

Roj: **STS 1709/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1709**Id Cendoj: **28079120012016100343**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/04/2016**Nº de Recurso: **1789/2015**Nº de Resolución: **329/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP OU 557/2015,**
STS 1709/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de **Evelio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección Segunda) de fecha 24 de julio de 2015 en causa seguida contra **Evelio**, **Ildefonso** e **Rosana**, por delito de tráfico de sustancias estupefacientes, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por la procuradora Dña. Silvia Barreiro Teijeiro. Siendo Magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 1 de Ourense incoó diligencias previas procedimiento abreviado núm. 467/2014, contra **Evelio**, **Ildefonso** e **Rosana** y, una vez concluidas, las remitió a la Audiencia Provincial de Ourense (Sección Segunda) rollo: procedimiento abreviado 15/2015 que, con fecha 24 de julio de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" ÚNICO.- *Miembros de la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana tuvieron conocimiento a través de distintos anónimos, comunicaciones personales e incluso de una pintada, a cerca de la actividad de venta y distribución de sustancias estupefacientes que se desarrollaba en el restaurante Tres Torres, sito en la CALLE000 y en el que realizaba funciones de encargado, el acusado D. Evelio, de 32 años de edad, y sin antecedentes computables en esta causa. Por ello, se estableció un dispositivo de vigilancia del referido local, así como de la vivienda del Sr. Evelio sita en la (sic) el piso NUM000 del inmueble número NUM001.*

Como consecuencia de dicha vigilancia sobre las 21.15 horas del día 5 de febrero del 2014 se detectó la presencia del acusado **Ildefonso** de 28 años de edad y sin antecedentes penales apreciables en esta causa, quien ya era conocido por los agentes, conduciendo un vehículo marca Peugeot, matrícula JJV, estacionando el vehículo en doble fila delante de restaurante Tres Torres, bajándose del automóvil y entrando en el portal de la vivienda de **Evelio**, subiendo a su domicilio, donde ya se encontraba éste, en compañía de quien fue su pareja sentimental, **Rosana** y un amigo de estos, **Hilario**.



Los agentes con carne profesional NUM002 y NUM003 que desarrollaban el dispositivo de vigilancia, subieron a la planta NUM004 del edificio sito en la CALLE001 núm NUM005, perteneciente al Agente NUM003, el cual presenta visión frontal con el piso ocupado por el Sr. Evelio. Valiéndose de unos **prismáticos**, los agentes observaron a través de uno de los dos ventanales que daban a la calle, correspondiente al salón y el cual carecía de ningún obstáculo que dificultase o impidiese ver el interior, como Evelio y Ildefonso, manipulaban una sustancia de color marrón y la envolvían en un plástico negro, así como la presencia de otra sustancia contenida en una bolsa termosellada. Rosana abandonó el salón y regresó portando una bolsa de color rojo, sin anagramas, la cual entregó al Sr. Evelio quien introdujo en la misma los paquetes previamente preparados e hizo entrega de la misma a Ildefonso.

Tan pronto como Ildefonso, tuvo la bolsa con los paquetes en su interior salió de la vivienda, bajando al portal y saliendo a la calle, dirigiéndose a su vehículo, subiéndose al mismo y arrojando la bolsa delante del asiento delantero derecho, momento en el que fue detenido por el Agente NUM006. Poco después abandonaron la vivienda Evelio y Hilario, los cuales fueron detenidos por los agentes que desarrollaban la vigilancia exterior de la vivienda.

Al ser registrado el acusado Ildefonso se encontró en un bolsillo de la parte delantera de la sudadera que llevaba puesta dos bellotas y media, un trozo de bellota, dos trozos de resina de cannabis con un peso de 28,709 gramos, una bolsita termosellada conteniendo 0,184 gramos de cocaína con una pureza del 77,44 %, una navaja, 25 euros y en la bolsa roja que portaba 10 bloques de resina de cannabis con un peso de 964,10 gramos y 390 gramos de heroína con una riqueza del 28,25%, sustancias que Ildefonso y Evelio poseían de forma conjunta con la finalidad de proceder a su venta a terceras personas y lucrarse con el precio de la venta.

El valor total de la sustancia estupefaciente intervenida tiene un valor de 27.603,22 euros.

Ildefonso padece de esquizofrenia hebefrenica, con consumo crónico de cocaína y hachís y antecedentes de brotes psicóticos".

