



Roj: **STS 3487/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3487**

Id Cendoj: **28079120012023100608**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2023**

Nº de Recurso: **6438/2021**

Nº de Resolución: **614/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 614/2023**

Fecha de sentencia: 14/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6438/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: TSJ Comunidad Valenciana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MCH

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6438/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 614/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de julio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación 6438/2021 interpuesto por Severino , representado por el procurador don Pablo Vicente RICART ANDREU bajo la dirección letrada de don Julio IBÁÑEZ CASES, Raimunda , representada por la procuradora doña Cristina de Prada Antón bajo la dirección letrada de don Julio PALOMERO PERALTA; Victorino , representado por la procuradora doña Cristina DE PRADA ANTÓN, bajo la dirección letrada de don Leocadio PAJARES MADRID; y Zaida , representada por la procuradora doña Cristina DE PRADA ANTÓN, bajo la dirección letrada de don Julio PALOMERO PERALTA; contra la sentencia N° 290/2021, de fecha 21/10/2021 por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación 303/2021, en la que se desestima el Recurso de Apelación interpuesto por las recurrentes contra la sentencia nº 228/2021, dictada el 08/07/2021 por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, en el Rollo procedimiento Abreviado número 6/2020, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción número 6 de Castellón incoó diligencias previas de procedimiento Abreviado 644/2019 por delitos contra la salud pública, contra Severino , Victorino , Adelina y Zaida , que una vez decretada la apertura del Juicio Oral se remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda. Formado rollo de procedimiento abreviado 6/2020, con fecha 08/07/2021 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- Con motivo de las investigaciones realizadas por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de la Comisaría de Castellón, Grupo UDYCO, se tuvo conocimiento que, al menos desde marzo de 2019, la vivienda sita en la zona del DIRECCION000 , en concreto en el DIRECCION001 NUM000 de la localidad del Grao de Castellón, era un punto de venta de sustancias estupefacientes por parte de sus residentes los acusados Severino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Zaida , presunta hermana del anterior, mayor de edad y con antecedentes penales susceptibles de cancelación, Adelina , pareja sentimental del anterior, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Victorino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, llevándose a cabo vigilancias en el lugar que corroboraron dichos extremos.

Como consecuencia de ello, se solicitó del Juzgado de Instrucción nº , 1 de Castellón, en funciones de guardia, mandamiento de entrada y registro, que fue autorizado por Auto de fecha 8 de mayo de 2019 dictado por dicho Juzgado, llevándose a efecto la diligencia sobre las 07:42 horas del día siguiente, encontrándose en la vivienda los siguientes efectos relacionados con la venta de droga a la que se dedicaban los acusados:

- Una bolsa de plástico con sustancia vegetal que, una vez analizada, resultó ser marihuana, así como dos cajas con restos de la misma sustancia y una bolsita con el mismo contenido; resultando el peso total de la sustancia de 90 gramos con un principio activo del 9,5 %.
- Un total de 2.040 euros procedentes de la venta ilícita de estupefacientes.
- Utensilios para la elaboración de las dosis como alambres, bolsas de plástico para confeccionar los envoltorios de las papelinas, tijeras y sustancia de corte como la Ciclofalina
- Hojas de libreta con anotaciones de nombres, fechas y cantidades.

También se intervino, en el patio exterior de la vivienda, entre la vegetación y junto a una bolsa de basura, un bote de plástico que contenía en su interior una pieza rocosa, de color blanco que, posteriormente analizada, resultó ser cocaína con un peso neto de 29,94 gramos y una pureza del 80 %, dos básculas de precisión plateadas y una papelina envuelta en alambre amarillo con una sustancia blanca que, posteriormente analizada, resultó ser cocaína con un peso neto de 0,89 gramos con una pureza del 69 % y numerosos envoltorios de plástico recortados ya de forma circular y listos para envolver las papelinas de cocaína.

Además, la vivienda tenía importantes medidas de seguridad, así el acceso principal del inmueble tenía doble puerta, con dos barras de acero de unos 7 cm de diámetro colocados en la parte posterior en horizontal a modo de cerrojo y una mirilla electrónica, teniendo también los acusados en el inmueble bate de béisbol, un bastón y un hacha.

