

Id Cendoj: 28079120002000101111
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 0
Nº de Recurso: 3139/1998
Nº de Resolución: 525/2000
Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN
Ponente: ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

* **CACHEO POR LA POLICÍA: exigencias y doctrina general desde la perspectiva de los derechos fundamentales.**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil.

En el recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la acusada Ángela , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, que le condenó por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados 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 indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha acusada recurrente representada por la Procuradora Sra. Osorio Alonso.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de los de Córdoba incoó procedimiento abreviado con el número 154 de 1997, contra Ángela , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital (Sección Segunda) que, con fecha once de junio de mil novecientos noventa y ocho, dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Este Tribunal da como probados los siguientes hechos: como consecuencia de una llamada anónima recibida en las dependencias de la 222ª Comandancia de la Guardia Civil, Unidad Orgánica Policía Judicial, equipo de Córdoba, el día 2-9-97, en el sentido de que sobre las 11 horas de ese mismo día, se iba a llevar una entrega de hachís en el Bar El Quijote, sito en la Avenida de Granada de esta Ciudad, por parte de una mujer de 20 a 25 años que conducía una motocicleta moderna, se montó el correspondiente servicio de vigilancia por el Sargento con T.M. de identidad número NUM000 , el Guardia Civil de la misma unidad con T.M.I. NUM001 , y la pareja compuesta por los Guardias Civiles con T.M.I. números NUM002 y NUM003 , en las inmediaciones del citado Bar.

Así las cosas por la fuerza actuante, sobre las 10:50 horas de (sic) se pudo constatar la presencia de la acusada Ángela , de 23 años y sin antecedentes penales, quien, en unión de la menor Erica , nacida el 28-10-88 y sobrina de la anterior, se encontraba sentada sobre la motocicleta marca Yamaha, con número de identificación-.... , y a nombre de la referida menor, y como la acusada fuese sospechosa de dedicarse a la venta de estupefacientes, fue requerida por los dos Guardias Civiles previamente citados y previa identificación como tales para que entregara lo que llevara, sacando Ángela de los bolsillos, 6.000 ptas. en un billete de 2.000 y cuatro de 1.000, acto seguido se procedió a registrar, sin resultado positivo alguno, la motocicleta, y como estuviera presente la Guardia Civil con T.M.I. NUM003 , de sexo femenino, se procedió por ésta a cachear y registrar a la acusada en el interior de los aseos del Bar El Quijote entregando Ángela , de forma voluntaria, dos

bolsas de plástico que llevaba ocultas entre sus bragas y que contenían un total de 493 gramos de una sustancia que analizada por el Servicio de Restricción de Estupefacientes de Sevilla dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, resultó ser cannabis en la forma conocida por hachís, siendo su valor estimado de 197.200 ptas.

No consta que la menor Erica (sic) conociera la existencia de la droga en poder de la acusada, ni que, por tanto, la acompañara con la finalidad de no levantar sospechas.>>

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

<<FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a la acusada Ángela como autora responsable de un delito contra la salud pública, ya definido sin la concurrencia de circunstancia a la pena de 1 AÑO y 6 MESES DE PRISIÓN y 200.000 ptas. de multa con responsabilidad personal subsidiaria de 40 días caso impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, declaramos la insolvencia de dicha acusada aprobando el Auto que a este fin dictó el Juzgado Instructor y consulta en el ramo separado correspondiente, se decreta el comiso de la droga intervenida a la que se dará el destino legal. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone le abonamos el tiempo que ha estado privada de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se les instruirá de los recursos a interponer contra esta Sentencia, y una vez firme, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes.>>

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales e infracción de Ley, por la acusada Ángela, 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, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Se formula al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia, se alega infracción de Ley por considerar que en la misma se ha aplicado indebidamente el artículo 368 del Código Penal de 1995, vigente al momento en que ocurrieron los hechos, en relación con los artículos 11.1 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

MOTIVO SEGUNDO.- Se formula al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir un error de hecho en la apreciación de la prueba, al quedar aclarado que la hoy recurrente no prestó su voluntad para ser sometida a un cacheo en establecimiento público.

MOTIVO TERCERO.- Se invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional al haberse aplicado indebidamente los artículos 15, 17.1, 18.3 y 24.2 todos ellos de la Constitución Española.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos los motivos aducidos; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día veinte de marzo de dos mil.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de casación, canalizado a través del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega la acusada infracción de Ley por considerar que dados los hechos declarados probados "se ha aplicado indebidamente el art. 368 del C. Penal de 1995 en relación con los arts. 11.1 y 238.3 de la L.O.P.J." (sic). En realidad el motivo comprende dos cuestiones netamente diferenciadas:

- a) De una parte se combate la calificación jurídica de los hechos probados aduciendo que "actuó así por indicación de otras personas sin conocer el alcance y las consecuencias de su conducta".
- b) De otra parte se alega que la prueba que dio origen a la intervención de la droga que tenía en su poder -dos bolsas de plástico con 493 gramos de hachís- oculta entre las ropas "debe ser considerada ilícita" por cuanto la diligencia de los Agentes de la Guardia Civil vulnera "los derechos a la integridad física y a la intimidad por haberse practicado sin autorización judicial ni presencia de Abogado". Alegato que se complementa con el motivo tercero formulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 C.E.) al realizarse el cacheo en sitio público; del derecho a ser informada y asistida de Letrado (art. 17.3 en relación con el 24.2 de la C.E.) y del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) por considerar el cacheo a que fue sometida una medida desproporcionada.

Ambas cuestiones deben desestimarse por las razones que a continuación se expresan.

SEGUNDO.- La cuestión de la ilicitud del cacheo que la acusada denuncia en los motivos primero y tercero se examinará en primer lugar por razones metodológicas al condicionar el sustento probatorio del relato histórico cuya errónea calificación jurídica se alega en la primera parte del motivo primero.

1./ La diligencia de cacheo personal no supone necesariamente una violación de derechos fundamentales siempre que la actuación policial cuente con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga en los límites de la proporcionalidad (Sentencias de 23 de diciembre de 1996 y 6 de octubre de 1999).

- a) El amparo legal se encuentra en el artículo 19.2 de la L.O. 1/92 de 21 de febrero, que autoriza su realización por la Policía Judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos.
- b) La proporcionalidad como eje definidor de lo permisible exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionarse a la persona.
- c) La justificación racional por su parte supone la proscripción de toda arbitrariedad en la realización de la medida, que ha de apoyarse en fundadas sospechas o en indicios racionales y suficientes que fundamente su adopción.

Tales exigencias se cumplen en este caso. El cacheo tenía el apoyo legal referido; además los Agentes habían recibido información de que la acusada transportaba droga para su transmisión a terceros, disponiendo de indicios o sospechas de criminalidad, que justificaban "ex ante" el cacheo, cuyo positivo resultado -al ocupársele 493 gramos de hachís- vino a corroborar "ex post" el acierto y fundamento racional de la medida, ajena pues a toda arbitrariedad por parte de los Agentes de la Guardia Civil. Y hubo proporcionalidad en cuanto que la incidencia que sobre el interesado pudo representar el cacheo policial estaba justificada por la gravedad inherente al delito de tráfico de drogas que los Agentes investigaban.

2./ Cuestión distinta del apoyo legal, justificación racional y proporcionalidad del cacheo policial, que son parámetros que delimitan su inicial legitimidad, es la relativa al modo de practicarse con posible afectación o lesión de determinados derechos fundamentales:

- a) El cacheo no vulnera el derecho a la libertad ni el derecho a circular libremente, porque la inmovilización momentánea del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica constituye un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía (Sentencia de 6 de octubre de 1999) si cumple las exigencias de racionalidad y proporcionalidad ya examinadas antes. No equivale el cacheo a una detención y por ello las exigencias previstas en la Ley para ésta no pueden ser extendidas a aquella diligencia (Sentencias de 2 de febrero, 1 de marzo y 27 de septiembre de 1996; 27 de septiembre de 1997; 11 de diciembre de 1998). Como recuerda la Sentencia de 17 de junio de 1999 la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el artículo 17.2º y 3º de la Constitución y las meras retenciones o provisionalísimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria (pruebas de alcoholemia, identificaciones, o cacheos), en las que lo relevante es la cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad.
- b) En consecuencia no procede exigir en el cacheo presencia de letrado y demás garantías inherentes a la detención. Como acertadamente dice la Sentencia de instancia en su muy completa fundamentación, verdaderamente ejemplar -de la que por cierto la recurrente hace caso omiso en la construcción argumental de su recurso- aun tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones, que hacemos propias:
 - a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia;
 - b) porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia.
- c) El derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado. En cuanto al derecho a la intimidad, queda preservado si se cumplen tres condiciones: que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo (vid. S. 23-febrero-1994); que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes. En este caso la recurrente fue cacheada por una Agente femenina y en el interior de una habitación fuera de la vista de terceras personas. Y fue la cacheada quien voluntariamente sacó de entre su ropa interior las bolsas con la droga estupefaciente.

No existió pues vulneración alguna de derechos fundamentales.

TERCERO.- Con relación a la infracción del artículo 368 el motivo primero carece manifiestamente de fundamento. Ni la actuación por indicación de otro elimina la realidad de su posesión consciente de la droga, ni el supuesto desconocimiento de la gravedad de su conducta se sustenta en ningún dato objetivo que justifique tal grado de ignorancia sobre la ilicitud de la tenencia de casi medio kilo de hachís, cuya posesión, escondida la sustancia entre las ropas íntimas evidencia todo lo contrario.

CUARTO.- Por todo lo expuesto los motivos primero y tercero deben desestimarse. Igual suerte desestimatoria merece el motivo segundo articulado a través del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y construido al margen de su verdadero contenido casacional. Ningún documento casacional se invoca, limitándose la recurrente a alegar error valorativo sobre la base de las vulneraciones de derechos ya alegados y desestimados anteriormente.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales e infracción de Ley, interpuesto por la acusada Ángela , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha once de junio de mil novecientos noventa y ocho, en causa seguida contra la misma por delito contra la salud pública, condenándole al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Excmos. Sres. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón; Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; y Don Enrique Abad Fernández; Firmado y Rubricado.-

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Adolfo Prego de Oliver y Tolivar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.