



Roj: **STS 1157/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1157**

Id Cendoj: **28079120012021100261**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **2124/2019**

Nº de Resolución: **272/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 272/2021

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2124/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ Cataluña

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2124/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 272/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley núm. 1/2124/2019 (al que se acumula el 2/10351/2019 por Decreto de fecha 10 de junio de 2019), interpuesto por la representación del **acusado DON Carmelo**, contra Sentencia 45/2019, de 25 de marzo de 2019 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó íntegramente el recurso de apelación (Rollo de apelación núm. 158/2018) formulado por los acusados DON Carmelo y DON Cipriano contra la Sentencia 187/2018, de 25 de junio de 2018 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 41/2018-S dimanante de las D.P. núm. 1434/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha Capital, seguidas por delito contra la salud pública contra DON Carmelo y DON Cipriano. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el procedimiento: el Ministerio fiscal, y como recurrente el acusado Don Carmelo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Belén Aroca Flórez y defendido por el Letrado Don Jaime Barri Vigas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona incoó D.P. núm. 1434/17 por delito contra la salud pública contra **DON Carmelo y DON Cipriano**, y una vez conclusas las remitió a la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 25 de junio de 2018 dictó Sentencia 187/2018, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El local situado en la calle Vistalegre núm. 9 de Barcelona al menos entre septiembre y noviembre de 2017 era un punto de almacenaje y distribución de sustancias estupefacientes a otros pisos o locales de la zona por parte de sus moradores entre los que se encontraban el acusado Cipriano y al menos desde el 25 de octubre de 2017 el acusado Carmelo, junto a otros individuos a los que no afecta la presente resolución. Ambos acusados se dedicaban a la venta de dichas sustancias.

La Guardia Urbana de Barcelona en el marco de una investigación sobre venta de sustancias estupefacientes en el Barrio de Ciutat Vella de Barcelona tuvo noticia de que en el local referido se llevaba a cabo la distribución de sustancias estupefacientes a otros pisos o locales de la zona.

Al efecto de confirmar dicha información, estableció un dispositivo de vigilancia en diversos días entre el 14 de septiembre de 2017 y el 25 de octubre de 2017. En virtud del mismo se constató que diversos individuos entraban y salían de forma asidua en dicho local adoptando en todo momento medidas de control y vigilancia de los alrededores del local. Se identificó en diversas ocasiones al acusado Cipriano quien disponía de llave del local que usaba para entrar y salir o para abrir la puerta a los que allí acudían, siempre extremando la vigilancia. Asimismo, en fecha 25 de octubre de 2017 se ve salir y entrar del mismo al acusado Carmelo.

En fecha 9 de noviembre de 2017, sobre las 14 horas, salió nuevamente del local el acusado Cipriano quien portaba un envoltorio que contenía 32,962 gramos de heroína, con una riqueza en heroína base del 14,6%, es decir con una cantidad total de heroína base de 4,8 gramos que pensaba destinar a la distribución a terceros. El mismo fue seguido de forma discreta por agentes de la Guardia Urbana. En un momento dado, en las proximidades del Portal de la Pau el acusado recibió una llamada de teléfono, tras mostrar nerviosismo, cogió una bicicleta y lanzó discretamente el envoltorio al suelo, que fue recogido por los agentes de la Guardia Urbana que le seguían, quienes procedieron a su detención.

A continuación, otros agentes se dirigieron al local sito en la calle Vistalegre 9, llamaron a la puerta y abrió la misma con llaves el acusado, Carmelo. Tras ser invitado a salir fue detenido.

Autorizada la entrada y registro por auto dictado por el Juzgado de Instrucción 31 de Barcelona, en el interior del local y en concreto en el piso superior, fueron localizadas las siguientes sustancias todas ellas destinadas a la distribución y venta entre terceros:

Cocaína:

- 23,1 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base de 10,7 % y una cantidad total de cocaína base de 2,5 grs.
- 6,875 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base de 61,7 % y una cantidad total de cocaína base de 4,2 grs.
- 7,759 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base de 81,5 % y una cantidad total de cocaína base de 6,3 grs.



- 11,205 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base de 28 % y una cantidad total de cocaína base de 3,1 grs.

Ketamina:

- 2,491 grs de ketamina con una riqueza base de 84,5 % y una cantidad total de ketamina base de 2,10 grs.

