

I CONGRESSO DE

Processo Penal

Memórias



Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente



ALMEDINA

TÍTULO: I CONGRESSO DE PROCESSO PENAL

COORDENAÇÃO: MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

EDITOR: EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua da Estrela, n.º 6
3000-161 Coimbra
Telef.: 239851904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA: G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
PALHEIRA – ASSAFARGE
3001-453 COIMBRA
Email: producao@graficadecoimbra.pt

JANEIRO, 2005

DEPÓSITO LEGAL: 221338/05

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| PROGRAMA | 7 |
| INTRODUÇÃO | |
| MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE | 11 |
| Discurso de abertura | |
| ALFREDO JORGE FARINHA FERREIRA | 19 |
| Análise sucinta do paradigma processual penal vigente e das suas conexões com o sistema de segurança interna. Algumas propostas de alteração | |
| MÁRIO BELO MORGADO | 21 |
| CONFERÊNCIA DE ABERTURA | |
| A protecção dos direitos fundamentais no processo penal | |
| JOSÉ SOUTO DE MOURA | 33 |
| TEMA I. ARGUIDO – MEDIDAS CAUTELARES E DE POLÍCIA – DETENÇÃO | |
| Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal | |
| PAULO DÁ MESQUITA | 55 |
| Breve nota sobre o conceito de detenção em flagrante delito por entidade policial enquanto pressuposto do processo sumário | |
| HENRIQUE SALINAS MONTEIRO | 91 |
| TEMA II. INQUÉRITO E INSTRUÇÃO | |
| O relacionamento entre a autoridade judiciária e polícias no processo penal | |
| MANUEL DAMIÃO DA CUNHA | 99 |
| Da acusação e da pronuncia e a suficiência indiciaria | |
| FERNANDA PALMA | 113 |

| | |
|---|-----|
| Medidas de coacção e figuras cautelares afins no âmbito da o investigação criminal | |
| ALFREDO CASTANHEIRA NEVES | 131 |
| O estatuto jurídico processual do arguido: alguns dos seus direitos | |
| ANTÓNIO BARREIROS | 141 |
| Delegações, fiscalização e controle pelo ministério público | |
| ARTHUR LEMOS FILHO | 177 |
| Dos actos do ministério público e do juiz no inquérito | |
| MOURAZ LOPES | 193 |
| | |
| TEMA III. DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA | |
| Das escutas telefónicas | |
| MANUEL DA COSTA ANDRADE | 215 |
| Do “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa | |
| RUI PEREIRA | 225 |
| Prova e meios de obtenção de prova – breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal | |
| CARLOS PINTO DE ABREU | 257 |
| Das revistas e buscas – Que viagem queremos fazer? | |
| MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE | 285 |
| Dos meios de obtenção de prova em Espanha | |
| NIEVES SANZ MULAS | 313 |
| Sobre o termo de identidade e de residência (tir): suas problemáticas | |
| TELMA MARIA DOS SANTOS FERNANDES | 345 |
| | |
| TEMA IV. DOS MEIOS DE PROVA | |
| Das testemunhas | |
| NUNO CASTRO LUÍS | 357 |
| A prova documental e a prova pericial no código de processo penal | |
| RUI DO CARMO | 381 |
| | |
| CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO | |
| A criminalidade organizada e a investigação criminal | |
| GERMANO MARQUES DA SILVA | 397 |

LOS MEDIOS DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN ESPAÑA (ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO E INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES)

NIEVES SANZ MULAS

Doctora en Derecho Penal

Profesora de la Universidad de Salamanca (España)

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRUEBA PROHIBIDA: 1. Concepto. 2. Supuestos principales. 3. Regulación legal. El art. 11.1 de la LOPJ. III. ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO: 1. Aspectos generales. La inviolabilidad del domicilio. 2. Concepto de domicilio. 3. Entrada con el consentimiento del titular. 4. Entrada por flagrante delito. 5. Entrada legal o entrada con autorización judicial. A) Los indicios de delito como premisa previa para la entrada y registro. B) Práctica de la entrada y registro. Requisitos. 6. Supuestos especiales: A) Registro de automóviles. B) Caravanas y roulottes. C) Camiones y literas de tren. D) Cajas fuertes. Bolsas. Maletas. Cajas de seguridad y otros objetos cerrados. E) Personas jurídicas. IV. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES: 1. Delineamientos generales. 2. Intervención de las comunicaciones telefónicas. Las escuchas telefónicas: A) Requisitos. B) Control judicial. C) Validez probatoria de las intervenciones telefónicas. D) Supuesto especial: Uso de "scanner" para captar señales de teléfonos móviles. 2. Intervención de la correspondencia postal y paquetes postales: A) Tratamiento unitario de toda la correspondencia postal. B) Requisitos para la intervención. C) Eficacia probatoria de las intervenciones postales. 3. Comunicaciones telegráficas. V. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción

La meta del proceso penal, que duda cabe, es la obtención formalizada de la verdad, pero no de cualquier modo sino por vía

formal¹. Porque si partimos de un Estado social y democrático de Derecho, propugnando valores superiores como la libertad, la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), debemos repudiar cualquier clase de acto que implique arbitrariedad, y de modo particular en la vertiente probatoria, especialmente en el proceso penal, de modo que en cualquier caso sean respetados con celo y escrupulosamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos².

Uno de los aspectos que mayor interés y preocupación ha suscitado en los últimos años es el relativo al tema de la prueba prohibida en el proceso penal. Esto es, la prueba ilegalmente obtenida, la prueba inconstitucional, la prueba nula, la prueba viciada, la prueba irregular³.

La Prueba Prohibida

1. Concepto

Aunque en general prueba ilícita es aquella que contraviene el ordenamiento jurídico, el concepto de ilicitud que aquí manejaremos es más restringido, y se refiere únicamente a lo que también se conoce como prueba prohibida: la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales⁴. En tal sentido, estamos ante supuestos evidentes de “abstención de valoración de la prueba prohibida”, cuando éstas se pudieran obtener mediando la vulneración de garantías constitucionales —como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, arts. 18.2 y 3 CE—, con violación de derechos fundamentales —derecho a la intimidad del art. 18.1 o el de defensa del art. 24— o por medio de métodos o maneras que la Constitución prohíbe.

¹ HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

² ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal. Jurisprudencia. Apuntes doctrinales. Legislación*, Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1999, p. 27.

³ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999, p. 15.

⁴ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 49.