El total de la cocaína intervenida, que es considerada sustancia que causa grave daño a la salud, tiene un valor de venta por dosis de 139,97 euros, mientras que la marihuana, considerada sustancia que no causa grave daño a la salud, tendría un valor de mercado de 453,60 euros".



2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento :

"CONDENAMOS a los acusados Severino , Victorino , Adelina y Zaida , como penalmente responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las siguientes penas:

A Severino imponemos la pena de CUATRO años de prisión, multa de 1.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 20 euros impagados, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

A Victorino le imponemos la pena de TRES años de prisión, multa de 600 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 20 euros impagados, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

A Adelina le imponemos la pena de TRES años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

A Zaida le imponemos la pena de TRES años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Abónense a los acusados el tiempo que han permanecido privados de libertad por esta causa.

Decretamos el comiso de los efectos, sustancias estupefacientes y dinero intervenidos a los que se dará el destino legal.

Procede imponer a los acusados el pago de las costas procesales derivadas del procedimiento".

3. - Notificada la sentencia, las representaciones procesales de Severino , Adelina , Victorino y Zaida interpusieron recursos de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, formándose el rollo de apelación 303/2021. En fecha 21/10/2021 el citado tribunal dictó sentencia número 290/2021, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"PRIMERO: DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores Sr. Pablo Vicente RICART ANDREU, Sra. Estefanía CALATAYUD SALVADOR, Sr. Pablo MEDINA AINA y Sra. María MARTÍNEZ MERIDA en nombre y representación de D. Severino , D. Victorino , D<sup>a</sup>. Adelina y D<sup>a</sup>. Zaida .

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante".

4. Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Severino , Adelina , Victorino y Zaida , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso formalizado por Severino , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECRIM, al entender infringidos los arts. 9.3 y 24.1 y 2 de la CE por vulneración del derecho del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y del derecho a la intimidad, en relación con el art. 120.3 de la CE.

2. Por infracción de precepto constitucional en base al art. 5.4° de la LOPJ, art. 849.1 de la LECRIM, al alegar la vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE.

6. El recurso formalizado por Adelina , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECRIM en relación al art. 5.4 LOPJ por vulneración de derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y establecido en el art. 24 CE. invocándose vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 en relación con el art. 9.3, referente a la interdicción de la arbitrariedad.

Establece el art. 24 CE el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin que se pueda producir indefensión y el derecho a la presunción de inocencia.

2. Por infracción legal del art. 849,1 LECRIM por inaplicación del art 21.1 en relación con el art.20.2 CP respecto a la toxicomanía de mi mandante, o en su defecto la analógica por su toxicomanía de larga evolución.



Establece el art. 21.1 CP en relación al art. 20.2 como circunstancia atenuante el hallarse al tiempo de cometer la infracción penal en estado de intoxicación por el consumo de ..., drogas tóxicas... cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad.

7. El recurso formalizado por Victorino , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española, por el cauce casacional previsto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La reforma legal de 2015 no priva tampoco al Tribunal Supremo, en su condición de órgano superior en el orden jurisdiccional penal ( Art. 123.1 CE) de la posibilidad de pronunciarse sobre los aspectos procesales del enjuiciamiento, pues dicha facultad permanece abierta - ex artículo 847.1 a) LECrim- en relación con las sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

8. El recurso formalizado por Zaida , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

A) Infracción de precepto constitucional, de conformidad con lo establecido en el art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al entender infringido el art. 24.2 Constitución Española, por vulneración del derecho de presunción de inocencia.

B) Infracción de precepto constitucional, de conformidad con lo establecido en el art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al entender infringido el art. 9.1 Constitución Española fundamentación arbitraria.

C) Infracción de precepto constitucional, de conformidad con lo establecido en el art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al entender infringido los arts. 9.3 y 24.1 y 2 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías y del artículo 18 de la Constitución Española en relación a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad, todo ello en relación a la vulneración del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no pudiendo surtir efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

9. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 21/06/2022, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 27/06/2023 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO DE Severino

1. Se ha recurrido en casación la sentencia 290/21, de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En esa sentencia se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 228/2021, de 8 de julio de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón.

