

ESTUDIOS

«VADEMÉCUM» DE ACTUACIÓN POLICIAL Y DE INSTRUCCIÓN: CÓMO EVITAR LAS NULIDADES EN LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA (I)

SUSANA I. ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER
*Doctora en Derecho. Abogada
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: 1. *Introducción: El planteamiento del tema de la prueba ilícitamente obtenida.*—2. *Las intervenciones y observaciones telefónicas: 2.1 Introducción. 2.2 Presupuestos para determinar su nulidad.*—3. *Las entradas y registros domiciliarios: 3.1 Introducción. 3.2 Requisitos generales. 3.3 Presupuestos básicos.*

1. INTRODUCCION: EL PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

El tema de la prueba ilícita o irregularmente obtenida ha carecido, históricamente, de una regulación o mención expresa de carácter normativo en nuestro derecho, si bien, tras la promulgación de la Constitución Española en 1978, que estableció en su artículo 24⁽¹⁾ importantes principios de corte constitucional-procesal, que deberían ser necesariamente respetados en todo proceso, el problema adquirió un alcance nuevo y desconocido hasta el momento.

⁽¹⁾ Reza el artículo 24 de la Constitución de la siguiente manera:

«1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.»

En definitiva, lo que hace el artículo 24 de la Constitución, es *constitucionalizar* el derecho de defensa, concretándose su contenido esencial en una serie de garantías, además de las que se establecen en otros artículos de nuestra Carta Magna, tales como el artículo 14 (principio de igualdad), artículo 17 (detenciones y *habeas corpus*), y artículo 18 (derecho a la intimidad).

Siguiendo el decir de numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁽²⁾, tradicionalmente la doctrina, en los supuestos de ilicitudes probatorias, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que preponderar aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual.

Sin embargo, cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados, de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica⁽³⁾, entonces la perspectiva cambia, y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos⁽⁴⁾, a fin de impedir que una violación de este tenor pueda, en definitiva, prevalecer, se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, y, por tanto, sin eficacia ninguna en el proceso⁽⁵⁾.

Al establecer el artículo 24.2 de la CE el derecho de todos a utilizar los medios pertinentes para su defensa, se entiende que su general aplicación resulta del derecho a la tutela efectiva del propio artículo 24 de la CE, así como del artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, suscrito por España y, por tanto, de aplicación en nuestro país.

En consecuencia, con la constitucionalización de determinados derechos y la profundización que se opera en los mecanismos para garantizar su tutela, así como con la aparición de nuevos medios para la obtención y aportación de pruebas al proceso⁽⁶⁾, el tema de la ilicitud probatoria alcanza una trascendencia que lo hace salir de su relativa marginación⁽⁷⁾.

De hecho, qué duda cabe de que las modernas técnicas para la investigación de la verdad, cada vez más, ponen en mayor peligro uno de los más preciados derechos, el derecho a la intimidad⁽⁸⁾, tan fuertemente protegido por nuestra Carta Magna y sus intérpretes.

En palabras de De Vega Ruiz⁽⁹⁾, «el artículo 24 CE es un compendio general de garantías todas ellas esenciales para el desenvolvimiento de la Justicia en la Democracia. Son esas

⁽²⁾ En adelante, TS. *Vid.*, a modo de ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 23 de octubre de 1996 y todas las sentencias que se citan en la misma. Salvo indicación en contrario, todas las sentencias que se citen a lo largo de la exposición son las emitidas por la Sala 2.ª (de lo Penal) del citado órgano de casación.

⁽³⁾ *Vid.* STC 25/1981, de 14 de julio.

⁽⁴⁾ Cuya protección adquiere, incluso, un rango de carácter internacional por el deber contraído por algunos países, como España, por convenios pactados con otros, en aras a conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores.

⁽⁵⁾ En nuestro sistema, como un supuesto más de actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas del artículo 6.3 CC.

⁽⁶⁾ Con relación a lo que podemos denominar *otros nuevos medios de prueba*, que irían desde el vídeo, las cintas magnetofónicas, el fax, etc., hasta el soporte informático, se planteó el problema de su naturaleza y su virtual eficacia como posibles medios de prueba. Ni la doctrina (*vid.* MONTON REDONDO, «El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas», *Revista La Ley*, 1983, p. 1001; del REY GUANTER, en «Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 37, enero/marzo 1989, pp. 52 y ss.; POMARON BAGÜES, «El vídeo como prueba», *Revista La Ley*, núm. 4, 1984, pp. 750 y ss., y un larguísimo etc.), ni la jurisprudencia, vacilaron en definirlos como *documentos*, afirmándose la inexistencia de un *numerus clausus* en cuanto a los distintos medios de prueba admitidas por nuestras leyes procesales.

FERNÁNDEZ ENTRALGO no duda en hacer una exacerbada crítica a aquellos que no admiten como medios de prueba tales técnicas, calificándolos como «neofobos». Cita, a tal efecto, la STS de 30 de noviembre de 1981, y la, en su juicio correcta, por evolucionista, STS de 5 de julio de 1984, que tomaba en consideración, a efectos probatorios, los datos recogidos en una cinta de vídeo. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, en «Prueba ilegítimamente obtenida», *Revista Jurídica La Ley*, año XI, núm. 2.450, Madrid, 23 de marzo de 1990, p. 7.

⁽⁷⁾ Según opinión manifestada por REY GUANTER, en «Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y...» *op. cit.*, p. 64.

⁽⁸⁾ VESCOVI, en «Premisas para la consideración de la prueba ilícita. (Una contribución comparatista a la aproximación entre el "civil law" y el "common law")». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, año 1970, pp. 341 y ss.

⁽⁹⁾ En *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial* Ed. Colex, Madrid, 1994, pp. 45 y ss.

«necesarias garantías de defensa» que se acogen en el artículo 11 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [...] El derecho a la presunción de inocencia va implícito en la dignidad de la propia persona, en la Justicia eficaz y en la tutela efectiva. [...] La mínima actividad probatoria (*exigida*) o prueba suficiente de cargo, ha de ser [...] constitucional, por lícita y legítima, en tanto su desarrollo y su práctica han de respetar los principios esenciales del proceso»⁽¹⁰⁾.

Es así, y sobre la base de ese reiteradamente citado artículo 24 de la Constitución, que nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo llegarán, primero, a rechazar en puntuales ocasiones la prueba ilícitamente obtenida, por no reunir las características necesarias para que pueda ser apreciada por un tribunal de instancia, hasta que, tras la STC 114/1984, de 21 de noviembre y su posterior plasmación legislativa en el artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, se consagre definitivamente la no producción de efectos de la prueba obtenida *contra legem*.

La importancia de esta STC 114/1984 deriva del hecho de que, si bien por aquella fecha el Tribunal Constitucional reconocía la inexistencia de un derecho autónomo a la no recepción de la prueba ilícita, por contra, rechazaba toda aquella actividad probatoria que hubiera sido obtenida con contravención de los postulados constitucionales, presentando, en consecuencia, un doble interés: la sentencia determinaba la inadmisibilidad de las pruebas para cuya obtención se hubieran violado los derechos fundamentales defendidos en la Constitución, y, por otra, matizaba el concepto del derecho de la intimidad personal (y el secreto de las comunicaciones). De esta manera, «el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales»⁽¹¹⁾.

Por fin, en 1985, y con bastantes años de retraso con respecto a lo sucedido en otros países de nuestro entorno jurídico, especialmente Alemania, Italia y Francia, pero fundamentalmente en los anglosajones, el legislador español se plantea, un año después de la STC 114/1984, y consagrando el texto de la misma, el problema de la prueba ilícitamente obtenida en el criticado artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual «*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*»⁽¹²⁾, es decir, aplicable en todos aquellos supuestos en los que en la obtención de una prueba procesal se hubieran vulnerado derechos o libertades fundamentales, siendo considerado tal precepto pieza básica en nuestro ordenamiento al respecto del tema que nos ocupa.

⁽¹⁰⁾ Para DE VEGA RUIZ, esa necesaria adecuación a las disposiciones y previsiones constitucionales y legales está fuera de toda duda. Así, de hecho, declara más adelante, con referencia a esos derechos agrupados en el artículo 24 de la CE, que acabamos de nombrar, que «se trata de un derecho que pertenece al presunto sujeto pasivo de la infracción al que ampara siempre, por muy repugnante y deleznable que fuere el presunto delito cometido».

De hecho, al estar en el artículo 53.1 CE el artículo 24, el contenido esencial de estos derechos es indisponible para el legislador, que ni siquiera por ley orgánica puede desustancializarlos. Vid. DE VEGA RUIZ en *Proceso penal y...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

⁽¹¹⁾ De ello, es decir, de la recepción procesal de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, concluía el TC que:

1.º implica una ignorancia de las garantías propias del proceso, y

2.º supone una inaceptable desigualdad de las partes en el proceso.

⁽¹²⁾ Vid., para el estudio del *iter* parlamentario de este artículo, *Ley Orgánica del Poder judicial, Trabajos Parlamentarios*. Cortes Generales, Madrid, 1986, t. I, p. 608; t. II, pp. 1801-1802, y t. III, pp. 3040-3041.

De esta manera y por primera vez en nuestro país, se recogía por vía de derecho positivo una norma que expresaba la prohibición de aquellas pruebas que hubieran sido obtenidas con infracción de los derechos o libertades fundamentales ⁽¹³⁾.

Para ciertos autores y, prácticamente, unánime jurisprudencia, este artículo 11.1 LOPJ, supone, a su vez, la vía abierta en nuestro ordenamiento jurídico para la *doctrina del fruto del árbol contaminado* ⁽¹⁴⁾, de manera que aquellas pruebas (aún lícitas en su desarrollo) que se hubieren obtenido como resultado de una anterior actividad probatoria que deba ser reputada ilícita, no podrán surtir efectos, precisamente por ser derivada de ésta. Si el *árbol* está envenenado, también lo estarán sus *frutos*.

Sin embargo, ni el derecho a la prueba ni la libertad de prueba son derechos absolutos, y estos se reducen a «utilizar los medios conducentes y respecto a hechos pertinentes, cuando no exista prohibición legal, siempre que se cumplan también los requisitos procesales extrínsecos, constituidos por las formalidades procesales. Fuera de esta esfera, el derecho y la libertad de prueba se extinguen por entrar en el terreno de la ilicitud» ⁽¹⁵⁾.

Así, son múltiples las sentencias de nuestros más altos tribunales en tal sentido, rechazando las pruebas aportadas al juicio por haber sido obtenidas éstas sin las debidas garantías legales.

A título de mero ejemplo, en sentencia de fecha de 26 de julio de 1982 (STC 55/1982), el Tribunal Constitucional, analizando el concepto de presunción de inocencia, afirmaba que:

«Para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de las pruebas, que ha llegado con las debidas garantías al proceso. [...] Las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación».

Como apunta López Barja de Quiroga ⁽¹⁶⁾, del hecho de que todas las normas de nuestro sistema jurídico deban ser interpretadas en clave constitucional, se derivan dos cuestiones de vital importancia:

1.ª La conexión de la doctrina de la ineficacia de las pruebas ilícitas con el derecho a la presunción de inocencia, así como al derecho a un proceso con todas las garantías, y

2.ª La derivación de la doctrina de la prueba ilícita, a la exigibilidad de la regularidad procesal.

De ello se deduciría el reconocimiento de que las normas procesales que rigen la realización de cada prueba son normas de garantía, de las que no se puede prescindir en ningún caso.

En este sentido se expresa igualmente Burgos Ladrón de Guevara ⁽¹⁷⁾, al decir que es preciso destacar que las diligencias probatorias han de obtenerse e incorporarse al proceso «ro-

⁽¹³⁾ Sin embargo, como no podía ser menos, son múltiples los interrogantes que tal precepto deja abiertos. Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, al significado de los términos *obtención, directa o indirectamente, no producir efectos y derechos fundamentales*, además del momento procesal en que las pruebas deban ser declaradas inadmisibles y sus consecuencias procesales.

⁽¹⁴⁾ Así FERNÁNDEZ ENTRALGO, en *Prueba ilegítimamente...*, *op. cit.* Esta teoría de los *frutos del árbol contaminado o envenenado*, nace en los EEUU de América, como una reacción del poder judicial frente a los abusos policiales en la persecución e investigación de los hechos punibles, declarando inadmisibles todas aquellas pruebas producto de una anterior actividad de investigación tenida por ilícita.

⁽¹⁵⁾ DE MARINO, Rubén, en *Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba*, Primeras Jornadas de derecho Judicial, año 1983, p. 609.

⁽¹⁶⁾ En *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pp. 141 y ss.

⁽¹⁷⁾ En *El valor de las diligencias sumariales en el Proceso Penal Español*, Madrid, 1992, pp. 142 y ss.

deadas de las oportunas formalidades procesales y sin desconocimiento de derecho fundamental alguno». El convencimiento judicial «no puede ser adquirido por otra vía que la de las pruebas aportadas y desarrolladas con corrección procesal, dentro de los límites y exigencias establecidas en nuestra Constitución y el resto del ordenamiento jurídico»⁽¹⁸⁾.

