

Roj: **STS 7155/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7155**Id Cendoj: **28079120012005101382**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/11/2005**Nº de Recurso: **1619/2004**Nº de Resolución: **1448/2005**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil cinco.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, que absolvió a los acusados Sergio y Gabriela de un delito contra la salud pública, los 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. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y los recurridos acusados Sergio y Gabriela, representados por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 10 de Bilbao incoó procedimiento abreviado con el nº 114 de 2.002 contra Sergio y Gabriela, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, que con fecha 26 de abril de 2.004 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: En la tarde del día 15 de octubre de 1.998, Agentes de la Policía Municipal de Bilbao, procedieron a establecer un dispositivo de vigilancia en torno al "Bar Pesquera", sito en la C/ Ugarte nº 14 del barrio bilbaíno de Otxarkoaga, por haber recibido numerosas llamadas de vecinos de la zona en la que se les informaba de que en el citado establecimiento se vendía droga. Dicho local era regentado por los acusados, Sergio, nacido el día 23 de febrero de 1.948, con DNI nº NUM000 y sin antecedentes penales y su esposa Gabriela, nacida el día 22 de septiembre de 1.953, con DNI nº NUM001 y sin antecedentes penales. Sobre las 21:30 horas, los citados Agentes Municipales procedieron a entrar en el citado local y, tras identificar a todas las personas que se hallaban en su interior, detuvieron a los acusados, para a continuación y en su presencia proceder a registrar la totalidad del local, incautándose de tres trozos de hachish y dos trozos de sustancia marrón prensada que se encontraban debajo de la barra. Junto al fregadero y detrás de la barra hallaron igualmente un trozo de sustancia marrón prensada de similares características a las anteriores, haciendo un total de seis trozos con un peso de 59,556 gramos, de lo que tras los oportunos análisis resultó ser resina de cannabis (hachish). También se ocupó la cantidad de 52.000 pesetas de la caja registradora y 26.000 pesetas ubicadas dentro de una caja de cognac. A la acusada Gabriela se le ocupó la cantidad de 40.000 pesetas que llevaba dentro de su ropa interior. Seguidamente sobre las 22:50 horas del mismo día se procedió a practicar un registro domiciliario en la vivienda en la que residen los acusados, sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM002 - NUM003 NUM004 de Otxarkoaga, ante la presencia de los acusados y de tres de sus hijos. En una de las habitaciones, junto a la cocina se encontraron dentro de un recipiente de plástico, una bolsita de sustancia blanca en polvo que tras los oportunos análisis resultó contener 1,877 gramos de anfetamina de sulfato con una riqueza del 18,00% expresada en Anfetamina Sulfato. Igualmente, y dentro de pequeñas bolsitas se halló sustancia blanca en polvo, que tras los oportunos análisis resultó contener 16,398 gramos de anfetamina de sulfato, con una riqueza del 18,00%, expresada en Anfetamina Sulfato. En otra bolsa se encontró sustancia en rama, 10,2490 gramos de hojas picadas de cannabis que corresponden a planta de cannabis (marihuana) así como tres trozos y múltiples trocitos de polvo marrón prensado con 270,00 gramos de resina de cannabis, (hachish)



con una riqueza del 6,1%. El precio estimado de una dosis de hachish, era de 3 Euros, el de una dosis de Anfetamina de Sulfato, de 4 Euros y una dosis de marihuana, de 3 Euros, todas ellas a esa fecha y en el mercado ilícito. La resina de cannabis es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista IV de la Convención Unica de 1.961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1.972 . La planta de cannabis es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista IV de la Convención Unica de 1.961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1.972 . La Anfetamina de Sulfato es una sustancia psicotrópica sujeta a control internacional, incluida en la Lista II del Anexo al Convenio de Viena de 21 de febrero de 1.971 sobre psicotrópicos . Tanto para el registro habido en el interior del establecimiento, como para el domiciliario, se recabó la presencia de dos testigos, D. Pedro Jesús y D. Gonzalo , este último sin instrucción. Ninguno de los registros contó con autorización judicial.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Sergio y a Gabriela , del delito contra la salud pública en su modalidad de posesión para el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud y de sustancias que no causan grave daño a la salud, llevado a cabo en establecimiento abierto al público y de posesión para el tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud, por el que venían siendo acusados, con declaración de oficio de las costas causadas. Se acuerda el comiso definitivo de la totalidad de las sustancias aprehendidas. Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por el Ministerio Fiscal, 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.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr ., vulneración del art. 24.1 C.E . (tutela judicial efectiva); Segundo.- Al amparo del nº 3 art. 851 L.E.Cr ., falta de resolución de los puntos objeto de la acusación.