En este primer recurso, con una deficiente estructura, por cuanto no se precisan con la debida separación los motivos de impugnación, se formulan dos argumentos impugnatorios diferenciados. En el primero de ellos, con cita del artículo 588 quinquies a) de la LECrim, se afirma la nulidad tanto de las fotografías tomadas por la policía del jardín del domicilio del recurrente, como de las vigilancias policiales realizadas sobre dicho jardín que no contaron con la preceptiva autorización judicial. Entiende el recurrente que la injerencia sobre el domicilio puede ser física o virtual y ésta se produce cuando se lleva a cabo una observación clandestina de lo que acontece en su interior. Concluye afirmando que la nulidad de las imágenes obtenidas y de las vigilancias realizadas sobre la vivienda debe extenderse a las pruebas que derivan de ellas, si bien en el escrito de recurso no se precisan cuáles puedan ser esas pruebas reflejas o derivadas.

2. El artículo 18.2 CE dispone que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro en el mismo se puede hacer sin consentimiento del titular o sin autorización judicial y en la STC 22/1984, de 17 de febrero, se precisó que "este precepto contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera, y su contenido es por ello más reducido. La regla 1ª define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales



y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos".

A partir de esta doctrina constitucional la sentencia de apelación, aplicando el artículo 588 quinquies a) de la LECrim, ha declarado la nulidad de las fotografías obtenidas por la policía del jardín del domicilio de los investigados. El citado precepto autoriza a los agentes policiales a la captación y grabación de imágenes de la persona investigada *"cuando se encuentre en un lugar o espacio público"* y el jardín de la vivienda no tiene esa consideración sino la de un anexo de la propia vivienda, protegido frente a invasiones o injerencias externas.

La sentencia impugnada da respuesta a una cuestión susceptible de muchos matices, en función de la actuación concreta que se analice pero, conforme al precepto que acabamos de citar y como regla general, la grabación de imágenes desde el exterior en un domicilio que, como en este caso, estaba protegido del exterior por una valla, precisa de autorización judicial, porque pueden resultar afectados derechos constitucionales como la intimidad domiciliaria y la propia imagen, todo ello sin perjuicio de situaciones excepcionales que no es el caso analizar en este momento, porque la declaración de nulidad de la sentencia impugnada no ha sido cuestionada por ninguna de las partes.

Lo que se interesa, empero, es que la nulidad se extienda a las vigilancias policiales realizadas sobre esa misma dependencia, pretensión con la que no nos identificamos. En la STS 329/2016, de 20 de abril, argumentamos que *"ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera. El agente de policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento. Nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos. A juicio de la Sala, sin embargo, la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artificio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado"*.

La sentencia que acabamos de citar menciona dos precedentes de esta Sala que ilustran nuestro criterio. La STS 15 abril 1997 (rec. 397/1996), dando respuesta a un supuesto de hecho de significativas coincidencias con el que nos ocupa, se declaró que *"... en lo concerniente a si la observación realizada a través de una ventana requiere autorización judicial, la Sala estima que la respuesta también debe ser negativa. En efecto, en principio, la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio no es necesaria una autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás"*.

Y en la STS de 18 febrero 1999 (rec. 17/1998) se razonó así: *"... en el caso presente se trata de un patio perceptible directamente desde el exterior", según la sentencia recurrida, y que, incluso teniendo la consideración funcional de domicilio, está expuesto al público con carácter permanente, precisa. En estas circunstancias, y de acuerdo con lo anteriormente significado, no podemos compartir el juicio del Tribunal "a quo" de que se haya producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la acusada ni de la intimidad o privacidad de la misma. Los agentes de policía que visualizaron directamente el repetido patio y observaron a quienes se encontraban en él procedentes de la calle, no hacían más que lo que cualquiera podía hacer; contemplaban y miraban lo que cualquiera podía mirar y observar ante la ausencia de obstáculos que perturbaran, impidieran o - simplemente- dificultaran la curiosidad de los demás. Por ello no ha tenido lugar ninguna infracción a la privacidad o a la intimidad y, por ello, la prueba obtenida a partir de esas observaciones es perfectamente lícita y válida desde la perspectiva constitucional"*.

Entendemos, en fin, que las vigilancias policiales no incurrir en el vicio de nulidad que se denuncia.

