

Roj: **STS 980/2000 - ECLI:ES:TS:2000:980**Id Cendoj: **28079120012000103081**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/02/2000**Nº de Recurso: **3276/1998**Nº de Resolución: **198/2000**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ENRIQUE ABAD FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la procesada Elena , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense, Sección Mixta, que la condenó, por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representada la recurrente por la Procuradora Sra. San Román López.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 6 de los de Orense, instruyó Sumario con el número 1 de 1995, contra la procesada Elena y otros y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Mixta) que, con fecha once de Mayo de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Se dan como probados los siguientes hechos: Por tener sospechas miembros de la Policía Judicial (Brigada de Estupefacientes) de la Comisaría de Ourense que por medio de llamadas efectuadas al teléfono 24-27-06 se concertaban entregas de diversas partidas de droga, se acordó por el Juzgado de Instrucción, el nº 6 de Ourense, después de incoar diligencias previas, la intervención de las llamadas que al mismo se pudieran efectuar. Como resultado de esa intervención telefónica, se decretó la entrada y registro en la vivienda del piso 1º A de la casa nº NUM000 de la AVENIDA000 , de la que es titular el procesado Juan Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, en la del piso 1º de la casa nº NUM001 de la calle DIRECCION000 , domicilio de la también procesada Estela , mayor de edad y sin antecedentes penales, y en la 2ª B del nº NUM002 de la calle DIRECCION001 , arrendada a nombre del igualmente procesado Pedro Jesús , mayor de edad, sin antecedentes penales, aunque usada por terceras personas. En el primero de los inmuebles se hallaron 3,960 gramos de resina de cannabis y 0,610 gramos de heroína con un grado de riqueza del 56 por 100, una bolsa plástica con recortes y útiles para el consumo de heroína así como 8.000 pesetas en dinero efectivo. Después de finalizado el registro en el domicilio de Estela , la misma dijo que quería telefonar a su hermano, el también procesado Luis María , mayor de edad, sin antecedentes penales, que trabajaba de camarero en el bar " DIRECCION002 " de la expresada capital, del que es propietaria la procesada Elena , mayor de edad, sin antecedentes penales, y como quiera que infundiese sospechas a los Policías que habían intervenido en la práctica de la diligencia, se acordó por quien mandaba el grupo efectuar un registro en el establecimiento público, que dio como resultado la localización en la cocina del bar, que constituye una dependencia del mismo, separada por una mampara baja, lo que permite su visibilidad, encima de una lavadora, varios envoltorios de plástico, sobre una mesa de la misma y bajo la barra del bar sendos paquetes conteniendo unas sustancias que debidamente analizadas resultaron ser heroína, con un peso total de 15 gramos y una riqueza del 56,11 por 100, cocaína, con un peso de 8,600 gramos y una pureza del 98 por 100, y resina de cannabis satiba con un peso de 0,410 gramos; Elena vestía un delantal y en uno de sus bolsillos se hallaron diversos recortes





de plástico de forma circular. También se ocuparon 35.000 pesetas en la caja y 7.000 debajo de una bandeja; tanto la dueña del establecimiento como el empleado dieron toda clase de facilidades para la práctica del registro. En la vivienda de la DIRECCION000 no se encontró droga. Juan Manuel es drogodependiente. >>

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Se condena a la procesada Elena , como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de droga de la que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión menor, al pago de un millón de pesetas de multa con tres meses de arresto sustitutorio en caso de impago, a la accesoria de suspensión del derecho de elegir y ser elegida para cargos públicos durante el tiempo de la condena y al pago de una décima parte de las costas procesales, con declaración de oficio respecto de las cinco décimas partes restantes; para el cumplimiento de las expresadas condenas se le abona en su totalidad el tiempo pasado en situación de prisión preventiva por esta causa. Y se absuelve libremente a los acusados Estela , Luis María , Pedro Jesús y Juan Manuel del delito contra la salud pública de que son acusados, y se alzan respecto de ellos las medidas cautelares acordadas en la causa; entrégueseles el dinero y efectos que no sean de ilícito comercio que les fueron incautados. Procédase a destruir la droga intervenida. Dese el destino legal al dinero incautado a la procesada a la que se condena.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. >>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparo recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de la procesada Elena , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la procesada Elena , formalizo su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y número 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Falta de aplicación de los artículos 10 y 18 de la Constitución Española y 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los agentes de policía actuantes no habían obtenido el preceptivo mandamiento judicial para el registro efectuado en la cocina del bar.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y número 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por falta de aplicación del artículo 11 de esta misma Ley y el artículo 24.2 de la Constitución Española. El registro del "Bar DIRECCION002 " se deriva de una intervención ilegal de las comunicaciones, y por lo tanto es una prueba obtenida directamente de otra declarada ilícita.

