

Roj: **STS 8277/2000 - ECLI:ES:TS:2000:8277**Id Cendoj: **28079120012000102596**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/11/2000**Nº de Recurso: **1112/1999**Nº de Resolución: **1742/2000**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por los procesados Gregorio y Leonor, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, que los condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando ambos procesados recurrentes representados por el Procurador Sr. Crespo Núñez.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 6 de Marbella, instruyó sumario con el número 40/97, contra Gregorio y Leonor y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga que, con fecha 20 de Noviembre de 1.998, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO RESULTANDO: Probado, y así se declara, que del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los siguientes: Los acusados Leonor y Gregorio, mayores de edad y sin antecedentes penales, durante unos meses se han venido dedicando en su domicilio sito en C/ DIRECCION000 NUM000 nº NUM001 piso NUM002 puerta NUM001 de Marbella a la venta de sustancias estupefacientes, y en concreto el día 18 de Abril de 1.997, Leonor, cuando viajaba en el vehículo WU-....-W, propiedad de Leonor, fue interceptada por miembros de la Policía Nacional llevando en su poder una bolsa con una sustancia, que analizada posteriormente resultó ser heroína, y que la acusada rompió esparciendo su contenido al ver a aquellos, quienes lograron recuperar una cantidad de 2'02 gramos con una pureza de 26'44 por ciento y un valor de 20.000 ptas., sustancia que la acusada pensaba destinar a su venta. Realizada una entrada y registro en el domicilio antes mencionado con autorización de la acusada, se detuvo en su interior al también acusado Gregorio, interviniendo en el mismo 1 bolsa con cocaína de 10'73 por ciento de pureza y 0'21 gr. de peso, con un valor de 4.200 pesetas, 1 bolsa con 0'86 gr. de Griffla con una riqueza de THC de 2'65 por ciento y un valor de 430 ptas., sustancias ambas destinadas a su venta por los acusados así como una balanza de precisión, un mosaico utilizado para hacer las dosis, dos bolsas de suero oral hiposódico utilizado para cortar cocaína, varias cuchillas y recortes plásticos.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Leonor y Gregorio, como autores criminalmente responsables del delito ya definido contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION Y MULTA DE 50.000 PTAS., A CADA UNO, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y al pago de las costas procesales, siendo de abono para el cumplimiento de dicha pena todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa y se aprueba, por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia que el Juzgado Instructor dictó y consulta en el ramo correspondiente.





Se decreta el comiso de la droga y útiles intervenidos a los que se dará el destino legal, y comuníquese esta sentencia a la Secretaría de Estado para la Seguridad, a la Unidad Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo y a la Junta Electoral Central.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los procesados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de ambos procesados basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

a) Con respecto a Gregorio :

PRIMERO.- Por infracción del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional en base al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Con respecto a Leonor :

UNICO.- Por infracción del párrafo 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 2 de Noviembre de 2.000, sin la asistencia del letrado de la parte recurrente.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Comenzaremos el examen del recurso, interpuesto conjuntamente por los dos condenados, abordando en primer lugar el motivo tercero en el que, por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia como infringidos los artículos 9.3, 18.1 y 2, y 24.2 de la Constitución en relación con los artículos 5.1 y 4.11.1, 238.3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

1.- En definitiva todo este cúmulo de preceptos se centra en torno a la denuncia del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio consagrada en el artículo 18.2 de la Constitución que dispone que, la entrada deberá hacerse con el consentimiento del titular o autorización judicial, salvo en los casos de flagrante delito.

Ponen de relieve que en el domicilio allanado, viven ambos recurrentes y era notorio que en el interior de la vivienda se encontraba Gregorio y que no concedió autorización para la entrada por lo que los policías procedieron a derribar la puerta valiéndose de mazas.

En el caso presente el consentimiento, al parecer, lo dio la compañera del ocupante de la vivienda que había sido detenida por la policía y que exteriorizó su autorización sin presencia letrada, por lo que no tuvo libertad para consentir o denegar el permiso de entrada en una vivienda que compartía con su compañero.

2.- Como cuestión previa debemos pronunciarnos sobre la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en los casos de matrimonios o parejas de hecho. Nos encontramos ante un derecho individual cuya titularidad reside tanto en uno como en el otro componente de la pareja que convive en un mismo domicilio. Las normas civiles establecen, en el artículo 40 del Código Civil, que el lugar para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones es el de la residencia habitual. La titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio comprende, por separado, a cada uno de los componentes del matrimonio y, en su caso a cada uno de los que forman la pareja de hecho y el ejercicio del mismo es personalísimo sin que exista posibilidad de que, en esta materia como en otras, uno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro. La titularidad de un derecho constitucional como es el de la inviolabilidad del domicilio, se extiende a las dos personas que por razones familiares, de hecho o de derecho, convivan bajo un mismo techo. Sólo el cese efectivo de la convivencia produce el efecto de que el domicilio anteriormente compartido deje de pertenecer a quien lo abandona.

