

Roj: SAP B 1610/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1610
Id Cendoj: 08019370082015100226

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Barcelona

Sección: 8

Nº de Recurso: 1/2015

Nº de Resolución: 254/2015

Procedimiento: Procedimiento Abreviado

Ponente: JESUS MARIA BARRIENTOS PACHO

Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Octava

Ponente: Ilmo. Sr. Don Jesús M. Barrientos Pacho

P.A.: **1/2015**

D. P. nº 1.524/2014

Juzg. de instrucción nº 23 de Barcelona

Los Ilmos. Sres.:

D. Jesús M. Barrientos Pacho

Da. MERCEDES ARMAS GALVE

D. IGNACIO DE RAMÓN FORS

Dictan la siguiente

S E N T E N C I A nº

En Barcelona, a dieciocho de marzo de dos mil quince.

VISTO, en nombre de S.M. el Rey, en juicio oral y público, el Procedimiento Abreviado seguido ante la Sección Octava de esta Audiencia Provincial con el número **1/2015**, procedente de las Diligencias Previas que habían sido tramitadas en el Juzgado de Instrucción número **23 de Barcelona** con su número **1.524/2014**; por un delito **contra la salud pública**, contra los acusados Lázaro, con NIF: NUM000; nacido en Barcelona el día NUM001 de 1984; hijo de Nicanor y de Tamara; con domicilio en Badalona (Barcelona), AVENIDA000, NUM002, NUM003, NUM004; cuya profesión y solvencia no constan; sin antecedentes penales; en libertad provisional por esta causa; representado por el Procurador Don José Rafael Ros Fernández y defendido por el Letrado Don Juan Carlos Revilla Rodríguez; y contra la acusada Adoracion, con NIF: NUM005; nacida en Sabadell (Barcelona) el día NUM006 de 1985; hija de Carlos Alberto y de Consuelo; con domicilio en Sabadell (Barcelona), AVENIDA001, NUM007, NUM008, NUM009; cuya profesión y solvencia no constan; sin antecedentes penales; en libertad provisional por esta causa; y con la misma representación y defensa que el acusado anterior.

Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal.

Correspondió la ponencia al Magistrado Don Jesús M. Barrientos Pacho, que expresa así el criterio unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentas actuaciones se iniciaron a raíz de una intervención policial llevada a cabo por agentes del cuerpo de Mossos d'Esquadra que intervinieron a requerimiento del encargado de seguridad del establecimiento Razzmatazz de Barcelona; y, en su tramitación, una vez fue formulada acusación por el Ministerio Fiscal, se dictó auto de apertura del juicio oral contra los acusados identificados en el anterior

encabezamiento; y una vez fueron calificados los hechos por las defensas letradas de los referidos acusados, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- En el acto del juicio oral, realizada la prueba propuesta por las partes y admitidas por el Tribunal, en trámite ya de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, en la modalidad de sustancias que causan un grave daño para la salud de las personas, del que estimó autores materiales a los dos acusados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de ellos, interesando para cada uno de los acusados las penas de cuatro años de prisión, y una multa de 900 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de un mes y costas por mitad, además de instar el comiso de la sustancia y del dinero intervenidos.

En el mismo trámite, la defensa común de los dos acusados interesó la libre absolución de sus defendidos, elevando a definitivas las conclusiones que antes habían sido formuladas en su nombre como provisionales. Seguidamente las partes informaron por su orden en apoyo de sus respectivas tesis, y después de ser ofrecido a los acusados el turno de la última palabra, quedaron los autos vistos para dictar la presente resolución.

