
LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LA POLICÍA JUDICIAL

VICENTE GIMENO SENDRA

Catedrático de derecho procesal de la UNED

La prueba preconstituida es una prueba documental sobre hechos irrepetibles imposible de trasladar, por medios de prueba ordinaria, al juicio oral. Ésta debe ser practicada por el juez instructor, al que pertenece originariamente la competencia.

Sin embargo, la policía, ya sea la ordinaria o la judicial, y el Ministerio Fiscal pueden, como personal colaborador del juez de instrucción, de manera preventiva y acreditando siempre razones de urgencia, efectuarla.

En este artículo, el autor da a conocer y describe las actuaciones efectuadas por estas diferentes autoridades, de las cuales pueden derivarse pruebas preconstituidas. De esta manera se especifica su contenido, la regulación y validez, y cómo estas prácticas quedan recogidas en la jurisprudencia española.

«Pre-constituted evidence» is a piece of documentary evidence of one-off acts and it is impossible to transfer to oral proceedings in the form of normal evidence. The evidence must be processed by the examining judge, who has legal responsibility for this.

However, the police, whether they be ordinary police officers or judicial police, and the public prosecutor may also carry out this function in their capacity as staff collaborating with the examining judge, for preventive purposes and always because of reasons of urgency.

In this article, the author describes the actions taken by these different authorities who are permitted to produce pre-constituted evidence. The author also specifies its content, how it is regulated and its validity, and how these practices are integrated into Spanish law.

1. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Como es sabido, el art. 126 de la Constitución Española (CE) dispone que «la policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca».

En la actualidad dicha «Ley» es la Ley de enjuiciamiento criminal (LECr), que en su art. 282 concreta las funciones de la policía judicial:

La policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

Junto a la actividad instructora de investigación del delito y determinación de su autor, el art. 282 LECr establece la obligación de la policía judicial de asegurar el cuerpo del delito, de lo que se desprende que también la policía está constitucionalmente legitimada para generar actos de prueba preconstituida que permitirán, en un futuro desgraciadamente no siempre inmediato, a un Tribunal fundar una Sentencia condenatoria.

La prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el juez de instrucción y su personal colaborador (policía judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la «posibilidad de contradicción», posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art. 730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena.

La competencia originaria para disponer de tales medios de prueba corresponde al juez de instrucción. Pero la policía judicial, el Ministerio Fiscal y los jueces objetiva o territorialmente incompetentes pueden también, «a prevención», efectuar su práctica. Para ello, será siempre necesario acreditar razones de *urgencia* que impidan que la prueba preconstituida sea practicada por el juez de instrucción (STC 303/1993, STS 19 de abril de 2005). Y, en otras ocasiones, pero, por incidir en derechos fundamentales, con el necesario control judicial pueden también ser efectuados por la policía.

La prueba preconstituida puede sistematizarse del siguiente modo:

- a) Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención:
 - los métodos alcoholimétricos
 - grabaciones de videovigilancia
 - análisis sobre estupefacientes
 - las inspecciones corporales
- b) Prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial:
 - circulación y entrega vigilada de drogas
 - escuchas telefónicas
 - intervenciones de los datos electrónicos de tráfico
 - gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN
- c) Prueba preconstituida del juez de instrucción:
 - la recogida y conservación del cuerpo del delito
 - el reconocimiento judicial
 - las inspecciones e intervenciones corporales
 - la entrada y registro
 - la intervención de las comunicaciones

2. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN

Tal y como se ha indicado, los actos de prueba preconstituida que puede practicar la policía judicial o disponer el Ministerio Fiscal, en el ámbito respectivo de las diligencias policiales de prevención o de las Informativas, siempre por razones de urgencia que imposibiliten la intervención de la autoridad judicial y que se erigen, por tanto, en suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, vienen en nuestro ordenamiento determinados por la recogida urgente del cuerpo del delito (tal y como reconoce el art. 282, la diligencia policial de recogida de los «efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro»), los métodos alcoholimétricos, las grabaciones de video-vigilancia, los análisis sobre estupefacientes y las inspecciones corporales.

A dicha relación todavía cabe incorporar los supuestos de entrada y registro policiales por causa de flagrante delito.

