



Roj: **STS 38/2022 - ECLI:ES:TS:2022:38**

Id Cendoj: **28079120012022100017**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2022**

Nº de Recurso: **1569/2020**

Nº de Resolución: **39/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 39/2022

Fecha de sentencia: 20/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1569/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1569/2020

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 39/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de enero de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1569/2020 interpuesto, por infracción de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal**, **contra** la sentencia n.º 10 de 19 de febrero de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de Apelación n.º 3/2020, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el condenado D. Benito **contra** la dictada por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 2019, en el Procedimiento Abreviado número 325/2019, dimanante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Jaca, sentencia que revocó y dejó sin efecto la citada resolución de la Audiencia Provincial, y en su lugar absolvió a aquel del **delito contra la salud pública** del que era acusado. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida **D. Benito**, representado por la procuradora D.ª María Dolores del Val Esteban y bajo la dirección letrada de D. Oscar Ruiz-Galbe Santos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Jaca, incoó Procedimiento Abreviado con el número 600/2018, por **delito contra la salud pública** por tráfico de sustancias que causan grave daño a la **salud contra** el acusado Don Benito y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca cuya Sección Única dictó, en el Rollo de Sala n.º 325/2019, sentencia n.º 137/2019 de 20 de noviembre, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO: 1. Sobre las 2:30 horas de la madrugada del día 26 de octubre de 2018, los agentes de la Guardia Civil con TIP NUM000 y NUM001 se encontraban prestando servicio de seguridad ciudadana por la localidad de Biescas. Al pasar a la altura del Restaurante Asador El Mirador, situado en la carretera N260, punto kilométrico 502, propiedad del acusado, Benito -ya circunstanciado en el encabezamiento de esta sentencia-, escucharon una alarma que procedía del interior del establecimiento. Tras bajar del vehículo en el que viajaban y realizar la oportuna inspección, los agentes observaron que una de las ventanas del restaurante se encontraba abierta y forzada, y asimismo vieron un destornillador en el aparcamiento que podía haber sido utilizado para romper la cerradura de la ventana.

2. Después de dar aviso a la Central Operativa de Servicios (COS) de Huesca y a fin de investigar la posible comisión de un **delito contra** el patrimonio, los agentes accedieron al establecimiento por la ventana fracturada, en cuyo interior observaron que la caja registradora se encontraba reventada y tirada en el suelo del comedor. En la subsiguiente comprobación de cada una de las diversas estancias del restaurante para verificar la posible presencia de alguna persona sospechosa, hallaron las siguientes sustancias, todas las cuales se encontraban a la vista:

a) Sobre la estantería situada detrás de la barra, 18 comprimidos de color rosa con forma de espiral dentro de una bolsita de plástico, las cuales contenían MDMA (éxtasis) con una pureza del 38,27% y un total de 2,93 gramos netos de MDMA, cuyo valor en el mercado ilícito habría alcanzado la suma de 183,42 euros. El acusado poseía la referida sustancia para destinarla al tráfico ilícito.

b) Sobre una especie de bandeja o plancha situada en la cocina, una sustancia en polvo de color blanco preparada aparentemente para ser consumida, la cual, una vez debidamente analizada, resultó ser anfetamina (speed) mezclada con cafeína, con una pureza del 31,49% y un total de 0,19 gramos netos de anfetamina, cuyo valor en el mercado ilícito habría alcanzado la suma de 4,94 euros. El peso de la cafeína se elevaba a 41,25 gramos.

c) En el almacén del establecimiento y colgada de una viga del techo, una planta seca de color verde que resultó ser marihuana (cánnabis sátiva), con un peso de 131,17 gramos, y cuyo valor en el mercado ilícito habría alcanzado la suma de 661,04 euros. El acusado poseía la indicada planta de marihuana con el fin de destinarla al tráfico ilícito.

d) Y sobre una estantería del almacén, una caja de plástico transparente de tamaño pequeño que contenía setas alucinógenas denominadas psilocina, cuyo peso total alcanzaba los 12,57 gramos. La seta psilocina no tiene valoración económica en las tablas publicadas por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes (OCNE)."

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

"FALLAMOS: 1. CONDENAMOS al acusado, Benito, como responsable, en concepto de autor, de un **delito contra la salud pública** por tráfico de sustancias que causan y no causan grave daño a la **salud**, dentro del subtipo atenuado caracterizado por la escasa entidad del hecho, antes definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:



A) PRISIÓN de DOS (2) AÑOS, más la pena accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B) MULTA de OCHOCIENTOS CUARENTA (840) euros. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 100 euros no abonados o fracción de esta cantidad que dejare de pagar.