**3.** Se interesa la extensión de los efectos de la nulidad a las pruebas derivadas, en el bien entendido que esa nulidad sólo puede afirmarse respecto de la captación de las imágenes no de las vigilancias policiales, según hemos razonado en el apartado anterior.



La declaración de nulidad de una determinada prueba por vulneración de derechos fundamentales se extiende a las pruebas derivadas o reflejas, entendiendo por tales las obtenidas directa o indirectamente de la prueba nula, a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la LOPJ.

El Tribunal Constitucional desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre viene proclamando que la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no está establecida en un precepto constitucional, pero su valoración implicaría una ignorancia de las garantías propias del proceso ( art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y con la idea de "proceso justo", y debe considerarse prohibida por la Constitución ( STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2 ; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26 ) una conexión causal entre los resultados probatorios de ambas pruebas ( STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3 ), aunque sea indirecta ( SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4 ; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3 ; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8 )".

Además se precisa la existencia de una relación de antijuridicidad entre las pruebas nulas y las derivadas, lo que obliga a tener en cuenta dos perspectivas de análisis: La interna que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente), y la perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela de la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones.

Recuerda el máximo intérprete de la Constitución en su STC 66/2009, de 9 de marzo, que "Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo" ( STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6).

En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra ( SSTS 320/2011, de 22-4 ; 811/2012, de 30-10; 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; 963/2013, de 18-12; 73/2014, de 12-3; y 511/2015, de 17-7).

**4.** En lo que a este caso se refiere no apreciamos la existencia de conexión de antijuridicidad porque con independencia de que las fotografías dejaran constancia de la existencia de contactos entre las personas investigadas lo que resultó determinante para autorizar judicialmente la entrada y registro no fueron las imágenes captadas sino las vigilancias policiales, unidas a las incautaciones de sustancias ilícitas a las personas que procedían de la vivienda investigada. Por tanto, no apreciamos relación causal entre las imágenes captadas y la autorización de la entrada y registro en cuanto ésta tuvo como fundamento diligencias de investigación distintas y sin tacha de ilicitud.

Pero incluso, de apreciarse la relevancia de las imágenes para la autorización judicial, no sería procedente la declaración de nulidad del registro porque con independencia de ellas también se habría autorizado la entrada y registro del domicilio.

En efecto, el principio de nulidad de las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales, que es conocido la teoría de los frutos del árbol envenenado ( *fruit of the poisonous tree*) es muy extenso y, según hemos precisado, ha sido objeto de diversas restricciones para situarlo en una dimensión razonable y una de esas restricciones es la llamada excepción del descubrimiento inevitable ( *inevitable discovery*) que excluye la nulidad de la prueba refleja cuando las circunstancias hubieran llevado igualmente a la práctica de la misma. El hallazgo o descubrimiento inevitable es una formulación o supuesto perfeccionado de la teoría de la prueba independiente y fue también formulada por primera vez en la jurisprudencia americana en el caso (Nix v Williams-1984) y ha sido aplicado por esta Sala en numerosas ocasiones. Muestra de ello es la STS 974/1997, de 4 de julio, en la que se desestimó una petición de nulidad de una aprehensión de drogas, que vino precedida de una intervención telefónica insuficientemente motivada, porque, al margen de la intervención y antes de ella, el acusado era objeto de vigilancias y seguimientos que habrían conducido igualmente al descubrimiento de la reunión en la que se produjo la entrega del alijo.

El motivo se desestima.



5. En el segundo motivo (sin numerar) se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia, si bien se cita erróneamente como vía casacional el artículo 849.1 de la LECrim, cuando el motivo de casación procedente es el de la infracción de derecho constitucional, regulado en el artículo 852 del mismo texto legal.