La consecuencia última de todo lo anteriormente expuesto resulta, pues, evidente: si en la actividad de investigación de los hechos punibles y en la persecución de sus autores, se infringen normas que estén destinadas a proteger los derechos fundamentales del justiciable, especialmente, los derechos del artículo 24, 17 y 18 de la CE, todo el resultado probatorio obtenido, así como aquél que trajera causa del mismo (relación causa-efecto), por mor de las previsiones constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la ilicitud probatoria, y por lo que se ha venido en llamar el «efecto dominó», los resultados carecerán de la facultad de producir efecto alguno en el proceso; deberán ser rechazados y expulsados de los autos, si en ellos hubieren entrado, y el juzgador en ningún caso podrá tener en cuenta este material viciado para fundamentar su íntima convicción.

Por ello, y para no tener que optar por la impunidad penal por falta de actividad probatoria de cargo obtenida con las debidas garantías, la mejor solución que puede ofrecerse es la prevención y la preparación de los miembros de nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado así como de nuestros órganos directores de la instrucción, para que su actividad de búsqueda de fuentes de prueba sea jurídicamente inatacable y constitucionalmente irreprochable. Sólo así podremos evitar que la investigación decaiga por no respetar los postulados constitucionales.

Y es nuestro deseo ofrecer una serie de líneas básicas de actuación, fundamentalmente, respecto de las diligencias de prueba más controvertidas y más problemáticas, que en todo caso y para todo proceso, deben ser tenidas en cuenta para asegurar la *limpieza procesal*, y, con ello, el castigo de quien en el transcurso y como consecuencia de un proceso justo lo merezca por la comisión de un hecho penalmente tipificado.

Por otra parte, y como resulta obvio, los derechos fundamentales que en las distintas actividades de obtención y traslado al proceso de los diversos medios de prueba pueden resultar lesionados son diversos, y, en definitiva, también puede verse afectado el derecho fundamental al debido proceso o a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

Especialmente, puede resultar perjudicado el derecho a la intimidad del artículo 18 CE (como resultado de entradas y registros domiciliarios, intervención y observación de las comunicaciones telefónicas, postales y telegráficas etc.), pero también el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE (en intervenciones corporales tales como las inspecciones anales y vaginales, torturas y malos tratos, realización de pruebas alcoholométricas, de determinación de la filiación paterna o materna, etc.); el derecho a la libertad del artículo 17 CE (en cuanto que es necesario privar al sujeto de su libertad deambulatoria para realizar determinados exámenes o pruebas físicas); el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), etc., además de otros derechos no fundamentales, tales como el derecho a la salud (art. 43 CE), el derecho a la propiedad (art. 33 CE), etc.

Por ello, por la trascendencia que estas cuestiones estimamos tienen en la consecución de un proceso *limpio*, debido, conforme a los postulados constitucionales y legales, analizaremos

⁽¹⁸⁾ Esta postura, también apoyada por el Tribunal Constitucional, no ha variado en el tiempo. A título de ejemplo, se puede citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1990, que textualmente afirma que «la presunción de inocencia [...] exige que la condena penal venga fundada en pruebas, practicadas en el juicio oral con las debidas garantías procesales».

a continuación los supuestos que mayor trascendencia práctica pueden tener (por la frecuencia de este tipo de diligencias), para después proceder al análisis –más somero– de otras actividades que igualmente pueden incidir en el debido proceso legal, si bien somos conscientes de que existen otras posibilidades de investigación que pueden incidir en algún derecho fundamental en mayor o menor medida.

2. LAS INTERVENCIONES Y OBSERVACIONES TELEFÓNICAS

2.1 Introducción

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, introducía la redacción procesal de los números 2.º y 3.º del artículo 579 LECrim, en desarrollo del artículo 18.3 CE⁽¹⁹⁾, que rezan de la siguiente manera:

«2. *Asimismo, podrá el Juez acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho importante de la causa.*

3. *De igual forma, podrá el Juez acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos».*

Así pues, y conforme al artículo 579 de la LECrim es posible la intervención de las comunicaciones telefónicas de los procesados o personas de las que hubiere indicios de responsabilidad criminal, siempre que por esa intervención se pudiera obtener el descubrimiento o comprobación de hechos o circunstancias importantes de la causa y con la exigencia de que la intervención/observación se acuerde por resolución motivada. Si se tienen en cuenta tales precauciones con las aclaraciones que la doctrina de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han señalado, no se producirá violación de derechos o libertades fundamentales, violación que invalidaría la eficacia de las pruebas directa o indirectamente derivadas de aquélla, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.

La regulación que efectúa el artículo 579 de la LECrim es sumamente parca, deficiencia que la jurisprudencia se ha visto obligada a suplir, acudiendo a los principios inspiradores de nuestro proceso penal que demandan plenas garantías para el justiciable y proscriben su indefensión⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Con anterioridad a la Ley Orgánica 4/1988, la normativa vigente estaba integrada por el artículo 18.3 y 55 CE, por los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos por España; por el artículo 17 de la derogada LO 9/1984, de 26 de diciembre (conocida como «Ley Antiterrorista»), y, finalmente, por la LO 4/1981, sobre estados de alarma, excepción y sitio, si bien la doctrina no cesaba de requerir la necesidad de una previsión jurídica procesal que regulara la actividad del Juez en orden a la intervención de las comunicaciones telefónicas.

En cuanto al derecho sustantivo, *vid.* los artículos. 198 y 536 del CP de 1995, que tipifican la interceptación de comunicaciones telefónicas y la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, y según sean realizadas estas conductas por funcionarios públicos o por particulares. Estos tipos penales ya habían sido introducidos por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo por LO 7/1984, de 15 de octubre, con los anteriores artículos 192 bis y 497 bis del CP, reguladores del delito de «escuchas telefónicas clandestinas».

⁽²⁰⁾ Principios tales como la oralidad y publicidad en cuanto a la forma; inmediación en cuanto a la intervención judicial; contradicción, bilateralidad y buena fe respecto de la actuación de las partes en el desarrollo de las pruebas. *Vid.* SSTS de 5 de octubre de 1990, 6 de octubre de 1992 y de 17 de noviembre de 1994.

«Dada la [...] grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de la realización de tal medida»⁽²¹⁾.

El Auto del «caso Naseiro»⁽²²⁾, si bien sabemos que, como tal Auto, no es apto para crear jurisprudencia, ha sido, sin duda, pieza clave para el análisis de las causas determinantes de la nulidad de la prueba de intervención telefónica⁽²³⁾. A los efectos que nos interesan, conviene resaltar las palabras del Tribunal, al decir que:

«[...] Aunque la LECrim no lo diga expresamente [...] sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y sólo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial [...] necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido. [...] Y esto sólo lo puede llevar a cabo, en principio, un Juez.

[...] El sistema normativo conduce, por consiguiente, a la declaración de nulidad de la prueba obtenida por medio de intervenciones telefónicas que se llevaron a cabo con vulneración del derecho fundamental proclamado en el artículo 18.3 CE, en relación con los artículos 24.2 y 117.3 de la misma Ley Fundamental, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, así el que no haya lugar a la práctica de prueba solicitada consistente en la audición de las cintas magnetofónicas soporte de las conversaciones intervenidas, ni a la práctica de la prueba pericial propuesta [...]. Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones.»

2.2 Presupuestos para determinar su nulidad

Como consecuencia de tales principios, se estimaba la nulidad de la prueba de las escuchas realizadas, sobre la base de las siguientes consideraciones⁽²⁴⁾:

2.2.1 NO EXTERIORIZACIÓN DE INDICIOS Y FALTA DE MOTIVACIÓN EFECTIVA⁽²⁵⁾:

Debe existir una presencia de indicios suficiente, que pudiera justificar una medida excepcionalmente restrictiva de derechos fundamentales, y sin que se pueda considerar suficiente la simple sospecha policial de que se esté cometiendo un delito para acordar una medida tan limitativa de derechos constitucionalmente amparados y protegidos. Esa sospecha policial no basta, pues, y en principio, como cobertura de la resolución judicial previa⁽²⁶⁾, por lo que es

⁽²¹⁾ Según Auto de 18 de junio de 1992. *Vid.*, asimismo, STS de 21 de febrero de 1991 y de 2 de junio de 1992.

⁽²²⁾ Auto de 18 de junio de 1992, Sala 2.ª, siendo ponente del mismo RUIZ VADILLO.

⁽²³⁾ Además de afirmar que este tipo probatorio, en su soporte de cinta magnetofónica, se ajusta al concepto de «prueba documental», pacificando así una cuestión muy discutida por diversos sectores doctrinales, dado que tal tipo de medio probatorio no se recogía como tal ni en nuestro Código Civil, ni en nuestra ley adjetiva civil. *Vid.*, en igual sentido, sentencia del TCT de 7 de julio de 1977, y otras tales como la STC de 27 de junio de 1988; SSTS de 5 y de 17 de abril de 1989; de 5 de febrero de 1988; de 12 de febrero de 1990; de 5 de octubre de 1990; de 14 de noviembre de 1990; o la STS de 16 de enero de 1992.

⁽²⁴⁾ La jurisprudencia posterior ha seguido recogiendo estos requisitos. *Vid.*, p.ej., SSTS de 2 de abril, de 24 de junio, de 22 de julio y 20 de diciembre de 1996.

⁽²⁵⁾ Ello presupone, evidentemente, y como condición primera, la existencia de una autorización judicial. Tal requisito resulta no sólo de la ley adjetiva penal, sino de la propia Constitución. *Vid.*, p. ej., STC 86/1995, de 6 de junio.

⁽²⁶⁾ Como decisión de un órgano jurisdiccional independiente, adoptada en el curso de un procedimiento abierto, y con las únicas excepciones del artículo 579.4 LECrim y lo dispuesto en la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Es importante el dato de que la resolución judicial sea previa y no meramente confirmatoria o revocatoria de otra anterior

necesaria la existencia de indicios⁽²⁷⁾ (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento); es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste de suficiente entidad, por lo que quedan prohibidas las interceptaciones prospectivas o en busca genérica de infracciones penales (predelictuales o de prosepcción)⁽²⁸⁾. De esto se deduce la necesidad de que haya un proceso en curso, por lo que sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso y dentro de él⁽²⁹⁾.

Respecto a la motivación de los Autos, éstos han de ser dictados por el órgano jurisdiccional instructorio, exteriorizando de manera suficiente, razonada y razonable, el proceso de reflexión interna, exponiendo los motivos existentes que justifiquen la adopción de una medida tal.

Por otra parte, a pesar de que de *lege data* no se exija la forma de Auto para las autorizaciones en que se acuerde la intervención u observación de las comunicaciones, la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales viene requiriendo esta forma, al ser el Auto fundado y motivado, estimándose indispensable la motivación para toda resolución judicial limitativa de derechos fundamentales, y debiendo satisfacer «las exigencias mínimas de fundamentación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida»⁽³⁰⁾.

no jurisdiccional, como bien apunta ASENCIO MELLADO, en *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, p. 106. Según la STS de 16 de julio de 1994:

«La cobertura de una previa resolución judicial pone a salvo el principio constitucional que desarrolla la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, pero ello no garantiza la validez del material probatorio obtenido. La resolución judicial habilitante evita los efectos anulatorios encadenados que se desprenden del sentido literal del artículo 11.1 LOPJ, pero no resguarda a determinadas diligencias de otras tachas invalidantes».

En el llamado «caso de los nigerianos», el TS se vio obligado a absolver a los procesados (por tráfico ilegal de estupefacientes), por haber carecido la policía de autorización judicial para intervenir el teléfono, lo cual sentía profundamente MARTIN PALLIN, ponente de la sentencia, al decir que lamentaba tener que dejar impunes unos hechos tan graves, pero no teniendo otra opción, pues en la instrucción se había prescindido «de las más elementales garantías procesales»; refiriéndose a esa previa resolución judicial.⁽²⁷⁾ Vid. SSTC 199/1987, de 16 de diciembre; 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre y SSTs de 25 de marzo de 1995 y de 20 de noviembre de 1996.

Respecto al concepto de «indicios», vid. Auto de 18 de junio de 1992, que aclara que «son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar [...] sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica».

⁽²⁸⁾ En la inadmisibilidad de las escuchas predelictuales o de prosepcción la doctrina se muestra prácticamente unánime. Vid., a modo de ejemplo, ASENCIO MELLADO, en *Prueba prohibida y...*, op. cit., p. 110; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Las escuchas telefónicas...*, op. cit., p. 184, o JIMÉNEZ CAMPO, en *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1987, p. 36.

⁽²⁹⁾ Vid. Auto de 18 de junio de 1992 y STS de 14 de junio de 1993. En (inexplicable) sentido contrario, STS de 28 de junio de 1993.