Segundo.- La Audiencia Provincial de Ourense, Sección Segunda, dictó sentencia núm. 276/2015, con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Evelio no concurriendo circunstancia alguna modificativa de responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como al pago de multa en la cantidad de 40.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 2 meses de prisión, acordando el comiso y destrucción de la sustancia aprendida (sic), así como la imposición de las costas procesales.

Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Ildefonso no concurriendo circunstancia alguna modificativa de responsabilidad criminal, a la pena de 3 de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como al pago de multa en la cantidad de 40.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 2 meses de prisión, acordando el comiso y destrucción de la sustancia aprendida (sic), así como la imposición de las costas procesales.

Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** de toda responsabilidad criminal a D.^a Rosana por los hechos que le fueron imputados, declarando las costas de oficio.

Se decreta el comiso del dinero, sustancia y objetos intervenidos a los que se le dará su destino legal.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, será de abono a los acusados todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo establecido en el Art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E.Criminal" (sic).

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

Cuarto.- La representación procesal del recurrente Evelio, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación**:



I.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECrim , al entender infringido los arts. 9.3 y 24.1 y 2 de la CE por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, y por interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por infracción de la presunción de inocencia del acusado, en relación con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, y el derecho a la intimidad, en relación con el art. 120.3 de la CE . II.- Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de las pruebas evidenciada por documentos obrantes en las actuaciones. III.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del art. del CP, al considerar el recurrente que no concurre el elemento objetivo, ni el objeto material ni tampoco el elemento subjetivo del delito.

Quinto.- La representación legal del recurrente Ildefonso , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECrim , al entender infringido el art. 24 de la CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la motivación de las sentencias judiciales (art. 120.3 de la CE). II.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por indebida inaplicación de los arts. 20.1 , 20.2 , 21.1 , 21.2 y 66.1.2 del CP . III.- Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de las pruebas evidenciada por documentos obrantes en las actuaciones.

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 19 de noviembre de 2015, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Séptimo.- Por providencia de fecha 16 de marzo de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 13 de abril de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 .- La sentencia núm. 276/2015, fechada el 24 de julio de 2015 y dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense , condenó al acusado Evelio como autor de un delito contra la salud pública, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la de multa por importe de 40.000 euros. También condenó al acusado Ildefonso , en calidad de autor de un delito de la misma naturaleza, al que impuso la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y una multa de 40.000 euros.

Ambos acusados interponen recurso de casación.

La representación legal de Evelio formaliza tres motivos. El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración de precepto constitucional, por violación de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE), así como por infracción del principio constitucional que proscribe toda arbitrariedad (art. 9.3 CE). También se alega el menoscabo del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, proclamado en el art. 18.2 de la CE . Los otros dos motivos, con la aparente cobertura de los arts. 849.1 y 2 de la LECrim , reiteran el mismo discurso impugnativo, a saber, la quiebra de las reglas de valoración probatoria, al haber sido observado el interior de un domicilio sin consentimiento del morador y, por supuesto, sin autorización judicial. No existe, a juicio del recurrente, un consentimiento tácito por el hecho de que las ventanas que permitieron la visión de lo que acontecía en el domicilio del recurrente no estuvieran corridas. No existió voluntad de exhibición, ni se concedió autorización alguna -ni expresa ni tácita- para ser observados por los agentes mediante el uso de **prismáticos**.

El recurrente Ildefonso hace valer un primer motivo de casación, con cita del art. 852 de la LECrim , en el que denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia recurrida (arts. 24.1 y 120.3 CE). La segunda impugnación se articula al amparo del art. 849.1 de la LECrim y atribuye a la resolución recurrida un error de derecho, por indebida aplicación de los arts. 20.1 , 20.2 , 21.1 y 2 y 66.1.2 del CP . El desarrollo argumental de este motivo aspira a la aplicación de una eximente completa o incompleta que reconozca la alteración de la imputabilidad del acusado, al que el relato de hechos probados atribuye una *"... esquizofrenia hebefrénica, con consumo crónico de cocaína y hachís y antecedentes de brotes psicóticos"*. Una tercera censura casacional se formaliza por la vía del art. 849.2 de la LECrim , al estimar la defensa del recurrente que los informes médicos y toxicológicos obrantes en la causa acreditarían la base patológica de esa disminución de la capacidad de culpabilidad.



Un adecuado tratamiento sistemático de las alegaciones formuladas por ambos recurrentes aconseja iniciar nuestro análisis por el bloque argumental formalizado por la representación legal de Evelio . En él se alega, como ya se ha expuesto, la ilicitud de la principal prueba de cargo, que permitió a los agentes de **policía** la observación del interior del domicilio en el que se realizó la transacción de la droga que luego fue aprehendida al adquirente.

