

Roj: **STS 2831/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2831**Id Cendoj: **28079120012017100562**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/07/2017**Nº de Recurso: **2423/2016**Nº de Resolución: **547/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 12 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de la acusada **DOÑA Macarena** contra Sentencia 604/2016, de 18 de octubre de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, dictada en el Rollo de Sala núm. 66/2015, dimanante del P.A. núm. 86/2014, del Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de dicha Capital, seguido por delito contra la salud pública contra DON Maximo, DON Jose Ángel, DOÑA Macarena, y DON Artemio. Los Excmos. Sres. Magistrados de esta Sala relacionados al margen han constituido Sala para la deliberación y votación de este asunto bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en la presente causa el Ministerio Fiscal y la recurrente representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Paula Yustos Capilla y defendida por la Letrada Doña María Eva Fernández Ortega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Granada incoó P.A. núm. 86/2014 por delito contra la salud pública contra DON Maximo, DON Jose Ángel, DOÑA Macarena, y DON Artemio, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 18 de octubre de 2016 dictó Sentencia núm. 604/2016, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<Se considera probado y así se declara que en la vivienda de la que es propietaria la acusada Macarena, sita en C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Granada, en su parte trasera que da a un descampado existe construida, tras cerrar y techar lo que originariamente era una especie de patio, una amplia habitación a modo de nave o almacén, cerrado con un portón metálico reforzado por planchas de yeso prefabricado colocados tras eso mismo portón metálico con lo que quedaba aislada del exterior y a su vez mediante la colocación de otra puerta metálica y blindada se aislaba a su vez del resto de la vivienda y de las dependencias propias como morada, si bien esa puerta interior permitía el paso o acceso a la nave o "almacén", que, en realidad, se dedico, en las fechas a que se refiere este proceso, al cultivo intensivo de plantas de marihuana.

En esa situación, en hora no precisada de la madrugada del 4 de Abril de 2014, la puerta exterior de esa nave, por razones y personas que se desconocen fue forzada y arrancada de su marco así como derribadas parte de las placas de yeso, quedando su acceso libre y a la intemperie (f.159) y sobre las seis horas de esa misma mañana una patrulla de policía, probablemente por haber sido avisada y comisionada por el estruendo los ruidos o por alguna confidencia, tras una corta espera en el vehículo policial, procedieron esos agentes, por infundirles sospechas, a la detención de los también acusados Maximo, cuñado de Macarena que a los mandos de un todo terreno matrícula ....-JPG, esperaba entre la maleza y en las proximidades de la nave con las luces apagadas a los otros dos acusados, Artemio, hijo de la citada Macarena y Jose Ángel, al parecer amigo de este, que instantes después salía al encuentro de Maximo procedentes del interior de la nave, sin que se sepa que intenciones llevaban ni a qué lugar se disponían a ir. Tras esas detenciones a las que



se sumó la de Macarena como propietaria de la vivienda tras acercarse a interesarse por sus familiares, se procedió a un examen del terreno, localizándose en las inmediaciones de la nave con el portón derribado, cinco vainas de 9 mm parabelum marca Luger, disparadas todas ellas, según el informe de balística, por una sola arma de fuego no identificada ni localizada, que sin absoluta certeza, pudo utilizarse durante te el desarrollo de los hechos entre quienes rompieron la puerta y los que alarmados por el derribo del portón, presumiblemente acudieron a proteger la nave, y que serían, según sus propias manifestaciones, los tres acusados requeridos al efecto bien por Macarena y/o por su hijo Artemio .

Una vez que los cuatro detenidos se encontraban desde las siete de la mañana en los calabozos de la jefatura de policía y, tras quedar protegida la citada vivienda; tanto en la puerta delantera como en la zona posterior mediante vigilancia policial ininterrumpida, a requerimiento de la policía y provistos del oportuno mandamiento judicial, suficientemente motivado, se llevó a cabo sin presencia ni asistencia de ninguno de los detenidos y con presencia del secretario Judicial el registro en la vivienda de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 en cuya Nave (f.160 y 161) se incautaron 218 plantas de marihuana, unas ya colgadas para su secado y la mayoría en macetas para su cultivo intensivo, valiéndose de lámparas o focos de calor( 18), con destino al tráfico ilícito. Fuera de la nave se incautaron unas veinte macetas más, esparcidas por los alrededores y que todo apunta a que por la razón que fuera se sacaron de esa nave, no se sabe por qué ni para qué, al tiempo de los incidentes de esa madrugada. Estas plantas incautadas de cuya existencia dentro de su casa y a modo de invernadero oculto, era conocedora la acusada Macarena, que llevó a cabo o permitió su construcción de la nave y su climatización artificial para su destino sola o con participación de otros desconocidos, al cultivo y posesión clandestino de estas plantas prohibidas de las que atendía y custodiaba facilitando así su crecimiento y desarrollo para su posterior introducción posterior en el mercado ilícito.