2.1 LOS MÉTODOS ALCOHOLIMÉTRICOS

2.1.1 Concepto y regulación

Por métodos alcoholimétricos cabe entender los actos de prueba preconstituida, de carácter pericial, que se adoptan en el curso de una detención o privación momentánea de la libertad deambulatoria y que, a través de una medición en el aliento o mediante una intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido.

Nuestra decimonónica LECr no contemplaba, en absoluto, tales métodos de medición del alcohol en el cuerpo del imputado, cuya introducción en nuestro país no ha seguido una depurada técnica legislativa, sino, antes al contrario, fue producto de la legislación reglamentaria, ligada a la prevención y represión de la delincuencia contra la seguridad del tráfico vial.¹

En la actualidad, tal normativa fue derogada y sustituida por las disposiciones comprendidas en la base 4ª de la Ley 18/1989, de 25 de julio, de bases sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en el art. 12.2 del texto articulado, aprobado por el Real decreto legislativo (RDL) 339/1990, de 2 de marzo, y en los art. 20 a 25 del Reglamento general de circulación.² Asimismo, la regla 7ª del art. 796, introducida por la Ley 38/2002, ha otorgado, mediante su inclusión en la LECr, carta de naturaleza procesal a tales medios que se introducen por remisión a la legislación de seguridad vial:

1. Real decreto 1967/1981, de 8 de mayo, que fue objeto de desarrollo por la OM de 29 de julio de 1981.

2. RD 13/1992, de 17 de enero, modificado por los RD 1333/94, de 20 de junio, y 2282/1998, de 23 de octubre, completado, en lo relativo a los aparatos medidores de aire expirado o etilómetros, por la Orden de 27-7-1994.

La práctica de los controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. No obstante, cuando se practicase un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.

Conforme a la citada regulación, la policía de tráfico está autorizada, en la forma que prevé la Circular 2/1986 de la Fiscalía General del Estado, a realizar controles de alcoholemia a los conductores y a invitarles a someterse a las denominadas pruebas alcoholimétricas, las cuales pueden ser de dos clases: de control del aire espirado y los análisis sanguíneos, de orina o análogos. El sometimiento del conductor a las pruebas de aire espirado constituye una obligación y la negativa puede ser sancionada, en calidad de infracción administrativa, como falta grave y justifica la retención del vehículo (art. 65.4 y 70 RDL 339/90 y 25.2 y 26.2 RGC), pudiendo constituir delito de desobediencia (art. 380 en relación con el art. 556 CP). A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial pueden repetirse las pruebas a afectos de contraste, a través incluso de análisis sanguíneos, de orina u otros análogos.

Los análisis sanguíneos efectuados en calidad de intervención corporal leve, la APBU, de 31 de octubre de 2006, los autoriza si el imputado estuviere inconsciente a consecuencia de las lesiones sufridas y existiera un auto judicial suficientemente motivado. Pero, si faltare dicho consentimiento, no puede la policía ordenar la práctica de una prueba alcoholométrica sobre la sangre depositada en un Hospital, ya que, según la STC 206/2007, de 24 de septiembre, infringiría el derecho a la intimidad. Empero, esta doctrina puede entrar en plena contradicción con la sustentada en la disposición adicional tercera en relación con el art. 3.1 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN, que distingue la recogida de muestras o fluidos identificadores del ADN externos e internos al cuerpo humano. En cuanto a los primeros, pueden ser recogidos por la policía sin autorización judicial, en tanto que requieren siempre dicha autorización «las inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales».

2.1.2 Su incidencia en la Constitución

Uno de los aspectos más significativos de los tales métodos alcoholimétricos es su prolija incidencia en nuestra Ley Fundamental, lo que ha provocado no pocos recursos de amparo.³ En particular, pueden afectar a los siguientes derechos fundamentales: derecho a la libertad (art. 17.1 CE), a la integridad física (art. 15 CE), a

3. Cfr. SSTC 100/1985, de 30 de octubre; 22/1988, de 18 de febrero; 89/1988, de 9 de mayo; 160/1988, de 19 de septiembre; 5/1989, de 19 de enero; 3/1990, de 15 de enero; 222/1991, de 25 de noviembre; 252/1994, de 19 de septiembre; 197/1995, de 21 de diciembre; 153/1997, de 29 de septiembre; 161/1997, de 20 de octubre; 111/1999, de 14 de junio, 234/1999, de 18 de diciembre; 296/2000, de 11 de diciembre; 188/2002, de 14 de octubre.

no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 17.3 y 24.2 CE), y a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

De todo este catálogo de derechos fundamentales el TC explícitamente sólo ha admitido la posibilidad de vulneración de *la presunción de inocencia*.