Se alega que los agentes policiales no vieron ningún acto de venta dentro del domicilio; que en las vigilancias realizadas fuera del domicilio las personas identificadas no señalaron al recurrente como la persona que les hubiera vendido la sustancia y las conclusiones policiales sobre su participación en la venta no son sino apreciaciones subjetivas carentes de prueba; se cuestiona la declaración de una coacusada que reconoció que el Sr. Severino era quien le suministraba la droga, porque fueron realizadas en descargo de su propia responsabilidad; no hay evidencia de que el bote en el que se encontró 30 gramos de cocaína fuera del recurrente ya que no se encontraron sus huellas; se destaca que los indicios económicos reflejados en la sentencia no acreditan que el Sr. Severino tenga un alto nivel de vida y se señala, por último, que la tardanza de un año y 6 meses en celebrar el juicio, a pesar de que se produjo durante la pandemia del Covid-19 debería tenerse en cuenta para la graduación de la pena.

6. Antes de dar contestación a esta impugnación y a las realizadas en los demás recursos y en las que también se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia, conviene precisar nuestro ámbito de control casacional ya que lo que el objeto del recurso es una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, dictada en grado de apelación, por lo que ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior ( SSTS 251/2019, de 4 de julio y 349/2019, de 4 de julio, entre las más recientes). Nuestro análisis no puede consistir en una tercera revisión del juicio fáctico sino en comprobar la racionalidad de la valoración probatoria de la sentencia de apelación.

En efecto, la valoración de la prueba corresponde originariamente al tribunal de instancia, ante quien se practican las pruebas con publicidad, concentración e inmediatez. Esa función se completa mediante la revisión profunda que permite el recurso de apelación, en el que incluso es posible la práctica de pruebas adicionales y, por último, a este tribunal de casación le corresponde comprobar si la valoración de la prueba realizada por el órgano de segunda instancia se acomoda a criterios de racionalidad y si es respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre el derecho a la presunción de inocencia en sus distintas facetas ( STS 651/2019, de 20 de diciembre, por todas). Venimos reiterando que el control casacional en estos supuestos se concreta en cuatro puntos:

- a) En primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) En segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) En tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) En cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

7. En lo que a este caso concierne, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de apelación se dio cumplida contestación a esta misma queja y consideramos que el tribunal de segunda instancia ha efectuado adecuadamente su función de control y revisión, ratificando el criterio probatorio del tribunal de instancia, mediante razonamientos que compartimos.

Uno de los compradores de droga, Cristobal , que fue identificado a la salida de la vivienda investigada, le señaló como la persona que le vendió una papelina; una de las coacusadas, Adelina , le identificó como la persona que le vendía droga; en el registro de su domicilio se encontró 90 gramos marihuana, 2.040 euros procedente de la venta de sustancia, útiles para la elaboración de las papelinas (envoltorios, tijeras, sustancias de corte) y hojas con anotaciones de nombres, fechas y cantidades. Y en el jardín de la vivienda, dentro de un bote, se encontraron 29,94 gramos de cocaína con una pureza del 80 %.

A partir de todas estas evidencias la sentencia estima que la participación del acusado en la actividad ilícita está probada más allá de toda duda razonable y nada cabe objetar a esa inferencia conclusiva. No es cierto que no exista prueba directa, ya que hay testimonios que atribuyen al recurrente la realización de actos de venta, testimonios que entendemos convenientemente confirmados por el conjunto de indicios que acabamos de referir. Tampoco cabe cuestionar la declaración de la coacusada que ha sido apreciada con inmediatez por el



tribunal y cuyas afirmaciones resultan confirmadas por los hallazgos de la entrada y registro y no compartimos la afirmación de que la atribución de autoría del recurrente descansa exclusivamente en apreciaciones subjetivas de los agentes policiales, ya que las evidencias encontradas en su domicilio desmienten ese argumento impugnatorio. Venimos afirmando, a la hora de determinar el estándar de valoración de la estructura racional de la prueba, que sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia del tribunal sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa una pluralidad de conclusiones alternativas y ninguna de ellas pueda darse por probada" ( SSTC 229/2003, de 18 de diciembre; 111/2008, de 22 de septiembre, 109/2009, de 11 de mayo, y 70/2010, de 18 de octubre). No es este el caso. La hipótesis acusatoria ha quedado probada con suficiencia y más allá de toda duda, razón por la que no apreciamos la lesión del derecho a la presunción de inocencia, invocado en el recurso.

En consecuencia, el motivo se desestima.