HECHOS PROBADOS

Declaramos probado que en horas de la madrugada del día 12 de julio de 2014, los acusados **Lázaro e Adoracion**, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, fueron sorprendidos en el interior de la discoteca Razzmatazz, sita en la calle Almogèvers, 122 de Barcelona, siendo entonces conducidos por vigilantes de seguridad del establecimiento hasta un espacio cerrado del propio establecimiento, lugar en que fueron sometidos ambos a un registro personal por tales vigilantes de seguridad, por separado, al tiempo que daban noticia del hecho a agentes de policía del cuerpo de Mossos d'Esquadra, que al poco tiempo se personaron en el lugar de los hechos y se hicieron cargo de los acusados dichos, así como de la sustancia que les fue referida como ocupada en el curso de tales registros y que se han podido concretar en 3,374 gramos de marihuana con riqueza en THC del 12,3%; 3,046 gramos de haschis con una riqueza en THC del 29%; 2,188 gramos de MDMA con una riqueza en base del 22,6%, así como un total de 95 euros desplegados en diversos billetes; así como otros 3,302 gramos de MDMA con una riqueza en base del 72%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. **-Sobre las circunstancias del hallazgo de la droga traída al proceso.**

La defensa común de los acusados ha venido al juicio a cuestionar la regularidad en el acceso a la fuente de prueba, es decir a la incautación de la droga intervenida y analizada con el resultado ya reseñado, desde el momento en que se produjo en el transcurso de un registro personal realizado sobre los dos acusados por miembros del servicio de seguridad del establecimiento en que se hallaban, la discoteca Razzmatazz, una vez habían sido conducidos, a la fuerza dicen aquellos, hasta un recinto aislado en que se introdujeron sucesivamente cada uno de los acusados para ser sometidos a un registro integral, según relataron los propios acusados en el plenario, llegando a manifestar el acusado que fue obligado a bajarse los pantalones y, la acusada, que fue requerida para quitarse todas las prendas de ropa, lo que no llegó a completar al no despojarse de la braga y del sujetador, no obstante lo cual una vigilante de seguridad le habría levantado el sujetador y descubierto entre esta prenda un envoltorio con "cristal" -MDMA- que la acusada ha admitido guardar allí. Cuestiona también la defensa la cadena de custodia de esa misma sustancia, en la medida en que, al haber sido incautada por miembros de seguridad privada, que son quienes efectúan la entrega a miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que se hicieron cargo de la investigación, no tendríamos la certeza de su correspondencia con la realmente detentada por los acusados.

Ciertamente, la singularidad de las intervenciones que llevaron a la recogida por los agentes de Mossos d'Esquadra de la partida de droga traída al proceso, puesto que no fueron los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado quienes aprehendieron directamente la droga a los acusados, sino los miembros del servicio de vigilancia del establecimiento discoteca en que ambos se encontraban en la madrugada del día 12 de julio pasado, nos obligará a examinar la legalidad de la actuación desplegada por los miembros del servicio de seguridad privada de la discoteca, y después, si en esa actuación se sujetaron los vigilantes a unos cánones o protocolos mínimos de seguridad que nos permitan afirmar, sin género de dudas, la correspondencia plena entre las sustancias que detentaban los dos acusados y las que finalmente fueron puestas a disposición de los agentes de Mossos d'Esquadra, así como el itinerario ulterior de esa droga hasta su análisis e introducción de sus resultados en los debates del juicio.

La STS 613/2002 de 8 de abril, para un supuesto análogo al que ahora se juzga, recordaba que " el artículo 11 de la Ley 23/1992, de 30/7, de Seguridad Privada establece las funciones a desempeñar por los vigilantes de seguridad, siendo una de ellas la consignada en la letra d) de su apartado 1º, «poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos»,Se trata desde luego de actuaciones a prevención pero que sin duda alcanzan las medidas necesarias y proporcionadas para asegurar la puesta a disposición de la autoridad o de sus agentes del delincuente, así como de los efectos, instrumentos y pruebas de los hechos presuntamente delictivos ". En dicha sentencia se homologaba una actuación desplegada por vigilantes de seguridad que, también dentro de un recinto de esparcimiento, presenciaron lo que fue considerado como un acto de venta de drogas y ulteriormente, en el desarrollo de un **registro superficial del sospechoso**, localizan y requisan una partida de sustancia estupefaciente que aquél llevaba consigo.