2.1.3 Métodos alcoholimétricos y «prueba prohibida»

En materia de valoración de las pruebas alcoholimétricas el TC ha mantenido dos doctrinas contradictorias: según una primera jurisprudencia, el resultado de dicha prueba, al incardinarse en un atestado policial ha de correr la misma suerte que éste y ha de ser considerado como una «denuncia» —art. 297.1— que exige prueba en el juicio oral a través de la declaración testifical de los funcionarios de policía que intervinieron dicho atestado;⁴ de conformidad con la segunda, que en el momento actual permanece hegemónica en la jurisprudencia constitucional, habida cuenta del carácter «irrepetible» del resultado del test alcoholimétrico, el atestado policial en este extremo ha de gozar de los efectos de la *prueba preconstituida*.⁵

Ahora bien, para que tales actos, debido a su imposibilidad de reproducción en el juicio oral, puedan erigirse en actos de *prueba preconstituida*, es preciso que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual los funcionarios de policía han de ser escrupulosos con el *deber de información* al imputado de las consecuencias desfavorables que le puede acarrear el sometimiento a tales pruebas y, de modo especial, de su derecho a someterse a un análisis clínico de extracción de sangre. Si tales informaciones se omitieran, en la medida en que la prueba se obtiene mediante la vulneración del derecho de defensa, ha de reputarse como «prohibida» y excluir la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria (STC 111/1999, 29 de noviembre de 1984). Pero, si se cumpliera con dicha obligación, puede el juez de lo penal otorgar a dicho acto valor de prueba y fundar una sentencia de condena.

Desde un punto de vista material, destaquemos finalmente que «el delito introducido por el art. 379 CP, requiere no sólo la presencia de determinada concentración alcohólica, sino que, además, esa circunstancia influya o se proyecte en la conducción...» (STC 22/1988 y STS de 22 de febrero de 1991), de tal suerte que no se puede condenar con el único resultado de la prueba de la acoholemia, sino

4. SSTC 31/1981, de 28 de julio; 160/1988, de 19 septiembre; 5/1989, de 19 enero; 217/1989, de 21 diciembre; 3/1990, de 15 de enero; 222/1991, de 25 de noviembre; 33/2000, de 14 de febrero; 188/2002, de 14 de octubre; SSTS 26 de abril, 1 de junio, 2 de septiembre y 16 de noviembre de 1982; 9 de abril de 1985, 14 de junio de 1985; 1 de octubre de 1986 y 14 de diciembre de 1987; ATS 4 de abril de 2001 —RJ 2001\8990—; SAP Sevilla 15 de diciembre de 2003 —JUR 2004\67552—; SAP Álava 14 de enero de 2004 —RJ 2004\107025—; SAP Valencia 16 de diciembre de 2002 —JUR 2003\82512—.

5. SSTC 100/1985, 30 de octubre; 88/1988, de 9 de mayo; 89/1988, de 9 de mayo; 138/1992, de 13 de octubre; 303/1993, de 25 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre, en la que, después de negar al test alcoholimétrico el valor de denuncia, se afirma que constituye una prueba «pericial e indiciaria», el Auto de 4 de julio de 1988 en el que se otorga el valor de «prueba pericial preconstituida»; en el mismo sentido las SSTC 161/1997, de 20 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre; 234 /1997 y 252/1994, de 19 de septiembre; 24/1992, de 14 de febrero; 89/1988, de 9 de mayo; 107/1985, de 7 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre y STS 21 de diciembre de 1987; SSAP Orense 18 de febrero de 2003 —JUR 2003\124902— y —4 de junio de 2003 —JUR 2003\185274—.

que es también necesario acreditar la influencia del alcohol en el conductor (STC de 15 de noviembre de 2006), para lo cual deben reflejarse en el atestado los «signos externos» de la influencia etílica.