#### RECURSO DE Adelina

**8.** En el primer motivo del recurso se censura la sentencia impugnada, al amparo del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Se argumenta que el hecho de que fuera sorprendida teniendo relaciones sexuales con el titular de la vivienda cuando entró la policía no es elemento probatorio suficiente para afirmar su participación y conocimiento de la actividad ilícita. En ese momento estaba ejerciendo la prostitución, por más que el varón con el que estaba haya negado ese dato. Se señala que no hay reconocimiento en rueda o testigos que la vinculen con la actividad ilícita razón por la que entiende insuficiente la prueba de cargo para un pronunciamiento de condena.

**9.** En la sentencia impugnada se dio contestación a esta misma alegación señalando que la participación de la recurrente en la actividad ilícita de tráfico de drogas quedó suficientemente acreditada por lo siguiente: El testigo Eugenio , identificado en las diligencias como una de las personas que acudió al domicilio a comprar droga, manifestó que le atendió una mujer joven y, según la sentencia, la recurrente era la única mujer con esta característica que vivía en la vivienda; también la testigo Juana declaró que Adelina era una de las ocupantes de la vivienda; la sentencia impugnada señala como información probatoria relevante el que Adelina conocía la actividad que se desarrollaba en la vivienda, dado que manifestó que acudía allí a comprar droga y, por último, añadimos nosotros que la sentencia de instancia precisó que Adelina no habitaba la vivienda simplemente porque mantuviera relaciones sexuales con Severino y fuera a comprar droga sino que su pareja, porque así lo reconoció el propio Sr. Severino . A todo lo anterior debe añadirse que la actividad ilícita no podía ser desconocida por ninguno de los moradores dado que, según se deduce del resultado de la diligencia de entrada y registro de la vivienda, las sustancias estupefacientes y los útiles para la preparación de las dosis estaban desperdigadas por todas las estancias, planta baja, primer piso y patio exterior. Este cúmulo de evidencias, unido al resultado de la diligencia de entrada y registro, así como a las pruebas periciales sobre la sustancia intervenida constituyen un bagaje probatorio acreditativo de que la recurrente participaba activamente en la actividad ilícita que se desarrollaba en la vivienda de forma permanente, según cabe deducir del resultado de las vigilancias policiales que se prolongaron durante dos meses.

El motivo se desestima.

**10.** En el segundo motivo, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se reprocha a la sentencia la inaplicación de la atenuante de toxicomanía, prevista en el artículo 21.1 y 2 del Código Penal.

Se alega que la analítica y el informe médico obrante en autos acreditan que es una consumidora de larga evolución lo que justificaría la apreciación de la atenuante. La sentencia ha excluido esa atenuación afirmando que la recurrente le dijo al médico forense que cuando se produjo la detención no consumía pero lo cierto es que el citado facultativo no es fedatario público y debería primar la declaración de la acusada que manifestó lo contrario en juicio, siendo de todo punto creíble esa manifestación si se atiende a su historial de consumo y a su presencia en un casa donde se vendía droga. Se alega que no es razonable suponer que tuviera el suficiente coraje y voluntad para no consumir en esas circunstancias. Se señala, por último, que padece un trastorno a consecuencia de la adicción, lo que refuerza la procedencia de la pretensión que se formula.

**11.** En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de apelación se dio respuesta a esta misma alegación. En atención al informe médico forense y al resultado de la analítica realizada con posterioridad a los hechos, es cierto que la recurrente era una consumidora de larga evolución de cocaína y opiáceos y que este hábito podía desembocar en un trastorno ansioso depresivo, si bien el informe no reconoce esta patología como existente. Por otra parte, la señora médico forense manifestó que la propia acusada le reconoció que no había consumido desde febrero a junio de 2019, y los hechos tuvieron lugar entre marzo y mayo de ese año por lo que no hay evidencias de la afectación de la conducta por el consumo de drogas. A partir de estos datos resulta inviable la pretensión de reconocimiento de una atenuante. Hemos declarado que el mero consumo o la mera adicción al consumo de drogas no implican por sí atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción



podiera considerarse grave y que se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción ( SSTS 877/2005, de 4 de julio; 1101/2005, de 30 de septiembre; 1321/2005, de 9 de noviembre; 912/2006, de 29 de septiembre; 1071/2006, de 8 de noviembre; 444/2008, de 2 de julio). Y también hemos precisado que no basta con ser drogadicto, cuando no alcanza una gravedad que le compele a la conducta delictiva, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada ( SSTS 1167/2004, de 22 de octubre; 842/2005, de 28 de junio; 223/2007, de 20 de marzo; 524/2008, de 23 de julio y 16/2009, de 27 de enero).