En el mismo sentido que el Auto de 18 de junio de 1992, se expresaba MORENO CATENA, ya antes de la introducción del nuevo artículo 579 LECrim, requiriendo la existencia de un proceso penal en curso por delito (no por falta) para la adopción de tales medidas. Vid. MORENO CATENA, en *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Madrid, 1986, p. 158.

Igualmente, MORENO CHAMARRO, para quien no deberían ser autorizadas las observaciones telefónicas «para la investigación de delitos que tengan señalada pena inferior a prisión menor». Vid. MORENO CHAMARRO en *Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1989, p. 103 (obsérvese que este trabajo es anterior al nuevo CP de 1995, por lo que utiliza los términos de prisión menor, etc., cuyas equivalencias deberán ser halladas según lo establecido en la D.T. 11.ª del CP).

Por otra parte, la doctrina se ha mostrado muy crítica para con las llamadas «diligencias indeterminadas». Sirva, a modo de escueto ejemplo, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, quien considera viciosa e ilegal la práctica de los juzgados de adoptar resoluciones limitativas de derechos fundamentales en el curso de tal tipo de diligencias. Vid. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, en *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*, pp. 14 y ss. MORENO CATENA califica la práctica de las «diligencias indeterminadas» igualmente como de «viciosa e ilegal». Vid. MORENO CATENA, y otros, en *Derecho Procesal*, op. cit., t. II. Proceso Penal, Valencia, 1993, p. 335. En el mismo sentido, MORENO CHAMARRO, en *Las escuchas telefónicas en...*, op. cit., pp. 99 y ss., recogiendo las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 (Consulta núm. 106); Memoria de 1925 (Consulta de 7 de octubre de 1924); Memoria de 1963 (Consulta de 11 de junio de 1963), y Memoria de 1969 (Circular de 4 de marzo de 1969).

⁽³⁰⁾ En este sentido, las SSTC 26/1981, de 17 de julio; 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 55/1987, de 13 de

En similar sentido se manifiesta la STC de 17 de julio de 1981, en concordancia con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) recaída en el asunto *Klass*⁽³¹⁾, afirmando que la motivación de los actos limitativos de derechos fundamentales resulta indispensable, para «que los destinatarios conozcan las razones por las que su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó», y la STC de 15 de febrero de 1989, que dice que «sólo la fundamentación permitirá apreciar y controlar la razón que justificó el sacrificio del derecho fundamental», lo cual a su vez comporta la necesidad de poner en conocimiento del afectado la existencia de la medida, una vez levantado el secreto de las actuaciones.

La doctrina del TC ha ido matizando:

- a) Que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa no equivale a ausencia de la misma, ni acarrea nulidad.
- b) Que lo determinante es que en la resolución se haga expresa manifestación de que la solución adoptada responde a una concreta manera de entender qué hechos han quedado acreditados y cómo se interpreta la norma jurídica que se dice aplicable.
- c) Que por tanto será motivación suficiente aquella que permita conocer la razón de decidir.
- d) Que incluso cabe exigir una intensidad mayor o menor en la expresión de los fundamentos fácticos y jurídicos según el tipo de resolución dictada, el momento en que se dicta y la naturaleza del derecho afectado.

La jurisprudencia insiste repetidamente en que el derecho a una resolución motivada consiste en el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales sin que sea exigible una extensión determinada, y sin que el Juez o Tribunal esté obligado a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, siendo suficiente el que tales razones expresen el porqué de lo resuelto⁽³²⁾.

En todo caso, se trata de un requisito esencial, y su ausencia supondría una infracción grave de las normas procedimentales, siendo su inmediata consecuencia la nulidad de pleno derecho de todo elemento probatorio derivado de las intervenciones telefónicas acordadas sin suficiente motivación judicial⁽³³⁾.

Por último, indiquemos que, además de la motivación, el Auto que acuerde la medida tendrá que explicitar su objeto de investigación, el número o números de teléfono y personas cu-

mayo; 37/1989, de 15 de febrero; 85/1994, de 14 de marzo; STS de 20 de octubre de 1993 y de 2 de abril, de 18 de julio, y 11 y 31 de octubre y de 16 y 30 de diciembre de 1996.

Por contra, las SSTs de 3 de noviembre de 1993, de 27 de septiembre de 1994 y de 17 de diciembre de 1996, que sostienen que la importancia no radica tanto en la utilización de la fórmula de la providencia, en sí misma considerada, sino en la existencia o no de fundamentación o razonamiento en la resolución judicial habilitante de la intervención telefónica.

⁽³¹⁾ Además del asunto *Klass*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, el TEDH ha analizado el tema de las escuchas telefónicas en otros muchos casos, de los que se hace especial eco LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*, Madrid, 1991, pp. 69 y ss., y entre las que destacarían las sentencias recaídas en los casos *Golder*, de 21 de febrero de 1975; *Silver*, de 25 de marzo de 1983; *Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984; *Boyle y Rice*, de 27 de abril de 1988; *Schönenberger y Durmaz*, de 20 de junio de 1988, y *McCallum*, de 30 de agosto de 1990.

⁽³²⁾ Vid. SSTs de 20 y 28 de noviembre de 1996.

⁽³³⁾ Sin embargo, si esta nulidad se proclamara de la resolución judicial prorrogando una anterior intervención telefónica, ésta sí, suficientemente motivada en el Auto habilitante, la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas en esta segunda fase de la investigación dejaría intacta la plena validez de todo el material probatorio acumulado durante la primera intervención telefónica, por haberse roto, en nuestra opinión, el nexo de causalidad. Según la STS de 27 de septiembre de 1994, «la intervención judicial en la concesión de las prórrogas por simples providencias inmotivadas pone a salvo de vicios constitucionales la decisión de invadir la esfera de la intimidad personal, por lo que no podría entrar en juego la contaminación en cadena derivada de las previsiones del artículo 11.1 LOPJ, que da rango legislativo al principio encarnado en la teoría de los frutos del árbol prohibido», eliminando así el TS cualquier debate sobre la inadecuación constitucional de la medida, y trasladando el alcance de la cuestión al campo de la legalidad ordinaria.

yas conversaciones han de ser intervenidas-observadas, quiénes han de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere ⁽³⁴⁾.

2.2.2 LA CARENCIA DE CONTROL JUDICIAL DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA ⁽³⁵⁾

Nos referimos al examen puntual de las conversaciones grabadas para constatar, según el curso de las investigaciones, la necesidad o no de continuar con la medida restrictiva, para prolongar la intervención, para ampliar ésta o reducirla, etc.

Es necesario un adecuado control jurisdiccional, directo y riguroso, y un seguimiento judicial de las interceptaciones telefónicas para que éstas se realicen con respeto a las garantías constitucionales, y siempre según el principio de proporcionalidad, decidiendo el órgano judicial todo lo relativo a las escuchas (duración, prórrogas, números de teléfonos interceptados, etc.).

El control de la intervención telefónica ha de hacerse no sólo respecto de su iniciación, sino, como ya se ha indicado, también del desarrollo y cesación de la medida ⁽³⁶⁾, rigor, especial y doblemente exigible, teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar el vigilado, por razones obvias, de la vigilancia a que es sometido.

Y todo ello siempre bajo la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad y con los oportunos efectos.

2.2.3 PERIODICIDAD DEL CONTROL:

Los controles a los que antes aludíamos no sólo deben, *efectivamente*, realizarse, sino que deben ser hechos con periodicidad. Siguiendo el parecer del Auto del «caso Naseiro», una vez grabadas las conversaciones, el Juez debe proceder periódicamente a su examen en presencia del Secretario Judicial y decidir lo procedente, ordenando la continuación o no de la intervención y fijando, en su caso, las oportunas pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida.

Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas por la operación llevada a cabo, para que desde ese momento ejerciten las acciones, si lo desean, que puedan corresponderles ⁽³⁷⁾.

Sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue, aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ En la medida en que se descubran otros delitos, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, y si procede la extensión de la medida, según el Auto de 18 de junio de 1992, y como ya hemos visto.

⁽³⁵⁾ Este control se exige en prácticamente la totalidad de las sentencias que citamos a lo largo de la exposición. *Vid.*, a modo de ejemplo, las SSTs de 24 de febrero de 1995 y de 22 de enero de 1996.

⁽³⁶⁾ Este control, evidentemente, también se extiende para el hipotético caso de una prórroga de la escucha, para lo cual el órgano jurisdiccional deberá, antes de su autorización, proceder a la audición de las cintas depositadas hasta ese momento ante el mismo.

⁽³⁷⁾ Ello «para permitir a la persona cuyo secreto en las comunicaciones telefónicas se vulneró, impetrar el amparo ordinario o constitucional del derecho garantizado en el artículo 18.3 CE cuando la medida no se haya acordado en los casos y con los requisitos exigidos». *Vid.* MORENO CATENA en *Garantía de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 159.

⁽³⁸⁾ Es evidente que, por las características de la medida, será necesario, para el buen fin de la misma, acordar el secreto de las actuaciones, total o parcialmente, acogiéndose a la norma del artículo 302 de la LECrim.

2.2.4 DISOCIACIÓN ENTRE AUTORIZACIÓN E INVESTIGACIÓN:

Hay vulneración del derecho a la intimidad si en el transcurso de las interceptaciones aparece como posible un delito o unos posibles delitos nuevos⁽³⁹⁾, y la policía no lo pone en conocimiento del Juez que autorizó u ordenó la intervención, a los efectos de examinar su propia competencia y la exigencia de la proporcionalidad, «pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento común y general de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable».

Es necesario tener presente la incorrección que suponen las autorizaciones genéricas y el mantenimiento de las escuchas cuando aparece un nuevo tipo delictivo (independiente del que fue objeto de la inicial autorización) sin que se dé conocimiento de ello al juez instructor para que acuerde lo legalmente procedente. El juez debe valorar individualmente las presuntas infracciones y decidir lo que estime oportuno en su consecuencia. «Tales situaciones, si no son controlables y controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo desconocimiento del principio de proporcionalidad, que no se sabrá nunca si existe o no. [...] Da lo mismo la naturaleza de las respectivas infracciones, lo decisivo es que el juez las valore individualizadamente»⁽⁴⁰⁾.

2.2.5 ENTREGAS DE COPIAS, NO DE ORIGINALES

Es inexcusable que se entreguen al órgano jurisdiccional los soportes físicos originales e íntegros⁽⁴¹⁾, (cintas magnetofónicas y sus transcripciones), donde se hayan recogido y consen las conversaciones detectadas, sin que puedan admitirse previas manipulaciones y selec-

⁽³⁹⁾ Son los llamados «descubrimientos casuales», para cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito, pero de las que resultan elementos probatorios de la existencia de otro delito distinto o afectantes a un tercero no investigado, posibilidad que se prevé especialmente en nuestro derecho, en el artículo 579 de la LECrím.

Para ASENCIO MELLADO y RODRÍGUEZ RAMOS sólo tendrán efectos probatorios aquellas escuchas que guarden relación con el hecho objeto de investigación y los estrechamente relacionados con el mismo, pero no los que se hubieran descubierto eventualmente y estando carentes de esa relación. Vid. ASENCIO MELLADO en *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., pp. 114 y ss.

DÍAZ CABIALE es partidario de una interpretación «flexible», cuando exista «una identidad fáctica, o una relación muy estrecha de los hechos, y la calificación jurídica del nuevo delito se refiera a un mismo bien jurídico», mostrándose absolutamente contrario a la utilización del contenido de las comunicaciones que se refieran a delitos distintos de los que originaron la autorización de interceptación en el resto de los supuestos. Vid. DÍAZ CABIALE en *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Madrid, 1991, p. 153.

Por su parte, para JIMÉNEZ CAMPO, no se produciría el supuesto del artículo 11.1 LOPJ cuando, «en el curso de una interceptación regular de las comunicaciones de determinada persona, se adquiere el conocimiento de datos que puedan resultar inculpatórios para otra que con ella se relacione». Vid. JIMÉNEZ CAMPO en *La garantía constitucional...*, op. cit., p. 75. A nuestro juicio, tal supuesto sería el equivalente a los descubrimientos casuales, por lo que estimamos en tal caso deberá darse inmediata cuenta al órgano instructor para acordar lo que proceda, probablemente, la ampliación de la resolución judicial que acordara la intervención primera o la autorización de una nueva interceptación telefónica para el seguimiento de la persona ahora inculpada. Vid. la interesantísima STS de 21 de diciembre de 1996, al decir que: «tan pronto aparecen en las conversaciones expresiones que hacen pensar en un delito distinto de aquél en función del cual se autorizó la intervención, debe ponerse inmediatamente tal dato en conocimiento del Juez, porque con tal «novación» del objeto de la autorización hubiera tenido que considerar su decisión, cualquiera que hubiera sido su signo, tanto atendiendo a su propia competencia como a la exigencia de proporcionalidad. No son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la nueva y expresa autorización del Juez, es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización».

Vid., asimismo, STS de 31 de octubre de 1996, admitiendo que los descubrimientos casuales sirvan lícitamente de «*notitia criminis*», determinando las actuaciones procedentes para impedir que el hecho delictivo se lleve a cabo.