2.2 LAS GRABACIONES DE VIDEOVIGILANCIA

La LO 4/1997, desarrollada por el RD 596/1999, introdujo en nuestro ordenamiento la posibilidad de que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, previa autorización administrativa, la cual requiere informe preceptivo y vinculante de la Comisión de Garantías de Video-vigilancia (órgano mixto, con participación judicial y administrativa, que se contempla en el art. 13 del RD 596/1999), puedan instalar en lugares públicos cámaras de vídeo para garantizar la seguridad ciudadana y prevenir la comisión de delitos.⁶

En relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predisuelto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el «Placet» judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás.⁷

La utilización de estos sistemas de reproducción mecánica de la imagen y sonido ha de ser respetuosa con el principio de proporcionalidad,⁸ con el derecho a la intimidad y, en general, con lo dispuesto en la LO 1/1982 de protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados.⁹

Incluso, ha señalado que, si bien la grabación periodística de un incidente acaecido en la vía pública no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce extraprocesalmente, sin embargo, no puede ser tachada de medio de prueba afectado por vicios derivados de derecho fundamental alguno, en concreto el derecho a la intimidad, ya que la grabación recoge hechos sucedidos en el ámbito público. En consecuencia, reconoce validez como material susceptible de aportar al Juzgado conocimiento de lo realmente acontecido.¹⁰

6. Artículos 1 y 3 LO 4/1997; SSTS 6 de mayo de 1993 —RJ 1993\3854—; 7 de febrero —RJ 1994\702—, 6 de abril —RJ 1994\2889— y 21 de mayo de 1994; 18 de diciembre de 1995 —RJ 1995\9196—; 27 de febrero de 1996; 5 de mayo de 1997 —RJ 1997\3628—; 17 de julio de 1998 —RJ 1998\5843—; 15 de febrero de 1999 —RJ 1999\1166—; 23 de julio 1999 —RJ 1999\6684—; 14 de octubre de 2002 —RJ 2002\10101—.

7. SSTS 25 de noviembre de 1996 —RJ 1996\8000—; 15 de abril de 1997 —RJ 1997\2824—; 14 de octubre de 2002 —RJ 2002\10101—.

8. SAP Álava 31 de diciembre de 2003 —ARP 2003\521—.

9. STS 23 de julio de 1999 —RJ 1999\6684— y SAP Las Palmas 18 de febrero de 2003 —RJ 2004\59885—.

10. STS 19 de enero de 2005 —RJ 2005\1095—.

En el presente caso las imágenes han sido tomadas del exterior de la casa de los denunciados, que da a la vía pública. Pero es que, aún tomándose del interior de la casa de los propios denunciados, que tuvieron que adoptar medidas de video-vigilancia debido a los múltiples daños que se habían producido en su interior en fechas pretéritas, tampoco se vulneraría el derecho a la intimidad del denunciado, que ilegítimamente se introduce en su vivienda y les causa los daños ya descritos.¹¹

Si, como resultado de estas grabaciones se descubriera la comisión de un delito, se incorporará el correspondiente soporte magnético al atestado y se remitirá al juez de guardia en el plazo de setenta y dos horas contadas desde el momento de la grabación (art. 7), en cuyo caso servirá para fundar o robustecer la *notitia criminis*.

Es dudoso que las cintas de vídeo, DVD o soportes electrónicos, que indudablemente constituyen *actos de investigación* de la policía judicial encuadrables dentro de las actividades policiales de prevención, constituyan supuestos de prueba preconstituida, dada su falta de regulación en la LECr, por lo que su incorporación al atestado no exonerará, en principio, a la policía de tener que declarar como testigo sobre el contenido y procedimiento de elaboración de la imagen.¹² Sin embargo, al formar parte del atestado, constituyen un documento público oficial sobre el que existe la posibilidad de examen de oficio (art. 726).

En este sentido, la jurisprudencia del TS ha otorgado naturaleza de *prueba preconstituida* a tales cintas o soportes magnéticos, grabadas de oficio por la propia policía o incluso por establecimientos privados (así, las grabaciones en oficinas bancarias o comerciales), siempre y cuando la grabación se efectúe en las vías o espacios públicos, debiendo requerir la autorización judicial, cuando se trate de captación clandestina de imágenes o sonidos en domicilios o lugares privados.¹³

2.3 ANÁLISIS SOBRE ESTUPEFACIENTES

La policía judicial está legitimada, por razones de urgencia, a intervenir la droga con carácter de prueba preconstituida.¹⁴ Cuestión distinta son los análisis sobre estupefacientes, los cuales, como regla general, ha de ordenar el juez de instrucción, quien remitirá tales sustancias al organismo oficial correspondiente, normalmente el Instituto de Toxicología.