MDMA en comprimidos o fragmentos de comprimidos:

- 0,874 grs de MDMA con una riqueza base de 34,3 % y una cantidad total de MDMA base de 0,30 grs.
- 0,842 grs de MDMA con una riqueza base de 51,8 % y una cantidad total de MDMA base de 0,44 grs.
- 0,440 grs de MDMA con una riqueza base de 36,8 % y una cantidad total de MDMA base de 0,162 grs.
- 0,408 grs de MDMA con una riqueza base de 39,8 % y una cantidad total de MDMA base de 0,163 grs.
- 0,287 grs de MDMA con una riqueza base de 48,6 % y una cantidad total de MDMA base de 0,140 grs.
- 0,369 grs de MDMA con una riqueza base de 37 % y una cantidad total de MDMA base de 0,136 grs.
- 0,459 grs de MDMA con una riqueza base de 24,9 % y una cantidad total de MDMA base de 0,114 grs.
- 8,009 grs de MDMA con una riqueza base de 33,3 % y una cantidad total de MDMA base de 2,7 grs.
- 20 grs de MDMA con una riqueza base de 76,9 % y una cantidad total de MDMA base de 25,4 grs.
- 0,411 grs de MDMA con una riqueza base de 33 % y una cantidad total de MDMA base de 0,136 grs.
- 0,800 grs de MDMA con una riqueza base de 32% y una cantidad total de MDMA base de 0,26 grs.
- 9,978 grs. De MDMA con una riqueza base de 77,8 % y una cantidad total de MDMA base de 7,8 grs.
- 6,620 grs. De MDMA con una riqueza base de 77,2 % y una cantidad total de MDMA base de 5,1 grs.
- 1,418 grs de MDMA con una riqueza base de 76,5 % y una cantidad total de MDMA base de 1,09 grs.
- 1,866 grs de MDMA con una riqueza base de 77,8 % y una cantidad total de MDMA base de 1,45 grs.
- 53,452 grs de MDMA con una riqueza base de 33,3 % y una cantidad total de MDMA base de 17,8 grs.

Anfetamina:

- 1,682 grs de anfetamina con una riqueza base de 10 % y una cantidad total de anfetamina base de 0,17 grs.

Junto a las sustancias se encontró una bolsa con bolsitas auto-cierre de diversos tamaños, un cuaderno con anotaciones relacionadas con las transacciones realizadas, sustancias para la mezcla y manipulación de la droga como cafeína, fenacetina y lidocaína y un molinillo para reducir a polvo dichas sustancias.

Así mismo, se encontraron 1.380 € en diversos billetes, dinero obtenido de la venta de sustancias estupefacientes. Así como una libreta bancaria del acusado Carmelo y diversa documentación del mismo como el pasaporte, NIE y permiso de conducir. También fueron localizados un pasaporte y un permiso de residencia italiano del acusado Cipriano .

El gramo de heroína tenía un precio de 62 en el momento de los hechos. Por entonces, el gramo de cocaína alcanzaba en el mercado ilícito el precio de 60 €, las dosis de MDMA (unos 300 mgs) y de anfetaminas (unos 300 mgs) tenían un valor de 30 € respectivamente.

El acusado Cipriano está en situación irregular en España, tiene una orden de expulsión vigente y carece de antecedentes penales. El mismo se encuentra privado de libertad por esta causa desde el 9 de noviembre de 2017.

El acusado Carmelo tiene residencia legal en España. Carece de antecedentes penales. Estuvo privado de libertad por esta causa desde el 9 de noviembre de 2017 hasta el 8 de febrero de 2018".

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

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados Cipriano y Carmelo como autores cada uno de ellos de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias a las penas de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **DIEZ MIL EUROS DE MULTA** (10.000 euros) con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de dos meses de privación de libertad.



Se imponen a los acusados las costas procesales que se hubieren causado en la tramitación de este procedimiento, a partes iguales.

Se acuerda el decomiso de las sustancias, dinero y efectos intervenidos.

El periodo de prisión provisional respectivamente cumplido por los acusados se les abonará en el cumplimiento de la pena impuesta.