Sin embargo, dado que en el derecho procesal es frecuente hallarse comprometido el derecho a la libertad del art. 17 CE, y que para averiguar la verdad material es necesario restringir determinados derechos fundamentales como el derecho a la integridad física (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18.1 CE), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), etc., se hace necesario el cumplimiento de determinados requisitos y garantías establecidos por la Ley y la jurisprudencia. Su inobservancia, por parte de la Autoridad o funcionario que lo lleva a cabo, conllevaría una sanción material, e incluso podría ser el origen de una responsabilidad penal —Títulos VI, VII, X y XXI del CP— o bien de una sanción procesal, en virtud de la cual el valor del acto ilícito que vulnere un derecho fundamental queda reconducido al de meros actos de investigación, y, como tales, no idóneos para poder fundamentar una sentencia de condena o en su caso se convierte en un acto de prueba de valoración prohibida por el correspondiente Tribunal sentenciador⁵.

2. Supuestos principales

Los más claros supuestos de prueba prohibida o ilícita son⁶:

- a) Los medios de prueba que pudieran practicarse con violación de derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física —ej. intervención corporal—, a la libertad —ej. retenciones o cacheos inconstitucionales—, el derecho a la intimidad —ej. inspección corporal de las partes íntimas—, la infracción del principio de proporcionalidad en cualquier derecho fundamental. De igual modo, la entrada y registro practicada fuera de los casos permitidos por la ley, o la grabación magnetofónica de una intervención de las comunicaciones por los poderes públicos o por los particulares

⁵ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 31 y ss.

⁶ GIMENO SENDRA, V., et. alt., *Derecho Procesal Penal*, 2.^a edic, Colex, Madrid, 1997, pp. 381 y ss.

con vulneración del derecho a la intimidad o al honor, son claros supuestos de prueba prohibida.

- b) La declaración del imputado arrancada mediante torturas, coacciones o a través de medios que la ley no autoriza e, inversamente, la confesión obtenida mediante ventajas materiales —ej. reducción pena de los arrepentidos—, que tampoco pueden gozar de valor probatorio alguno para servir de base a sentencias condenatorias contra otros copartícipes en el hecho punible.
- c) Finalmente, la declaración del imputado, que, con sacrificio de su derecho constitucional de defensa, es interrogado en calidad de testigo o que se somete a un interrogatorio judicial o prueba pericial —ej. test de alcoholemia— sin haber sido previamente informado de sus derechos.

3. Regulación legal. El art. 11.1 de la LOPJ

La reiterada doctrina del TC —sobre todo a raíz de la STC 114/1984, de 29 de noviembre— se proyectó en el art. 11.1 LOPJ, precepto que supuso la consagración definitiva en el Ordenamiento jurídico español de la “teoría de la prueba prohibida”, o como se ha denominado más tarde “la prueba ilícita”. Y ello porque expresamente dice:

“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*”.

De este artículo, a juicio de ASENSIO MELLADO⁷, cabe extraerse cuatro conceptos diferentes cuyo análisis es fundamental para la comprensión global del mismo: obtención, prueba, no producción de efecto y directa o indirectamente.

⁷ ASENSIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, 1989, p. 80.

A) OBTENCIÓN

La idea de prueba prohibida está íntimamente referida al momento crucial de la obtención de la prueba, siendo, por el contrario, reconducibles a la interdicción de la indefensión las lesiones que se originen en las situaciones de admisión y práctica de las pruebas. Luego nos referimos al momento de la búsqueda y obtención de fuentes de prueba; esto es, al momento de investigación de los hechos.

B) PRUEBA

Con el término prueba se debe entender actividad probatoria en sentido amplio. Luego no sólo se debe incluir en dicho término la noción “fuente” sino toda actuación que se determine sobre tal fuente y el propio resultado de tal labor. El art. 11.1 LOPJ no se limita, por tanto, a la sola tarea de la búsqueda e investigación de fuentes sino que se utiliza la expresión “obtención” en un sentido más amplio, es decir, como toda labor tendente a llevar o introducir un resultado probatorio al proceso.

C) NO SURTIRÁN EFECTO

La consecuencia esencial que produce la obtención de una prueba así obtenida viene a ser su inutilizabilidad a efectos de fundamentar en su base una sentencia del signo que sea. O lo que es lo mismo, se trata de no tomarla en consideración con vistas a la resolución definitiva, o bien de no entrar ni tan siquiera en su valoración si se constata su carácter en un momento anterior al de dictar sentencia. Esto es, también establece una prohibición de admisión de las pruebas ilícitas, sin embargo plantea el momento y trámite procesal oportuno para discutir la validez o no de las pruebas, cuestión que no está correctamente regulada en la LECrim⁸.

⁸ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, op. cit., pp. 51 y 52.

D) DIRECTA O INDIRECTAMENTE

Es la cláusula que mayores problemas interpretativos plantea. Según JOAN PICO, el legislador con esta expresión pretendió recoger, de manera poco afortunada por cierto, la doctrina sentada por el TC en la mencionada sentencia 114/1984, destacando la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental, así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se da entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone indirectamente conculcar otros derechos fundamentales —en concreto los referidos al proceso con todas las garantías y la igualdad de partes—²⁸⁵.

Esto es, y siguiendo a MONTAÑÉS PARDO²⁸⁶, con la expresión “directamente” el legislador se refiere a todos aquellos supuestos en los que la vulneración del derecho fundamental se produce con la obtención de la prueba, de tal modo que la prueba es consecuencia inmediata de la vulneración —ej. una grabación telefónica sin autorización—. En cuanto a la expresión “indirectamente”, ésta parece referirse a aquellos casos en los que la relación de causalidad entre la vulneración del derecho fundamental y la obtención de la prueba no es tan estrecha. Son todos aquellos casos en los que el material probatorio no es consecuencia directa de la vulneración constitucional, pero sí indirecta —ej. a raíz de una escucha ilegal la policía obtiene información que le permite detener después “*in fraganti*” al autor—.

Entrada y registro en lugar cerrado

1. Aspectos generales. La inviolabilidad del domicilio

Supone la entrada en el domicilio y su registro una intromisión realizada por los órganos jurisdiccionales en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Su finalidad es lograr la detención

⁹ PICO JUNOY, J., Sección Doctrina: “El art. 11.1 LOPJ”, en *La Ley*, núm. 4213, de 22 de enero de 1997.

¹⁰ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones, op. cit.*, pp. 52 y 53.

del imputado, o la aprehensión de cualquier información u objeto que, por su relación con los hechos delictivos investigados, se considere de interés para la instrucción. La importancia de esta diligencia de invasión domiciliaria deriva, tanto de constituir en gran cantidad de casos el punto de partida de la investigación criminal en la averiguación de hechos presumiblemente delictivos —en especial de los delitos contra la salud pública, la receptación y la tenencia de armas—, como de haber estado sometida a un vaivén legislativo y a una jurisprudencia contradictoria que ha supuesto, en definitiva, que sólo muy lentamente se haya ido abriendo paso una doctrina relativamente unificadora al respecto¹¹.