5.- Instruida la representación de las partes recurridas, solicitó la inadmisión de los dos motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 14 de noviembre de 2.005.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la A.P. de Vizcaya (Sección Primera), que absolvió a los acusados del delito contra la salud pública en su modalidad de posesión para el tráfico de sustancias de las que causan grave daño, llevado a cabo en establecimiento abierto al público.

El reproche casacional se ampara en el art. 852 L.E.Cr . por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 C.E ., al haber excluido el Tribunal a quo como prueba de cargo el resultado del registro efectuado en el bar que era regentado por los acusados, que el recurrente considera plenamente válida, contra la decisión del Tribunal sentenciador de declararla ilícita e inutilizable como prueba incriminatoria el resultado de la diligencia policial.

SEGUNDO.- En lo que ahora interesa, el "factum" de la sentencia declara probado que el bar "Pesquera" era regentado por los acusados y que por haber recibido la Policía Municipal numerosas llamadas de vecinos de la zona informando de que en ese establecimiento se vendía droga, sobre las 21:30 horas del día 15 de octubre de 1.998, los Agentes Municipales que se mencionan procedieron a entrar en el citado local y, tras identificar a todas las personas que se hallaban en su interior, detuvieron a los acusados, para a continuación y en su presencia proceder a registrar la totalidad del local, incautándose de tres trozos de hachish y dos trozos de sustancia marrón prensada que se encontraban debajo de la barra. Junto al fregadero y detrás de la barra hallaron igualmente un trozo de sustancia marrón prensada de similares características a las anteriores, haciendo un total de seis trozos con un peso de 59,556 gramos, de lo que tras los oportunos análisis resultó ser resina de cannabis (hachish).

TERCERO.- La sentencia rechaza el resultado de la diligencia policial argumentando que fue practicado sin mandamiento judicial y sin consentimiento expreso de los titulares, que hubieran sido necesarios, uno u otro, para legitimar la práctica de la diligencia y el resultado de la misma, y en este sentido señala que el registro



no afectó al domicilio, sino al bar que poseen los acusados, el cual, en principio, no tiene la consideración de domicilio. Ahora bien, lo que ocurre -añade- es que aun siendo ello cierto, no lo es menos, que es criterio jurisprudencial consolidado, -tanto en la jurisprudencia ordinaria como en la constitucional-, el que entiende que los establecimientos abiertos al público poseen zonas o dependencias de uso privado, a las que no se puede acceder y mucho menos registrar, salvo en la forma y supuestos legalmente establecidos. En las presentes actuaciones -concluye- tanto la droga como el dinero hallados, lo fueron en zonas que a esos efectos se han de considerar privadas ya que se encontraron debajo y detrás de la barra del bar, dentro de la caja registradora y en el interior de una caja de cognac.

Este razonamiento es contestado por la acusación pública alegando que los concretos lugares donde se encontraba y se incautó la droga no tienen la consideración de domicilio ni las características de privacidad propias de tal concepto.

El motivo debe ser estimado.

Este Tribunal Supremo ha consolidado un criterio, reiteradamente declarado, según el cual, el art. 18.2 C.E. consagra el artículo 18.2 de la Constitución consagra el derecho fundamental a "la inviolabilidad del domicilio", prohibiendo la entrada en el mismo (salvo caso de "flagrante delito"), sin consentimiento de su titular o resolución judicial y el Tribunal Constitucional al referirse a dicho derecho, ha indicado que la protección constitucional del domicilio lo es de carácter instrumental y que defiende "los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona", con la imbricación que así existe entre dicha norma que, como se ha dicho, prohíbe la entrada y registro en un domicilio, y la que conlleva la defensa y garantía del ámbito de "privacidad" e "intimidad" en el número 1º de referido artículo 18 de la Carta Magna (Cfr. S. del Tribunal Constitucional 22/1.984, de 17 de Febrero), lo que implica las garantías procesales establecidas para la práctica de las diligencias de "entrada" y "registro" en un "domicilio" (Cfr. artículos 545 y siguientes de la Ley ritaria penal).

Consecuencia de dicha doctrina y en una interpretación ajustada al espíritu de nuestra Constitución, la Sala entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar" (Cfr. SS., entre otras, de 14 de Enero, 3 de Julio y 5 y 24 de Octubre de 1.992, 14 de Noviembre de 1.993 y 18 de Febrero, 23 de Mayo y 15 de Octubre de 1.994), o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotes, etc., comprendidas las habitaciones de un hotel u hospedería en la que se viva (Cfr. SS. de 26 de Junio y 17 de Septiembre de 1.993 y las precedentemente citadas de 18 de Febrero, 23 de Mayo y 15 de Octubre de 1.994).

Por el contrario, no integra el concepto de vivienda, el local comercial o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc. (Cfr. SS. de 11 de Junio de 1.991, 19 de Junio y 5 de Octubre de 1.992, la antes citada de 17 de Septiembre de 1.993 y la de 21 de Febrero de 1.994), sencillamente porque no lo son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público y esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución, protege como antes se dijo, la "intimidad" como valor esencialísimo, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad (SS., entre otras, de 31 de Octubre de 1.988 y 28 de Abril de 1.993).

En esta línea, debe señalarse que el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho en la S.TC. 22/84 (Fº Jº 5) que el derecho a la inviolabilidad del domicilio <<constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente -continúa la S.TC.-, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello -concluye-, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella>>.

Esta conexión entre el ámbito donde se desarrolla la privacidad o intimidad de la persona y el domicilio, ha llevado a esta Sala a ampliar este último concepto, pues como espacio de intimidad constitucionalmente



protegido, el art. 87.2 L.O.P.J. demuestra que el marco de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada, puesto que dicho precepto reconoce la existencia de "domicilios" y de otros "edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular", es decir, que no constituyen morada en sentido estricto. Es claro, por lo tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar identificado con la morada habitual. Basta, pues, con esta adscripción al ámbito propio de la privacidad o intimidad para que el inmueble que reúna estas características precise para su acceso al mismo de la resolución judicial habilitante o, en su caso, del consentimiento del titular o la percepción sensorial de una situación de flagrancia.

En virtud de esta concepción amplia, se ha estimado como domicilio a efectos de su protección constitucional cualquier lugar, sea cual fuere su condición y características, que constituya morada, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulottes, habitaciones de establecimientos hoteleros, etc. Espacios éstos donde se protege el derecho a la inviolabilidad domiciliaria como espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

Numerosísimas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ratifican, completan y especifican la naturaleza del domicilio particular, como espacio físico amparado por el artículo 18.2 de la Constitución, en donde se ejerce la privacidad de cada uno y se proyecta el "yo anímico" del individuo o individuo, en múltiples direcciones. De acuerdo con el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Roma de 1950, sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, las personas o la familia, incluso en concepto de residencia temporal, desde la "roulot", la tienda de campaña o la chabola, hasta el mayor de los palacios.

Cualquier ámbito espacial limitado, que el sujeto escoge y elige, y que por lógica ha de quedar exento o inmune de las agresiones exteriores, sea un particular, sea la Autoridad.

CUARTO.- Consecuencia de este criterio jurisprudencial ha sido la exclusión de ese ámbito constitucionalmente protegido, de los bares, cafeterías y similares, incluidas las dependencias que sirvan de almacén, las habitaciones reservadas de un club de libre acceso al público, las cocinas de estos establecimientos públicos y también los aseos privados de los mismos (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 3 de mayo de 1.994, 10 de diciembre de 1.994, 20 de noviembre de 1.995 y 16 de enero de 2.002).

En el caso presente, la droga intervenida se encontraba debajo y detrás de la barra de un bar que se encontraba abierto al público y en el mismo habitáculo o dependencia destinado al mismo, y aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suela acceder el público, no puede en modo alguno ser calificada como lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho referencia como elemento condicionante de la protección constitucional del domicilio, sino, en todo caso, como una zona reservada a los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario.

Por todo ello, estimado el motivo, habrá de casarse la sentencia impugnada, devolviendo las actuaciones al Tribunal de procedencia para que valore el resultado de la diligencia policial de registro como prueba, junto con el resto del material probatorio practicado en el plenario.

QUINTO.- Por el quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3º L.E.Cr., se denuncia falta de resolución de los puntos objeto de la acusación.

La censura se formula bajo la alegación de que el Fiscal relató en su escrito de acusación elevado a definitivo, como hecho aislado imputable a los acusados, que antes del registro habían entregado a Lucio 6'825 gramos de resina de hachísh.

El motivo debe ser desestimado.

Contra lo que sostiene el recurrente, el Tribunal se ha pronunciado sobre el hecho imputado, no incluyéndolo en la declaración de Hechos Probados por causa y razón de que no ha quedado acreditado en el juicio oral, y, consecuentemente, ninguna valoración jurídica en relación a la subsunción cabe de algo que no se ha producido y, por ello, resulta judicialmente inexistente.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con estimación del primer motivo, interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimación de su segundo motivo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de fecha 26 de abril de 2.004,



en causa seguida por delito contra la salud pública contra los acusados Sergio y Gabriela , devolviendo las actuaciones al Tribunal de procedencia para que valore el resultado de la diligencia policial de registro como prueba, junto con el resto del material probatorio practicado en el plenario. Se declaran de oficio las costas procesales. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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 Diego Ramos Gancedo , 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