⁽⁴⁰⁾ Vid. Auto de 18 de junio de 1992.

⁽⁴¹⁾ Vid. SSTS de 9 y 30 de abril de 1996. Por contra, la STS de 2 de enero de 1997, admite la entrega de extractos, por haber sido confirmados con la escucha judicial.

ciones de su contenido por parte de la policía que, en consecuencia, deberá entregar al órgano jurisdiccional la totalidad de las conversaciones intervenidas y de las observaciones realizadas, junto con sus transcripciones mecanografiadas, desechando el órgano jurisdiccional aquellas que no afecten al tipo delictivo investigado⁽⁴²⁾.

«Que las cintas entregadas al Juzgado no sean las originales, sino copias, y éstas representen una selección verificada por la Policía sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema. Tal proceder es inadmisibile, máxime cuando esas cintas representaban una selección realizada por la propia policía, sin control por el órgano jurisdiccional encargado de ello»⁽⁴³⁾.

Actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones. Se trata de que el Juez, en presencia del Secretario Judicial como portador de la fe pública, seleccione lo que le interese y mantenga el resto bajo la custodia del Secretario y haga cesar de manera inmediata la intervención cuando no interese a los fines legítimos de la averiguación de un delito grave.

2.2.6 NECESARIA CONSTATACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

Es imprescindible realizar una aplicación rigurosa de la proporcionalidad entre la restricción de los derechos y la gravedad del hecho a investigar, pues la trascendencia de la medida exige una previa ponderación, minuciosa y equilibrada, de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta que la investigación no es un valor supremo⁽⁴⁴⁾. Hay que observar la proporción entre las medidas cautelares y la finalidad perseguida. El Juez, garante esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que le acompañan y decidir, valorando si los objetivos legítimos de la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena, es decir, teniendo en cuenta los diversos intereses en juego, y en cada caso concreto, las medidas a adoptar, merecen en ese concreto supuesto el sacrificio de otro bien jurídico, como es la dignidad, la intimidad y la libertad de la persona, para garantizar así de forma efectiva la protección y el amparo de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la gravedad de la medida restrictiva de un derecho fundamental supone que es necesario una equivalencia de gravedad delictiva, por lo que no se pueden autorizar medidas restrictivas de derechos fundamentales para delitos menos graves o faltas. La gravedad del delito debe ser, pues, proporcional a las medidas que se adopten.

Respecto a la duración de la medida, una importante parte de la doctrina apunta, con acierto, que la delimitación temporal deberá ser la mínima estrictamente necesaria para alcanzar el fin perseguido. Según la STS de 25 de marzo de 1995, el plazo no será superior al establecido en el artículo 579.3 LECrim⁽⁴⁵⁾, plazo que, sin embargo, es susceptible de ser prorrogado, si bien siempre bajo el control y autorización judiciales.

⁽⁴²⁾ *Vid.* a modo de ejemplo, las SSTS de 15 de julio de 1993 y de 28 de febrero de 1996.

⁽⁴³⁾ *Vid.* Auto de 18 de junio de 1992.

⁽⁴⁴⁾ *Vid.* STS de 27 de septiembre de 1994 y STS de 11 de marzo de 1996, al decir que:

«De ahí que la injerencia extraña, evidentemente perturbadora de una faceta de la intimidad personal, venga impuesta excepcionalmente cuando [...] se trata de defender valores superiores, en cuyos supuestos la Constitución, siguiendo lo establecido por el Convenio de Roma de 1950 [...] y por el Pacto Internacional de Nueva York de 1966 [...], la autoriza como medida necesaria en la sociedad democrática para la protección de una serie de intereses colectivos, tal la seguridad, tal el orden social, tal la protección de los derechos y libertades de los demás.»

⁽⁴⁵⁾ Plazo de tres meses para la observación de las comunicaciones.

La prórroga de la intervención telefónica sólo se podrá autorizar en aquellos casos en que el contenido de la investigación realizada a partir de la autorización judicial confirme las sospechas o indicios iniciales y aconseje mantener una medida tan agresiva. Para justificar estas prórrogas, el órgano judicial encargado de la investigación debe haber seguido el desarrollo de las conversaciones inicialmente interceptadas para poder valorar su contenido y decidir sobre la conveniencia o no de continuar la intervención. Por ello se exige la motivación y fundamentación de las resoluciones que acuerden la prolongación de este tipo de medidas ⁽⁴⁶⁾. El otorgamiento de sucesiva o sucesivas prórrogas quedará supeditado a la existencia o aparición de nuevos elementos objetivos que hagan necesaria, o al menos aconsejable, la subsistencia y continuación de la medida.

Es necesario resaltar que la LECrim, si bien contempla la posibilidad de prórroga de la observación telefónica, no recoge ningún requisito específico para su concesión ni limita en absoluto el número de éstas, ni, en consecuencia, pone limitación temporal alguna a la medida. No se debe olvidar tampoco que tal posibilidad deberá ponerse en relación con los artículos 302.2 y 324 de la LECrim (sobre la duración del secreto del sumario), pues el Juez de Instrucción, por una lógica elemental, se verá obligado, a la vez que ordene la intervención telefónica, a acordar el secreto instructorio ⁽⁴⁷⁾. En consecuencia, el mantenimiento de la medida de intervención de las comunicaciones por un plazo superior al de un mes, exigirá la ampliación del secreto sumarial por tiempo superior al previsto por el artículo 302.2 LECrim, ampliación que el propio TC ha estimado como posible y lícita, no vulneradora del derecho de defensa ⁽⁴⁸⁾.

En todo caso, las intromisiones en la esfera de los derechos fundamentales de la persona no deben quedar indeterminadas ni practicarse de forma indefinida, pues, de lo contra-

⁽⁴⁶⁾ Vid. STS de 17 de diciembre de 1996.

⁽⁴⁷⁾ El derecho a un proceso público se encuentra recogido en materia penal, en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 14 de diciembre de 1966, y en el artículo 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, así como en el artículo 24.2 de la Constitución, con la salvedad de lo establecido en el artículo 302 y concordantes de la LECrim.

La STC 176/1988, de 4 de octubre (Sala 2.^a), establece que, en concordancia con la regulación citada, y muy especialmente, con las sentencias del TEDH, dictadas en los casos *Preto y otros* y *Axen*, el 8 de diciembre de 1983, y *Sutter*, el 22 de febrero de 1984, permiten afirmar que desde su perspectiva de garantía, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral. Ello conduce al TC a la conclusión de que el derecho al proceso público del artículo 24.2 de la CE, como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad. (A nuestro juicio, partir de esa base supone una involución procesal al volver al sistema más inquisitivo, alejándose del acusatorio).

El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción, es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable, debiendo mantenerse el secreto del sumario.

El derecho a la no indefensión significa que ha de respetarse el principio de contradicción, y, dentro de éste, el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla. Esta última garantía resulta limitada por la declaración del secreto sumarial, si bien tal limitación no supone violación del derecho de defensa. La constitucionalidad de esta medida de secreto del sumario y su compatibilidad con los derechos fundamentales, han sido reconocidos en la sentencia 13/1985, de 31 de enero. Esa compatibilidad requiere: 1) que el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificado en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia; 2) coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, 3) la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario.

El objeto del secreto sumarial es el de impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones, dirigidas a obstaculizar la investigación. De ello se desprende que, en principio, el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo, sino de la ausencia de justificación razonable, y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en él hayan sido practicadas. El juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo que el estrictamente necesario.

⁽⁴⁸⁾ Vid. STC 176/1988, de 4 de octubre.

rio, pasaríamos a un Estado-policía, incompatible con el concepto de «Estado democrático de derecho».

Por último, debemos reseñar que la jurisprudencia ha señalado que, unido al criterio de la proporcionalidad, debe figurar el de la subsidiariedad, es decir, la necesidad de aplicación de este tipo de medidas, por no existir otro medio de investigación menos lesivo que pudiera ofrecer los mismos resultados, además del de la utilidad⁽⁴⁹⁾.

2.2.7 DIFERENCIACIÓN ENTRE OBSERVACIÓN E INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Ello es necesario para acordar en cada caso concreto la medida más adecuada. Se entienda o no que la *observación* telefónica es una intervención atenuada respecto de la *intervención*, debe la autoridad judicial precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada, evitando, en lo posible, la injerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a intervención⁽⁵⁰⁾.

2.2.8 OTRAS EXIGENCIAS

La jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS⁽⁵¹⁾ viene requiriendo el cumplimiento de otras exigencias además de las anteriores, dado que las pruebas de escuchas telefónicas han accedido plenamente en nuestros días al campo probatorio. Estos otros requisitos o exigencias procesales esenciales, recogidas por la jurisprudencia y que han de cumplirse para que se garantice el derecho de las partes, en especial del acusado⁽⁵²⁾, son:

1.^a Transcripción o comprobación y cotejo del Secretario Judicial, portador de la fe pública, de las cintas magnetofónicas y sus transcripciones para su autenticación, con extensión de la oportuna diligencia.

⁽⁴⁹⁾ Estos requisitos se concluyen de la doctrina de la Sala 2.^a del TS (Auto de 18 de junio de 1992, y SSTS de 25 de junio de 1993, de 5 de julio de 1993 y de 25 de marzo de 1994, entre otras). La intervención telefónica, según la STS de 6 de febrero de 1995, sólo puede encontrar su justificación, en el ámbito del proceso penal, cuando lo que se persiga sea un delito grave. De ello se deduce la ya apuntada triple exigencia para esta clase de medidas, según esta misma sentencia:

1.^a Proporcionalidad, pues por infracciones de escasa consideración no cabe acordar una medida como la de intervención u observación telefónica, lo que en cada caso habrá de valorar el juez, al no existir en nuestro derecho un catálogo cerrado de delitos con esta finalidad.

2.^a Subsidiariedad, ya que sólo ha de acordarse cuando no haya otro medio de investigación menos dañoso para las libertades y derechos ajenos.

3.^a Utilidad, porque se entienda que con tal medida se puede descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante para el proceso.

Estos requisitos deben ser objeto de razonamientos específicos en la resolución por la que el juez autoriza la intervención u observación telefónica, siendo éste el extremo más importante de los que deben conformar la referida exigencia de motivación.

GIMENO SENDRA establece como presupuestos del principio de proporcionalidad así entendido los siguientes:

a) Comunes (para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental): la vigencia del principio de legalidad y de la jurisdiccionalidad.

b) Especiales: la observancia del principio de necesidad, que a su vez implica:

b¹) la necesidad de que el objeto de instrucción lo constituya un delito grave;

b²) la exigencia de una instrucción judicial en curso, bien sea dentro de un «sumario ordinario», bien sea dentro de unas «diligencias previas» (en ningún caso las atípicas «diligencias indeterminadas»). Vid. GIMENO SENDRA en *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1994, pp. 10 y ss.

⁽⁵⁰⁾ Recordemos que por cierto sector doctrinal se entiende que la observación es una medida menos lesiva que la intervención telefónica, por ser un control reducido del teléfono. En todo caso, es necesario que se haga siempre con el mínimo gravamen.

⁽⁵¹⁾ Vid. SSTS de 5 de febrero de 1988, de 5 de octubre de 1990, de 14 de noviembre de 1990, de 12 de julio de 1991, Auto del TS de 18 de junio de 1992 y STS de 22 de enero de 1996.

⁽⁵²⁾ Vid. STS de 17 de octubre de 1992. Las sentencias de 23 de abril y 20 de noviembre de 1987, afirmaban que «una prueba obtenida sin respetar las garantías individuales crea un estado de indefensión y debe salvarse mediante su no apreciación valorativa».

2.^a Conservación judicial del soporte original, conteniendo lo recogido en las intervenciones⁽⁵³⁾.

3.^a Posibilidad de que la prueba pueda ser reproducida en el acto del juicio oral⁽⁵⁴⁾, con garantías técnicas de aceptable audición, de modo que pueda ser sometida a la contradicción de las partes y a la intermediación judicial⁽⁵⁵⁾, pudiendo constituir así un medio idóneo de investigación como prueba indirecta⁽⁵⁶⁾.

En resumen, la jurisprudencia admite como válida y lícita la injerencia en el ámbito del secreto de las comunicaciones y de la intimidad personal que implica la interceptación telefónica⁽⁵⁷⁾, pero puntualizando el carácter exclusivamente jurisdiccional⁽⁵⁸⁾ y suficientemente motivado del acuerdo de las intervenciones, su finalidad, tan sólo probatoria de la existencia del delito y de las personas que fueron responsables del mismo, el carácter excepcional de la medida, sólo adoptable cuando no se pueda conseguir la finalidad buscada por otro medio que cause menor daño, así como su proporcionalidad, de tal modo que únicamente se acuerde en el caso de investigación de delitos graves, y, por supuesto, la existencia precedente de verdaderos indicios, superiores a meras sospechas o conjeturas que constituyan noticia razonable de la existencia del delito que se esté investigando, y de la intervención en él de las personas sometidas a vigilancia, pudiendo ser esos indicios los que la policía facilite con la ampliación que el Juez estimara pertinente, y estando vetada absolutamente cualquier intervención telefónica indiscriminada encaminada a la búsqueda de la existencia de delitos en general, de forma que sólo para la indagación de delitos concretos, que se sospeche existentes, podrá acordarse la intervención⁽⁵⁹⁾. En todo caso, una vez se haya realizado una selección del contenido de las conversaciones, ha de destruirse y arrojarse fuera del procedimiento todas aquellas que nada tengan que ver con el delito que ha sido investigado⁽⁶⁰⁾.