2. Decretamos el DECOMISO y destrucción de las sustancias intervenidas.

3. Imponemos al acusado las costas causadas.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta sentencia, abónese en su caso el tiempo durante el cual el acusado hubiera estado provisionalmente privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido computado en otra ejecutoria."

TERCERO.- **Contra** la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Benito , dictándose sentencia n.º 10/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en fecha 19 de febrero de 2020, en el Rollo de Apelación número 3/2020, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"1. Que estimando como estimamos el recurso de apelación presentado por la representación procesal de Benito , **contra** la sentencia dictada con fecha 20 de noviembre de 2019, por la Sección Única, de la Audiencia Provincial de Huesca, en Procedimiento Abreviado 325/2019 debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto.

2. En su lugar se acuerda la libre absolución del acusado Benito , del **delito contra la salud pública** por tráfico de sustancias que causan grave daño a la **salud**, del que era acusado.

Se declaran de oficio las costas causadas en el procedimiento"

Y en la que constan como **hechos probados**:

"Se admiten los hechos probados que recoge como tales la sentencia recurrida, salvo el inciso final del apartado 2.a) y el del apartado 2.c) en lo que recogen que el acusado poseía la sustancia con la finalidad de destinarla al tráfico ilícito.

Se añaden a ellos los siguientes:

La intervención de los agentes de la Guardia Civil referida en los hechos probados, que tuvo lugar el día 26 de octubre de 2018, consistente en entrada en el local propiedad y regentado por el acusado, comenzó a las 2:30 horas con el fin de comprobar si había alguna persona en su interior y duró unos cuatro o cinco minutos. Dado que en la revisión de las distintas dependencias encontraron sustancias estupefacientes procedieron a las 3:00 horas a practicar diligencia ocular relacionada con tal hallazgo, sin que conste que pasaran aviso al propietario para la práctica de ninguna de ambas diligencias."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional por el Ministerio Fiscal, 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.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en un único motivo:

Único motivo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española.

SEXTO.- Instruidas las partes, la parte recurrida se opone al recurso formulado por el Ministerio Fiscal; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 19 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó sentencia núm. 10/2020, de 19 de febrero, en el Rollo de Sala núm. 3/2020, por la que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Benito , **contra** la sentencia dictada con fecha 20 de noviembre de 2019 por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, en Procedimiento Abreviado núm. 325/2019, revocando



y dejando sin efecto la citada resolución, y, en su lugar, absolvió a aquel del **delito contra la salud pública** del que era acusado, declarando de oficio las costas causadas en el procedimiento.

El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal en base a un único motivo deducido por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

SEGUNDO.- En desarrollo del único motivo de su recurso, discrepa el Ministerio Fiscal con la sentencia recurrida, al entender que, al encontrarse la droga en un restaurante y haberse producido la entrada de los agentes policiales en el establecimiento con motivo de la comisión de un **delito contra** la propiedad, en horas de madrugada, siendo apreciable la circunstancia de flagrancia, la presencia del dueño del establecimiento no resultaba imprescindible. Por ello entiende que la diligencia de incautación de las sustancias estupefacientes, una vez que fue incorporada al plenario mediante la declaración de los guardias civiles que la habían practicado, debió de ser valorada como prueba por el Tribunal sentenciador.

Expone la jurisprudencia de esta Sala en torno a la consideración de que los locales comerciales -entre ellos los bares y restaurantes-, entran dentro de la definición extensiva de "lugares públicos" del art. 547.3º LECrim, pero quedan fuera de la tutela del art. 18.2 CE, que protege el derecho del individuo a disponer de un núcleo de absoluta reserva en la santidad del domicilio u hogar donde se desarrolla su existencia y actividad humana. Señala que, por ello, estos lugares están tutelados por las normas que protegen la libertad de actuación o la propiedad, pero no les son aplicables las reglas procesales previstas para los registros domiciliarios.

Excluido por tanto el carácter de domicilio del establecimiento en el que se practicó el registro donde fue incautada la sustancia estupefaciente, estima el Ministerio Fiscal que el mismo no gozaba de las normas de protección establecidas en la Constitución y en la Ley Procesal Penal, y, por ello, aunque pudiera apreciarse alguna irregularidad en la actuación de los agentes de la Guardia Civil, la misma nunca podría dar lugar a la nulidad prevista en el art. 11.1 LOPJ al no haber existido violación de derechos fundamentales.