Practicado el análisis de las plantas por el Organismo oficial, las mismas arrojaron un peso neto de 6.699 gramos de cannabis con una pureza de riqueza de THC del 16,6%, y cuyo valor en el mercado ilícito se ha estimado por la acusación en 40.517,4 euros.

Dentro de la misma diligencia de registro la policía, tras romper la puerta blindada que la conectaba con el resto de la vivienda, encontró, dentro de un barreño colocado en uno de los sillones de la sala de estar y al margen de 74,39 gramos de cocaína, para corte y adulteración, sin valor como estupefaciente, un total de 101,77 gramos de peso neto de la sustancia que resulto ser cocaína con un valor informado de 10.402 C, distribuidas en distintas bolsitas con el siguiente contenido: una con peso neto de 13,81 gramos con una pureza de solo el 2.3% de sustancia activa y otra con peso de 26,37 gramos de cocaína en piedra al solo 2% de sustancia activa; otra bolsita conteniendo 32,23 gramos de cocaína en polvo al 9,6% de pureza; otra conteniendo 34,36 gramos de cocaína en polvo al 19,4% de pureza base. No consta cuál de los acusados pudo introducir las bolsas de cocaína reseñadas en el domicilio ni su destino al tráfico ilícito.

Aparte de esos 101,77 gramos se incautó otra bolsa con 9140 gramos, peso neto, de polvo piedra color marrón que también se ignora quién era su titular o el por que se encontraba en esa vivienda. Esa sustancia, pese a descartarse inicialmente por la policía, al dar negativo a los test reactivos aplicados y razón por la que se consideró durante todo el periodo de permanencia en dependencias policiales hasta su remisión 17 días después ( 21 de abril) de ese comiso, junto con el resto de las sustancias incautadas que se dejaron transcritas, sin embargo tras el análisis oficial de Sanidad esa sustancia resultó ser cocaína con una pureza base del 19.60%. Del examen de las actuaciones no se acredita respecto de esta última sustancia que la analizada no fuera la misma en calidad y cantidad como peso neto que la hallada en el domicilio registrado ni que hubiera por tanto ruptura de la cadena de custodia, entre su incautación y su entrada en la Delegación de Sanidad de Málaga como Centro oficial competente para su análisis.

Junto a esta droga se intervino en el registro reseñado y dentro de la vivienda una prensa hidráulica para compactación y dosificación y un molinillo eléctrico con resto de cocaína y un teléfono móvil que quedaron decomisados. No consta que el acusado Artemio pernoctara o viviera de manera permanente en la vivienda, registrada propiedad y domicilio de su madre Macarena, también acusada.>>

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento:**

<<1º.- Que debemos condenar y condenarnos a la acusada Macarena como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública sobre sustancias que no causan grave daño a la salud sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de dos años de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una multa de 40.517 euros con cinco días de privación de libertad en caso de impago y al pago de la cuarta parte de las costas causadas. Abónesele el tiempo de privación de libertad sufrido por esta Causa y téngase en cuenta la fianza prestada a los efectos pertinentes. Se decreta el comiso de los efectos intervenidos a los que se dará el destino legal.



2º.- Que debemos absolver y absolvemos libremente a Maximo y a Jose Ángel y a Artemio del delito contra la Salud Pública por el que venian acusados en el presente procedimiento, declarando de oficio las tres cuartas partes de las costas causadas.

Firme e esta resolución devuélvase la Fianza carcelaria por importe de 5.000 euros ingresada a favor de Artemio .>>

**TERCERO.** - Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representación legal de la acusada **DOÑA Macarena** , que se tuvo 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.

**CUARTO.**- El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada DOÑA Macarena , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**Motivo primero** .- Infracción de precepto constitucional: Al amparo del art. 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1.985 por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en los artículos 15 , 34 y 25 de la Constitución Española , concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y derecho a la presunción de inocencia, así como los de legalidad ordinaria penal, cadena de custodia igualdad ante la ley, proporcionalidad de la pena, Inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad personal y familiar, motivación, Dilaciones Indevidas.

**Motivo segundo.** - Infracción de Ley: Al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia se ha incurrido en error iuris, infringiendo normas penales de carácter sustantivo y otros preceptos del mismo carácter que han debido ser observados en la aplicación de aquellos.