Por último, recordar que, como es lógico, y para que la medida resulte eficaz, el Juez debe proceder a declarar secretas las actuaciones en marcha, si bien, una vez terminada la medida de interceptación de las conversaciones telefónicas, deben restablecerse los derechos de defensa, permitiendo al afectado la escucha de todos los pasajes grabados para seleccionar aquellos que pudieran resultarle favorables a sus tesis exculpatorias⁽⁶¹⁾.

La inobservancia de los requisitos analizados privaría de eficacia probatoria a la diligencia de intervención telefónica, impidiendo, en consecuencia, que el juzgador basara su convicción en la misma. Resulta ocioso volver a incidir en el hecho de que, si la ilegalidad o irregularidad en la adopción o en la práctica de tal medida se tradujera, en la práctica, en una lesión al derecho fundamental, constitucionalmente amparado, del secreto de las comunicaciones, es-

⁽⁵³⁾ STS de 22 de enero de 1996, con cita de numerosa jurisprudencia anterior.

⁽⁵⁴⁾ Vid. SSTS de 25 de marzo de 1994 y de 12 de enero de 1995. La STS de 17 de febrero de 1995, insiste en que sólo es exigible su *posibilidad* de reproducción, no su concreta práctica: «no es obstáculo [...] que las grabaciones efectuadas no fueran oídas, [...] pues el contenido de éstas [...], fue incorporado al debate de dicho acto solemne».

⁽⁵⁵⁾ SSTS de 25 de marzo de 1994, de 12 de enero de 1995, y de 22 de enero de 1996.

⁽⁵⁶⁾ Vid. STC 114/1984 y SSTS de 5 de febrero de 1988, de 17 de abril de 1989, de 12 de febrero, de 5 de octubre y de 14 de noviembre de 1990, de 12 de julio de 1991, de 2 de junio de 1992, de 6 de octubre de 1992, de 1 de diciembre de 1992 y de 17 de febrero de 1995.

⁽⁵⁷⁾ Vid., a modo de ejemplo, además del Auto tantas veces citado, de 18 de junio de 1992, y de las restantes resoluciones que hemos ido recogiendo, las SSTS de 12 de enero, de 3 de febrero, de 3 de junio, y de 26 de septiembre de 1995, y la STS de 22 de enero de 1996.

⁽⁵⁸⁾ Como ya se ha indicado, las escuchas telefónicas están sometidas al principio de exclusividad jurisdiccional, sin que el texto constitucional autorice las «escuchas administrativas». En ello parece haber práctica unanimidad de opiniones.

⁽⁵⁹⁾ Auto de 18 de junio de 1992, SSTS de 12 de enero, 3 de febrero, 3 de junio, y 26 de septiembre de 1995.

⁽⁶⁰⁾ STS de 23 de enero de 1995.

⁽⁶¹⁾ Vid. STS de 25 de junio de 1993.

taríamos ante un supuesto de los contemplados en el artículo 11.1 LOPJ, que acarrearía su nulidad radical ⁽⁶²⁾, directa y en cadena.

3. LAS ENTRADAS Y REGISTROS DOMICILIARIOS ⁽⁶³⁾

3.1 Introducción

Siguiendo el decir de la STC 22/1984, de 17 de febrero, en la expresión «inviolabilidad del domicilio» hay una traslación de ideas, por cuanto la protección de la vida privada está referida al espacio o lugar donde ésta se desarrolla ⁽⁶⁴⁾, el domicilio, que debe verse protegido contra las injerencias, intromisiones o investigaciones arbitrarias de los poderes públicos, especialmente cuando la autoridad gubernativa pretende la búsqueda o pesquisas de personas o cosas con propósitos incriminatorios.

Actualmente, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho básico constitucional consagrado en el artículo 18.2 de nuestra Carta Magna, afirmando este precepto que la entrada sólo puede realizarse si media consentimiento del titular del derecho ⁽⁶⁵⁾, en caso de flagrante delito ⁽⁶⁶⁾ o si media resolución motivada ⁽⁶⁷⁾, dejando aparte supuestos especiales, legalmente previstos ⁽⁶⁸⁾, de lo que fácilmente se deduce que no se trata de un derecho fundamental absoluto, sino relativo o limitado ⁽⁶⁹⁾. La inexistencia de esa autorización, cuando no concurren los demás supuestos, supone la lesión al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, y, por lo tanto, la nulidad de la diligencia ⁽⁷⁰⁾.

En cuanto al fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, éste no es otro que el de evitar intrusiones caprichosas o injustificadas en el domicilio de una persona, en

⁽⁶²⁾ Para DÍAZ CABIALE, la vulneración de aspectos constitucionales en la ordenación y ejecución de una medida de intervención telefónica sí supondría una ilicitud probatoria, afectada por el artículo 11.1 LOPJ, mientras que la infracción de preceptos meramente procesales no llevaría consigo, a juicio de este autor, la existencia de esa ilicitud. Vid. DÍAZ CABIALE en *La admisión y práctica de la prueba en...*, op. cit., p. 150.

⁽⁶³⁾ La entrada, en principio, no es más que un trámite de carácter instrumental para permitir el registro (según expresión utilizada por el TC en STC 22/1984, FJ 5.º) siendo éste último el que realmente resulta de interés a los efectos de nuestro estudio. Evidentemente, cabe que la entrada obedezca a un fin distinto del registro, y es la entrada la que, en realidad, provoca o puede provocar la violación del domicilio; el registro, en palabras de FRANCO ARIAS, lo que supone es un «incremento en el grado de violación que ya se ha producido con la entrada». Vid. FRANCO ARIAS, J., en «La entrada en lugar cerrado», *Revista Justicia*, año 1988, pp. 581 y ss.

Por otra parte, y a los efectos del presente estudio, sólo nos interesa la diligencia que se produce con violación del artículo 18.2 CE; es decir, con lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Si la entrada y registro se produce en lugar no considerado como tal, no estaremos ante un supuesto de violación constitucional del 18.2 CE.

⁽⁶⁴⁾ Vid. SSTC 94/1999; 283/2.000, y 10/2.002.

⁽⁶⁵⁾ Es importante este dato de la titularidad del derecho, que no necesariamente de la propiedad.

⁽⁶⁶⁾ «Delito» ha de entenderse en el sentido estricto o restrictivo de infracción criminal castigada con pena grave, excluyéndose, pues, los delitos menos graves y las faltas. Flagrante es el delito o infracción penal que se está cometiendo, en un determinado instante y en un determinado lugar, de forma ostentosa y evidente.

⁽⁶⁷⁾ La única intervención judicial efectiva es, en principio, aquella que se adopta antes de la penetración en el domicilio, pues tal intervención debe interpretarse como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho y no a reparar su violación cuando se produzca. La intervención a posteriori se produciría una vez realizada la entrada y no evitaría el sacrificio del derecho fundamental. La ley sólo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite, y sólo en el caso del artículo 55.2 CE será la intervención judicial a posteriori. En este sentido, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre y 160/1987, de 18 de julio. Vid., a su vez, los artículos 553 y 348 bis LECrim.

⁽⁶⁸⁾ Serían los casos de terrorismo, o estados de alarma, excepción y sitio; casos en los que se permite a la autoridad gubernativa proceder, sin resolución judicial, a la entrada y búsqueda de personas y cosas con el fin de conseguir pruebas incriminatorias.

⁽⁶⁹⁾ En este sentido, vid. SSTC 199/1987, 160/1991, 133/1995, y 129/1996.

⁽⁷⁰⁾ Vid. SSTC de 16 de julio de 1991 y de 27 de enero, de 3 de febrero, de 24 y 31 de marzo, de 30 de abril, de 10 de julio y de 16 de octubre, todas éstas de 1992; ATS de 27 de enero y STS de 28 de enero de 1993. Asimismo, vid. STC 22/1984, de 17 de febrero; 199/1987, de 16 de diciembre y 160/1991, de 18 de julio.

cuanto se configura como el ámbito espacial donde se proyecta básicamente la intimidad personal y familiar⁽⁷¹⁾. Fundamento y finalidad principal, pues, según el decir de la STC 110/84, de 26 de noviembre, la inviolabilidad del domicilio busca principalmente el respeto de ese ámbito de vida privada, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado». En consecuencia, debemos de resaltar que la protección del domicilio no se proyecta sobre los bienes materiales en sí, por lo que no puede esgrimirse en defensa de la propiedad (al no ser ésta el bien jurídico protegido por la inviolabilidad domiciliaria)⁽⁷²⁾. Es por ello que la orden judicial de entrada y registro no debe venir necesariamente referida al titular registral y legítimo propietario de la vivienda, sino que puede serlo a aquella persona cuya zona de reserva e intimidad se vaya a invadir legítimamente⁽⁷³⁾.

Por otra parte, esta diligencia sólo puede ser ordenada por el Juez, pues, ya por imperativo constitucional, está sometida al principio de «exclusividad jurisdiccional». El Ministerio Fiscal, aunque viene legalmente facultado a realizar u ordenar la práctica de toda diligencia necesaria para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados, sabido es que no podrá llevar a cabo actuaciones restrictivas de derechos fundamentales⁽⁷⁴⁾.

Así, aunque la ejecución de la diligencia pueda encomendarse a la policía judicial (art. 563 LECrim) y ésta se realice según los requisitos legales⁽⁷⁵⁾, la presencia del Juez de Instrucción es obligatoria para que se pueda reconocer eficacia probatoria al acto; o sea, para que sea una diligencia sumarial con pleno valor probatorio⁽⁷⁶⁾.

En cuanto al contenido de este derecho, Gómez Colomer⁽⁷⁷⁾, sobre la base de la STC 11/1981, de 8 de abril, distingue y reconoce un contenido triple, a saber:

- 1.º El derecho a la protección estable del domicilio; es decir, que el domicilio se encuentra jurídicamente tutelado siempre, esté habitado o no, y siempre que tenga la categoría de tal.
- 2.º Su carácter limitado; es decir, el derecho no es de carácter absoluto, pues cede o puede ceder ante las limitaciones fijadas en el propio texto constitucional.
- 3.º El derecho a que la ejecución de la entrada y registro domiciliario se realice con todas las garantías restantes constitucional y legalmente exigibles.

Respecto del concepto *instrumental* de domicilio, a los efectos del artículo 18.2 de la CE, debe entenderse que goza de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o administra-

⁽⁷¹⁾ Vid. ATS de 17 de diciembre de 1981.

⁽⁷²⁾ Vid. STC 22/1984, de 17 de febrero y STS de 7 de diciembre de 1982. Como se verá más adelante, no es necesario ser propietario del domicilio en el que se habita para estar protegido por la inviolabilidad domiciliaria.

⁽⁷³⁾ Respecto a las personas jurídicas, según el ATC de 17 de abril de 1985, el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo.

⁽⁷⁴⁾ Vid. el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

⁽⁷⁵⁾ «No es jurídico-procesalmente irrelevante la forma en que la Policía Judicial obtiene los conocimientos que luego le permiten configurar un grado de sospecha adecuado para solicitar una autorización de entrada y registro. Es claro que la obtención de esos conocimientos con vulneración del derecho vigente determinará, por regla, una prohibición de valoración de la prueba, en los términos del artículo 11. LOPJ». Vid. STS de 28 de septiembre de 1996.

⁽⁷⁶⁾ La necesaria presencia del Juez en la diligencia de entrada y registro no es tema pacífico. Así, mientras un sector de la doctrina y de la jurisprudencia exige su presencia, otro la califica como «deseable, pero no imprescindible». Vid. STS de 7 de abril de 1992.

⁽⁷⁷⁾ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., en *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, Madrid, 1993, p. 573.

tivo, no correspondiéndose con la noción civil ni administrativa del mismo⁽⁷⁸⁾. «Domicilio» es, a los efectos que nos interesan, y según la jurisprudencia, el lugar de habitación o morada⁽⁷⁹⁾ del titular por cualquier título legítimo, o, en palabras del TS «el reino de cada cual»⁽⁸⁰⁾, en cuanto su titular ejerce en él una actuación cuasisoberana y desarrolla plenamente su intimidad⁽⁸¹⁾ y sus afectos; el lugar donde el hombre desenvuelve normalmente sus actividades sociales y también donde radica su vivienda o su habitación⁽⁸²⁾, donde desarrolla y fomenta su personalidad y el ejercicio de los derechos que le pertenecen, preservado del mundo exterior⁽⁸³⁾. Domicilio es casa, habitación, morada⁽⁸⁴⁾, estancia, sin que pueda confundirse ni equipararse a propiedad, y por precaria y humilde que sea su construcción⁽⁸⁵⁾.