Entiende también que la actuación de los agentes de la Guardia Civil, una vez que habían accedido al local cerrado de forma justificada por la flagrancia delictiva, se ajustó a los criterios que regulan las diligencias cuando se descubren efectos de carácter delictivo (arts. 282 y 284.3 LECrim).

Por último, señala que en la sentencia dictada en la instancia no se pretendió dar valor de prueba preconstituida a la diligencia policial de intervención de las sustancias estupefacientes, sino que la prueba valorada fue la declaración testifical de los agentes de la Guardia Civil en el acto del juicio oral, con plena vigencia en ese momento del derecho a la defensa del acusado y pudiendo exponer las alegaciones que estimara pertinentes sobre el hallazgo de distintas drogas en el restaurante.

Discrepa con la afirmación que se hace en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en el sentido de que se causó un perjuicio en el derecho a la defensa porque el acusado no pudo negarse al registro, solicitar que se hiciera de día, recabar previo asesoramiento, interesar la previa autorización judicial, o justificar o exponer el motivo por el que había sustancias en el local. Por el contrario entiende que la última decisión indicada la pudo llevar a cabo en el plenario, siendo el momento en el que correspondía, y las otras decisiones no afectaron al derecho a la defensa porque, dadas las características de la diligencia policial, no eran viables.

En base a todo ello interesa que se case la sentencia dictada y se devuelvan las actuaciones al Tribunal de Justicia de Aragón para que dicte nueva sentencia considerando válida la diligencia policial de incautación de sustancias estupefacientes y dando respuesta a los otros dos motivos del recurso de apelación formulado por el acusado.

TERCERO.- El Tribunal Superior de Justicia parte de que flagrancia del **delito** de robo, que al parecer se estaba cometiendo o se había cometido, justificó la primera intervención policial desarrollada dentro del local, estimando irreprochable la intervención desarrollada por los agentes de entrar en el local para comprobar si todavía estaban dentro el autor o autores. Sin embargo, entiende que la flagrancia que avala la primera actuación no se prolonga respecto de la segunda actividad desarrollada por los agentes, consistente en la inspección ocular y registro del local derivada de los hallazgos iniciales de sustancias estupefacientes, al no concurrir los presupuestos de flagrancia del **delito** previstos en el art. 553 LECrim.

No obstante, a partir de ello considera como única causa de la nulidad del registro practicado, y con ello la posibilidad de que pueda ser valorado como posible medio de prueba, el hecho de que en la práctica del registro el interesado no estuviera presente. Y ello, pese a que era posible avisar y esperar a que dueño del establecimiento y presunto autor del **delito** de tenencia de sustancia estupefaciente se encontrara presente, ya que éste era perfectamente conocido por la fuerza actuante y vivía en la misma localidad donde se encontraba el local. A su juicio ello le causó efectivo perjuicio de su derecho de defensa, al no poderse negar al registro,



solicitar que se hiciera de día, recabar asesoramiento previo, interesar la previa autorización judicial, o justificar o exponer el motivo por el que había sustancias en el local.

CUARTO.- No discrepa por tanto el Tribunal Superior de Justicia de la consideración efectuada por la Audiencia en el sentido de que el local objeto de registro no constituye domicilio, y por tanto, no goza de la protección dispensada por el art. 18.2 CE. Consecuentemente con ello, no le son aplicables las normas contenidas en el Título VIII del Libro II LECrim.

El restaurante donde fue practicado el registro en horas nocturnas no constituye domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el art. 554 LECrim, ya que no estaba destinado principalmente, ni en todo ni en parte, a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

El Tribunal Constitucional ha declarado que no considera domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo).

Conforme indicábamos en la sentencia 915/2000, de 25 de mayo, "es claro que los locales comerciales entran dentro de la definición extensiva de "lugares públicos" que el núm. 3.º del art. 547 LECrim, establece a efectos de lo prevenido en el Tít. VIII, del Libro II de dicha Ley. Como tales caen fuera de la tutela del art. 18.2 CE, que protege el derecho del individuo a disponer de un núcleo de absoluta reserva en la santidad del domicilio u hogar donde se desarrolla su existencia y actividad humana (ver p. ej. Sentencia de 5 junio 1993), de tal modo que otros lugares en que se desenvuelven actividades comerciales o de recreo, solamente están tuteladas por las normas que protegen la libertad de actuación o la propiedad y que, por lo mismo, no les son tampoco aplicables las reglas procesales que la LECrim prevé para los registros domiciliarios (Sentencias de 10 mayo; 16 septiembre; 22 octubre y 27 noviembre 1993). Y como dice la Sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 1994, no se ha podido dar una vulneración constitucional que contaminara la diligencia, haciendo aplicable a ella el art. 11.1 LOPJ, contaminación extensible a todo el proceso, al no existir norma constitucional que ampara la inviolabilidad de los locales comerciales. En igual sentido, la de 9 de julio de 1993, y más recientemente, la Sentencia de 1 de marzo de 1999, declara que el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que los locales asimilables a tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán domicilio. Esta enumeración no es sino ejemplificativa dado que es claro que el principio que informa dicha disposición se deriva exclusivamente del hecho de que los lugares públicos no amparan la intimidad que protege el domicilio y quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad, que el lugar no les puede proporcionar (Sentencia de 8 de mayo de 1997). De ahí que la doctrina de esta Sala reiteradamente venga diciendo que para el registro de los locales de recreo tales como pubs, bares o restaurantes no sea precisa una previa resolución que lo autorice (Sentencias de 9 de diciembre de 1993, 10 de abril de 1995, 18 de mayo de 1995) ni la asistencia de Secretario Judicial (Sentencia de 6 de abril de 1994), ya que no constituyen domicilios y no se afecta en ellos el derecho a la intimidad, salvo que exista, además de la parte destinada al público, otra reservada a morada de los titulares del negocio, en cuyo caso esta última y no la primera, tendrá la consideración de domicilio (Sentencia de 10 de diciembre de 1994)."

Y conforme señala el Tribunal Constitucional (STC 219/2006, de 3 de julio) "aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6). Y en el presente caso, sin que sea necesario entrar a considerar en este momento si el cumplimiento del requisito de la presencia del interesado o su representante en el registro, previsto en el art. 569 LECrim, era exigible o concurrían razones de urgencia o necesidad que pudieran justificar la ausencia -como argumentan los órganos judiciales-, lo cierto es que el que dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción no impide que el resultado de la misma se incorpore al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la practicaron, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la inmediatez y la contradicción, como evidencia la lectura del acta de la vista, y que son las que constituyen el sustrato probatorio del relato fáctico de la Sentencia de instancia, como se señala expresamente en el fundamento jurídico décimo de la misma.

Por ello, ha de entenderse que la ausencia de contradicción en la práctica de las aludidas diligencias no generó indefensión material y no es lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)."



En nuestro caso, el registro se llevó a cabo en un restaurante, y en concreto, según se relata en el apartado de hechos probados, la droga fue intervenida en una estantería ubicada detrás de la barra, en la cocina, y en el almacén del establecimiento que por sus características no podía constituir el domicilio de ninguna persona, como de hecho no lo constituía. Por ello no le alcanzaba la protección dispensada por el art. 18.2 CE.

No existe en consecuencia ilicitud en la prueba obtenida, sino a lo más y, al darse una infracción de la legalidad ordinaria, el acta levantada carecería de efectos procesales. La diligencia policial carece de valor como prueba preconstituida, pero lo actuado en el registro por los agentes de la Guardia Civil y su resultado ha sido incorporado al proceso a través de las declaraciones de los agentes que lo llevaron a cabo prestadas en el acto del Juicio Oral, bajo los principios de inmediación y contradicción, sin vulneración del derecho de defensa del acusado.

En consecuencia, debe declararse la validez del registro practicado así como de la prueba de él derivada.

Conforme a lo expuesto procede la devolución de la causa a Tribunal Superior de Justicia para que dicte nueva sentencia en la que, partiendo de la validez del registro practicado, resuelva el resto de las cuestiones que fueron suscitadas en el recurso de apelación.

QUINTO.- Se declaran de oficio las costas procesales del recurso, de conformidad con las previsiones del artículo 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 el Ministerio Fiscal **contra** la sentencia núm. 10/2020, de 19 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de Sala núm. 3/2020, dimanante de la causa procedimiento abreviado núm. 325/2019 de la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, que absolvió a D. Benito del **delito contra la salud pública** de que venía siendo acusado; en su virtud **casamos y anulamos dicha sentencia** devolviéndose la causa el Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia resolviendo con libertad de criterio excepto en los puntos abordados por la sentencia de casación.

2º) Declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso.

3º) Comunicar esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que **contra** la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.