El motivo se desestima.

RECURSO DE Victorino

**12.** En este recurso se formula un único motivo de impugnación, la lesión del principio de presunción de inocencia por ausencia de prueba sobre la participación del recurrente en los hechos objeto de enjuiciamiento, todo ello con invocación del artículo 852 de la LECrim y del artículo 24.2 CE.

El argumento central que sirve de soporte a la impugnación es que el recurrente ha sido condenado porque fue encontrado pernoctando en el garaje de la vivienda registrada por la policía pero precisamente por la forma en que allí pernoctaba, sobre unos neumáticos, puede afirmarse la provisionalidad de ese alojamiento. Al margen de este dato no hay ninguna prueba que le vincule con la actividad ilícita ya que ninguno de los agentes policiales se refirió a él, tampoco consta mención alguna de los compradores de droga, en las vigilancias policiales o en la diligencia de entrada y registro. Entiende esta defensa que el razonamiento probatorio de la sentencia no se ajusta a criterios de lógica. En la sentencia de apelación se le atribuye la participación porque pernoctaba en la vivienda y en ese lugar se encontró droga y útiles vinculados con ese tráfico ilegal y porque dos de las personas identificadas como compradoras manifestaron que la persona que les había vendido la droga en un joven que no puede ser otro que el recurrente ya que era la única persona que habitaba en la vivienda con las características descritas por los testigos. Por el contrario, otras pruebas descartan la participación del recurrente y en todo caso las manifestaciones de los testigos a que ante se ha hecho mención son vagas, inciertas y abiertas, de modo que no pueden servir de soporte al pronunciamiento de condena.

**13.** La impugnación es similar a la realizada por los demás condenados. La sentencia de apelación dedica su fundamento jurídico segundo a dar contestación a esta misma queja. Al recurrente se le atribuye la participación en la actividad ilícita de tráfico de drogas por lo siguiente: (i) Los agentes policiales, como consecuencia de las vigilancias realizadas, manifestaron que Victorino llevaba pernoctando dos meses en el garaje de la vivienda, lo que desmiente su versión exculpatoria de que su pernocta era provisional; (ii) en dicho garaje se encontraron dos cajas con marihuana, así como útiles para la distribución de la droga (bolsitas de plástico con recortes, rollo de alambre y tijeras) y dinero en efectivo en moneda fraccionaria oculto en un estuche de gafas (20 billetes de 50 euros, 16 billetes de 20 euros, 7 billetes de 10 euros) y ya hemos precisado que en las demás dependencias de la vivienda se encontraron sustancias ilícitas y útiles para la distribución; (iii) La testigo Susana identificó al recurrente como uno de los moradores de la vivienda; (iv) y dos de las personas a quienes se le intervino sustancia a la salida de la vivienda manifestaron que les atendió un chico joven, descripción que encaja perfectamente con las características físicas del recurrente.

A la vista de las evidencias que se acaban de reseñar no es de recibo considerar que la autoría del recurrente tiene como soporte meras conjeturas. Por el contrario, se asienta en un conjunto de indicios, plurales y suficientemente acreditados, que convergen en la única hipótesis posible, que el recurrente participaba activamente en el tráfico ilícito.

Sobre este particular conviene recordar que la prueba indiciaria es apta por sí desvirtuar la presunción de inocencia. Existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial ( SSTS 433/2013 de 29 de mayo, núm. 533/2013, de 25 de junio y núm. 359/2014, de 30 de abril, entre otras muchas), en el bien entendido de que esta clase de prueba precisa de ciertas exigencias como las siguientes: (i) La sentencia debe expresar cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción; (ii) Los indicios deben estar acreditados y, en principio, deben ser plurales, si bien se admite la condena en base a un solo indicio cuando tenga una singular potencia acreditativa. Todos los indicios deben estar relacionados entre sí y converger en una misma conclusión; (iii) La deducción que se extraiga de los indicios debe ser razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia; (iv) y la sentencia debe dar cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado,



explicación que -aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

En el presente caso la valoración de la prueba ha dado cumplimiento a todas y cada una de estas exigencias. La sentencia de apelación ha dado una contestación sólida, extensa y bien argumentada sobre la calidad convictiva de los indicios tomados en consideración y sobre el razonamiento seguido para establecer la conclusión fáctica que se expresa en los hechos probados.