Pero, dentro de las actuaciones de la policía judicial, la regla 6ª del art. 796.1, introducida por la Ley 38/2002, impone su obligación de colaborar o incluso, excepcionalmente, practicar por sí misma los análisis que procedan respecto a las sustancias intervenidas. Dispone, a tal efecto, el precepto que la policía judicial:

11. SAP de Ávila 5 de febrero de 2003 —JUR 2003\93543—.

12. STS 1.665/2001, de 28 de septiembre —RJ 2001/8514—.

13. SSTS 6 de junio de 1993 —RJ 1993/3854—; 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994 —RJ 1994/702, 2889 y 3943—; 18 de diciembre de 1995 —RJ 1995/9196—; 27 de febrero de 1996 —RJ 1996/1394—; 5 de mayo de 1997 —RJ 1997/3628—; 17 de julio de 1998 —968/1998—; 387/2001, de 13 de marzo —RJ 2001/2325—; 1.547/2002, de 27 de septiembre —RJ 2002/9116—...

14. SSTS 10/2002, de 17 de enero y 551/2005, de 7 de abril.

...remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de medicina legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y en todo caso, antes del día y hora en que se haya citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la policía judicial, podrá practicar por si misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo.

La remisión directa de las sustancias aprehendidas a los organismos pertinentes lo ordena la norma de conformidad con las atribuciones que, tanto la LECr (art. 282, 334, 336 y 770.3), como el RD regulador de la policía judicial de 19-6-87 atribuye a la misma, según las cuales no es necesario depositar en el juzgado de guardia las sustancias aprehendidas, sino que es suficiente que las mismas estén a disposición judicial. En materia de tráfico de drogas, el TS se ha pronunciado afirmativamente respecto de esta posibilidad, habiendo afirmado en varias sentencias¹⁵ que, tanto los convenios internacionales en materia de prevención de tráfico de estupefacientes como la Ley de 8 de abril de 1967, determinan la conveniencia de establecer, como práctica general, la remisión directa de la droga al servicio correspondiente del control de estupefacientes, la cual permanecerá siempre a disposición judicial, pero sin necesidad de que se deposite materialmente en los Juzgados.

Tanto de la redacción del precepto, como de su tramitación parlamentaria, se infiere que el legislador ha establecido una prioridad de estos análisis, efectuados por los organismos competentes con respecto a los que pueda efectuar la policía, los cuales deberá practicarlos de manera subsidiaria, es decir, tan sólo en el supuesto de que no fuera previsible la remisión del análisis por los organismos oficiales dentro del efímero plazo de conclusión de las diligencias policiales de prevención. Pero, dicho análisis, realizado por la policía judicial, y a diferencia del acto de aprehensión de la droga, tendrá en principio, el valor de acto de investigación y no de prueba preconstituída, puesto que, para que gocen de valor probatorio, será necesario que participen de la doctrina constitucional de la «prueba preconstituída», a saber:

- a) que versen sobre elementos irrepetibles o, lo que es lo mismo, que, por la fugacidad del objeto del dictamen, no pueda practicarse la prueba en el juicio oral;¹⁶

15. Sentencias de 16 de mayo de 1995, 3 de mayo de 1996, 2 de julio de 1998, 25 de mayo de 1999, 19 de septiembre de 1996, 10 de octubre de 1997; ATS 16 de junio de 2000 —RJ 2000\6936—; SSTS 18 de marzo de 2000 —RJ 2000\1129—; 22 de febrero de 2000 —RJ 2000\707—; 18 de mayo de 2002, 13 de diciembre de 2002 y 10 de octubre de 1997 —RJ 1997\6972—; 6 de abril de 1998 —RJ 1998\3287—; 18 de mayo de 2001 —RJ 2001\5515—; 11 de julio de 2001 —RJ 2001\7155—; 19 de marzo de 2001 —RJ 2001\1992—; 13 de diciembre de 2002 —RJ 2003\1118—; 17 de junio de 2002 —RJ 2002\7364—; SAP Almería 29 de marzo de 2000 —JUR 2000\140849—;