Por contra, no son domicilio legal, sometido a la protección constitucional, los bares, los restaurantes, lugares de recreo o esparcimiento abiertos al público o sus almacenes o garajes, etc., siempre y cuando en ellos no conste especialmente algún atisbo de privacidad⁽⁸⁶⁾, por lo que las diligencias de entrada y registro no precisan de resolución judicial ni, por consiguiente, del oportuno y previo mandamiento judicial⁽⁸⁷⁾.

Tampoco se atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio mediante actuaciones administrativas en relación con locales comerciales que estén separados de la residencia habitual de las personas naturales⁽⁸⁸⁾.

Así pues, sólo gozarán de la inviolabilidad domiciliaria aquellos lugares (ya sea una vivienda, ya sea un trastero, una casa en ruinas pero habitada, roullottes, chabolas, tiendas

⁽⁷⁸⁾ SSTS de 23 de junio de 1992, de 3 de julio de 1992 y la importante STC 22/1984, de 17 de febrero, de la que a su vez se hace eco la STC 137/1985, de 17 de octubre, y STC 50/1995, de 23 de febrero. Con relación a la STS de 3 de julio de 1992, *vid.* el comentario que de ella hace JIMÉNEZ AGUIRRE, J. María, en *Inviolabilidad del domicilio*, Madrid, 1992, pp. 87 y ss.

Según el artículo 554.2 LECrim, domicilio es el edificio o lugar cerrado o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia, que no se extiende a los aledaños del mismo.

La LECrim establece con absoluta claridad la distinción, a todos los efectos, entre domicilio particular y edificios y lugares públicos.

⁽⁷⁹⁾ Según la definición del TS, morada es el lugar que sirve para descanso y cuidado de las personas, constituyendo principalmente su domicilio. *Vid.* STS de 28 de noviembre de 1887. La STS de 28 de octubre de 1980 reputa «morada» todas o cualquiera de las dependencias de la casa unidas entre sí en comunicación interior, que estén destinadas al servicio constante y exclusivo de sus moradores. Dentro de esta corriente interpretativa, la STS de 14 de enero de 1992 ha declarado que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución Española, la protección que el artículo 18 de la misma dispensa, ha de entenderse no solamente al domicilio, entendido según el derecho civil, sino también a la morada, reputando como tal todo espacio cerrado en el que el individuo pernocta y tenga guardadas las cosas pertenecientes a su intimidad, ya sea de manera permanente o esporádica o temporal, como puede ser la habitación de un hotel, y respecto a las cuales se puede presumir que se hallan destinadas a su uso exclusivo con voluntad de excluir a todos los demás. *Vid.* STS de 3 de julio de 1992.

⁽⁸⁰⁾ *Vid.* STS de 16 de diciembre de 1991.

⁽⁸¹⁾ Sobre la relación entre el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria, *vid.* MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., en *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 119 y ss.

⁽⁸²⁾ STS de 28 de marzo de 1992.

⁽⁸³⁾ ATS de 11 de diciembre de 1992 y STS de 18 de octubre de 1996. En similar sentido, STS de 11 de julio de 1996. Así pues, no puede extenderse al terreno público fácilmente accesible y exterior a las viviendas el concepto y la protección domiciliar ni por tanto requerirse para su registro las precauciones que para evitar la violación de domicilios están legalmente establecidas.

⁽⁸⁴⁾ Según el texto de la STS de 14 de enero de 1.992

⁽⁸⁵⁾ STS de 30 de abril de 1996, entre otras muchas.

⁽⁸⁶⁾ La casuística es interminable, por lo que nos remitimos a la bibliografía especializada y jurisprudencia emanada al respecto, también abundantísima.

A modo de ejemplo, AATC 171/1989 y 58/1992; SSTC 76/1992; 228/1997; 94/1999; y 283/2000.

⁽⁸⁷⁾ *Vid.* SSTS de 27 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1991, 19 de junio, 5 y 24 de octubre de 1992; de 9 de diciembre de 1993; de 6 de octubre de 1994, y de 19 de diciembre de 1996.

⁽⁸⁸⁾ *Vid.* ATS de 17 de diciembre de 1981. En concreto, se refería a tiendas instaladas en la terminal del Aeropuerto de Barajas. *Vid.*, igualmente, STS de 11 de noviembre de 1993. *Vid.*, asimismo, SSTS de 24 de septiembre de 1990, de 8 de julio y 11 de octubre de 1994, y de 4 de abril de 1995.

de campaña, etc.) en que se desarrolla la vida privada de sus ocupantes, de forma real y efectiva.

Sin embargo, en el caso de los despachos de los profesionales de la Abogacía, «se deben extremar las garantías en cuanto se puede poner en peligro el secreto profesional que constituye el núcleo esencial de la actuación de los Letrados, por lo que el Estatuto de la Abogacía exige que la diligencia se ponga en conocimiento del Decano del Colegio de Abogados para que pueda estar presente o delegar en algún colegiado»⁽⁸⁹⁾.

En el ámbito penitenciario, y por regla general, se considera imposible mantener la privacidad de las estancias, susceptibles, por otra parte, de inspecciones, registros, etc. periódicos, lo que supone negarles el carácter de «domicilio»⁽⁹⁰⁾ a las celdas de presos.

En resumen, la protección constitucional del domicilio es, pues, y como ya anticipamos, la defensa de los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de las personas, de manera que no sólo es objeto de protección el espacio físico del domicilio, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella⁽⁹¹⁾. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una serie extensa de garantías y facultades, entre 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⁽⁹²⁾.

A su vez, y siempre que se cumplan los requisitos o características del concepto apuntado de domicilio, existen otros lugares susceptibles de ser equiparados a domicilio. Así, las habitaciones de hoteles, pensiones, etc.⁽⁹³⁾.

Consecuencia de ello, es la necesidad de afirmar, a la luz de los preceptos constitucionales y de las disposiciones legales que, si no ha mediado consentimiento del ocupante, ni el preceptivo mandamiento judicial, ni se tratara del supuesto de un delito flagrante, la entrada y registro en un lugar tal, se ha realizado con violación al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, convirtiendo en nulos todos los actos probatorios⁽⁹⁴⁾ derivados de tal ilícita diligencia, por mor del artículo 11.1 LOPJ. Es decir, que para llevar a cabo en las mismas las di-

⁽⁸⁹⁾ STS de 27 de junio de 1994.

⁽⁹⁰⁾ STS de 11 de octubre de 1994.

⁽⁹¹⁾ Vid. SSTC 22/1984; 137/1985; 69/1999; 94/1999; 119/2.001, y 10/2002.

⁽⁹²⁾ Vid. STC 22/1984, de 17 de febrero.

⁽⁹³⁾ Y es que, si bien nuestra LECrim no les confiere a estos lugares la consideración de domicilio, lo cierto es que, la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales ha venido considerando que constituyen domicilio de quienes en ellas residan, aunque sólo sea temporal o accidentalmente, las habitaciones de los hoteles, pensiones y establecimientos similares, legítimamente ocupadas (insistimos, a efectos constitucionales). Así, las SSTs de 14 de enero, 3 de julio, 5 y 24 de octubre de 1992, o la STC 22/1984, de 17 de febrero.

⁽⁹⁴⁾ Vid., a modo de ejemplo, SSTs de 14 de enero de 1992, de 17 de marzo de 1993 y de 15 de febrero y 24 de marzo de 1995. Por contra, y a pesar de estar consolidado este criterio, podemos encontrar cierta jurisprudencia aislada reticente a considerar las habitaciones de hoteles, fondas, pensiones, etc., como domicilio. Así, la STS de 11 de diciembre de 1992, al decir que: «si de un lado la interpretación y naturaleza que se viene propugnado haría extensible el carácter domiciliario a la habitación del hotel, parece excesivo de otro que con tal criterio se pueda desbordar el contenido del artículo 557 de la Ley procesal penal, no contradicho por la Constitución, cuando señala que las posadas y fondas [...] no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan accidental o temporalmente, y sí solo de los posaderos o fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en alguna parte del edificio».

En esa misma línea, la STS de 11 de junio de 1991 rechazó la necesidad de mandamiento de entrada en caso que se refería a un hotel. Es de destacar la reciente STC de 17 de enero de 2.002 que definitivamente zanja esta cuestión al declarar inconstitucional el artículo 557 LECrim., tras la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la AP de Sevilla. Según el TC: «a la luz de la interpretación constitucional [...] no parece resultar sostenible excluir la habitación del hotel del concepto de domicilio del artículo 18.2 CE, pues es un recinto o espacio cerrado en el que el individuo desarrolla, aún de forma no permanente, su vida privada [...]».

[...] Por ello, cualquier entrada e intromisión en la habitación de un hotel [...] puede considerarse constitutiva, a efectos cons-

ligencias de entrada y registro, a falta de consentimiento de sus titulares, es precisa la previa autorización judicial y subsiguiente mandamiento.

3.2 Requisitos generales

Para la ejecución de la diligencia, debemos recordar que existen una serie de normas de aplicación, según expone Gómez Colomer⁽⁹⁵⁾, y que resumiremos muy escuetamente:

3.2.1 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DEL ACTO, PARA QUE NO SE FRUSTRE EL FIN DE LA MISMA, YA SEA ANTES DE SU COMIENZO O EN LOS CASOS DE SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA DILIGENCIA

3.2.2 RESPECTO A LOS ÓRGANOS Y PERSONAS INTERVINIENTES EN LA PRÁCTICA DEL ACTO

1) Competencia: el Juez de Instrucción, si el proceso se encuentra en su fase preliminar, o el Tribunal, si es competencia suya o el proceso se encuentra en fase de juicio oral ante él. Cabe la delegación en otra Autoridad judicial, o en un funcionario de la Policía Judicial⁽⁹⁶⁾. La autorización se realizará por medio de Auto motivado.

2) Con relación a los sujetos que pueden intervenir en la diligencia de entrada y registro, además de la presencia judicial, que, según la STS de 7 de abril de 1992 es «deseable pero no exigible»⁽⁹⁷⁾, la LECrim se refiere al Secretario Judicial, a los testigos, los funcionarios de policía, los peritos y, por supuesto, al interesado o persona que legalmente le represente:

a) *El Secretario Judicial, como depositario de la fe pública judicial, o, si así lo autoriza el Juez de Instrucción, un funcionario de la Policía Judicial u otro funcionario que haga sus veces. Es necesaria la posterior documentación del acto.*

La doctrina de la Sala 2.^a del TS no ha sido, en absoluto, estable y pacífica sobre esta cuestión, y pueden aducirse incontables sentencias a favor y en contra de que su ausencia en la diligencia de entrada y registro produzca la nulidad o la mera anulabilidad de la misma⁽⁹⁸⁾. La evolución más reciente considera que la presencia del fedatario judicial es un re-

titucionales, de entrada en un domicilio que afectaría al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio e intimidad personal y familiar».

Vid. el breve comentario que de esta sentencia realiza PULIDO QUECEDO, M., en «Domicilio en «Hoteles» e inviolabilidad de domicilio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, abril 2.002, p. 3.

⁽⁹⁵⁾ En *Concreciones en torno al registro...*, op. cit., pp. 579 y ss.

⁽⁹⁶⁾ Se ha afirmado la validez de la delegación sin concreción expresa de las circunstancias personales del sustituto, puesto que se trata de nominaciones genéricas referidas sólo al cargo. Ahora bien, si se hubiere realizado de forma expresa en funcionarios concretos, es obligado entonces la inexcusable intervención de las personas delegadas, «pues de no ser así vendría la nulidad de la diligencia por ausencia de la persona que expresa y nominativamente habría de actuar en funciones de Secretario». Vid. SSTS de 3 de mayo de 1994 y de 22 de julio, 23 de septiembre y 1 de octubre de 1996.

⁽⁹⁷⁾ Por contra, GIMENO SENDRA, al sostener que «la diligencia de registro requiere la obligatoria presencia judicial». Vid. GIMENO SENDRA, J. V., en *Derecho Procesal, Proceso Penal*, Valencia, 1993, p. 322.

En el mismo sentido se expresa la STS de 3 de junio de 1991. La jurisprudencia no es en absoluto pacífica al respecto, y debemos incidir en la importancia de la presencia judicial en este tipo de diligencias, si bien debemos reconocer que la intervención del Juez no viene legalmente exigida en el artículo 569, mas, por contra, no debemos olvidar, como previene nuestra ley adjetiva penal, que el sumario debe formarse siempre a presencia judicial.