Una lectura constitucional del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos lleva a la conclusión de que el consentimiento para la entrada sin mandamiento judicial, lo tiene que prestar la persona que, por su situación respecto del domicilio o vivienda, se encuentra en condiciones de ejecutar los actos que de él dependan para franquear el acceso material al domicilio, del que es tan titular como el otro componente del matrimonio o la





pareja. En este caso es evidente que la persona que se encontraba en la vivienda no permitió la entrada a la patrulla policial, por lo que, el consentimiento dado por su pareja en Comisaría, no habilitaba para realizarla violentamente si el otro titular no lo autorizaba. Precisamente por los antecedentes de la investigación, se pone de relieve que la policía conocía que la vivienda era compartida por ambos acusados, por lo que lo más razonable y adecuado a la Constitución, hubiera sido solicitar por medios urgentes (teléfono, fax...), la autorización judicial para la entrada en la misma, lo que eliminaba cualquier obstáculo que pudiera presentarse y habría facilitado que se alcanzasen los objetivos previstos, ya que las sospechas eran razonables.

3.- Al margen de esta cuestión, en el supuesto que estamos examinando, concurre además otra circunstancia que invalida los efectos probatorios de la diligencia de entrada y registro. Producida la detención de la acusada en plena vía pública y trasladada a la Comisaría de Policía, allí se le informa de sus derechos, añadiéndose, en el atestado, que accedió voluntariamente a que se entrase y se registrase su vivienda. La autorización se encuentra plasmada en las diligencias policiales e incluso se dice que se autorizaba a la policía para que forzase la puerta, en el caso de que no pudiera ser abierta con las llaves que entregaba. Como pone de relieve el minucioso examen de la cronología de los acontecimientos llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, la información de derechos tuvo lugar a las 13,45 horas y la diligencia de entrada y registro se efectuó a las 15 horas (tiempo más que suficiente para solicitar el mandamiento judicial) y la asistencia letrada no se presta hasta las 20 horas.

De todo ello se desprende claramente que la autorización, en los términos que constan en las actuaciones, se realizó sin la asistencia y asesoramiento letrado por lo que la validez del consentimiento debe ser cuestionada.

Es abundante la jurisprudencia de esta Sala en esta materia, por lo que su aplicación al caso concreto debió realizarse por el órgano juzgador. La disposición de un derecho fundamental tiene que nacer de un consentimiento pleno y libre sin que la capacidad de autodeterminación, se encuentre condicionada por circunstancias tan directamente relacionadas con la libertad de criterio, como es la existencia de una detención policial que debe estar siempre, por imperativo legal, revestida de una serie de garantías que establece con carácter riguroso nuestra ley procesal. El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conecta, de manera inmediata, el hecho de la detención con el derecho a la defensa, que se deberá plasmar en la asistencia de un letrado, debiéndose además respetar todo el catálogo de derechos que se desgranar en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La más reciente sentencia de 2 de Diciembre de 1.998, resume la doctrina que arranca desde otras resoluciones anteriores muy distanciadas en el tiempo y establece que, para que se pueda dar válidamente autorización para disponer de un derecho fundamental es necesario que el titular del derecho, si se encuentra detenido, goce de la asistencia letrada que le concede la ley, lo que le permite valorar más profundamente la trascendencia de la decisión que adopte y velar en todo tiempo por sus posibilidades de defensa, garantías y derechos.

En consecuencia, la prueba obtenida a partir de una diligencia de entrada y registro que viola el derecho constitucional garantizado por el artículo 18.2 de la Constitución, deviene nula de manera radical e insubsanable por el efecto directo del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no permite la entrada en el proceso de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como sucede en el caso presente, sin que las barreras prohibitivas se puedan vencer por el hecho de que los policías actuantes en su práctica comparezcan en el juicio para prestar testimonio de lo acontecido. Es cierto que, como pone de relieve el Ministerio Fiscal que apoya el motivo, en la causa declararon dos testigos que habían reconocido que acudían a la vivienda de los acusados para adquirir droga, pero sus testimonios no se pudieron contrastar en el acto del juicio oral, al no acudir al llamamiento del Tribunal.

Por todo lo expuesto el motivo debe ser estimado.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo del mismo recurrente se amparan respectivamente en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial denunciando la aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal y la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

1.- Por un lado se niega que la papelina encontrada en el registro fuese destinada al tráfico a terceros sosteniendo, por el contrario, que era para el propio consumo. Al mismo tiempo mantiene que no ha existido actividad probatoria de cargo suficiente para levantar la barrera protectora de la presunción de inocencia.

2.- A la vista de lo expuesto en el fundamento de derecho precedente no queda otra alternativa que señalar la innecesariedad de dar contestación a los planteamientos a los que hemos hecho referencia.

Los dos motivos deben ser igualmente estimados.