En consecuencia, el motivo se desestima.

RECURSO DE Zaida

**14.** En el primer motivo de este recurso se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 852 de la LECrim y 24.2 de la CE.

Entiende esta defensa que el discurso valorativo de la sentencia de instancia, en el particular relativo a la participación de la recurrente en los hechos, no es lógico y coherente, discrepando en este punto de la valoración que realiza la sentencia de apelación. No hay ninguna prueba que vincule a la Sra. Zaida con los hechos a salvo de la declaración de Juana que manifestó que cuando fue a comprar marihuana a la casa Zaida la echó, acto que no evidencia su intervención en la venta de drogas, sino todo lo contrario. Tampoco puede servir de fundamento probatorio las explicaciones ofrecidas por la recurrente para su presencia en la vivienda (atender a Severino para cuidarle sus dolores de espalda) y que no resultaron creíbles al tribunal porque Severino se movía con normalidad y mantenía relaciones sexuales con la coacusada Adelina, ya que el padecimiento de dolores de espalda no requiere que sea totalmente impeditivo y porque se produce una inversión de la carga de la prueba cuando se exige que sea la acusada quien pruebe la razón de su permanencia en la vivienda. Debe ser la acusación quien acredite la dedicación de la acusada a la actividad ilícita.

**15.** La sentencia de instancia ha considerado autores del delito contra la salud pública a los moradores de la vivienda, dado que en la misma se distribuía droga de forma permanente (al menos durante dos meses) y esa actividad no podía pasar desapercibida a los ocupantes de la vivienda, dado que la droga y los útiles para la distribución se localizaron en todas las dependencias de la vivienda. En el caso de la recurrente, no existe una prueba de cargo suficiente que permita atribuir a la Sra. Zaida la actuación ilícita que se le atribuye y los razonamientos utilizados para realizar esa atribución no responden a criterios de razonabilidad. No existe prueba alguna que vincule a la recurrente con la actividad ilícita, a diferencia de lo que ocurre con los restantes acusados. Nadie la identificó en la realización de alguna gestión de venta y el simple hecho de que diera una explicación poco convincente sobre su presencia en la vivienda no es suficiente para afirmar su participación, como tampoco el que una testigo dijera que cuando fue a comprar la acusada la echó. Afirmar, como hace la sentencia, que esa conducta es reveladora de una función de vigilancia y control no es más que una suposición carente de base probatoria. No puede excluirse que su presencia en la morada fuera casual y no vinculada con la actividad ilícita que allí se desarrollaba por lo que la queja debe ser estima. Procede, en consecuencia, la libre absolución de la recurrente, sin necesidad de dar respuesta al siguiente y último motivo de casación de este recurso.

**16.** De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes cuyos recursos han sido desestimados las costas derivadas de sus respectivos recursos de casación y deben declararse de oficio las costas del recurso estimado.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º **Desestimar** los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Severino, Adelina, Victorino y **estimar** el recurso interpuesto por Zaida contra la sentencia número 290/21, de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, anulando y casando dicha resolución, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2.º Condenar a los recurrentes cuyos recursos han sido desestimados al pago de las costas procesales causadas por sus respectivos recursos y declarar de oficio las costas procesales correspondientes el recurso estimado.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



RECURSO CASACION núm.: 6438/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de julio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 6438/2021, interpuesto por Severino , Adelina , Victorino y Zaida , contra la sentencia Nº 290/2021, de fecha 21/10/2021 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicha sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.** - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.** - De conformidad con lo argumentado en el fundamento 15 de la sentencia de casación, procede la libre absolución de Zaida .

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**PRIMERO.** - Absolvemos libremente a Zaida de los hechos por los que ha sido condenada, declarando de oficio una cuarta parte de las costas procesales causadas en la primera instancia.

**SEGUNDO.** - Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.