5.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, impugnando los dos motivos del mismo, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de Febrero de 2000.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Motivo Primero de este recurso se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciándose en él la falta de aplicación de los artículos 10 y 18 de la Constitución Española y 550 de la Ley Procesal Penal.

Alega el recurrente que "los agentes de policía actuantes no habían obtenido el preceptivo mandamiento judicial para el registro efectuado en la cocina del bar", lugar donde se encontró la droga, que está separada del resto del establecimiento por una mampara de madera que lo delimita perfectamente. Estima que la prueba así obtenida resulta ilícita e ineficaz para enervar la presunción de inocencia constitucional.

A este respecto, y atendiendo al muy completo informe del Fiscal, hemos de citar la sentencia de esta Sala de 18 de enero de 1998, en la que se afirma que "es indudable que la cocina de un bar o restaurante -con independencia de las actividades que incidentalmente puedan llevarse a cabo en ella - constituye una dependencia de dicho local directamente relacionada con las actividades mercantiles e industriales desarrolladas en él, de modo que puede afirmarse categóricamente que no constituye, en ningún caso, un espacio cerrado en el que el titular del establecimiento o sus empleados ejerzan su libertad más íntima, al margen de los usos y convenciones sociales. De ahí que no pueda reconocerse a la misma la protección constitucionalmente dispensada al domicilio de las personas (art. 18.2 de la Constitución Española)".



Y en un sentido más general, la sentencia de 20 de mayo de 1997, que cita la de 10 de octubre de 1994, dice que "no son domicilios legales sometidos a la protección constitucional, los bares, los restaurantes, los almacenes y los garajes, siempre y cuando no consta espacialmente algún atisbo de privacidad".

En el caso presente la acusada, que tiene su domicilio en la calle DIRECCION003 mientras que el bar está situado en la Plaza de DIRECCION004, manifestó en el juzgado (f. 292) que "la cocina es abierta y es habitual que entren en ella, camino de la zona de servicios, clientes del bar o cualquier otra persona", y en el juicio oral que "en la cocina entran los clientes conocidos y habituales que quieren hacerlo, en plan de confianza"; por lo que no se aprecia indicio alguno de privacidad.

Por ello se ha de concluir que el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución no fue vulnerado con ocasión del registro efectuado en el bar " DIRECCION002 " de Ourense.

Por tanto, el Primer Motivo del recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El Motivo Segundo también se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en él se denuncia la inaplicación del artículo 11 de esta ley Orgánica y del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Alega el recurrente que el registro del Bar " DIRECCION002 " se deriva de una intervención ilegal de las comunicaciones y, en consecuencia, en virtud de la doctrina del fruto del árbol envenenado, debe ser considerado como prueba no apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

Efectivamente, el Tribunal de instancia, en el Fundamento de Derecho Segundo de su sentencia, declara que la intervención del teléfono 24.27.06 acordada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Ourense por auto de 23 de septiembre de 1993, está viciada por una insuficiente motivación de esta resolución y por la no presentación de las cintas originales acompañadas de las correspondientes transcripciones literales de todas las conversaciones.

Ahora bien, como recuerda la sentencia de 24 de enero de 1998, es doctrina consolidada de esta Sala de la que no existe contaminación cuando es posible establecer una desconexión causal entre las pruebas ilícitamente obtenidas y aquellas otras en las que se funde la condena.

Lo que ocurre en el presente caso ya que, como se expone en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia impugnada, la decisión de practicar el registro en el bar nace de la sospecha que infundía a la Policía la habitual relación entre la procesada Estela y la propietaria del bar, y del intento de aquella de telefonar a su hermano Luis María, camarero del Bar " DIRECCION002 ", una vez practicado el registro en su domicilio.

En base a ello no se aprecia conexión causal entre la intervención telefónica declarada nula y el registro efectuado en el bar propiedad de Elena, pues tal registro deriva, como afirma el Tribunal de instancia después de oír en el juicio oral al Inspector nº 14.301, y vista la Diligencia obrante en el atestado (f. 168), del hecho de que Elena había sido vista en numerosas ocasiones con la procesada Estela, sospechas incrementadas por el deseo de ésta de comunicar inmediatamente por teléfono con su hermano Luis María, empleado del indicado bar.

Por tanto, como acertadamente razona el Fiscal en su informe, el registro del Bar " DIRECCION002 " no proviene de datos obtenidos directamente de las escuchas telefónicas o del registro efectuado en la calle DIRECCION000, sino de una anterior línea de investigación policial orientada hacia el citado bar.

Por ello también este Motivo Segundo del recurso debe ser desestimado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la procesada Elena, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense, Sección Mixta, con fecha once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, en causa seguida a la misma y otros, por delito contra la salud pública. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese ésta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

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



PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Abad Fernández , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