TERCERO.- Existe en el recurso un denominado motivo único que afecta exclusivamente a la condenada y que se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- El motivo parte de declarar su respeto al hecho probado y reconoce que la acusada, en el momento de ser abordada por la policía, llevaba encima 2,02 gramos de heroína. Ahora bien, discrepa en cuanto al destino o finalidad a la que se destinaba la droga, ya que existen otras alternativas que eliminarían la tipicidad del hecho. Señala que es cierto que la acusada no es consumidora pero, en su opinión no puede olvidarse que su compañero sí lo es, aunque la Sala sentenciadora no haya querido dejar constancia de este dato, cayendo en un evidente error en la apreciación de la prueba. Sostiene que la intencionalidad de destinar la sustancia estupefaciente a la venta no queda acreditada por dato alguno obrante en los autos.

2.- Ciñéndonos a los términos estrictos en que se plantea el motivo, nos corresponde examinar si el juicio de valor realizado por la Sala sentenciadora, en orden al destino de la droga ocupada a la recurrente, es correcto o debe ser corregido. El relato de hechos probados, sobre cuya base debemos asentar el análisis crítico necesario para llegar a una conclusión, no proporciona, en principio, dato alguno que permita atisbar un posible resquicio fáctico para establecer una conexión lógica y racional entre la posesión y tenencia de la droga y su posible destino al consumo propio o de su compañero.

Es cierto que la escasa cantidad de la droga ocupada, 2,02 gramos de heroína de una pureza del 264,4%, permite establecer un debate contradictorio sobre el extremo suscitado por la parte recurrente. En consecuencia debemos analizar el contenido íntegro del hecho probado y los argumentos complementarios deslizados en los fundamentos jurídicos.

Examinando conjuntamente ambos extremos, se observa que la conclusión de la sentencia recurrida estableciendo que la droga se destinaba a la venta se deriva de las declaraciones de los Policías Nacionales en el juicio oral confirmando que existía un servicio de vigilancia sobre la vivienda, basado en la presencia de algunos compradores en su domicilio y en el hallazgo, en el registro de una balanza de precisión y otros útiles para elaborar dosis.

Aún descartando estos últimos indicios por haberse obtenido ilegalmente, lo cierto es que hay prueba directa, producida en el acto del juicio oral, que acredita el acceso y afluencia de compradores a la vivienda ocupada por ambos acusados, lo cual sirve para descartar el destino de la droga al consumo del otro recurrente. Ahora bien, el hallazgo de la droga en poder de la acusada no es suficiente para imputar a su pareja la coautoría de un hecho, que se descubre en la calle, y en el que no consta de manera cierta y segura su participación.

3.- Abierto el debate casacional, es necesario precisar si, a la vista de la invalidez de la prueba obtenida por medio de la diligencia de entrada y registro, procede revisar la individualización de la pena impuesta a la recurrente. La sentencia recurrida, toma en consideración, para fijar la medida de la pena, no sólo la tenencia de la droga que le fue ocupada al interceptarse el automóvil, sino también la encontrada en el domicilio. La base reguladora de la pena debe limitarse a la sustancia estupefaciente válidamente incautada por lo que la adecuada proporción entre el hecho y la pena debe llevarnos a disminuir ésta, hasta el límite mínimo permitido por la ley, que es de tres años de prisión, fijándose la multa en cuarenta mil pesetas.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado parcialmente.

### III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley interpuesto por la representación procesal de los procesados Gregorio y Leonor , casando y anulando la sentencia dictada el día 20 de Noviembre de 1.998 por la Audiencia Provincial de Málaga en la causa seguida contra los mismos por el delito contra la salud pública. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta, a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 6 de Marbella, con el número 40/97 contra Gregorio , nacido el día 25 de Octubre de 1.968, con D.N.I. NUM003 , natural y vecino de Marbella, hijo de Jose Enrique y de Emilia , de estado casado, de profesión cocinero, con instrucción, sin antecedentes penales, de ignorada





conducta, declarado insolvente y en libertad provisional, de la que al parecer estuvo privado por esta causa los días 18 de Abril al 6 de Junio de 1.997, y Leonor , natural de Almería y vecina de Marbella, nacida el 2 de Octubre de 1.967, hija de Jose Francisco y María Purificación , casada, sin antecedentes penales, de ignorada conducta, declarada insolvente y en libertad provisional de la que al parecer estuvo privada por esta causa desde el 18 de Abril hasta el 13 de Mayo de 1.997 y, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 20 de Noviembre de 1.998, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y, en cuanto a los hechos probados, se debe añadir que los que se atribuyen al acusado Gregorio no han podido ser acreditados por medio de prueba válidamente obtenida. La misma afirmación debe reproducirse respecto de la droga ocupada en el domicilio de la otra acusada Leonor .

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho primero y tercero de la sentencia antecedente.

### III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Gregorio del delito contra la salud pública por el que venía condenado, declarando de oficio las costas causadas.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Leonor como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública a la pena de tres años de prisión y 40.000 pesetas de multa.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.