⁽⁹⁸⁾ «Las controversias jurídicas suscitadas en torno a la diligencia de entrada y registro son ya conocidas por la frecuencia con que el problema se viene estudiando por los jueces». Vid. DE VEGA RUIZ, J. A., en *Proceso penal y derechos fundamentales desde...*, op. cit., pp. 73 y ss. Así lo reconocen igualmente multitud de sentencias de la propia Sala 2.^a del TS. Vid., a modo de ejemplo, la STS de 31 de marzo de 1992. Con fecha de 5 de noviembre de 1991, se celebró una reunión de los Magistrados de la Sala Segunda del TS, con el fin de clarificar los criterios a seguir en este tema. Sin embargo, el acuerdo adoptado venía privado de virtualidad

quisito esencial insubsanable, cuya falta debe llevar aparejada la nulidad del acto, si bien también mayoritariamente se ha venido a sostener que la nulidad del acta del registro no produce la nulidad de todo el procedimiento, afirmándose que tal defecto no tiene rango de vulneración constitucional⁽⁹⁹⁾. En todo caso, lo que sí parece indiscutible e indiscutido, es que el acta de la diligencia de entrada y registro que se practique sin la presencia del Secretario Judicial, carece de todo valor probatorio.

b) *El interesado, y, subsidiariamente, la persona que legítimamente le represente.*

Establece el artículo 569 LECrim que «*el registro se hará a presencia del interesado*⁽¹⁰⁰⁾, *o de la persona que legítimamente le represente.*

Si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad.

Si no lo hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo».

La falta de ese requisito lesiona la esencia de la diligencia porque supone una quiebra de la legitimidad de la misma, convirtiéndola en nula de pleno derecho, al faltar un requisito esencial afectante a la legalidad ordinaria. Es la nulidad absoluta, radical e insubsanable que se corresponde con los artículos 11.1 y 238.3 de la LOPJ⁽¹⁰¹⁾.

En la práctica puede darse una situación que podríamos calificar como de especial, que es la que se produce en los casos en que el interesado no está presente en la diligencia de entrada y registro por encontrarse detenido.

Según la STS de 30 de octubre de 1992⁽¹⁰²⁾, la ausencia de la persona interesada, por estar detenida en Comisaría, supone una quiebra inaceptable de la garantía que constituye su presencia en tales casos, exigida preceptivamente por el artículo 569 de la LECrim, la que sólo concibe la práctica del registro sin la efectiva presencia del interesado cuando «no fuere habido» o «no quisiere concurrir ni nombrar representante». Además, la situación de detención hubiera exigido que se informara de la posibilidad de ser asistida la persona detenida por el Letrado durante la práctica de la diligencia de registro⁽¹⁰³⁾.

En supuestos como los mencionados, el TS ha optado, sin aparente ruptura de unanimidad de criterio, por la nulidad de la diligencia, pero aceptando que los hechos pudieran ser acreditados por otros medios⁽¹⁰⁴⁾, válidos y lícitamente obtenidos.

Para el supuesto de que no quisiere concurrir y no nombrase representante, el registro se hará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y si no lo hubiere, a presencia de dos testigos, vecinos de la localidad, si bien la presencia de estos testigos hoy no parece ser necesaria, por mor del artículo 281.2 LOPJ. Según STS de 16 de octubre de 1991, «es nece-

real, al carecer de carácter vinculante, conforme al artículo 12 LOPJ. Dicha resolución, calificada por VEGAS TORRES como de «extravagante», respaldaba la tesis de la ineficacia de la diligencia de entrada y registro practicada en ausencia del Secretario Judicial. Vid. VEGAS TORRES, J., en *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 366.

⁽⁹⁹⁾ Vid. STS de 2 de octubre de 1992.

⁽¹⁰⁰⁾ «Es indiferente que en la diligencia de registro esté presente el titular dominical o el arrendatario. Quien debe estar presente es el interesado». Vid. ATS de 7 de febrero de 1996 (RA 806) y STS de 10 de diciembre de 1996.

⁽¹⁰¹⁾ STS de 16 de enero de 1995. En similar sentido, SSTS de 18 de abril y 29 de noviembre de 1996, invocando ésta última «las expectativas constitucionales sobre el debido proceso». Vid., igualmente, STS de 4 de diciembre de 1996.

⁽¹⁰²⁾ En idéntico sentido, las SSTS de 14 de noviembre de 1992, de 17 de marzo de 1993 y las más recientes de 26 de febrero y 3 de diciembre de 1996.

⁽¹⁰³⁾ Vid. SSTS de 30 de octubre y de 14 de noviembre de 1992, así como las SSTS de 29 de febrero y 20 de septiembre de 1996 y la STC 150/1989, de 25 de septiembre.

⁽¹⁰⁴⁾ Vid., p.ej., la completísima STS de 23 de diciembre de 1994.

sario que se notifique la resolución judicial que acuerda la diligencia, en los términos y a las personas que el artículo 566 LECrim establece».

Si el interesado estuviere presente —o la persona que legalmente le representara— no se exige la presencia letrada⁽¹⁰⁵⁾, como veremos⁽¹⁰⁶⁾.

c) *Con relación al letrado, y como hemos adelantado ya, la doctrina jurisprudencial viene señalando de manera reiterada que su intervención en los registros domiciliarios no viene exigida ni por el artículo 17.3 de la CE, ni por los artículos 118 y 520 de la LECrim⁽¹⁰⁷⁾, ni por los Pactos Internacionales suscritos por nuestro país, estando circunscrita su obligatoria presencia tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que el mismo sea objeto⁽¹⁰⁸⁾.*

En efecto, el artículo 17.3 CE garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales «en los términos que la Ley establezca». En el texto constitucional aparece esa asistencia letrada como referida a la persona del detenido, pero no a todas y cada una de las diligencias de instrucción⁽¹⁰⁹⁾, y del desarrollo que tal precepto ha tenido en el artículo 520 de la LECrim (en su actual redacción, más exigente que la anterior), se deduce que la presencia de Letrado defensor de preso o detenido sólo es preceptiva para las declaraciones que éste deba prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto.

De hecho, en los artículos 545 y siguientes. de la LECrim no aparece tal requisito para el supuesto que ahora analizamos, de lo que se deduce su no necesidad. En este mismo sentido se ha manifestado, sin excepción, la jurisprudencia del TS⁽¹¹⁰⁾.

«La ausencia de Letrado, no prevista en el artículo 522 de la LECrim, no tñe el acto de inconstitucionalidad o irregularidad alguna»⁽¹¹¹⁾.

Todo lo anterior con la excepción de que el sujeto afectado por la diligencia de entrada y registro se encuentre detenido⁽¹¹²⁾, según ya hemos tenido ocasión de ver.

Los testigos.

d) *Respecto de los testigos, no sería necesaria la intervención de los mismos a que se refiere el 4.º párrafo el artículo 569 LECrim⁽¹¹³⁾, en los casos en que se encontrare presente el Secretario Judicial o quien hiciere sus veces, según el artículo 281.2 LOPJ, y afirmándolo así numerosa jurisprudencia⁽¹¹⁴⁾, ya que, de conformidad con el último precepto legal citado,*

⁽¹⁰⁵⁾ Así lo reconocen las SSTs de 4 de diciembre de 1992, de 8 y 17 de marzo y 13 de junio de 1994, y de 7 de diciembre de 1994.

⁽¹⁰⁶⁾ La STS de 3 de octubre de 1996, contempla el supuesto en que, ausente el acusado por estar detenido, el registro se practica estando presente la titular del piso. El TS declaró que se trataba de una simple irregularidad procesal, «sin afectar a derechos fundamentales».

⁽¹⁰⁷⁾ Así, STS de 23 de octubre de 1996.

⁽¹⁰⁸⁾ Vid. SSTs de 23 de octubre de 1991, de 25 de marzo y de 4 de diciembre de 1992, de 17 de febrero de 1993, de 8 de marzo, 13 de junio y 7 de diciembre de 1994, y 22 de marzo de 1996. Asimismo, ATS de 24 de enero de 1996.

⁽¹⁰⁹⁾ Vid. STS de 4 de diciembre de 1992.

⁽¹¹⁰⁾ Vid., a modo de ejemplo, las SSTs de 23 de octubre y 16 de diciembre de 1991 y 4 de diciembre de 1992.

⁽¹¹¹⁾ Vid. STS de 6 de abril de 1995, con cita de las SSTs de 8 de marzo y 18 de junio de 1994. En idéntico sentido, ATS de 10 de enero de 1996.

⁽¹¹²⁾ STS de 20 de noviembre de 1996. En igual sentido, STS de 25 de noviembre de 1996.

⁽¹¹³⁾ Que exige, en la diligencia de registro, la presencia de dos testigos del mismo pueblo.

⁽¹¹⁴⁾ Vid., a modo de ejemplo, SSTs de 4 de octubre y 15 de noviembre de 1991, las SSTs de 3 de febrero, 3 de abril, 21 de septiembre y 17 de noviembre de 1992 (RA 869 y 870), y las SSTs de 9 de febrero, 1 de marzo y 9 de julio de 1993 y ATS de 10 de enero de 1996.

los actos del Secretario gozarán de la fe pública sin necesidad de la intervención adicional de testigos.

En todo caso, es facultad del Tribunal valorar la «sinceridad comparativa de declaraciones de testigos»⁽¹¹⁵⁾.

3.2.3 FORMA DE REALIZACIÓN DEL ACTO

Podemos dar dos pautas generales, pues «la forma de practicar la entrada y registro en cada caso concreto es un problema de técnica policial»⁽¹¹⁶⁾.

1. Cumplidos los requisitos previos, puede procederse a la entrada, incluso con el auxilio de la fuerza.

2. Deben evitarse las inspecciones inútiles, adoptándose todas las precauciones posibles para no comprometer al interesado más que en lo estrictamente necesario.

3. Respecto de la hora de la diligencia, tratándose de domicilio, y a diferencia de lo que ocurre con los lugares o edificios públicos, la diligencia de entrada y registro se hará siempre de día, salvo casos de urgencia. Si llega la noche sin que se hubiere terminado el acto, éste se suspenderá, salvo que el interesado consienta en su continuación o lo haga necesaria la urgencia. Si el registro pudiere practicarse de noche, el Auto deberá hacerlo constar expresamente.

4. Con relación a la documentación del acto, el Secretario extenderá diligencia del mismo, haciendo constar los extremos recogidos por el artículo 572 LECrim. El acta será firmada por todos los concurrentes, pudiéndose expedir certificación de la misma a la parte interesada, si se reclamase.

3.3 Presupuestos básicos

El consentimiento del titular; la situación de flagrancia, y la existencia del mandamiento judicial autorizando la entrada y registro⁽¹¹⁷⁾.

3.3.1 CONSENTIMIENTO DEL TITULAR

En el caso de la voluntad conforme del titular o legítimo ocupante de la vivienda, no rigen las precauciones normativas que sí regirían en caso contrario⁽¹¹⁸⁾. Así, si no consta la voluntad contraria a la entrada domiciliaria, no es tampoco exigible la presencia del Secretario Judicial en la diligencia⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁵⁾ STS de 2 de noviembre de 1992.

⁽¹¹⁶⁾ Vid. GÓMEZ COLOMER en *Concreciones en torno al...*, op. cit., 583 y ss.

⁽¹¹⁷⁾ Las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo. Así, SSTC 22/1984, y 136/2.000.

⁽¹¹⁸⁾ Vid. artículo 545 LECrim. Asimismo, SSTS de 11 de junio, de 23 de julio y de 22 de diciembre de 1992, y de 1 de marzo y 3 de octubre de 1996.

⁽¹¹⁹⁾ Vid. STS de 30 de septiembre y 4 de diciembre de 1992, y a diferencia de lo sostenido en otras sentencias como, v. gr., en las SSTS de 16 de octubre y 12 de diciembre de 1991.

«Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar el registro, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que pueda tener efecto sin poder entonces invocarse la inviolabilidad que la Constitución reconoce. El consentimiento implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la circunstancia también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente [...], que ese acto tenga lugar. Es una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental.

Es cierto [...] que el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera ciertamente restrictiva, «*in dubio pro libertatis*», [...] pero también lo es que para llegar a conclusiones concretas, cuando después se niega por el interesado la existencia de tal consentimiento, es preciso analizar racionalmente el comportamiento de éste, «antes, durante y después», así como las manifestaciones de cuantos estuvieran presentes cuando el registro se llevó a cabo»⁽¹²⁰⁾.

De esta manera, el consentimiento expreso de una persona permite la entrada en su domicilio (art. 545 LECrim), y si ello es así, no hay quebranto del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

En cuanto al consentimiento tácito, se admite como suficiente para proceder a la diligencia, interpretándose la falta de oposición como tal consentimiento presunto⁽¹²¹⁾, pero la interpretación del sistema ha de hacerse de la manera más favorable para el titular del derecho fundamental.

«Los requisitos, las exigencias procesales, se deben exigir para el registro no consentido, no para el autorizado. En todo caso, éste se practicó estando presente el titular que firmó el acta. Ello hace innecesaria la presencia de testigos, cuya ausencia no afecta a la irregularidad de la diligencia»⁽¹²²⁾.

Se conviene en que sólo el «morador» puede dar un consentimiento eficaz para eliminar la tipicidad del delito, entendiendo la expresión «morador» como una situación de hecho. Se entiende, pues, que titular del derecho (a los efectos que ahora nos interesan) «es aquella persona que efectivamente desarrolla su vida privada dentro del lugar en el que se pretende entrar. Si el sujeto que vive efectivamente en el lugar en el que se pretende penetrar no coincide con quien ostenta la titularidad jurídica sobre el bien (poseedor de hecho/propietario), debe primar la decisión del primero en cuanto lo que se defiende en este caso no es la propiedad u otro derecho real sino el derecho a que se respete la vida privada»⁽¹²³⁾.

Y en el supuesto de pluralidad de moradores, la doctrina española mantiene el criterio de otorgar mejor derecho al que prohíbe «*melior est conditio prohibentis*»⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁰⁾ STS de 12 de febrero de 1996. En idéntico sentido, SSTS de 20 y 24 de enero de 1995.

⁽¹²¹⁾ La doctrina se muestra dispar en este punto. Así, mientras algunos autores sólo admiten el consentimiento expreso, como Bajo, otros igualmente aceptan el tácito, como DE ALFONSO. Vid. BAJO FERNÁNDEZ en *Protección del honor y de la intimidad*, Madrid, 1989-1992, p. 107; y DE ALFONSO BOZZO, *Sobre la inviolabilidad del domicilio. (Comentario a la STC de 17-2-1984)*, Barcelona, 1985, p. 460.

Mas lo cierto es que el pretendido requisito del consentimiento *expreso* no aparece en el artículo 18.2 CE, y, aunque fue inicialmente recogido en el Informe de la Ponencia y en el Dictamen de la Comisión, no se mantuvo después en la Comisión del Senado, ni en el Texto que definitivamente se aprobó. La STC 22/1984 ha mantenido que el consentimiento no necesita ser expreso. Pero tampoco olvidemos lo que ya se ha tenido ocasión de apuntar: que tratándose de la restricción de un derecho fundamental, habrá de estarse siempre al *in dubio pro libertatis*.

⁽¹²²⁾ STS de 5 de marzo de 1996.

⁽¹²³⁾ FRANCO ARIAS, J., en *La entrada en...*, op. cit., p. 591.

⁽¹²⁴⁾ Así BAJO FERNÁNDEZ en *Protección del honor y...*, op. cit., p. 107, y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Madrid, 1980, p. 320, de acuerdo con BINDING.

En todo caso, es menester recordar que es necesario realizar al titular de la vivienda el previo requerimiento, de forma que éste entienda perfectamente el objeto de la diligencia, y, comprendiéndolo, pueda oponerse a la entrada y registro ⁽¹²⁵⁾.

3.3.2 FLAGRANCIA

Flagrante es el delito (o infracción penal que se está cometiendo, en un determinado instante y en un determinado lugar ⁽¹²⁶⁾, constituyendo una excepción al contenido de un derecho fundamental ⁽¹²⁷⁾ (la inviolabilidad domiciliaria). Por ello, al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, la aplicación y el propio concepto de «flagrancia» o «delito flagrante» han de ser objeto de una interpretación restrictiva en aras al máximo respeto posible al derecho fundamental ⁽¹²⁸⁾.

Para que haya delito flagrante, tiene que sorprenderse al delincuente cuando *está cometiendo* el delito, o *inmediatamente después* en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización, que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo ⁽¹²⁹⁾.

El concepto de «delito flagrante» viene así delimitado por tres notas características ⁽¹³⁰⁾:

1.^a Inmediatez temporal o «inmediatez de acción» ⁽¹³¹⁾; es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

⁽¹²⁵⁾ Se plantea el problema de la ignorancia del derecho. Es decir, de que el titular de la vivienda o, un supuesto mucho más ejemplarizante, el ocupante de una habitación de un hotel, desconozca su derecho a oponerse al registro y no se hubiere cumplido la condición antes mencionada. Por ello estimamos que, dada la importancia de una diligencia de este tipo, antes de proceder a la realización de la misma, siempre y sin excepción, debe darse cuenta en el acto al interesado de su derecho a oponerse, especialmente si los agentes de la autoridad carecen de mandamiento, para que de esta forma éstos no puedan aprovechar el desconocimiento del derecho en perjuicio del ocupante de la vivienda. Así, igualmente, cuando el titular de la vivienda registrada, ignorando que la diligencia se hubiera realizado con omisión de algún requisito que determinaría su nulidad y, en sede policial o judicial, y ante lo que aquél estimaría inútil negar lo obvio, confirma el hallazgo del objeto del delito. En estos casos, debemos entender que tales declaraciones son consecuencia directa de la diligencia ilícita, por lo que no deberían ser tenidas en cuenta a la hora de formar la base condenatoria de la sentencia.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. artículo 779 LECri, desaparecido en la Reforma de 28 de diciembre de 1988, Ley 7/1988, «pero cuya definición no puede ser desconocida». Vid. STS de 8 de octubre de 1992. Su supresión ha sido calificada de «infausta». Vid. el amplísimo estudio que de la flagrancia y de otras cuestiones relacionadas con la diligencia de entrada y registro realiza FAIREN GUILLÉN, V., en *Algunas ideas básicas sobre la «entrada y registro domiciliario»*, Madrid, 1993, pp. 11 y ss.

⁽¹²⁷⁾ Para BAJO FERNÁNDEZ, «de la letra del texto constitucional parece derivarse la posibilidad de registrar el domicilio en caso de flagrante delito, sin distinguir los fines de dicho registro, sean éstos los de hallar al delincuente o conseguir pruebas de su culpabilidad. A mi juicio, el artículo 18 de la Constitución se está refiriendo al registro con el fin de hallar al delincuente oculto en el domicilio. Esta interpretación restrictiva se deriva, nuevamente, de la especial protección dada a los derechos fundamentales, y de la referencia del artículo 779 de la LECri (*hoy derogado*) al delincuente «sorprendido». Vid. BAJO FERNÁNDEZ, en *Protección al honor y...*, op. cit., pp. 108 y ss.

⁽¹²⁸⁾ Vid. STS de 2 de julio de 1993. En el mismo sentido de la citada resolución, vid. GARZÓN, B., y MANJÓN-CABEZA, A., en *La Ley de Seguridad Ciudadana. ¿Solución o problema?*, Madrid, 1992, p. 4.

⁽¹²⁹⁾ Así, entendemos por delito flagrante aquel que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que ese mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia para capturar al delincuente.

No será así en los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes (los que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido), pues desde el momento en que quedaron consumados ya no requieren, normalmente, una urgente intervención de los agentes de policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en solicitar y obtener una autorización y mandamiento judicial.

⁽¹³⁰⁾ Características que supondrían la licitud, constitucional y procesal, de la diligencia de entrada y registro. Vid. SSTS de 29 de marzo de 1990 y de 2 de julio de 1994.

⁽¹³¹⁾ Según la terminología utilizada por el ATS de 17 de enero de 1996.

2.^a Inmediatez personal; consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3.^a Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes, se vea impelida a intervenir inmediatamente, con el doble propósito de poner fin a la situación existente impidiendo en la medida de lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente ⁽¹³²⁾.

3.3.3 EL MANDAMIENTO JUDICIAL

La falta de mandamiento judicial (y no existiendo flagrante delito o consentimiento del titular) constituye una irregularidad inadmisibles, que deja a la diligencia huérfana de todo valor probatorio, tal y como la práctica unanimitad de la doctrina y jurisprudencia han venido sosteniendo ⁽¹³³⁾.

La falta de resolución judicial para la entrada y registro del domicilio implica la inexistencia de la condición legitimante de la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ⁽¹³⁴⁾. La diligencia de entrada y registro que se practique sin la misma y las pruebas resultantes de la diligencia devienen ilícitas, sin que puedan surtir efecto alguno en el proceso, contaminando las restantes diligencias que de ella deriven directa o indirectamente ⁽¹³⁵⁾.

La Fiscalía General del Estado ha estimado incluso la nulidad de la diligencia de entrada y registro realizada en ausencia de mandamiento judicial y de los testigos, a pesar del consentimiento del titular ⁽¹³⁶⁾.

Por otra parte, el Auto que acuerde la diligencia de entrada y registro, según el artículo 550 de la LECrim y 558 del mismo cuerpo legal, debe ser motivado y fundado ⁽¹³⁷⁾, porque la restricción de un derecho fundamental de la trascendencia y tradición liberal de la inviolabilidad domiciliaria, no puede decretarse sin un sólido razonamiento o fundamentación jurídica donde se explicita la razón de tan excepcional medida, ajena a un mero formalismo, modelo o escrito rutinario ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³²⁾ *Vid.*, para todo lo anterior, STS de 29 de marzo de 1990.

⁽¹³³⁾ *Vid.*, a modo de ejemplo, las SSTS de 9 de octubre de 1992 y de 25 de noviembre de 1996.

⁽¹³⁴⁾ *Vid.* STS de 2 de marzo de 1993, en que la diligencia se realizó sobre la base de un Auto judicial carente de la firma del Juez y de la del Secretario Judicial, error que no fue subsanado ni corregido de inmediato, sino hasta el momento casacional, por lo que el TS estima que no existió mandamiento judicial válido, razón por lo que las pruebas derivadas, directa o indirectamente del registro, devinieron ilícitas y carentes de operatividad probatoria.

⁽¹³⁵⁾ *Vid.* SSTS de 12 de noviembre de 1991, y de 28 de enero y 2 de marzo de 1993; en aplicación del artículo 11.1 LOPJ.

⁽¹³⁶⁾ *Vid. Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 3. Madrid, 19 de abril de 1991, p. 8.

⁽¹³⁷⁾ Evidentemente, el Auto que acuerde la práctica de la entrada y registro debe ser anterior a la propia diligencia. Es decir: la autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo para la protección del derecho, que no puede ser excepcionado.

Vid. STS de 23 de octubre de 1996. En idéntico sentido, SSTC 160/1991; 126/1995, y 171/1999.

⁽¹³⁸⁾ LUZÓN CUESTA admite el uso de formularios. *Vid.* LUZÓN CUESTA, J. M., en *La prueba derivada de la entrada y registro domiciliario*, p. 35. Igualmente, la STS de 11 de diciembre de 1996.

Así pues, la resolución judicial ha de contener la explicación de los indicios origen de la decisión, porque si no de nada valdría la exigencia legal de su existencia, que ha de producirse siempre antes de la decisión de la que son causa, y no después⁽¹³⁹⁾.

«La exigencia de la motivación no se limita sólo a las sentencias [...], sino que alcanza también a los Autos [...]»⁽¹⁴⁰⁾. [...] La motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico»⁽¹⁴¹⁾.

La jurisprudencia ha señalado de forma reiterada la insuficiencia de motivación cuando, para dictar Auto habilitante de entrada y registro, se utilicen impresos que carezcan de toda referencia al caso concreto⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, tal exigencia de motivación no tiene por qué ser exhaustiva ni agotar la expresión de todos los posibles argumentos, bastando con que exprese los elementos individualizantes del caso y las líneas generales del razonamiento⁽¹⁴³⁾, teniendo en cuenta, además, que la medida se adopta antes del descubrimiento de un delito, por lo que la expresión y descripción de las sospechas policiales será suficiente para fundar la decisión de entrada y registro, y la remisión en el Auto al oficio policial⁽¹⁴⁴⁾, conteniendo las razones para pedir la autorización habilitante, se ha de estimar como una incorporación del contenido del oficio a la motivación de la decisión judicial⁽¹⁴⁵⁾.

(Continuará.)

⁽¹³⁹⁾ Vid. STS de 23 de junio de 1992 y STC 126/1995, de 25 de julio. Vid., asimismo, STS de 15 de julio de 1992 y SSTC 122/1984, de 17 de febrero; 44/1987, 37/1989, de 15 de febrero; 211/1992, de 30 de noviembre, y 309/1994, de 21 de noviembre. Vid., igualmente, SSTEDH de 22 de agosto de 1984 y de 6 de septiembre de 1987.

⁽¹⁴⁰⁾ Con cita de las SSTC 14, 122 y 191/1991, y 27, 159 y 175/1992.

⁽¹⁴¹⁾ STS de 31 de enero de 1996. En parecido sentido, las SSTS de 5 de julio de 1993, de 11 y 31 de octubre y 17 de noviembre de 1994, 4 de marzo de 1995 y de 24 de mayo, 18 de julio, 11 de octubre y 3 de diciembre de 1996. Vid., a su vez, las SSTS de 11 de marzo y 3 de diciembre de 1996, que analizan en profundidad el requisito de la motivación, con cita de numerosa jurisprudencia.

⁽¹⁴²⁾ Vid. SSTS de 22 de marzo de 1994 y de 22 de marzo de 1996 y STC 125/1989, de 12 de julio.

⁽¹⁴³⁾ STS de 20 de mayo de 1994.

⁽¹⁴⁴⁾ Vid., a modo de ejemplo, STS de 2 de abril de 1996.

⁽¹⁴⁵⁾ STS de 11 de octubre de 1994, y de 22 de marzo, 17 de julio y 11 de diciembre de 1996.