La presente resolución se notificará a las partes y a los acusados en idioma punyabi. Se les hará saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de DIEZ DÍAS, a partir de su notificación, conforme al art. 846 BIS a) y siguientes de la LECrim.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución se formuló frente a la misma **recurso de apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Rollo de apelación 158/2018) por los acusados **DON Carmelo y DON Cipriano** , que fue resuelto por Sentencia 45/2019, de 25 de marzo de 2019, que respecto de los **HECHOS PROBADOS** dice lo siguiente:

"Se mantienen y reproducen en su integridad los declarados probados en la sentencia de la Audiencia".

El **Fallo** de mencionada resolución es el siguiente:

"1º.- DESESTIMAR los recursos de apelación presentados por las representaciones procesales de Carmelo y de Cipriano contra la sentencia dictada en fecha 25 de junio de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21ª) en su Procedimiento Abreviado 41/2018, procedente del Juzgado de Instrucción 2 de Barcelona, seguido contra los acusados por un delito contra la salud pública.

2º.- CONFIRMAR en todos sus extremos la indicada sentencia y

3º.- Declarar de oficio las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas se preparó frente a la misma recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del acusado **DON Carmelo** , que se tuvo 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.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Carmelo , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

Motivo único.- Por infracción de precepto legal. Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del precepto legal, por indebida aplicación del art. 368.1 del C. Penal.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión de todos los motivos del mismo y subsidiariamente su desestimación, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 17 de julio de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de febrero de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de marzo de 2021; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a Cipriano y a Carmelo como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación exclusivamente el acusado Carmelo , recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO .- En un único motivo por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente plantea diversas cuestiones, algunas de ellas de contenido constitucional, que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

El recurrente argumenta que se ha vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, proclamado en el art. 18.2 de nuestra Carta Magna, al producirse una entrada previa por parte de los funcionarios policiales, antes de obtener el correspondiente mandamiento de entrada y registro.



Cita en su apoyo el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite la adopción de medidas de vigilancia para evitar la sustracción de los instrumentos, objetos y efectos del delito, pero no posibilita la entrada previa a dichos fines, y cita jurisprudencia en donde se mantiene que tales medidas son de carácter periférico, esto es, llevadas a efecto en el exterior del edificio o inmueble a registrar, no pudiéndose legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento judicial ni por tanto mostrárselo al interesado, citando expresamente la STS 227/2000, de 22 de febrero.

En los hechos probados de la sentencia recurrida se relata que tanto este recurrente como Cipriano eran vigilados como presuntos autores de un delito contra la salud pública, al dedicarse a la venta de sustancias estupefacientes. La investigación la realizó la Guardia Urbana de Barcelona. Se les investiga a ambos, inicialmente a Cipriano y posteriormente a Carmelo. La operación se precipita el día 9 de noviembre de 2017 cuando es sorprendido Cipriano portando un envoltorio con 32,962 gramos de heroína, con un principio activo del 14,6 por 100, y por consiguiente, con 4,8 gramos netos de tal sustancia, que arroja al suelo cuando iba en bicicleta, recibir una llamada y mostrar visible nerviosismo ante la presencia policial. Los agentes proceden a su detención.

Seguidamente los agentes llamaron a la puerta de la vivienda-local que vigilaban, y tras abrir con sus llaves Carmelo, fue invitado a salir, siendo detenido en ese momento. Tras la detención, los agentes entraron en el interior "para comprobar que no hubiera nadie en su interior, salieron del mismo y cerraron la puerta y dejaron la vigilancia a cargo de una patrulla uniformada". En efecto, dicha entrada policial se produjo a las 15:12 horas, con el objetivo de comprobar si había alguien en el interior, y entraron para registrarlo una vez que solicitaron y obtuvieron el mandamiento judicial, sobre las 20:00 horas, en presencia de los detenidos y de la comisión judicial.

De la petición de mandamiento judicial suscrita por los funcionarios policiales actuantes, se desprende con toda seguridad que los agentes conocían que el local a registrar judicialmente era destinado a vivienda por ambos investigados. Así, se expone de la existencia de un "local habilitado como domicilio".

TERCERO.- La jurisprudencia de esta Sala Casacional, con alguna excepción, considera que no puede admitirse una entrada previa por parte de los agentes actuantes, salvo en caso de flagrancia delictiva, lo que en este caso no ha sido puesto de manifiesto por los funcionarios de policía, ni existían elementos fácticos para su deducción. Se trataba, como bien dijeron, de medidas de protección del registro que iba a ser solicitado seguidamente al juez de guardia.

