ministerio Fiscal ni tampoco la sentencia recurrida.

Por tanto, hay que decir que no existía un delito flagrante que se estuviera cometiendo en el apartamento registrado por la Policía, y, por tanto, ésta no estaba legalmente autorizada para entrar en el mismo sin el consentimiento de su titular o de la autoridad judicial.

#### **QUINTO.-**

Alega el Ministerio Fiscal que el delito de tenencia de estupefacientes para el tráfico es de carácter permanente y en ello se funda para estimar que en el caso presente nos encontramos ante un supuesto de flagrante delito porque se estaba cometiendo cuando la sustancia fue ocupada.

Con lo antes expuesto queda contestada esta alegación, pues no basta para que exista un delito de esta clase el que éste se esté cometiendo, sino que se exige, además, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en tal relación con los efectos del delito que ello sea prueba de su participación en el mismo, y esto sólo ocurrió con relación a la papelina ocupada en la calle y no respecto de la cantidad aprehendida en el apartamento registrado.

Sin embargo, hay que aclarar que, incluso aunque hubiera estado allí en el apartamento el ahora recurrente con la droga, tampoco habría estado autorizada la policía para penetrar en el domicilio sin consentimiento del titular o autorización judicial, porque, tal y como antes se dijo el concepto de delito flagrante, a los efectos ahora examinados, es decir, en cuanto fundamento para permitir una entrada en una vivienda por propia autoridad, al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, debe ser objeto de interpretación restrictiva, a diferencia de lo que pudiera ocurrir bajo la legislación ya derogada, en orden a la determinación del procedimiento a seguir (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes estudiado) para cuyo fin este concepto podía ser objeto de una interpretación más amplia.

No puede olvidarse que el régimen normal de las entradas en domicilio ajeno sin consentimiento del titular requiere que los funcionarios de policía acudan al Juez exponiéndole las razones por las cuales estiman que es necesario entrar en un domicilio para aprehender a un delincuente u obtener pruebas de un delito, a la vista de lo cual la autoridad judicial dictará un auto debidamente motivado con las razones necesarias para justificar concretamente la autorización que concede o su negativa. Mientras tanto, si la policía estima que en un inmueble que constituye el domicilio de un particular (o de una persona jurídica, según doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 137/1985 de 17 de octubre - fundamento de derecho 3.º)- se encuentra algún delincuente que debiera ser detenido allí mismo con el objeto o los instrumentos del delito, deberá establecerse la vigilancia necesarias para evitar la huida. Si, por alguna razón, en circunstancias especiales, existiera la urgencia referida en estos casos de delitos por tenencia de objetos prohibidos (supuesto que parece difícil que pueda producirse, pues la consumación ya se produjo en el pasado y se arrastra la situación de ilegalidad en el tiempo sin que normalmente exista una especial intensidad en un momento determinado) entonces y solamente entonces podría la policía penetrar en el domicilio de un particular por su propia autoridad como dice el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **SEXTO.-**

Como conclusión de todo lo expuesto cabe decir que el concepto de delito flagrante, a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española y del correlativo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda delimitado por los tres requisitos siguientes:

1.º Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

2.º Inmediatez personal consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3.º Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

En el caso presente, de los tres requisitos expuestos sólo concurrió el primero, pues faltaron los otros dos en cuanto a los hechos que fueron objeto de acusación y que sirvieron de fundamento a la condena recurrida.

Concurrió el primero porque, como dijo el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un supuesto de delito permanente.

Faltó el segundo, porque en el apartamento registrado, donde fueron hallados los 170 gramos de heroína, no se encontraba el condenado ahora recurrente.

También faltó el tercero porque no había ninguna razón de especial urgencia que no permitiera acudir a la autoridad judicial para obtener el correspondiente mandamiento dejando simplemente una vigilancia en el lugar de los hechos para impedir, mientras tanto, la frustración de la operación policial.

#### **SÉPTIMO.-**

Podría decirse que fue flagrante el delito en cuanto a que se sorprendió a Julián R. S. con una papelina de un gramo en su poder. Ciertamente, pero tal flagrancia sólo autorizaba a detener al sujeto y llevarle a comisaría, y no para entrar en el apartamento donde se sospechaba que había más droga, sospecha fundada habida cuenta de lo encontrado después, pues para esto se necesitaba o autorización del titular o del Juzgado, ya que la flagrancia no alcanzaba a las sustancias escondidas en dicho apartamento, tal y como antes se ha razonado.

#### **OCTAVO.-**

Por todo lo expuesto hay que entender que no nos encontramos ante un caso de delito flagrante que pudiera autorizar a la policía por su propia autoridad, sin consentimiento del titular ni mandamiento judicial, a efectuar un registro en el apartamento que constituía un domicilio particular del ahora recurrente, y, por tanto, el registro efectuado en tales condiciones se realizó con violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la Constitución Española, lo que hace que el hallazgo de los 170 gramos de heroína ocurrido en dicho registro ilegítimo no pueda surtir efecto alguno en el presente proceso, ni en ningún otro, por aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Por ello deben ser estimados los motivos 1.º y 2.º del presente recurso que denunciaron violación de la presunción de inocencia del artículo 24.2 y del mencionado derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2, ambos de la Constitución Española, lo que excusa de examinar el motivo 3.º