Su estimación -que ya anticipamos- hará innecesario el examen del resto de las impugnaciones.

2 .- Lo que se trata de decidir no es otra cosa que la validez de la observación realizada por los agentes de la **policía** del interior de la vivienda del principal acusado -situada en el décimo piso de un edificio de viviendas- desde un inmueble próximo, valiéndose para ello de unos **prismáticos**. Los Jueces de instancia concluyen -a partir de un laborioso análisis de precedentes de esta Sala- que no ha existido intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, pues "*... la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver a través de la ventana*".

La Sala no puede identificarse con este criterio a la hora de definir el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Es cierto que ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera. El agente de **policía** puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento. Nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos. A juicio de la Sala, sin embargo, la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción incontestada del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE . Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado.

El razonamiento conclusivo de los Jueces de instancia para descartar la reivindicada nulidad probatoria no puede ser compartido por esta Sala. En el último párrafo del FJ 1º se afirma lo siguiente: "*... consideramos que en el supuesto a examen, la actuación de los agentes, derivada de la inmediatez del curso de los hechos, no supone la vulneración del derecho a la intimidad de los acusados en cuanto estos no establecieron obstáculo alguno que impidiese la visión del salón, como se desprende de la precisa información facilitada por los agentes, la cual sería inviable de haberse dispuesto obstáculos que impidiesen esa visión*".

Más allá de las dudas que suscita la equívoca referencia a la "*... inmediatez del curso de los hechos*", lo cierto es que la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad, no puede ser neutralizada con el argumento de que el propio morador no ha colocado obstáculos que impidan la visión exterior. El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. La expectativa de intimidad, en fin, no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble. Interpretar que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble, encierra el riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

El art. 588 *quinquies* a), introducido por la reforma de la LO 13/2015, 5 de octubre , en su apartado 1º dispone que "*la Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos*". Sin embargo, el art. 588 *quater* a) somete a autorización judicial la utilización de dispositivos electrónicos orientados a la grabación de imágenes o de las comunicaciones orales directas entre ciudadanos que estén siendo investigados, ya se encuentren aquéllos en un recinto domiciliar, ya en un lugar público. Es cierto que la reforma no contempla de forma específica el empleo de **prismáticos**. Éstos no permiten la grabación de imágenes. Sin embargo, la intromisión en la intimidad domiciliaria puede encerrar similar intensidad cuando se aportan al proceso penal las imágenes grabadas o cuando uno o varios agentes testifican narrando lo que pudieron observar, valiéndose de anteojos, en el comedor del domicilio vigilado.

En el presente caso, además, se da la circunstancia de que no concurría ninguno de los supuestos de legitimación de la injerencia a que se refiere el art. 18.2 de la CE . No medió autorización judicial. Tampoco



existió consentimiento del morador, expreso o implícito, ni por actos concluyentes. Y ello pese al esfuerzo argumental de los Jueces de instancia para derivar esa autorización del hecho de no haber corrido las cortinas del salón principal de la vivienda sita en el piso NUM000 del inmueble número NUM001, situado en la CALLE000. Ya hemos dicho que la protección constitucional frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, tanto la entrada física del intruso como la intromisión virtual. La revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 de la CE. La existencia de *drones*, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos es sólo uno de los múltiples ejemplos imaginables. Pero incluso para el caso en que se entendiera que los supuestos de falta de presencia física por parte de los agentes en el domicilio investigado deben ser protegidos conforme al concepto general de intimidad que ofrece el art. 18.1 de la CE, lo cierto es que en el presente caso no consta la existencia de ningún fin constitucionalmente legítimo que, por razones de urgencia, permitiera sacrificar la intimidad del sospechoso.

3.- La resolución dictada por el Tribunal *a quo* cita, en apoyo de la validez de las pruebas obtenidas por los agentes que efectuaron los seguimientos, distintos precedentes de esta Sala. Sin embargo, no todos ellos resuelven las legítimas dudas que suscita el tema objeto de nuestra atención.

En efecto, el criterio permisivo que suscribe la sentencia de instancia encuentra respaldo en la STS 15 abril 1997 (rec. 397/1996), en un supuesto de hecho de significativas coincidencias con el que nos ocupa. Allí puede leerse que *"... en lo concerniente a si la observación realizada a través de una ventana requiere autorización judicial, la Sala estima que la respuesta también debe ser negativa. En efecto, en principio, la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio no es necesaria una autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás"*.

