

ENTRADA Y REGISTRO. HALLAZGO CASUAL (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 26 de mayo de 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

LA autorización voluntaria para entrar en su domicilio se hizo con relación a diligencias instruidas por sustracción de un bolso y posterior extracción de dinero de un cajero automático con la tarjeta sustraída por lo que deben excluirse de la prueba los efectos encontrados en el domicilio, sustancias estupefacientes. El registro se efectuó en el domicilio del acusado previa autorización escrita y en presencia de su letrado, y en el desarrollo de ese registro se encontraron dos bolsitas con cocaína así como plantas de marihuana. El letrado en ningún momento solicitó la interrupción del registro ni que se revocara el consentimiento que había otorgado el acusado, pese a haber sido apercebido de dicha facultad al firmar la diligencia de autorización. La teoría de la flagrancia ha sido una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.4 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente «adición». El hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de una investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad del hallazgo como prueba de cargo. El beneficio de la atenuación solo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de droga que padece el sujeto, lo que no ha quedado acreditado. No basta con ser drogadicto para solicitar la aplicación de circunstancias atenuantes; ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la incidencia de la ingestión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Palabras clave: tráfico de drogas, entrada y registro, hallazgo casual, drogadicción.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 132, enero 2012.

POLICE SEARCH HOME. INCIDENTAL FINDINGS

(Commentary on the Tribunal Supremo of 26 may 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE voluntary authorization to enter his domicile was done in relation to formalities instructed by subtraction of a purse and later extraction of money of a cash dispenser by the card removed by what there must be excluded from the test the effects found in the domicile (narcotic substances). The record I effect in the domicile of the defendant previous written authorization and presence of his lawyer, and in the development of this record they found two bags with cocaine as well as plants of marijuana. The lawyer never requested neither the interruption of the record nor that was revoking the assent that the defendant had granted, weigh to have be prepared of the above mentioned faculty on having signed the diligence of authorization. The theory of the flagrancy has been one of the handled ones to give coverage to the chance findings and also that of the rule of the conexidad of the articles 17.4 and 300 of the LECrim, bearing in mind that there is no novation of the object of the investigation but simply «addition». The fact that the finding of evidential elements of a certain crime takes place in the course of an investigation authorized for another different crime he does not suppose the nullity of the finding in proof of post. With regard to the attenuant for drug addiction, the benefit of the attenuation only has application when a relation exists between the committed crime and the lack of drug that suffers the subject, which has not remained accredited. It is not enough to be a drug addict to request the application of attenuating circumstances; and it has to be solved depending on the imputability, or of the incident of the ingestion of the drug in the powers intelectivas and volitional of the subject.

Keywords: traffic of drugs, entry and record, incidental findings, drug addiction.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 132, enero 2012.

La inviolabilidad domiciliaria viene amparada en el artículo 18.2 de la Constitución. De acuerdo con ese precepto, la entrada y registro en el domicilio de cualquier persona requerirá su consentimiento o bien una autorización judicial. Por tanto, si no hay consentimiento del titular o no estamos ante un delito flagrante, será precisa la autorización judicial manifestada a través del correspondiente auto. En aquellos supuestos en los que la entrada y registro se funda en el consentimiento del titular, dicha autorización debe constar de manera inequívoca y en condiciones de tranquilidad, serenidad y libertad ambiental necesarias para obviar la autorización judicial.

En el supuesto de la sentencia que se comenta nos encontramos con una autorización por escrito de la persona imputada y en condiciones que debe entenderse que revisten las condiciones mencionadas de serenidad y libertad ambiental, en la medida en que también está presente el letrado del titular de la vivienda; su presencia se perfila como elemento adicional que garantiza los derechos de su representado, en la medida en que velará por sus derechos y para que la diligencia sea realizada dentro de las prácticas normales en este tipo de actuaciones, por tanto, pudiendo en cualquier momento alegar lo que proceda en orden a que se inserten en la documentación (acta) que se acompañe todas aquellas cuestiones que deban tenerse en consideración para la correcta valoración del registro efectuado y de lo en él obtenido.

El supuesto de hecho de la sentencia viene delimitado por la existencia de unas diligencias instruidas por la sustracción de un bolso, con la utilización posterior de la tarjeta de crédito de la que se extrae dinero de un cajero automático. El consentimiento por el imputado, que efectúa por escrito para que se proceda a la entrada y registro de su vivienda derivada del hecho de la sustracción mencionada, tiene como punto inicial esas diligencias; es decir, la investigación se dirige a averiguar lo procedente en relación con dicho hecho y para eso da su autorización el titular de la vivienda. No debe olvidarse que en todo momento está presente su letrado. Durante el curso del registro se encuentran sustancias estupefacientes, concretamente cocaína y marihuana, sin que se alegue nada por el letrado ni por el titular; no revocan dicho consentimiento, sino que finaliza el mismo con el resultado que se expresa en el acta y con las firmas de las partes.

¿Qué consecuencias hay que dar a ese hallazgo casual, sabiendo que lo que se busca son elementos orientados a una investigación determinada? ¿Qué alcance tiene en ese caso el consentimiento o autorización prestada por el imputado?

Respecto del hallazgo durante esa diligencia de registro dirigida a investigar un delito distinto puede decirse que, de acuerdo con la evolución manifestada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede negarse la validez del registro, entendiendo que esos elementos, efectos o instrumentos de otro delito se entienden como delito flagrante, es decir, que se estaría ante un supuesto de flagrancia delictiva. Por tanto, si el registro está debidamente autorizado en el ámbito de una investigación concreta por un delito determinado, y el hallazgo se produce de buena fe, tendrán valor probatorio los efectos encontrados de manera casual.