La inviolabilidad del domicilio se consagra como derecho fundamental en el art. 18.2 CE diciendo:

“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

Un pronunciamiento constitucional consecuencia del arraigo de ese principio en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 12)¹², el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 8)¹³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17)¹⁴.

¹¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria. Presupuestos y requisitos”, en AA.VV., *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha. Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 833 y 834. De forma igualmente crítica, ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 170.

¹² Art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

¹³ Art. 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁴ Art. 17: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En lo que a su regulación en la LECrim se refiere, se halla en los arts. 545 a 578, y en este sentido se puede adelantar que las pruebas obtenidas mediante entrada o registro no amparados por el consentimiento (arts. 545 y 551 LECrim), por una resolución judicial (en los términos del art. 558 LECrim) o en caso de flagrante delito (con las matizaciones del art. 553) habrán de considerarse nulas conforme al art. 11.1 LOPJ. Así lo tiene declarado la Sala Segunda que, con carácter general, afirma que el registro efectuado sin consentimiento del titular, mandamiento judicial ni concurrir los requisitos de la flagrancia del art. 553 LECrim, adolece de “vicio esencial que determina la nulidad de la prueba así obtenida (art. 11, n. 1 de la LO 6/1985) por lo que no surte efectos”¹⁵. En cualquier caso el precepto rector sigue siendo el art. 569 LECrim, que literalmente dice:

Art. 569: “El registro se hará en presencia del interesado, o de la persona que legítimamente lo 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.

El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad declarada en el Código penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

¹⁵ LUZÓN CUESTA, J.M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, p. 14.

Si no encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acto a la parte interesada si la reclamare“.

2. Concepto de domicilio

Según establece 4el art. 554 LECrim, se reputa domicilio “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”.

Luego cabría también incluirse el domicilio de los no residentes, entendiendo que se refiere al domicilio en general. Porque otra interpretación iría contra el propio art. 18.2 CE en relación con el art. 13 también de la CE, que reconoce a los extranjeros el goce de las libertades públicas que garantiza el Título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”¹⁶.

La jurisprudencia, de su lado, ha considerado el domicilio desde un punto de vista constitucional, siendo indiferente la estabilidad de la residencia en un determinado lugar, ya que se refiere a los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, bien de modo duradero o transitorio, y siempre con absoluto respecto a la dignidad y la intimidad de la persona¹⁷. Conforme a esta definición, en definitiva, una persona puede tener varios domicilios: la vivienda donde reside habitualmente, el apartamento que tiene en la playa o el chalet de la sierra¹⁸.

En el ámbito jurídico no existe un concepto unitario de domicilio. Así se habla de domicilio civil —art. 40 Cc—, administrativo —art. 45 Ley Bases Régimen Local—, fiscal —art. 45 Ley General Tributaria—, procesal —art. 554.2 LECrim— y penal —art. 490

¹⁶ ALONSO PÉREZ, F., “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, en *La Ley*, núm. 5602, septiembre 2002, p. 2.

¹⁷ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁸ Alonso Pérez, F., “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, *op. cit.*, p. 2

CP—, teniendo cada uno de ellos un contenido y alcance diferentes. Pero el concepto de domicilio del art. 18.2 CE ha de entenderse y ser visto desde un prisma amplio y flexible, pues lo que trata de defender este derecho fundamental son los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, con un entendimiento e interpretación que recoja los principios de máxima protección a la dignidad e intimidad de la persona. En cualquier caso, la jurisprudencia NO ha considerado domicilio¹⁹:

1. Los locales comerciales o de esparcimiento (STS 7 de abril de 1995).
2. El trastero y plazas de garaje (STS 30 de junio de 1995).
3. Las oficinas de una empresa (STS 20 de diciembre de 1994).
4. Bares, cafeterías y *pubs* (STS 4 de abril de 1995).
5. Ascensores y elementos comunes de un edificio (STS 30 de abril de 1996).
6. Las casas abandonadas (STS 31 de enero de 1995).
7. Las cocheras y almacenes (STS 27 de abril de 1995).
8. La celda de un preso (24 de noviembre de 1995).
9. El dormitorio común de un cuartel (STS 26 de enero de 1995).
10. Los camiones que tienen un receptáculo para dormir (STS 20 de septiembre de 1994).
11. Las literas de un tren (STS 28 de diciembre de 1994).
12. Las naves ganaderas (STS 15 de julio de 1994).

Por otro lado, SI considera domicilio²⁰:

1. Las habitaciones de hoteles y pensiones (STS 4 de abril de 1995).
2. Las tiendas de campaña (STC 1182/1995)
3. Las “roulottes” y las tiendas de campaña donde se desarrolla la vida privada de sus moradores (STS 8 de julio de 1994).
4. Las chabolas (STS 10 de junio de 1995).

¹⁹ SAINZ RUIZ, J.A., “Algunas cuestiones procesales sobre tráfico de drogas: resumen jurisprudencial”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1.816, marzo, 1998, nota 58.

²⁰ *Ibidem*.

3. Entrada con el consentimiento de su titular

El consentimiento, expreso o presunto, es el primer factor legitimador de la entrada y registro de un domicilio, según el propio art. 18.2 CE. En tal sentido, el consentimiento prestado por una persona mayor de edad y capaz sólo puede entenderse nulo si concurre alguna de las causas que lo invalidan conforme a derecho (error esencial, violencia o intimidación) (STS 18 de febrero de 1994).

Cuando convivan varias personas en el mismo domicilio, según la jurisprudencia, basta con la autorización de cualquiera de los moradores que ocupan la vivienda, bien entendido que el consentimiento habrá de ser otorgado por persona mayor de edad. Si hay oposición entre los moradores, prevalece el criterio del que se niega, por lo que no podrá practicarse la entrada y registro, por tratarse de un derecho eminentemente personal que afecta a la propia intimidad y, en consecuencia, también deberá solicitarse el mandamiento²¹.

El consentimiento para ser eficaz ha de ser informado, luego si se debe a un *error sobre el derecho a oponerse al registro* se refiere, el TS ha considerado que “en la cultura popular está fuertemente arraigada la idea de que para acceder al domicilio de las personas es preciso el consentimiento del interesado o la previa autorización judicial, por lo que no pasa de constituir una simple manifestación de parte —carente de prueba— la afirmación de que el acusado desconocía que podía oponerse al registro” (STS 3 de marzo de 1996). No obstante, si se tratare de otros lugares como la habitación de un hotel es perfectamente posible que sus usuarios no sepan su catalogación también como domicilio, por lo que cabría hablar de vicio en el consentimiento si permiten la entrada por desconocimiento de su derecho a oponerse al registro²².

Finalmente, respecto al *consentimiento prestado por el detenido*, el problema radica en saber si un detenido o preso está en condiciones de expresar su voluntad favorable a la entrada y registro. Se trata

²¹ ALONSO PÉREZ, F., “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, *op. cit.*, p. 2

²² LUZÓN CUESTA, J.M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, *op. cit.*, p. 42.

más bien de una voluntad viciada por una *sui generis* intimidación, en la que el temor nace de la situación misma de detenido, no de la persona que hace la “invitación”, siendo el propio Juez el encargado de determinar si existe o no tal intimidación (STS 13 de junio de 1992). La obligación de informar al detenido, en caso de que se quiera proceder al registro de su domicilio, del derecho reconocido en el art. 18.2 CE tiene un apoyo legal en el art. 520.1 LECrim que establece: “Toda persona detenida o presa será informada... de *los derechos que le asisten* y especialmente de los siguientes...”, de modo que el catálogo de derechos recogido a continuación no es un *numerus clausus* sino el contenido mínimo del derecho de defensa en cualquier caso²³. En consecuencia, el consentimiento prestado por el detenido que no se halle asistido de letrado nunca podrá ser válido, y el registro en él amparado será vulnerador del derecho reconocido en el art. 18.2 CE (STS 18 de diciembre de 1997). Porque si siempre es necesaria la asistencia letrada al detenido para que este preste declaración, parece lógico que tenga que ser más necesaria aun para, una vez detenido, ser asesorado antes de prestar su consentimiento a un registro policial en su domicilio (SSTSS 26 de febrero y de 20 de noviembre de 1996).

6. Entrada por flagrante delito

A tener del mismo art. 18.2 CE también cabe la entrada en un domicilio ante un flagrante delito (art. 553 LECrim). Pero, ¿qué se debe entender por delito flagrante? Según jurisprudencia asentada por el TS, por flagrante se debe entender aquel delito que se estuviera cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delinquentes sean sorprendidos. Esto es, aquel que no necesita prueba dada su evidencia. Aquel que es evidente sensorialmente en el sentido de ser perceptible por cualquiera, por lo que no precisa otra prueba de su ejecución que el propio hecho de haber sorprendido al delincuente en tales circunstancias, no debiendo confundirse eviden-

²³ RODRÍGUEZ SOL, L., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 105.

cia con sospechas. En definitiva, el concepto de delito flagrante queda delimitado por tres requisitos: la “inmediatez temporal” del fenómeno criminal; la “inmediatez personal”, referida a la relación espacial entre el sujeto y el objeto o los instrumentos del delito, y, finalmente, la “necesidad urgente” de reacción para detener al delincuente o preservar fuentes de prueba²⁴.

El concepto de delito flagrante se vio perturbado por el art. 21.2 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana (la conocida como Ley Corcuera). En dicho precepto, tras declarar en el apartado 1 que “Los agentes de las FF y CC de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijan las leyes” en el apartado 2 establecía que “A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las FF y CC de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el CP, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”. Este apartado fue declarado inconstitucional y nulo por STC 341/1993, de 18 de noviembre, por estimar que contraviene el art. 18.2 CE pues utiliza términos que permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastaría para configurar una situación de flagrancia²⁵.

5. Entrada legal o entrada con autorización judicial

Por último, el art. 18.2 legitima la entrada con autorización judicial. Una entrada ordenada por el Juez de Instrucción competen-

²⁴ RASCÓN ORTEGA, J.L., “La entrada y registro como límite al derecho a la inviolabilidad del domicilio”, en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios judiciales*, Vol. I, año 2000, *op. cit.*, p. 254.

²⁵ LUZÓN CUESTA, J.M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

te (art. 550 LECrim)²⁶, mediante auto motivado, en cumplimiento de la más estricta legalidad y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad. Esto es, el juez debe ponderar la adopción o no de la medida, y sólo en el caso de que no existan otros medios alternativos no podrá adoptarla (*principio de necesidad*) y descartándola cuando sea previsible su escaso éxito (*principios de utilidad e idoneidad*)²⁷. La autoridad judicial, por tanto, ha de hacer una ponderación de los intereses en juego, es decir, la pretensión estatal de averiguación penal por un lado y el derecho que se afecta por otro²⁸.

En el auto, en cualquier caso, el juez expresará concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse el registro, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar (art. 558 LECrim).

Es sin embargo posible efectuar la entrada y registro sin necesidad de dicho auto en los siguientes supuestos:

- a) Los casos que establece el art. 55.1 CE o suspensión de algunos derechos fundamentales en los estados de alarma, excepción y sitio.
- b) El recogido en el art. 55.2 CE en relación con los delitos de terrorismo y bandas armadas.
- c) Los supuestos de estado de necesidad para evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofes, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad (art. 21.3 LO 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana).
- d) Ante la existencia de un mandamiento de prisión (art. 553 LECrim).

²⁶ La posibilidad, admitida por algunos autores, de que la entrada y registro pueda ser autorizada durante el juicio oral por el Juez competente en esta fase, es puramente teórica y en la práctica muy poco probable, por no decir imposible. *Vid.*, en RODRÍGUEZ SOL, L., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, *op. cit.*, p. 143

²⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., "La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria. Presupuestos y requisitos", *op. cit.*, p. 835.

²⁸ RASCÓN ORTEGA, J.L., "La entrada y registro como límite al derecho a la inviolabilidad del domicilio", *op. cit.*, p. 247.

e) En los casos de solicitud de licencia de determinados edificios que establecen los arts. 548, 555 y 559 a 562 LECrim.

A) LOS INDICIOS DE DELITO COMO PREMISA PREVIA PARA LA ENTRADA Y REGISTRO

Para ser adoptada la medida de entrada y registro es necesario la existencia de indicios y al objeto de poder encontrar en el lugar de práctica de tal diligencia, el procesado, efectos, instrumentos del delito, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para descubrir, averiguar y comprobar el delito.

Por indicios la jurisprudencia ha entendido las indicaciones, señales, notas y datos externos que, apreciados de manera razonable, conducen a establecer una sospecha fundada de que un hecho delictivo se ha producido y que después se confirma o no. No cabe equipararse en ningún caso indicios con sospechas o conjeturas (SSTC 174 y 175 de 1985) y, aunque la ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, esto es, probabilidad de su existencia, sospecha fundada, razonable, lógica de que conforme a las reglas de la experiencia pueden, a través de esta diligencia instructora, obtenerse o confirmarse estos datos previos relacionados con el objeto de la causa²⁹. Luego no es indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato que permita al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad, y que será exteriorizado, aun dentro de lo sucintas que suelen ser estas decisiones, en su auto que autoriza la entrada y registro.

B) PRÁCTICA DE LA ENTRADA Y REGISTRO. REQUISITOS

Una vez entrado en el domicilio, y con previa autorización debidamente motivada, esta diligencia se ha de practicar como medio de aseguramiento de la prueba y en concreto desde la perspectiva de la prueba sumarial anticipada. Sin embargo, es tal la confusión con la que viene regulada esta práctica en el art. 569 LECrim, que ha

²⁹ DE URBANO CASTRILLO, E., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, 1997, p. 156, nota 61.

sido de nuevo la jurisprudencia la encargada de solventar los aspectos más conflictivos:

- *La asistencia del Juez.* La ley permite que el Juez pueda delegar para la práctica de la diligencia de entrada y registro en el juez de su propia categoría si la diligencia ha de realizarse fuera de su jurisdicción o en el Juez de Paz o un funcionario de la Policía Judicial si se efectúa en el territorio de su jurisdicción (art. 563 LECrim)³⁰.
- *La asistencia del letrado* del titular del domicilio no es necesaria, por lo que su no comparecencia no viola precepto constitucional alguno ni determina la nulidad de la prueba (SSTS 15 de diciembre de 1995, 8 de junio de 1993, 7 de diciembre de 1994, 22 de marzo de 1996, etc.). Y ello porque ni la CE ni la LECrim contemplan la obligatoriedad de la asistencia del abogado en la práctica de la diligencia de entrada y registro, si bien no se impide su presencia, siendo especialmente recomendable su intervención cuando se ha procedido a la detención del titular o titulares del lugar en que se realice la diligencia, pues ello supone una garantía adicional que, en su día, puede ser valorada por el tribunal sentenciador³¹. En todo caso, estamos de acuerdo con ALONSO PÉREZ³², la presencia del abogado constituye una garantía para la Administración de Justicia. Del mismo modo que en la actualidad se han desvanecido los inconvenientes que en otro tiempo se esgrimían contra la presencia del Letrado en las diligencias de declaración y de reconocimiento de identidad del imputado, deberían erradicarse los recelos que puedan alegarse en contra de su asistencia a la práctica de la diligencia de entrada y registro, dado que su presencia resulta muy aconsejable, sobre todo al objeto de evitar ulteriores problemas que puedan derivarse de la ausencia del Letrado.

³⁰ ALONSO PÉREZ, F., "Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado", en *La Ley*, núm. 5643, octubre 2002, p. 3.

³¹ ALONSO PÉREZ, F., "El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro", *op. cit.*, p. 5

³² ALONSO PÉREZ, F., "Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado", *op. cit.*, p. 6.

- *Asistencia del titular.* El art. 569 LECrim exige la presencia del titular de la vivienda o su representante, y si aquél no fuera localizado, no quisiera estar presente o no nombre representante, se efectuará a presencia de un familiar mayor de edad. En su defecto se practicará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. Luego la presencia del titular es un requisito básico, de manera que su ausencia no puede ser sustituida por ningún otro formalismo (SSTS 7 de diciembre de 1994, 30 de mayo de 1995, 20 de septiembre de 1996, etc.). El incumplimiento de este requisito convierte la diligencia en nula de pleno derecho y conlleva la aplicación del art. 11.1 LOPJ.

Según STS de 15 de marzo de 2000, la presencia del interesado es requisito esencial para que la parte afectada pueda, desde ese momento, establecer una posibilidad de contradicción y de neutralización del resultado del registro, por lo que se trata de una formalidad cuyo incumplimiento puede originar indefensión, lo que lleva aparejada la nulidad de las actuaciones practicadas con este vicio procedimental. Así mismo la STS de 9 de octubre de 2001 estimó vulnerado el derecho de defensa (art. 24 CE), puesto que, hallándose el recurrente detenido y ordenada la práctica de la diligencia por considerar que en la vivienda donde fue detenido podrían hallarse objetos, instrumentos o sustancias de naturaleza incriminatoria para el acusado, debió habersele otorgado la posibilidad de intervenir en la práctica de la diligencia³³.

- *Asistencia del secretario judicial.* Se exige la presencia en el registro del Secretario del Juzgado, o Tribunal que lo hubiere autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que lo sustituya, por lo que su ausencia convierte a la diligencia en un acto nulo de pleno derecho, sin perjuicio de las pruebas que puedan ser obtenidas por otros medios (STS 13 de noviembre de 1995). Cabe, en cualquier caso, su sustitución en la forma prevista en la LOPJ (arts.282, 485 y 483.4).

³³ ALONSO PÉREZ, F., "Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado", *op. cit.*, p. 3.

Esto es, sólo en caso de necesidad el Secretario judicial puede ser sustituido, pero sin que se permita su sustitución por un funcionario de la Policía Judicial u otro funcionario público, como si se permitía antes de la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios, sustituyendo a la redacción del art. 569.4 LECrim dada por L 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal que contemplaba la posibilidad de que el Secretario pudiera ser sustituido por un funcionario de Policía Judicial u otro funcionario público, si el juez lo estimaba conveniente³⁴.

- *Vulneración de otros requisitos legales.* Hay que distinguir entre los casos en los que por faltar autorización judicial se perturba de alguna manera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito legítimamente, no se lesiona de manera grave el derecho constitucional aun cuando en la realización del acto judicial se incumplan normas procesales reguladoras de la forma en que la diligencia ha de llevarse a efecto. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita la prueba obtenida porque se ha vulnerado un derecho constitucional, una ilicitud que se comunica a todo el proceso, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores. En el segundo caso, el acto es irregular y nulo, sin efecto probatorio alguno. Esto es, sólo se origina la ineficacia del acto en sí, pero sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios.

6. Supuestos especiales

A) REGISTRO DE AUTOMÓVILES

El vehículo por norma general no es domicilio, por tanto su registro no requiere de autorización judicial ni de la presencia del acusado, pero sólo podrá efectuarse en caso de urgencia o necesidad

³⁴ *Ibidem*, p. 5.

(STC 303/1993). Si no existen tales razones, habrá de darse cuenta a la autoridad judicial, quien adoptará las oportunas medidas, y se practicará el registro en presencia de los imputados con asistencia de sus abogados. En todo caso, si el automóvil es aprovechado como casa por sus ocupantes, si que es calificado de domicilio y, en consecuencia, para su entrada y registro se requiere la previa autorización judicial³⁵.

B) CARAVANAS Y ROULOTTES

Las *caravanas* adosadas a un vehículo de motor y formando parte íntegra de él, que tiene en su parte habitable todo lo necesario, más o menos, para hacer eficaz la morada de los pasajeros, es apta para constituir el domicilio de una persona como soporte básico del derecho a la intimidad personal y familiar, sin que la circunstancia de tratarse de un vehículo itinerante en movimiento excluya tal carácter (STS 19 de septiembre de 1994, citando a la STC de 17 de febrero de 1984). De igual modo, una *roulotte*, en la que la persona tiene constituido su domicilio está bajo la protección del art. 18 de la CE.

C) CAMIONES Y LITERAS DE TREN

Los *camiones de largo recorrido* que llevan consigo un pequeño habitáculo para descanso del propio conductor no son, sin embargo, domicilio en ningún sentido (STS 19 de septiembre de 1994). De igual forma, las *literas de un tren* no constituyen domicilio pues carecen de la nota de privacidad necesaria al tratarse de una ocupación transitoria dentro de un departamento colectivo y compartida con otros viajeros (STS 28 de diciembre de 1994).

D) CAJAS FUERTES. BOLSAS. MALETAS. CAJAS DE SEGURIDAD Y OTROS OBJETOS CERRADOS

En cuanto a las *cajas fuertes* y las *cajas de seguridad*, su apertura debe hacerse con autorización judicial en presencia del Secretario del Juzgado y del imputado (STS 8 de mayo de 1996). Los *maletines*, *neceser*, *maletas* y *bolsos de viaje* destinados a guardar y

³⁵ RASCÓN ORTEGA, J.L., "La entrada y registro como límite al derecho a la inviolabilidad del domicilio", *op. cit.*, p. 260.

facilitar el transporte de objetos y efectos personales están, sin embargo, excluidos del ámbito de la tutela de la intimidad personal del art. 18.1 y del ámbito de la correspondencia postal del art. 18.3 CE. Luego su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con la correspondencia (STS 29 de diciembre de 1994).

E) PERSONAS JURÍDICAS

Otra duda generalmente planteada es si la protección constitucional que se hace de domicilio puede extenderse también al de las personas jurídicas. Aunque al principio el propio TC dudó sobre si las personas jurídicas contaban o no con el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, posteriormente les reconoce tal derecho y en STC 137/1985, literalmente dice:

“... nuestro texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas... siempre que vengan a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean compatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo...”³⁶.

Intervención de Las Comunicaciones

1. *Delineamientos generales*

Entre los derechos y libertades que protege la CE también se encuentra el derecho a la intimidad personal, siendo complemento de la misma el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y

³⁶ RASCÓN ORTEGA, J.L., “La entrada y registro como límite al derecho a la inviolabilidad del domicilio”, *op. cit.*, pp. 260 y 261.

telefónicas (art. 18 CE)³⁷. De igual modo, este principio se recoge en el art. 18.1 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en el art. 73 del Convenio de Sehengen, en relación con la entrega vigilada de paquetes postales.

La doctrina, en todo caso, ha establecido que los tres supuestos constitucionales mencionados —postales, telegráficos y telefónicas—, no forman un “*numerus clausus*”, sino que por el contrario han de tenerse en cuenta los avances propios de las tecnologías de la comunicación, por lo que habrá de entenderse que el precepto también ampara el telex, fax, Internet o comunicaciones por vía satélite.

Con todo ello, en cualquier caso, se trata de garantizar la intimidad de los usuarios de la telefonía y otros medios de comunicación. Esto es, el bien jurídico protegido es el derecho de los titulares del derecho a la intimidad, a la privacidad de una información privada, mediante lo cual ningún tercero puede intervenir en el proceso de comunicación o acceder al conocimiento del contenido del mensaje transmitido por cualquier medio de comunicación³⁸.

De este modo la STS de 18 de diciembre de 1995, literalmente manifiesta que “el despojo injustificado y sin garantías legales de la privacidad de las conversaciones telefónicas convierte al ciudadano en un ser frágil y desamparado, expuesto a la curiosidad pública y sometido a medidas lesivas para la integridad de sus derechos fundamentales, por lo que la invasión de la intimidad ha de estar orientada exclusivamente a los fines específicos previstos en la Ley y que no

³⁷ Completado, entre otras, por las siguientes normas internas: la LO 4/81 de 1 de junio, de los Estados de alarma, excepción y sitio (art. 18); Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; LO 9/84 sobre Bandas Armadas (arts. 17 y 18); LO 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; LOGP; LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad persona y familiar y a la propia imagen; LECrim (arts. 579 y ss); CP (arts. 197, 198, 278, 535 y 536); CP militar (art. 178); Reglamento del Servicio Público de Correos (Decreto 14-5-1964), etc.

³⁸ DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., “La intervención de las comunicaciones”, en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. I, año 2000, p. 91.

son otros que la investigación de los delitos que por su gravedad inciden de modo sensible sobre la convivencia pública”.

Su regulación legal se halla en el art. 579.2 y 3 de la LECrim, a los que se contraponen como excepción el número 4 del mismo precepto, así como el contemplado en el art. 18 de la LO 4/1981, sobre estados de excepción o sitio. De otra parte, su protección civil se regula en la LO 1/1982, de Protección de Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, y la penal en los arts. 197, 198 y 536 del CP, además de la vía establecida en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

2. Intervención de las comunicaciones telefónicas. Las escuchas telefónicas

Aunque no sea una prueba que se encuentre totalmente perfeccionada, sin duda constituye un medio idóneo de investigación como prueba indirecta, siempre que las grabaciones sean llevadas a juicio oral, debidamente cotejado su contenido con la fe pública judicial y dándose a las partes el derecho de oír su reproducción³⁹.

A) REQUISITOS

Debido a la imprecisión mostrada en la redacción del art. 579 LECrim, ha sido la jurisprudencia la que, a través de las resoluciones de la Sala Segunda, haya desarrollado los requisitos necesarios para la validez de la interceptación de las comunicaciones. Esta labor ha tenido como consecuencia la edificación de unos requisitos derivados de la legalidad Constitucional, y otros que se enmarcan dentro de la legalidad ordinaria —SSTS de 9 de abril de 1997 y de 12 de enero de 1995⁴⁰:

- a) La *proporcionalidad de la medida*, en cuanto que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una intervención telefónica, y siempre que las circunstancias que concurren y la

³⁹ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 159 y 160.

⁴⁰ SAINZ RUIZ, J.A., “Algunas cuestiones procesales sobre tráfico de drogas: resumen jurisprudencial”, op. cit., nota 56.

importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (STS de 20 de mayo de 1994).

- b) La *exclusividad jurisdiccional* de las intervenciones, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Pero eso no es todo, el juez también debe controlar el desarrollo y cese de la medida de intervención. Un control que ha de ser riguroso en grado sumo puesto que, como es lógico, el afectado por la medida desconoce su adopción (STS de 18 de abril de 1994).
- c) La *motivación de la autorización*. La resolución judicial acordando la intervención debe hallarse suficientemente motivada, ya que es preciso encontrar una causa suficientemente explicada para hacer comprender al titular del derecho limitado las razones por las que ese sacrificio necesario se consuma (STC 14 mayo de 1987). Es éste, por tanto, un riguroso requisito por el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y cuya importancia exige del Juez una explicación razonable y razonada de acuerdo con la ley y los principios constitucionales y en la cual encontrará lugar la explicación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (STS 12 de septiembre de 1994). La motivación también deberá darse ante la oportuna prórroga del tiempo en que se llevará a cabo la intervención sin que quepa una remisión tácita a las motivaciones que llevaron al juez a adoptar tal medida⁴¹.

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

⁴¹ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, op. cit., p. 32.

descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, siendo suficiente el que tales razones se expresen, de modo que pueda entenderse el porqué de lo resuelto, quedando así de manifiesto que no ha actuado con arbitrariedad y siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución de que se trate, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de las razones expuestas.. (STS 141/95, de 6 de febrero).

- d) La *existencia previa de procedimiento de investigación penal*, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones las que pongan en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación y correspondiente anotación de ese procedimiento (STS de 24 de marzo de 1994).
- e) La *previa existencia de indicios delictivos*, no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, que suelen apoyar los motivos de la policía judicial solicitando tal medida. O lo que es lo mismo, se debe contar previamente con la noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía, con la pertinente ampliación de los mismos que el Juez estimase conveniente (STS de 18 de abril de 1994).
- f) La *finalidad exclusivamente probatoria* de las interceptaciones para establecer existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (STS 12 de septiembre de 1994).
- g) La *especialidad de la materia a investigar*, debiendo precisarse el tipo delictivo que se está investigando y que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, pero no por innovación sino por adicción. O lo que es lo mismo, no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (STS de 20 de mayo de 1994).
- h) La *necesidad y excepcionalidad de la medida*, a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la

perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, pues si los datos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención (STC 31 de enero de 1985). Esto es, esta medida sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daño sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (ATS de 18 de junio de 1992).

- i) La *limitación temporal de la utilización de la medida* interceptora, fijando la LECrim períodos trimestrales prorrogables por la observación de las comunicaciones individuales, pero sin poder prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal (STS de 9 de mayo de 1994).
- j) La medida, además, recaerá *únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas*, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (STS de 25 de junio de 1993).

Pero esto no es todo, sino que además, para que la prueba sea lícita, es necesario que se produzca “la entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde consten las conversaciones detectadas, sin consentirse la previa manipulación y selección de su contenido por la policía, el conocimiento por el Juez de ese contenido, su conservación y el respeto del mismo contenido, así como la posibilidad de su audición con audiencia de las partes interesadas (STS 25 de marzo de 1994).

B) CONTROL JUDICIAL

La cobertura judicial de las intervenciones no se agota con la redacción del auto que autoriza la misma, sino que se prolonga y mantiene durante todo el tiempo que dura la medida, y además debiendo concurrir las siguientes notas (STS 12 de abril de 1997):

1. Resolución judicial autorizante en forma de Auto. No cabe acordar intervenciones telefónicas por medio de providencia y tampoco por propuesta de auto, debiendo serlo exclusivamente por auto razonado.

2. Que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención. Esto es, en el auto se deberá expresar el tiempo de duración de la escucha que no podrá ser superior a 3 meses, aunque sí prorrogable buscando siempre la finalidad en la eficacia y mínima lesión.

El art. 579.3 LECrim dispone que el plazo es de 3 meses prorrogable por iguales periodos, pero sin que especifique el número de prórrogas (aunque por la forma plural de prórrogas puede entenderse que son varias). Habrá que acudir, por tanto, a la normativa internacional como necesaria e interpretativa en relación con la categoría del derecho amparado⁴².

3. Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que encomienda la práctica de las escuchas.
4. Que sea señalado un plazo en el que se debe tener en cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas.
5. Que las cintas originales se entreguen en el Juzgado.
6. Que por el Secretario judicial se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir a la transcripción y hacer observaciones oportunas.
7. Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral.

C) VALIDEZ PROBATORIA DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

El TC se ha pronunciado en diferentes ocasiones acerca de la validez como prueba de las intervenciones telefónicas. De este modo, en STC 190/1992, se indica que con carácter general debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad de cierta manipulación, trucaje y distorsión, siendo perfectamente concebible que en ellas se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Pero una cosa es que, para evitar la proliferación de pruebas artificiosamente conseguidas, se recomienda proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las

⁴² DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., "La intervención de las comunicaciones", *op. cit.*, p. 107.

manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria. Por el contrario, la misma existencia de intervenciones legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos.

En definitiva, la jurisprudencia considera que esta clase de prueba obtenida es una prueba indiciaria o indirecta, incluso en los casos en que el imputado se autoincrimine en la conversación telefónica, puesto que no se trata de una confesión, ni de un testimonio si las manifestaciones captadas provienen de un tercero. Las conversaciones grabadas son un hecho extra procesal, no una declaración realizada ante el juez⁴³.

Por último, y lógicamente, si la prueba se obtiene vulnerando directa o indirectamente el derecho fundamental a la intimidad no surtirá efecto alguno. Será una prueba nula (STC 114/84, de 29 de noviembre).

D) SUPUESTO ESPECIAL: USO DE "SCANNER" PARA CAPTAR SEÑALES DE TELÉFONOS MÓVILES

En la STS de 8 de febrero de 1999 se hace referencia a la utilización de "scanner" por parte de la policía judicial para captar señales procedentes de teléfonos móviles. Al respecto literalmente manifiesta que "no sólo la primitiva telefonía por hilos, sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de ondas se encuentran bajo la tutela judicial". Es necesario, por tanto, la previa autorización judicial que sólo podrá otorgarse en el curso de una investigación. La prueba obtenida por la policía judicial fue declarada nula, por no contar con dicha autorización.

⁴³ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 166.

3. Intervención de la correspondencia postal y paquetes postales

A) TRATAMIENTO UNITARIO DE TODA LA CORRESPONDENCIA POSTAL

La correspondencia postal a la que alude la Constitución y la Ley procesal, se refiere a todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión, de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios⁴⁴. Luego la apertura de paquetes postales requiera idénticos requisitos que la apertura de la correspondencia directa y personal, precisamente porque “pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial” (STS 25 de junio de 1993).

B) REQUISITOS PARA LA INTERVENCIÓN

Los requisitos, en definitiva, para proceder a la intervención tanto de la correspondencia como de los paquetes postales son⁴⁵:

1. La necesaria autorización judicial, quien adoptará la decisión que corresponda en resolución motivada en correlación con los principios de necesidad y proporcionalidad (arts. 30 y 31 del Reglamento de Servicios de Correos).

Es necesario, por tanto, la proporcionalidad entre la medida con la consecuencia propia de afección al derecho fundamental al secreto, y la gravedad y trascendencia de la presunta infracción, lo que únicamente puede llevarse a cabo por la autoridad judicial mediante resolución fundada⁴⁶.

2. La detención, apertura y examen sólo puede ser autorizada judicialmente si hubiera indicios (no mera sospechas) de obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias importantes de la causa.
3. Se deberá remitir la comunicación postal intervenida de forma inmediata al Juez instructor de la causa, quien procederá a su apertura a presencia del interesado o de la persona a quien designe, salvo que no hiciera uso de este derecho o estuviese en rebeldía (arts. 581 a 588 LECrim).

⁴⁴ DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., “La intervención de las comunicaciones”, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁵ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

⁴⁶ DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., “La intervención de las comunicaciones”, *op. cit.*, p. 94.

4. No es necesario un mandamiento judicial en el supuesto de envíos postales sobre objetos abiertos y aquellos paquetes que ostenten etiqueta verde o equivalente modelo C-I —llevan impreso las palabras “abrirse de oficio”—, cuya apertura está autorizada para que se practique por los servicios de control aduanero, renunciando así tanto el remitente como el destinatario al derecho al secreto sobre su contenido. En consecuencia, la intervención de los objetos cerrado y de los no provistos de etiqueta verde en ningún caso se practicará más que en presencia del interesado.

C) EFICACIA PROBATORIA DE LAS INTERVENCIONES POSTALES

La intervención de las comunicaciones postales puede dar lugar a la aprehensión del cuerpo del delito en algunos casos (ej. droga), proporcionar una pieza de convicción para la comprobación de delito (documentos, objetos, etc.). En ambos casos, el resultado de las diligencias de intervención postal puede convertirse en prueba válida para fundar la convicción del juzgador y desvirtuar la presunción de inocencia, siempre y cuando se cumpla un doble requisito: Primero, que en la adopción, práctica y ejecución de la medida de intervención postal hayan sido respetados los presupuestos y garantías antes expuestas, pues de no ser así, la diligencia habrá de reputarse nula. Segundo, que el resultado de la diligencia de intervención se incorpore como prueba a la causa, en condiciones que permitan someterlas a contradicción por las partes⁴⁷.

Por el contrario, y lógicamente, cuando la diligencia no reúna los requisitos y garantías antes expuestos, la diligencia misma es nula y no puede producir efecto alguno. En tal sentido, y por ejemplo, el incumplimiento de las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia devienen en nulidad de la actuación judicial (arts. 238.3 y 240.1 LOPJ), cuya prueba ilícitamente obtenida violentando derechos fundamentales carece de efectos probatorios que se extienden a las pruebas posteriormente practicadas que traigan causa de la misma⁴⁸.

⁴⁷ Montañés Pardo, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁸ DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., “La intervención de las comunicaciones”, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

4. Comunicaciones telegráficas

No existe jurisprudencia en orden al tratamiento de este sistema de comunicación que, como tal, y en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, su regulación está igualmente protegida por el art. 18.3 CE, y su tratamiento análogo a los sistemas de comunicación en general, más próximo por su similitud a las comunicaciones postales⁴⁹ y, en cualquier caso, habrá de aplicárseles el mismo régimen que a todas ellas, según el matiz de que se trate. Como especialidades cabe precisar las siguientes⁵⁰:

- a) La normativa prevista en la LECrim es común, salvo algunas matizaciones, para las intervenciones telegráficas y de la correspondencia. Concretamente el art. 582 dispone que el Juez podrá ordenar que por cualquier administración de telégrafos se le faciliten copias de los telegramas transmitidos, si pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos.
- b) La normativa administrativa básica es la regulada en la Real Orden de 16 de septiembre de 1883, que establece la obligación de las administraciones de telégrafos de facilitar las copias de los telegramas transmitidos, o exhibir los originales de los mismos, cuando lo reclamen los jueces y tribunales.
- c) En la comunicación telegráfica, a diferencia de las comunicaciones telefónicas y postales, se interpone una persona para llevarla a cabo, lo que no le hace perder su protección dado que el secreto de las comunicaciones se garantiza en sentido formal, no material, con independencia del contenido más o menos reservado del mensaje transmitido.

⁴⁹ Si bien hay quienes, como DUEÑAS SANTOFIMIA, que les consideran más cercanas a las telecomunicaciones y para ello se apoya en la Ley 24-4-98 n. 11/98 General de Telecomunicaciones (BOE n. 162 de 8 de julio de 1998) que define las telecomunicaciones como: "Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos". *Vid.*, en DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., "La intervención de las comunicaciones", *op. cit.*, p. 98.

⁵⁰ MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, *op. cit.*, p. 47.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba en el proceso penal. Jurisprudencia. Apuntes doctrinales. Legislación*, Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1999.
- ALONSO PÉREZ, F., “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, en *La Ley*, núm. 5602, septiembre 2002.
- ALONSO PÉREZ, F., “Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, en *La Ley*, núm. 5643, octubre 2002.
- ASENSIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, 1989.
- DE URBANO CASTRILLO, E., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, 1997.
- DUEÑAS SANTOFIMIA, J.P., “La intervención de las comunicaciones”, en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. I, año 2000, pp. 83 y ss.
- GIMENO SENDRA, V., et. alt., *Derecho Procesal Penal*, 2.ª edic. Colex, Madrid, 1997.
- HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- LUZÓN CUESTA, J.M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999.
- MONTAÑÉS PARDO, M.A., *La intervención de las comunicaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PICO JUNOY, J., Sección Doctrina: “El art. 11.1 LOPJ”, en *La Ley*, núm. 4213, de 22 de enero de 1997.
- RASCÓN ORTEGA, J.L., “La entrada y registro como límite al derecho a la inviolabilidad del domicilio”, en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios judiciales*, Vol. I, año 2000, pp. 241 y ss.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria. Presupuestos y requisitos”, en AA.VV., *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla- la Mancha. Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 833 y ss.
- RODRÍGUEZ SOL, L., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- SAINZ RUIZ, J.A., “Algunas cuestiones procesales sobre tráfico de drogas: resumen jurisprudencial”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1.816, marzo, 1998.