**Motivo tercero** .- Infracción de Ley, al amparo del número segundo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido **error de hecho** , resultante de documentos que obran en autos.

**Motivo cuarto.**- Quebrantamiento de forma, conforme el artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber resuelto todos los puntos que han sido objeto de defensa (art. 851.3) y existir contradicción entre los hechos probados (art. 851.1).

**QUINTO.**- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no consideró necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo y subsidiaria desestimación, por las razones expuestas por su informe de fecha 31 de enero de 2017; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Por Providencia de esta Sala de fecha 18 de mayo de 2017 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 7 de junio de 2017; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada condenó a Macarena como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación la aludida acusada en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver. De igual modo, la Audiencia referida llevó a cabo otros pronunciamientos absolutorios que han devenido firmes.

**SEGUNDO.**- El caso enjuiciado, en su aspecto fáctico, ofrece los siguientes contornos: la acusada es propietaria y ocupante de una casa, en cuya parte trasera existe una especie de patio, que conforma una amplia habitación a modo de almacén, cerrado en todos sus paramentos y en comunicación interna con lo que es propiamente vivienda o morada de la acusada. En esa dependencia, cultivaba plantas de marihuana.

En la madrugada del día 4 de abril de 2014, con motivo de una incidencia que no es objeto de estos autos, se produjo una intervención policial que terminó con la detención de la acusada, Macarena , un cuñado de ésta, su hijo y un amigo (de su hijo). En el exterior, se había producido un tiroteo, y se hallaron cinco vainas de 9 m/ m marca Luger, disparadas todas ellas.

Una vez que los cuatro detenidos se encontraban desde la siete de la mañana en los calabozos de la jefatura de policía, y tras quedar protegida la citada vivienda, tanto en la puerta delantera como en la zona posterior mediante vigilancia policial ininterrumpida, a requerimiento de la policía y provistos del oportuno mandamiento judicial, suficientemente motivado, se llevó a cabo sin presencia ni asistencia de ninguno de los detenidos



y con presencia del Secretario Judicial, el registro en la vivienda de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 , de Granada, en cuya nave (f.160 y 161) se incautaron 218 plantas de marihuana, unas ya colgadas para su secado y la mayoría en macetas para su cultivo intensivo, valiéndose de lámparas o focos de calor (18), con destino al tráfico ilícito. Fuera de la nave se incautaron unas veinte macetas más, esparcidas por los alrededores.

Este último aserto se encuentra en contradicción, conforme a lo alegado por la recurrente, con la dicción literal del acta de entrada y registro, levantada por el Secretario Judicial, en donde se lee que todas las plantas incautadas se encontraban en el almacén, no expresándose tampoco en la resultancia fáctica el peso de esos otros vegetales.

Practicado el análisis de las plantas por organismo oficial, las mismas arrojaron un peso neto, de todas ellas, de 6.699 gramos de cannabis con una pureza de riqueza de THC del 16,6%, «y cuyo valor en el mercado ilícito se ha estimado por la acusación en 40.517,4 euros» (sic).

**TERCERO.-** Por el primer motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, legalidad, inviolabilidad del domicilio y derecho de defensa, que el autor del recurso basa sustancialmente en la práctica del registro sin presencia de la moradora que se hallaba detenida, ni tampoco su hijo, igualmente detenido.

La cuestión fue suscitada como cuestión previa en el juicio oral, y desestimada por la Audiencia, al considerarlo un tema de legalidad ordinaria, y tomando en consideración que acudieron al plenario los funcionarios policiales que asistieron a la diligencia.

Esta Sala ha dictado una doctrina muy clara sobre los supuestos de nulidad de las diligencias de entrada y registro en los casos en que el afectado por el registro se encuentre detenido. En primer lugar concurre una causa de nulidad en el supuesto de que la diligencia de entrada y registro se practique sin la presencia del interesado, encontrándose este detenido y por tanto a disposición policial. En segundo lugar concurre otra causa de nulidad si la diligencia se practica sin autorización judicial, legitimada únicamente por la autorización del interesado detenido, y dicha autorización no se ha prestado con asistencia de letrado. Pero no concurre causa de nulidad si la diligencia se practica con autorización judicial, siempre que esté presente el interesado, aun cuando no asista a la misma el letrado del detenido ( STS 187/2014, de 10 de marzo ).

La presencia del interesado en el registro es una exigencia del principio de contradicción (que está ínsito en el derecho de defensa), que solo puede excluirse cuando no resulte posible hacer efectiva su asistencia. Dado que estando el interesado detenido, y por tanto a disposición policial, no concurre razón alguna que, en principio, imposibilite su asistencia, esta Sala considera que en estos casos la diligencia es nula por no haberse garantizado en su práctica la efectiva contradicción ( STS1241/2000, de 6 de julio ), por lo que se ha vulnerado su derecho de defensa.

En suma, el motivo tiene que ser estimado, puesto que, aunque los funcionarios de policía comparecieron en el plenario, hemos dicho ( STS 1940/2002, de 21 de noviembre ), que no puede subsanar la presencia de tales funcionarios una diligencia que es nula, pues que con tal limitación se busca evitar que aquellas fuentes y medios de conocimiento a los que la ley cierra las *puertas* de la sala de audiencias, puedan ser introducidos en ésta por la *ventana*.

Dicho de otro modo: si admitiéramos que aunque no esté presente el detenido morador de la vivienda, en el registro practicado en tal vivienda, pudiera hacerse valer tal registro mediante la comparecencia como testigos de los funcionarios policiales que asistieron a la misma, estaríamos vaciando de facto nuestra doctrina, ya muy reiterada, de que son nulas las diligencias de entrada y registro en supuestos en que el afectado por tal registro se encuentre detenido, y no concurra a la diligencia, debiendo ser conducido a tal efecto por la fuerza policial actuante. En el caso, como ya hemos dicho, se infringe el derecho de contradicción, por lo que queda, en consecuencia, vulnerado el derecho fundamental de defensa, que se proclama en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Por consiguiente, declarada la diligencia de registro nula por falta de asistencia a la misma del morador detenido, se está en el caso de absolver a la recurrente, Macarena , en tanto que la prueba incriminatoria consistía en el hallazgo de las plantas de marihuana que cultivaba ilícitamente en su dependencia aneja a su vivienda, a modo de almacén, que forma parte del reducto de su morada, constitucionalmente protegida por el art. 18.2 de nuestra Carta Magna , y correlativa infracción del derecho de defensa, por falta de posibilidad de contradicción, a que hace referencia el art. 24.2 de la Constitución española .

En efecto, el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales.



Y el correlato que se establece en los arts. 238 y 240 de la misma Ley .

Es claro que la prohibición de valoración de la prueba ilícita se traduce, en primer lugar, en el acta donde se recoge el resultado del registro, y abarca también a las declaraciones prestadas por los agentes intervinientes en su realización, por cuanto ambas pruebas no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental; y en segundo lugar, abarca a las declaraciones de los demás testigos presenciales del registro, pues han tomado un conocimiento adquirido en la práctica de una prueba constitucionalmente ilícita.

Procede estimar el recurso, con las consecuencias que expondremos en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto, sin necesidad del análisis del resto de sus motivos casacionales.

**CUARTO.-** Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal de la acusada **DOÑA Macarena** contra Sentencia 604/2016, de 18 de octubre de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada . **2º.- DECLARAR DE OFICIO** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia. **3º.- CASAR Y ANULAR**, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, que será sustituida por otra más conforme a Derecho. **4º.- Comuníquese** a la referida Audiencia Provincial la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 12 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación legal de la acusada **DOÑA Macarena** , nacida en Granada el NUM001 de 1962, hija de Desiderio y de Coral , con domicilio en Granada calle DIRECCION000 núm. NUM000 , con DNI núm. NUM002 , con antecedentes penales no computables, contra Sentencia 604/2016, de 18 de octubre de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada . Contra la mencionada Sentencia la representación de la recurrente interpuso recurso de casación que ha sido resuelto en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Los mismos Excmos Sres. Magistrados anotados al margen y bajo idéntica Presidencia, han dictado la presente Sentencia con base a los siguientes antecedentes. Dicho recurso ha sido resuelto por Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, con base a los siguientes Antecedentes y Fundamentos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Se suprimen de los hechos probados los efectos encontrados en la diligencia de registro en la morada de Macarena .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Al decretarse la nulidad del registro practicado en la morada de Macarena , como quiera que esta diligencia era la prueba sustancial incriminatoria, es procedente absolverla del acusado delito contra la salud pública, con declaración de oficio de las costas procesales.

## FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos absolver y absolvemos a Macarena del acusado delito contra la salud pública, con declaración de oficio de las costas procesales. Se mantienen las absoluciones decretadas en la instancia, devolución de fianza, y destrucción de la droga.

Notifíquese esta resolución a las partes , e insértese en la coleccion legislativa

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