No obstante, ha existido controversia doctrinal en orden a determinar si tal hallazgo novedoso, no relacionado con el delito investigado, podría ser introducido en un proceso distinto sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o si, por el contrario, al no encontrarse entre el objeto autorizado del registro, habría de considerarse desprovisto de la cobertura judicial habilitante de la intromisión en el ámbito domiciliario y, por tanto, obtenido como si tal resolución no le afectase.

En la jurisprudencia de esta Sala también se han encontrado presentes ambos criterios.

Un primer criterio (SSTS de 18 de febrero de 1994 y de 1 de diciembre de 1995) señala que si el registro va más allá del mandato judicial e investiga otros delitos (conexos o no) será nulo en lo relativo a los excesos, si el juez instructor no amplía su mandato respecto al objeto del registro. En estos casos se tendría que suspender la diligencia en el momento del hallazgo casual y novedoso a fin de comunicar el mismo al juez autorizante y reclamar de este una resolución distinta que amparase la investigación del nuevo delito, bajo pena de nulidad si no hubiese existido auto judicial respecto a este casual hallazgo. Esta línea jurisprudencial trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia, y justifica la intervención solo al delito investigado, en evitación de «rastreos» indiscriminados de carácter meramente preventivos.

Un segundo criterio parte de las diferencias existentes en la diligencia de intervención telefónica y en el registro domiciliario en los supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia, tomando como argumento que la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas (STS de 7 de junio de 1997), de manera que, si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia, por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el artículo 286 de la ley procesal. Así, se ha producido una variación en la doctrina de la Sala de lo Penal que supone el posicionamiento favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado.

La diferencia entre las intervenciones telefónicas y las entradas y registros permite considerar de manera diferente los hallazgos que se producen en cada una de esas diligencias; en las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, si en su práctica aparecieran objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instalaría en la nota de flagrancia.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado diciendo que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva no ha de cerrar los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales, puntualizando que el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos, pues los funcionarios de Policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieran conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los artículos 259 y 284 de la LECrim. Así, por tanto, el hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, por lo que si se proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita

y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de un delito contra la salud pública, la intervención de los mismos se enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios de Policía Judicial toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existió la debida proporcionalidad y los efectos intervenidos lo fueron casualmente, lo que se corrobora por la suspensión del registro para que en la diligencia intervinieran perros adiestrados para ayudar a encontrar más sustancias tóxicas.

La doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales. Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (contra la salud pública) que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido además a la diligencia el secretario judicial, con lo que quedan salvadas las previsiones de la ley procesal en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez (STS de 1 de febrero de 1999).

Puede mencionarse que:

- a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que este se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa. Pero no debe olvidarse la posibilidad de que el imputado preste su autorización por escrito a la práctica del registro y además quedan garantizados su derecho de defensa y el respeto de sus derechos constitucionales con la presencia del letrado. En este supuesto el registro será igualmente válido.
- b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro. Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre. Piénsese que en el caso de la sentencia que se comenta se le informó de sus derechos, de las posibilidades de actuación que tenía, así como de la de suspender el registro o revocar el consentimiento inicialmente prestado, pese a que se le informó de que se acompañarían los efectos que se encontrarán. Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión. No se aprecia, por tanto, ninguna intención previa de los funcionarios de aprovechar la autorización de registro para investigar otros delitos distintos para el que fue concedida, ya que en ese caso el registro sería

nulo, y nula la obtención de ese hallazgo casual. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma han de ostentar pleno valor probatorio. Por ello, no se han producido las infracciones ni la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por tanto, la sentencia dictada es conforme con la doctrina jurisprudencial.

Como dijimos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2009, la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal se funda por la concurrencia de un doble requisito:

- a) La existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser «grave», calidad que ha de entenderse referida a la intensidad de la misma.
- b) Que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir, que se trate de la denominada delincuencia funcional, entendiéndose por tal aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción.

En dicha hipótesis la relación de causalidad exige atender más a las circunstancias del hecho delictivo concreto y del ulterior propósito del autor que al grado de intoxicación o efectos de la abstinencia que presente el mismo.

Y, precisamente, cuando de la atenuante genérica se trata, cuidamos de advertir que lo relevante es la fuerte intensidad de la influencia de la adicción para conducirla a la delincuencia funcional.

Por otro lado, el mero consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite la aplicación de una atenuación, sin que pueda reconocerse una modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, pues no basta con ser drogodependiente para pretender la aplicación de tales circunstancias eximentes y/o atenuantes. En consecuencia, aquellos supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no merecen atenuación alguna, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas (STS de 23 de diciembre de 2010).

Si bien se desprende la existencia de una situación del condenado recurrente, relacionada con el consumo y un tratamiento a esos fines, no existe esa relación entre el delito cometido y la carencia de drogas. En este caso no se acreditó de forma alguna; es más, si bien las diligencias realizadas inicialmente tenían relación con una sustracción de un bolso y la sustracción de dinero de un cajero, en el registro se incautó una serie de sustancias estupefacientes que le permitían satisfacer su necesidad de consumir droga. Tampoco la condición de drogadicto supone la inmediata atenuación de la pena pues para ello deben quedar afectadas las condiciones de imputabilidad, es decir, el conocimiento y la voluntad. Esto no se probó y por tanto no se aplicó la circunstancia invocada que tampoco acoge la sentencia del Tribunal Supremo.