En consecuencia, en el caso enjuiciado, es claro que los funcionarios policiales no tenían mandamiento alguno de entrada ni de registro. La autorización judicial de entrada ha sido tomada por la jurisprudencia de esta Sala como salvoconducto para verificar este tipo de medidas precautorias (por ejemplo, en la STS 58/2010, de 10 de febrero), pero en el supuesto ahora enjuiciado los agentes no contaban con ninguna autorización ni de entrada ni de registro del domicilio indicado.

La STS 264/2013, de 20 de marzo, nos dice que no faltan precedentes de esta Sala que aluden a la ilegalidad de la medida previa de entrada sin mandamiento judicial. Ocurre así en la STS 227/2000, 22 de febrero, en donde se razona que no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la Policía que no se ajusta a las previsiones legales. La adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del artículo 568 de la LECrim, en el que se dispone que, una vez practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior (medidas de vigilancia), se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es, por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes.

En tal precedente se razona que el desalojo de la moradora del inmueble, aun cuando se disfraza de medida precautoria para la práctica de un ulterior registro, no deja de encerrar una verdadera vía de hecho, al no haberse dictado en ese momento la habilitación judicial que habría autorizado el acto estatal de injerencia. Y, por supuesto, la presencia de una agente femenina en el interior del domicilio, llamada a garantizar que no se iban a destruir efectos del delito investigado mientras la compañera del acusado se cambiaba de ropa, careció de cobertura constitucional. En ese momento el juez de instrucción no había permitido la entrada y registro.



La simple confianza de los agentes en que esa autorización va a ser obtenida horas más tarde no proporciona garantía alguna a la hora de justificar el menoscabo de la inviolabilidad domiciliaria.

La STS 925/2007, de 15 de noviembre, enfatiza, en esa misma línea, que si se da carta de naturaleza a esta anormal forma de proceder, se está modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se propicia un modo de actuar absolutamente ilegal y contrario al mandato constitucional que exige no sólo la autorización judicial sino el protagonismo exclusivo de los delegados o Comisiones judiciales sin descartar la propia presencia del Juez autorizante.

Destacando que es un mal precedente que se debe atajar de formar clara e inequívoca señalando su absoluta incompatibilidad con las garantías constitucionales. La Ley, aún en los casos en que existe un peligro de fuga, sólo autoriza a realizar operaciones de cerco para controlar las salidas y entradas del domicilio en casos graves de urgencia e inevitable necesidad.

La STS 460/2005, de 12 de abril, abundando en esta idea, señala que es precisamente la propia norma la que establece aquellas excepciones en las que se permiten las actuaciones "*de propia autoridad*" (art. 553 LECrim.) de los agentes policiales, en vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), restringidas a la necesidad de detención de personas sobre las que penda mandamiento de prisión para evitar su fuga o de presuntos responsables de delitos relacionados con bandas armadas o terrorismo, así como en los supuestos de flagrancia delictiva. Excepciones que, como es lógico en materia de injerencia en un derecho fundamental como ésta, siempre habrán de tener una interpretación restrictiva y que aquí no se dan.

Máxime cuando, como en este caso, se intenta justificar la actuación excepcional en la necesidad de adoptar medidas de aseguramiento del éxito de la práctica posterior de la diligencia probatoria, lo que la propia Ley reserva expresamente a la decisión del Juez autorizante de la entrada domiciliaria al disponer: "*Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro*" (art. 567 LECrim.).

No pudiendo atribuirse, por tanto, los policías intervinientes, y fuera de lo que les autoriza la norma procesal, la facultad para decidir la irrupción en la vivienda, sin disponer del oportuno mandamiento judicial, bajo su solo criterio respecto de la conveniencia, en aras de mera eficacia investigadora, de actuar restringiendo o allanando un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

Ya hemos citado la STS 227/2000, de 22 de febrero, en donde se sostiene que no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la policía que no se ajusta a las previsiones legales.

Declara esta Sentencia que la adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone que, una vez practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior (medidas de vigilancia), se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es, por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes, ya que la diligencia de entrada no sólo se realizaría sin mandamiento judicial, sino que, en el caso de que el interesado o afectado se opusiese a la misma, nos encontraríamos ante una situación ilegal prevista en el Código Penal.