Mayores matices exige el supuesto de hecho contemplado en la STS 18 febrero 1999 (rec. 17/1998), en cuyo FJ 3º se razonó así: *"... en el caso presente se trata de un patio «perceptible directamente desde el exterior», según la sentencia recurrida, y que, incluso teniendo la consideración funcional de domicilio, está expuesto al público con carácter permanente, precisa. En estas circunstancias, y de acuerdo con lo anteriormente significado, no podemos compartir el juicio del Tribunal «a quo» de que se haya producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la acusada ni de la intimidad o privacidad de la misma. Los agentes de **policía** que visualizaron directamente el repetido patio y observaron a quienes se encontraban en él procedentes de la calle, no hacían más que lo que cualquiera podía hacer; contemplaban y miraban lo que cualquiera podía mirar y observar ante la ausencia de obstáculos que perturbaran, impidieran o - simplemente- dificultaran la curiosidad de los demás. Por ello no ha tenido lugar ninguna infracción a la privacidad o a la intimidad y, por ello, la prueba obtenida a partir de esas observaciones es perfectamente lícita y válida desde la perspectiva constitucional"*.

Nótese que en el caso aludido se trataba de una visión externa, hasta donde alcanzaba la vista y carente por tanto de cualquier instrumento técnico que hiciera posible la aproximación de los sospechosos que -en el caso que anotamos- llegaron a ser fotografiados mientras se reunían en el patio. Se trata de un dato que introduce un elemento añadido que, a nuestro juicio, altera los términos del debate. Como hemos apuntado *supra*, no existe violación de los derechos a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio cuando no se emplean instrumentos que sitúen al observante en una posición de ventaja respecto del observado. La simple toma de fotografías, sin valerse de objetivos de amplia distancia focal, no tiñe de ilicitud el acto de injerencia.

Tampoco puede citarse como respaldo jurisprudencial a la tesis de la utilizabilidad de la prueba obtenida mediante el uso de **prismáticos** que hicieron posible la visión del interior del domicilio de los investigados, la STS 18 de diciembre 1995 (rec. 317/1995). En este precedente lo que abordó la Sala era el valor de un reportaje fotográfico obtenido por las cámaras de seguridad de durante el atraco a un banco. En el FJ 3º se razona en los siguientes términos: *"... el Tribunal Supremo no rechaza en principio la viabilidad jurídico-procesal de tales medios probatorios. No obstante ha de tenerse presente: a) que la filmación no puede vulnerar ningún derecho esencial, tales la intimidad o la dignidad de la persona afectada por la filmación; b) que es válida la captación de imágenes de personas sospechosas recogidas de manera velada o subrepticia, en los momentos en los que se supone se está cometiendo un hecho delictivo pues ningún derecho queda vulnerado en estos casos (Sentencia de 6 de mayo de 1993); c) que esa filmación o reportaje ha de realizarse con respeto absoluto a los valores de la persona humana, tal como ha sido antes dicho, de tal manera que únicamente cabe hacerlos en los espacios, lugares o locales libres y públicos, también en los establecimientos oficiales, bancarios o empresariales, sin posibilidad alguna en domicilios o lugares privados, o considerados como tales, por ejemplo los lugares reservados de los aseos públicos, salvo autorización judicial; y d) que la distinción entre lo permitido y lo prohibido ha de obtenerse en base a lo que señala la Constitución y muy especialmente la Ley Orgánica*



1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen".

En igual línea, la STS 27 febrero 1996 (rec. 1051/1995) referida, no al empleo de **prismáticos** sino al de una máquina fotográfica, razona en los siguientes términos, en sintonía con la tesis que ahora suscribimos: "... labor de captación de imágenes por medios de reproducción mecánica, que en el supuesto indicado no afecta a ninguno de los derechos establecidos en la LO 5 May. 1982, no necesita autorización judicial, la que es preceptiva y debe concederse por el órgano judicial en resolución motivada y proporcional al hecho a investigar, cuando se trate de domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación policial, que debe limitarse a los exteriores, y en el supuesto enjuiciado, la filmación de imágenes se hizo en el exterior".

Y la STS 13 marzo 2003 (rec. 337/2002), en un supuesto de grabación mediante vídeo de lo que acontecía en el interior del domicilio, proclamó que: "... en relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida tal captación de imágenes en la sentencia 913/96 de 23 Nov., y en la 453/97 de 15 Abr., en la que se expresa que en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el «Placet» judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás".

Son, pues, muchos los supuestos en los que las tareas de vigilancia se valen de aparatos de reproducción del sonido y de la imagen. Los precedentes de esta Sala son muy variados respecto de la utilización de cámaras videográficas por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (cfr. SSTS 1049/1994, 21 de mayo; 184/1994, 7 de febrero; 760/1994, 6 de abril; 173/1996, 7 de febrero; 245/1999, 18 de febrero; 299/2006, 17 de marzo; 597/2010, 2 de junio). No faltan casos en los que esas imágenes son obtenidas por cámaras de seguridad instaladas con arreglo a la LO 4/1997, 4 de agosto, de videovigilancia (cfr. STS 597/2010, 2 de junio; 1135/2004, 11 de octubre), o por particulares o entidades que se han valido, con uno u otro fin, de cámaras videográficas (SSTS 793/2013, 28 de octubre; 1154/2011, 12 de enero; 2620/1993, 14 de enero; 4/2005, 19 de enero; 1300/1995, 18 de diciembre; 20 noviembre 1987 y 21 septiembre 1988).

La jurisprudencia de esta Sala no se ha pronunciado sobre las implicaciones jurídicas de la utilización de **prismáticos** por los agentes de la autoridad, al menos desde la perspectiva de su potencial incidencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Los escasos precedentes que pueden ser citados están relacionados con la suficiencia probatoria de quien, valiéndose de **prismáticos**, observa una acción delictiva que se desarrolla en vías públicas y a considerable distancia de la escena observada.

Podría entenderse que su empleo, a la hora de ponderar el grado de injerencia que permite en el recinto domiciliario, quedaría abarcado en la previsión analógica del apartado 2 del art. 1 de la LO 4/1997, 4 de agosto. En él se dispone que "las referencias contenidas en esta Ley a videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles se entenderán hechas a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esta Ley". Sin embargo, para someter la utilización de **prismáticos** a los principios informadores del citado texto legal -que no son otros que principios de rango constitucional- no parece necesario resolver si la locución "medios técnicos análogos" es lo suficientemente flexible como para incluir en ella los **prismáticos**. Y es que el art. 6.5, bajo el epígrafe "principios de utilización de las videocámaras", establece lo siguiente: "no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial (...), ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia".

En definitiva, existió una intromisión en el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio, injerencia que tiñe de nulidad la observación que los agentes llevaron a cabo del intercambio de droga y la manipulación de una sustancia de color marrón, todo ello "... a través de uno de los dos ventanales que daban a la calle". La vigilancia del comedor de la vivienda y de las idas y venidas de los moradores entre el salón y otras dependencias interiores del inmueble no puede considerarse como un acto de investigación sustraído a la exigencia de autorización judicial. No altera esta conclusión el hecho de que se tratara, como describe el relato de hechos probados, de "... dos ventanales que daban a la calle". Repárese en que el factum alude a un décimo piso, ubicado en la CALLE000 de Orense. Y esa inutilizabilidad de la principal prueba de cargo, al fin y al cabo, la que permitió la inmediata detención de Ildfonso y la aprehensión de la droga, conduce al vacío probatorio y obliga a la consiguiente absolución de ambos acusados (cfr. SSTC 81/1998, FJ 4, 121/1998, FJ 5, 49/1999, FJ 14, 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6, 166/1999, FJ 4, 171/1999, FJ 4; 81/1998, 121/1998, 151/1998, de 13 de julio, 49/1999, 166/1999, 171/1999).



5.- La declaración de nulidad de la principal y única prueba de cargo hace innecesario el análisis del recurso formalizado por el recurrente Ildefonso , a quien aprovecha también la absolución por imperativo del art. 903 de la LECrim .

6.- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Evelio** , contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense en causa seguida por un delito contra la salud pública, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, cuyos efectos aprovechan también al recurrente **Ildefonso** . Se declaran de oficio las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Luciano Varela Castro D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz** .

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil dieciséis.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense, en el procedimiento abreviado núm. 15/2015, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Orense, se dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2015 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en los FFJJ 2º y 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación de los motivos primero, segundo y tercero, que han sido objeto de tratamiento conjunto.

La absolución alcanza también al acusado Ildefonso (art. 903 LECrim).

III. FALLO

Debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a los acusados Evelio y Ildefonso .

Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Luciano Varela Castro D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz.

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.