

Nº de SENTENCIA: **2.451 de 2 de julio de 1993**

Órgano: Tribunal Supremo

Sala: 2ª de lo Penal

Recurso: Casación

**Resumen:**

**DILIGENCIA** de entrada y registro, que es el origen del hallazgo de la droga y demás elementos de convicción y del reconocimiento del acusado, suma a la irregularidad formal derivada de la ausencia del fedatario judicial, el importante o insubsanable defecto de haberse extendido no sólo al delito investigado -robo-, sino a otro delito -tráfico de drogas- sin una intervención judicial intercedente – previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas- se absuelve del Delito de Trafico de Drogas por este motivo

En la villa de Madrid, a dos de julio de mil novecientos noventa y tres.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero:** El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla instruyó sumario con el número 33 de 1986, contra Salvador , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha ciudad, cuya Sección Primera, con fecha de 22 de marzo de 1988, dictó Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «Y así se declaran, que sobre las veinte horas del día 31 de marzo de 1986, se llevó a cabo por la Policía Nacional, un registro, en el domicilio del procesado Salvador , mayor de edad y sin antecedentes penales cancelables, sito en el Polígono de San Pablo Barrio E, Bloque 864, encontrándose una balanza de precisión, una navaja con resto de cocaína y 16 papelinas de esta sustancia que el procesado tenía preparadas para su venta».

**Segundo:** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: «Que debemos condenar y condenamos al procesado Salvador como autor de un delito contra la salud pública ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis meses y un día de prisión menor con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y multa de 30.000 ptas. con el apremio personal de sufrir dieciséis días de arresto sustitutorio si no la hiciere efectiva, y al pago de las costas procesales, siendo de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que haya estado privado de libertad en la presente causa, y se aprueba, por sus propios fundamentos, el Auto de insolvencia que el Juzgado Instructor dictó y consulta en el ramo correspondiente. Dése a la droga intervenida el destino legal.»

**Tercero:** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por vulneración de norma constitucional, por el acusado Salvador 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.

**Cuarto:** La representación del acusado Salvador basa su recurso en el siguiente motivo: 1.º Se formula al amparo del art. 5.9, núm. 4.º, de la *Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985* , y se fundamenta en la vulneración por la Sala sentenciadora del derecho a la presunción de inocencia, reconocido y garantizado en el artículo 24.2 de la *Constitución Española* , en cuanto que en la Sentencia recurrida se condena a su representado como autor de un delito contra la salud pública del art. 344 del *Código Penal* , sin que existan en la causa pruebas de cargo de ningún tipo que contradigan la intencionalidad de propio consumo confesada por el acusado. 2º.- Se formula al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por cuanto la Sala de instancia, en su Sentencia califica la conducta de su representado como constitutiva de un delito contra la salud pública, previsto y sancionado en el art. 344, del *Código Penal* , con lo que ha infringido por indebida aplicación el precepto citado.

**Quinto:** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto impugnó los dos motivos alegados, admitiendo la Sala dicho recurso que quedó concluso y pendiente de señalamiento para fallo para cuando por turno correspondiese.

**Sexto:** Hecho el oportuno señalamiento para fallo, se celebró la votación prevenida el día 25 de junio del corriente año.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único: No se niega la presencia de significativos elementos probatorios como son la existencia en el domicilio del acusado de una balanza de precisión, restos de droga en la punta de una navaja, y 1,2438 gramos de sustancia estupefaciente distribuida en 16 papelinas con una riqueza de 10,02 por 100 de cocaína y 38,22 por 100 de lidocaína; dichos elementos, reconocidos en juicio por el acusado y demostrados por el informe del Instituto Nacional de Toxicología, serían bastantes para justificar, en principio, la inferencia de una posesión preordenada al tráfico, pero no sin justificadas dudas que derivan de las circunstancias en que se producen o tienen origen tales datos probatorios: **este hallazgo no fue consecuencia, como suele acontecer, de unas sólidas sospechas de tráfico surgidas de una vigilancia sostenida sobre el domicilio del acusado que ha comprobado la presencia de traficantes o contenidos drogodependientes en la entrada y salida del domicilio, sino que fue el resultado de una diligencia de registro que se solicita y se concede (vid. folio 10 del sumario) para verificar las sospechas «en relación con robos en interior de coches, así como procedentes de semaforazo y tirón» (sic).** Dicha diligencia de entrada y registro, que es el origen del hallazgo de la droga y demás elementos de convicción y del reconocimiento del acusado, suma a la irregularidad formal derivada de la ausencia del fedatario judicial, el importante o insubsanable defecto de haberse extendido no sólo al delito investigado -robo-, sino a otro delito -tráfico de drogas- sin una intervención judicial intercedente -previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas- que resolviera la procedencia de extender el registro a los nuevos hechos, en el supuesto -valorable por el Juzgado- de que el principio de proporcionalidad cubriera la intromisión en el domicilio del acusado de acuerdo con el prevenido en el *art. 8.g del Convenio Europeo de los Derechos Humanos* (ratificado en Instrumento de 29 de septiembre de 1979), y en los términos recogidos en el Auto de esta Sala de 18 de junio de 1992 y Sentencia de 28 de octubre del mismo año.

**La diligencia de entrada y registro, en el que tiene arranque todo el apoyo probatorio de la acusación, no sólo fue procesalmente anómala, sino que vulneró un derecho fundamental del sujeto, cual fue la entrada en su domicilio para practicar una investigación -tráfico de drogas- no cubierta por el mandamiento judicial; en consecuencia, la prueba obtenida, que no es simplemente irregular sino que violenta los derechos y libertades fundamentales -dice el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -, no surtirá efecto, y, al no existir prueba inculpativa válidamente obtenida, la presunción de inocencia debe desenvolver sus naturales efectos, que son los que pide el motivo primero del recurso del acusado. Por lo expuesto:**

## FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por vulneración de norma constitucional interpuesto por el acusado Salvador contra la Sentencia pronunciada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 22 de marzo de 1988, **sobre delito contra la salud pública -tráfico de drogas-, la cual se casa y anula**, con declaración de oficio respecto a las costas del recurso.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la villa de Madrid, a dos de julio de mil novecientos noventa y tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla, con el núm. 33 de 1986, y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, por delito contra la salud pública, contra el acusado Salvador, hijo de José y de Rosario, nacido el 15 de abril de 1943, natural de Sevilla y vecino de Sevilla, de estado casado, de oficio mecánico, con instrucción, sin antecedentes penales, declarado insolvente y en libertad provisional, y en cuya causa se dictó Sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 22 de marzo de 1988, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al final y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. don José Hermenegildo Moyna Ménguez, hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES DE HECHO

Los transcritos, con tal carácter, en la Sentencia recurrida. Los hechos probados se admiten a excepción del inciso final: «Que el procesado tenía preparadas para su venta.»

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único: En virtud de lo expresado en el fundamento de la Sentencia de casación, que se reproduce en todos sus términos a los fines de motivar la Sentencia de instancia, procede la absolución del acusado Salvador con todos los pronunciamientos favorables. Vistos, los preceptos legales de aplicación al caso y los *arts. 238 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

## FALLAMOS:

Que debemos **absolver y absolvemos a Salvador del delito contra la salud pública -tráfico de drogas de que viene acusado en esta causa**, con declaración de las costas de oficio; debiendo precederse a cancelar las medidas de aseguramiento adoptadas.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Fernando Cotta y Márquez de Prado.-José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.-José Hermenegildo Moyna Ménguez.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don José Hermenegildo Moyna Ménguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.