La llegada posterior de la comisión judicial y la exhibición del mandamiento, no pueden subsanar los defectos insalvables derivados de una entrada ilegal y sin mandamiento, por lo que las consecuencias probatorias derivadas del registro devienen ineficaces.

Y no vale restar importancia diciendo que se trata de una "práctica habitual". Nos referimos, dice la STS 775/2002, de 17 de junio, a la entrada de la policía en el domicilio que había de ser registrado antes de que la Secretaría del Juzgado de Instrucción se constituyese en el lugar. Si la diligencia debe comenzar notificando el auto que la autoriza al titular del domicilio o a alguna de las personas mencionadas en el art. 566 LECrim. y la notificación debe hacerse lógicamente por el Secretario del Juzgado, es indudable que éste tiene que estar presente no sólo en el registro sino también en el momento de la entrada. Es posible que, una vez acordada la entrada y registro, sea necesario adoptar medidas para evitar la fuga del inculcado o la desaparición de los efectos del delito según prevé el art. 567 LECrim. -una de cuyas medidas podría ser, en



supuestos excepcionales, la entrada previa de la policía-, pero en tales casos tendrá que ser el juez el que decida su adopción, no constando en los autos de que trae origen este recurso -señala tal precedente- que el Juez de Instrucción autorizase la entrada de la policía antes de la llegada de la Comisión judicial.

Esta jurisprudencia es constante, y si repasamos el Anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en fase consultas, nos encontramos con un propuesto art. 417, que reproduce el vigente 567, en los siguientes términos:

Artículo 417. Medidas de vigilancia previas y simultáneas a la entrada y registro.

Podrán adoptarse medidas de vigilancia con carácter previo a la entrada y registro en el domicilio, así como durante su práctica, con el fin de evitar la fuga de la persona investigada o la desaparición, manipulación u ocultación de las fuentes de prueba.

Tales medidas de vigilancia, pues, no pueden consistir en la previa entrada sin mandamiento judicial, sino medidas periféricas (medidas de vigilancia).

En consecuencia, al darse en este caso el supuesto de hecho no autorizado, la prueba deviene nula (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por lo que las consecuencias probatorias derivadas del registro son ineficaces.

Ello producirá la absolución del recurrente en la segunda Sentencia que hemos de dictar al efecto.

Ciertamente el registro es nulo también para Cipriano , pero el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no le afectará puesto que se encuentra en situación diferente del ahora recurrente, ya que respecto al mismo existe prueba válidamente obtenida, como es la incautación de 32 gramos de heroína que poseía destinado a la distribución a terceros. Esta prueba no contiene conexión alguna de antijuridicidad con respecto al señalado registro. Además, este acusado fue visto en varias ocasiones abriendo la puerta a los que acudían al lugar en donde vivían, adoptando numerosas medidas de seguridad, aspectos éstos que son correctamente valorados por la Audiencia junto a la droga aprehendida en poder del mismo.

CUARTO .- Procediendo la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 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 núm. 1/2124/2019 (al que se acumula el 2/10351/2019 por Decreto de fecha 10 de junio de 2019), interpuesto por la representación del **acusado DON Carmelo** contra Sentencia 45/2019, de 25 de marzo de 2019 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

3º.- En consecuencia, CASAR y ANULAR en la parte que le afecte, la referida Sentencia 45/2019, de 25 de marzo de 2019 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo del Arco Pablo Llarena Conde

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 2124/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley núm. 1/2124/2019 (al que se acumula el 2/10351/2019 por Decreto de fecha 10 de junio de 2019), interpuesto por la representación del **acusado DON Carmelo** (cuyos datos identificativos constan en el procedimiento) contra Sentencia 45/2019, de 25 de marzo de 2019 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia que fue recurrida en casación por la representación legal del recurrente, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo al estimarse el recurso. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la misma Presidencia, dictan esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, a salvo el registro practicado, por su nulidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Que al declararse nulo el registro, conforme a lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos absolver a Carmelo, sin que puedan extenderse sus efectos a favor de Cipriano, en virtud de las consideraciones anteriores, al encontrarse en situación diferente, por existir pruebas contra el mismo, no conectadas antijurídicamente con el registro efectuado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos absolver y absolvemos a Carmelo del delito contra la salud pública que se le imputaba, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo del Arco Pablo Llarena Conde

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián