



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**



SENTENCIA: 00043/2020

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA

-
GRAN VIA, 37-39
Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34
Equipo/usuario: IFD

Modelo: 117500 SENTENCIA ABSOLUTORIA
N.I.G:

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Rollo: DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO
Órgano Procedencia: JUZGADO DE INSTRUCCION.N.4 de SALAMANCA
Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO n°
Delito: TRÁFICO DE DROGAS GRAVE DAÑO A LA SALUD
Fecha delito:
Lugar de los hechos:
Contra:
Procurador/a:
Abogado/a: RAUL CASTRO CABALLERO

SENTENCIA N° 43/2020

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

Magistrados/as:

En Salamanca, a veintiocho de diciembre de dos mil veinte.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 001 de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 16/2020, procedente del Juzgado de Instrucción n° 3 de Salamanca y seguida por el trámite de DILIGENCIAS PREVIAS, PROCEDIMIENTO ABREVIADO n° por el delito contra LA SALUD PUBLICA contra con N.I.E.. n° , nacido en , el

día _____, con antecedentes penales, representado por la Procuradora _____ y defendido por el Abogado D. Raúl Castro Caballero. Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal. Siendo **PONENTE EL ILMO. SR. MAGISTRADO D.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -

1. Por el Juzgado de Instrucción número 4 de Salamanca se acordó el 9 de octubre de 2019, la tramitación de Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado como consecuencia de oficio del Centro Penitenciario de Topas en relación con haber encontrado en posesión del interno _____ sustancias estupefacientes e inhibición en favor del Juzgado de Instrucción número 3 de la misma ciudad.
2. Practicadas las correspondientes diligencias de investigación, con informe de la Médico Forense de 14 de noviembre de 2019, sobre la capacidad cognitiva del investigado, análisis de las sustancias estupefacientes encontradas, su peso y valor, por auto de fecha 18 de abril de 2020, se decreta la apertura del juicio oral contra el investigado por un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño la salud de los artículos 368, párrafo segundo y 369 del Código Penal.

SEGUNDO. -

3. Por la representación del Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones provisionales, se considera que los hechos pudieran ser constitutivos de delito contra la

salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud de los artículos 368, párrafo segundo y 369 del Código Penal, de los que sería autor el acusado , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitando se le imponga la pena de cinco años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 3.000 € con responsabilidad personal subsidiaria de cien días de privación de libertad en caso de impago, abono de las costas y comiso de la sustancia intervenida, proponiendo como pruebas, interrogatorio del acusado, testifical, pericial y documental.

4. La defensa del acusado se mostró disconforme con el relato de hechos del Ministerio Fiscal y considera que su defendido no es autor de delito alguno por lo que procede su libre absolución, solicitando como prueba el interrogatorio del acusado, testifical, pericial y documental.

TERCERO. -

5. El 18 de agosto de 2020, se recibe las actuaciones en esta Audiencia Provincial, procediéndose a la designación de Ponente.
6. Por auto de dieciséis de septiembre de 2020, se declaró pertinentes las pruebas propuestas por las partes señalándose posteriormente para la celebración del juicio el día a las horas.

7. Al inicio de las sesiones del juicio oral, la defensa del acusado solicita la declaración de nulidad de la prueba, consistente en el cacheo con desnudo integral de su defendido en el interior del Centro Penitenciario por ser la misma ilícita al afectar a la intimidad y dignidad de las personas sin que exista una motivación suficiente en el acuerdo del Centro Penitenciario que justifique ese desnudo integral, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional en interpretación del artículo 68 del Reglamento Penitenciario, pretensión a la que se opuso la representación del Ministerio Fiscal.
8. Practicada la prueba admitida las partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

HECHOS PROBADOS

9. El _____, el Jefe de Servicio del Centro Penitenciario de Topas, al amparo de lo previsto en el artículo 68.2 y 3 del Reglamento Penitenciario y teniendo en cuenta el protocolo de cacheos emitido por la DGIP de 2 de marzo de 2005, ordena proceder efectuar cacheo con desnudo integral del interno _____, haciendo constar como motivación la siguiente: "*sospechas de poseer objetos o sustancias prohibidas*".

10. El cacheo se efectúa a las oras del mismo día en la celda, sin presencia de otros internos, y constando en el acta la intervención de 5,9 gramos de hachís y 10 gramos de heroína sin que se produjesen incidencias.

11. El mismo día, el Jefe de Servicio procede a comunicar a la dirección del centro la realización del cacheo y sus consecuencias, dejando constancia de los antecedentes que al interno le constan varias incautaciones y objetos prohibidos (pinchos, móvil y memoria USB), y como valoración que en el cacheo se le incautó un envoltorio oculto en los calzoncillos que llevaba puestos cuyo contenido es de 5,9 gramos de hachís y 18 bolsitas con un peso total de 10 gramos de heroína.

12. De la pericial practicada resulta que al interno acusado se le encontró 5,85 gramos de resina de cannabis y 9,46 gramos de heroína de una pureza del 31% en 18 envoltorios con polvo de color beige, con un peso bruto total de 10,45 gramos.

13. El hachís intervenido habría alcanzado en el mercado un precio de 9,79 euros en venta al por mayor y 34,22 euros en venta al por menor, mientras que la heroína tiene un precio en el mercado de 294,24 euros en su venta al por mayor, y 294,19 euros en su venta por gramos y 1004, 59 en su venta por dosis.

14. El acusado, al tiempo de los hechos era consumidor de cannabis y cocaína teniendo la capacidad cognitiva conservada si bien con una disminución de su capacidad

volitiva en el periodo de tiempo de dependencia de sustancias de abuso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- VALORACIÓN DEL CACHEO EFECTUADO CON DESNUDO INTEGRAL Y MOTIVACIÓN DEL MISMO.

15. Por la defensa del acusado se alegó, como cuestión previa, la nulidad del cacheo con desnudo integral efectuado en el centro penitenciario en atención a la falta de motivación de la orden del jefe de servicio, constitutiva de un atentado contra la intimidad y dignidad de las personas, sin respetar lo establecido en el artículo 68 del Reglamento Penitenciario que hace referencia a que en la orden de cacheo deben constar motivos concretos y específicos, con razones individualizadas sobre la pertinencia de este tipo de registros, lo que pone en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional 171/13 de 7 de octubre.

16. El artículo 68.2 y 3 del Reglamento Penitenciario establece lo siguiente: "2. *Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la*

seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios. 3. El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad".

17. De este precepto se deduce, como no podía ser menos, por afectar a la intimidad y dignidad del ser humano, que solamente es posible llevar a cabo un cacheo con desnudo integral, en primer lugar, cuando existan **motivos de seguridad**, que no pueden ser vagos o genéricos, sino **concretos y específicos**, y, al mismo tiempo, existan **razones individuales y contrastadas** que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia prohibida, por lo que, consecuencia natural de todo ello, es que debe existir una motivación en la que de forma clara y precisa se haga referencia a estos requisitos, de forma individualizada, sin que sea suficiente con la exposición de sospechas genéricas.

18. El supuesto de hecho al que se refiere la sentencia del TC de 7 de octubre de 2013 es el siguiente: "El demandante, interno en el Centro Penitenciario de Jaén, mantuvo en fechas 6 y 7 de noviembre de 2010 sendas comunicaciones vis a vis, a cuyo término, el Jefe de Servicios resolvió que, en base a lo dispuesto en el artículo 68.2 del Reglamento Penitenciario, se le practicaran sendos cacheos mediante registros corporales con desnudo integral. Al fin reseñado, los citados acuerdos se adoptaron por escrito, consignándose en ambos como motivación la de "sospechar que pudiese ocultar en

su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación vis a vis".

19. Según la sentencia que comentamos, estos hechos tienen identidad sustancial con los que dieron lugar a la STC 218/2002, de 25 de noviembre, que reproduce a su vez la doctrina recogida en las SSTC 57/1994 de 28 de febrero, FF.JJ. 5 y 6 y 204/2000, de 24 de julio, FJ 4, y continúa afirmando que en estos términos, basta con recoger la doctrina de la STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados:
20. a) "El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).
21. De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en

la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10)".

22. b) Ya "con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere» (STC 89/1987, FJ 2)".
23. c) " En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo

«respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena» (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos...”

24. 3. A ello debe añadirse que el art. 71.1 del Reglamento Penitenciario prescribe que "las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico", concretando en su art. 68.2 que "por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios".

25. Por tanto, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo integral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión

que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger.

26. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

27. 4. En el caso que ahora se examina falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral, puesto que únicamente se hace una referencia genérica a sospechas de ocultación de algún objeto, sin expresar ningún tipo de razón individual y contrastada que permita identificar la justificación de la medida.

28. En este sentido, como se indicaba en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, "no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho

constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso".