En la fecha en que ocurren los hechos que aquí se nos someten a examen, la Ley de Seguridad Privada de 1992 había sido derogada por la Ley 5/2014, de 4 de abril, en cuyo art. 32 se contiene una **habilitación análoga** a la contenida en el artículo 11 de la vieja ley, al reconocer entre las funciones de los vigilantes de seguridad, la de " Ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión " - art. 32.1a/-; la de " Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia " -art. 32.1c/-; y la de " En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas " - art. 32.1d/-; estableciendo como límite a dichas facultades de intervención, como hacía ya la Ley anterior, el interrogatorio de los delincuentes, que queda vedado para los vigilantes de seguridad, con reserva, por tanto, para los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Aparentemente, este marco normativo vendría a dar cobertura a la actuación desplegada por los vigilantes de seguridad de la discoteca en que se encontraban los dos acusados, al menos hasta el momento en que instan a aquellos a desplazarse hasta un habitáculo reservado para su custodia hasta la llegada de la fuerza policial, puesto que se trataba de una actividad motivada en actos directamente presenciados por el encargado de seguridad del establecimiento, el testigo comparecido Sr. Iván, quien relató haber visto a los dos acusados en actitud que le resultó sospechosa de una actividad de tráfico de drogas, que se habría visto corroborada al comprobar cómo un cliente del local se dirigía al acusado y le hacía entrega de un billete, presenciando un intercambio entre ellos que interpretó como evidencia de un acto de venta de drogas. A pesar de esa regularidad en el inicio de la actuación que sobre los acusados realizaron los vigilantes de seguridad, a partir del momento en que ambos acusados son introducidos, por separado, dentro del cuarto aislado que ambos describen, efectúan los acusados un relato, que nadie ha desmentido en el juicio, según el cual ambos fueron conminados por los vigilantes de seguridad a desnudarse, concretamente el acusado refirió que le obligaron a quitarse los pantalones, momento en que cayeron al suelo los envoltorios que llevaba; mientras que la acusada refiere haber sido obligada a desnudarse completamente, aunque ella no llegó a despojarse de su ropa interior, lo que no habría impedido que una vigilante de seguridad femenina le hubiese levantado el sujetador y extraído de allí un envoltorio de "cristal" -MDMA- que admite que guardaba bajo aquella prenda íntima. En el juicio no comparecieron ninguno de los miembros del equipo de seguridad de la discoteca, salvo el ya referido Iván, como encargado del servicio de seguridad del establecimiento, y éste dijo haber estado presente en el registro del acusado, aunque no, obviamente, en el de la acusada, sin que en absoluto hubiere desmentido el relato efectuado por aquellos en torno a los extremos a los que llegaron los vigilantes de seguridad en la búsqueda de los objetos relacionados con el delito perseguido. El relato de los acusados es conforme a una realidad en la que, a la llegada de los agentes del cuerpo policial comisionado, las sustancias estupefacientes incautadas habían sido ya extraídas por los vigilantes de seguridad del lugar en que los acusados pudiesen llevarlas escondidas.

Siendo ello así, y debiendo de estar nosotros al relato que sobre esta secuencia e intensidad del registro relatan los acusados, por las razones expresadas, debemos concluir afirmando la absoluta desproporción y exceso en que incurrieron los vigilantes de seguridad en sus funciones de colaboración con los agentes de policía y de contención de actividades delictivas, pues una vez neutralizados los dos acusados, respecto de

quienes ya tenían evidencias, o al menos sospechas serias, de su intervención en conductas de tráfico, su actividad de comprobación no debió de rebasar nunca el mero cacheo o registro superficial de ambos, como única actividad proporcionada al carácter meramente colaborativo y auxiliar de su función, sin que vengan legalmente autorizados a llevar a cabo registros integrales del tipo del que sometieron a ambos acusados, no ya porque no se justificase a la luz de las actividades que ya les venían atribuyendo, suficientes para ponerlas en conocimiento de los agentes de la autoridad junto con las personas de los dos acusados, sino porque se trata, los registros corporales integrales que desplegaron sobre ambos acusados, de actuaciones inferenciales que los vigilantes de seguridad tienen expresa y legalmente prohibidas, a la luz del art. 10.1d/ de la Ley 5/2014, de 4 de abril, en tanto que se trata de unas medidas o medios investigativos que atentan abiertamente contra el derecho a la intimidad personal que se tutela en el art. 18.1 de la Constitución Española, por tanto requerido de una especial habilitación legal, de la que no solo no disponen los miembros de seguridad privada, sino que, como se ha referido, tienen prohibido en los términos y con la claridad expresada.

TERCERO.- De la prueba ilícita

El acceso e incautación de la sustancia estupefaciente finalmente entregada a los Mossos d'Esquadra responde y es fruto de una inferencia en un derecho constitucionalmente reconocido, realizada por personas y en desempeño de funciones que no les habilitaba para la invasión del derecho, y, no solo eso sino que tenían prohibido por ley esa misma inferencia, por lo que, aun cuando han sido traídas al proceso e introducidas en el plenario con respecto a las garantías formales del juicio, deberán ser tenidas como pruebas ilícitamente obtenidas, con los efectos del art. 11.1 de la LOPJ, por tanto sin posibilidad alguna de validar sus efectos por otros mecanismos probatorios. No estamos, por tanto ante una mera irregularidad o infracción formal en el acceso a una fuente de prueba, sino en un supuesto de prueba ilícitamente obtenida, con la esencial diferencia ya anunciada y que se plasma en la reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales, sobre todo con respecto a la prueba derivada o relacionada con la tachada de ilícita, puesto que, en caso de una mera irregularidad podría verse sanada mediante otros medios probatorios - principalmente testificales-, mientras que no existe ninguna posibilidad de validación en caso de prueba ilícita, como es este el caso, en que únicamente se admitirá fuerza incriminatoria, con potencialidad de desactivar la presunción de inocencia, para aquellas pruebas que se presenten desconectadas material y jurídicamente de las pruebas ilícitamente obtenidas, en referencia fundamentalmente a las declaraciones que puedan haber prestado los acusados sobre la existencia misma y relación con la sustancia traída al proceso.

Al juicio oral comparecieron y fueron escuchados en declaración los miembros de la patrulla del cuerpo de Mossos d'Esquadra que acudieron a hacerse cargo de los acusados y de los elementos que les fueron presentados como hallados en su poder, en concreto los agentes nº NUM010, el NUM011 y el NUM012, quienes hicieron relato de los motivos de su presencia en la discoteca Razzmataz, coincidente con las referencias ofrecidas con el testigo encargado de la seguridad, Iván, haciéndose cargo de los acusados y de su detención formal, así como de las sustancias estupefacientes que se decían recuperadas en poder de aquellos por los encargados de seguridad del local, así como del dinero ya reseñado, refiriendo tales agentes de policía cómo los acusados habían admitido ante ellos que la sustancia recogida era de su propiedad, aunque insistiesen también a los agentes de policía en que la razón de la detención estaba relacionada en todos los casos con su consumo propio, pues ese era el destino que sostienen como previsto para tales sustancias.

Es patente que, en función de lo dicho arriba sobre los efectos contaminantes de la prueba ilícitamente obtenida sobre la refleja o derivada, ninguna virtualidad podrá seguirse para las declaraciones prestadas en el juicio por los testigos reseñados, pues no han podido aportar nada que no esté directamente conectado, material y jurídicamente, con la incautación de la sustancia a la que se accedió ilícitamente; y solo las manifestaciones que se ponen en boca de los acusados podrían tener alguna posibilidad de ser valoradas como desconectadas del hallazgo ilícito.

Sobre la consideración de la confesión de los acusados como prueba desconectada material y jurídicamente de los hallazgos procedentes de un registro nulo, con algunas excepciones en que se han estimado afectadas también por la prueba viciada - SSTs 28/2003 de 17 de enero y 58/2003 de 22 de enero -, la jurisprudencia mayoritaria a la que aquí estaremos, por soportada en la doctrina constitucional - SSTC 161/1999 y 8/2000 -, viene estimando su potencialidad incriminatoria siempre que reúna una serie de presupuestos, entre ellos: " a/ que dicha declaración se practique ante el juez, previa información del inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan; b/ que se halle asistido del letrado correspondiente; y c/ que se trate de una declaración voluntaria

sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad" - SSTs 91/2011, de 18 de febrero, la de 6 de octubre de 2006 y la de 16 de junio de 2008 -.

Ciertamente, este marco no se daba en las referencias expresadas en el juicio por los agentes de policía Mossos d'Esquadra que acudieron a la discoteca a hacerse cargo de los acusados y de la sustancia puesta a su disposición por el vigilante de seguridad, pues la manifestación que atribuyen a los acusados admitiendo la titularidad de la droga se habría producido en fase y circunstancias todavía no rodeadas del marco de garantías formales expresadas. En cambio, sí se nos presentan rodeadas de esas garantías formales las declaraciones prestadas ya en el sede judicial, unidas a los folios 31 y 32 de la causa, en que uno y otro acusado, informados de la acusación y de las partidas de droga cuya detentación se les asigna, vienen a admitir su titularidad sobre la droga, aunque niegan las actividades de venta que se les atribuye como destino previsto para esa partida de droga, y esa misma versión han venido a mantener en el plenario, si bien, como habían hecho ya en su declaración sumarial, ese reconocimiento o confesión de los hechos no alcanza a la totalidad de la sustancia que se dice intervenida en su poder, pues ya en la declaración sumarial el acusado Lázaro admite la posesión de "alguna sustancia" para su consumo personal, en términos similares a los que refiere la acusada Adoracion, manifestaciones que precisaron en el juicio para reiterar que admitían la titularidad de aquella sustancia, aunque no de toda ella, pues el acusado Lázaro dijo que no tenía tanto MDMA como el que se le atribuye, y la acusada Adoracion únicamente reconoció un envoltorio de cristal o MDMA, que admitió que escondía bajo el sujetador, no de los siete envoltorios que se le atribuyen con el peso neto ya referido en el antecedente fáctico.

Por tanto, aun cuando se trata en ambos casos de una confesión que abarca la titularidad de las sustancias intervenidas, ha de admitirse que esa confesión no puede estimarse que se proyecte sobre la totalidad de las sustancias y de la cantidad de droga traída al proceso, de forma que las posibilidades de tomar sus declaraciones en juicio como único elemento de incriminación, en la medida en que la inferencia sobre la vocación de destino al tráfico, que constituye la base de la acusación del Fiscal, solo podemos construirla desde una valoración racional y lógica de la variedad y cantidad de la droga atribuida a los acusados, desde el momento en que no podemos tener la certeza de que la totalidad de la droga les perteneciera, pues no ha sido reconocida nunca en su integridad como propia, y tampoco la testifical que ha ofrecido el testigo Iván sobre el episodio por él presenciado, en que un cliente de la discoteca se habría aproximado e intercambiado algo con el acusado, no constituye un indicio seguro de que se tratase de un acto de tráfico, pues no resultó interceptado el referido cliente ni recuperado el producto de la transmisión, de haberse producido ésta, ha de concluirse en la insuficiencia de la confesión de los acusados para llegar a asignar a la sustancia que realmente detentaban una vocación o destino de venta típica, imponiéndose, por tanto, el fallo absolutorio que dictaremos para ambos.

TERCERO .- De las costas .

Las costas se entienden impuestas por ministerio de la ley a todo responsable penal de un delito o falta, como nos obligan los artículos 123 y 124 del Código Penal, completando así la previsión que en ese mismo orden declaratorio se contempla en el artículo 240 de la LECrim, de donde se infiere, *a sensu contrario*, que el fallo absolutorio obliga a declarar de oficio las costas.

VISTOS los artículos citados y los demás de legal y pertinente aplicación

FALLAMOS :

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados **Lázaro y Adoracion** del delito contra la salud pública del que vienen siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de oficio de las costas del proceso.

Se decreta la pérdida y comiso de la droga intervenida.

Retórnese el dinero intervenido al acusado titular.

Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaselas saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : La anterior sentencia fue leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente constituido en audiencia pública en la sala de vistas de esta sección; de lo que yo el Secretario certifico y doy fe.