29. De acuerdo con esta doctrina del TC es evidente que un cacheo con desnudo integral, cuya única motivación son las "sospechas de poseer objetos o sustancias prohibidas", es ilegal, guardando el caso que nos ocupa una similitud sustancial con el supuesto derecho contemplado en la sentencia TC de 7 de octubre de 2013.

30. El hecho de que, según consta en el posterior informe que remite el jefe de servicio al director del centro penitenciario, conste en el expediente del interno varias incautaciones de objetos prohibidos (ninguno de ellos se refiere a sustancias o drogas tóxicas o estupefacientes), o de que los funcionarios de prisiones que comparecieron al acto del juicio oral, justifiquen el cacheo con desnudo integral en haber recibido información de un confidente de que podía tener en su poder un teléfono móvil pero afirmando uno de ellos que en ningún momento sospecharon de la posible tenencia de drogas, no es suficiente para justificar ese tipo de intromisión en la intimidad del interno ya que la motivación de la adopción de una medida tan excepcional debe ser previa, y nunca posterior al cacheo, y, como hemos dicho, individualizada, expresando la misma los **motivos de seguridad** que la aconsejan, que no pueden ser vagos o genéricos, sino **concretos y específicos**, y, al mismo

tiempo, con referencia a **razones individuales y contrastadas**.

SEGUNDO. CONSECUENCIAS DE LA ILICITUD DEL CACHEO.

31. El artículo 11.1 LOPJ establece que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

32. La STS, Penal sección 1 del 23 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3754) afirma en relación con la valoración de este precepto lo siguiente: "Estamos ante temas de inequívoco alcance constitucional. Las pautas a las que ha de guardar fidelidad este Tribunal, no solo como tributo debido a la seguridad jurídica, sino especialmente por respeto al principio de legalidad -art. 5.1 LOPJ- son las consagradas y reiteradas por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la norma suprema del ordenamiento. A impulsos de sus resoluciones en materia de amparo se ha apuntado el anclaje constitucional de la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales; y se han pergeñado las excepciones que legítimamente pueden y deben admitirse. Entre esas excepciones se encuentran la falta de conexión de antijuridicidad cuando se trata de prueba refleja; o la buena fe del agente.

33. En el origen del discurso sobre la inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se situaba una finalidad disuasoria y profiláctica: una protección eficaz de los derechos fundamentales exige esa

drástica medida. La mejor garantía para proteger los derechos fundamentales, y soslayar los riesgos de que el celo investigador acabe ignorándolos, es negar todo valor a las pruebas que se alcancen vulnerando esos derechos. Así, el Estado, el agente de la autoridad y también el particular, percibe nítidamente la inutilidad de esa actuación y se estimula el escrupuloso cumplimiento de todas las garantías por quienes toman parte en una investigación.

34. Puestos en la balanza los valores enfrentados, merece la pena sacrificar la eventual "injusticia" que representa no castigar a ciertos culpables para dotar de mayor efectividad a la protección de los derechos fundamentales. La hipotética sanción por la violación de esos derechos fundamentales de todos puede no ser suficientemente disuasoria. Empíricamente es comprobable que el rechazo absoluto del valor probatorio de los elementos así obtenidos es una medida más eficaz en la tutela de los derechos fundamentales y ahuyenta en mayor grado la tentación de actuaciones ilegales.
35. Tras la teoría de la prueba ilícita late como en tantas materias en el mundo del derecho una ponderación de valores en conflicto. Ante la disyuntiva entre el derecho del Estado a sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales se opta por esto último: es un valor preferible frente a la sanción en todo caso y a toda costa de todos los responsables penales. Es una decisión de política criminal, no ya correcta, sino muy acertada".

36. En el caso que nos ocupa no se ha llevado a cabo prueba distinta de la derivada de la intervención al interno, como consecuencia del cacheo con desnudo integral, que ponga de relieve su participación en el tráfico de drogas o sustancias estupefacientes, por lo que, declarada la ilicitud de la prueba, se produce un vacío probatorio absoluto que lleva consigo la absolución del acusado.

37. La absolución del acusado supone que no ha lugar a hacer pronunciamiento en cuanto a las costas que sean declaradas de oficio.

FALLO

La Audiencia Provincial de Salamanca absuelve a

del delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud de los artículos 368, párrafo segundo y 369 CP. declarando las costas de oficio.

Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACION** ante esta Audiencia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los arts.790,791 y 792 de la LECR.

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