16. SSTC 331/2000, 38/2003, de 27 febrero; 174/2003, de 29 septiembre; 195/2002, de 28 de octubre; 33/2000, de 14 de febrero; 707/1999, 115/1998, 140/1991; SSTS 3 de marzo de 2004 —RJ 2004\1974—; 17 octubre 2003 —RJ 2003\7484—; 9 de octubre de 2003 —RJ 2003\7233—; 2 de julio de 2003 —RJ 2003\2407—; 26 de febrero de 2003 —RJ 2003\2407—; 15 de noviembre de 2002 —RJ 2002\10864—; 30 de enero de 2001 —2001\1229—; SAP Sevilla 15 de diciembre de 2003 —JUR 2004\67552—.

irrepetibilidad del hecho, que, dada la rapidez de los juicios rápidos, para los que están previstos, cuyo juicio ha de practicarse en un plazo no superior a quince días, es difícil que en la práctica concorra, por lo que, si faltaran las razones de urgencia, no puede la policía disponer esta prueba sumarial anticipada, debiendo requerir la intervención del juez de instrucción;¹⁷

- b) en segundo lugar, habrá la policía de garantizar la *posibilidad de contradicción*, de tal manera que, a la ejecución de la prueba, sea invitada la defensa;¹⁸ y
- c) por último, en virtud de lo dispuesto en el art. 731, habrá de producirse a la *lectura* del informe pericial recogido en el atestado en el acto del juicio oral,¹⁹ en el que habrán de comparecer los peritos en punto a dar las explicaciones que las partes o el juez de lo penal pudieran requerirles en relación con su dictamen.

En caso de aprehensión de una pluralidad de paquetes de droga, no es necesario proceder al análisis pormenorizado de cada uno de ellos, sino que es suficiente obtener, de cada uno de ellos, una muestra a fin de obtener la media de pureza entre todos ellos (STS 857/2009, de 20 de julio).

2.4 LAS INSPECCIONES CORPORALES

Por inspección corporal cabe entender el reconocimiento por un tercero del cuerpo humano. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 3846/1999 de 9 de abril y 7386/1999 de 21 de septiembre) viene admitiendo, con fundamento en el art. 11.1.f de la LOFCE —LO 2/1986—, que la policía judicial puede, dentro de las diligencias policiales de prevención, efectuar inspecciones corporales, que no afecten al derecho a la intimidad del imputado (así, un reconocimiento bucal para examinar si lleva en la boca una dosis de droga). Por tanto, carecen de legitimidad las inspecciones vaginales o anales efectuadas por la policía sin expresa autorización judicial.

No constituye una inspección corporal, ni acto que limite derecho fundamental alguno, la recogida de la policía de material genético externo del imputado (heces, orina, pelos y uñas cortadas, saliva, colillas o esputos),²⁰ ya que no conforman siquiera inspección corporal alguna, sino que nos encontramos ante meros actos de reco-

17. SSTC 303/1993, 153/1997, de 29 de septiembre; SSTS 23 de diciembre de 2003 —RJ2003\9344—; 17 de octubre de 2003 —RJ2003\7484—; 3 de octubre de 2003 —RJ 2003\8487—, 3 de octubre de 2003 —RJ2003\8487—

18. SSTC 94/2002, de 22 de abril; 66/1989, 80/1986, de 29 noviembre 1984; y SSTS 27 de septiembre de 1991, 2 de octubre de 1987, 23 de marzo de 2004 —RJ 2004\1599—; 16 de marzo de 2004 —RJ2004\2712—; 12 de marzo de 2004 —RJ 2004\2266—

19. SSTC 17/2004, de 23 febrero; 80/2003; SSTS 24 de enero de 1996 —RJ 1996/146— y 24 de julio de 1997; 94/2002, de 22 de abril; 155/2002, de 2 de julio; 2/2002, de 14 de enero; 97/1999, 137/1988, 40/1997, 140/1991, 32/1995; SSTS 14 de marzo de 2003 —RJ 2003\2263—; 24 de enero de 1996 y 24 de julio de 1997 —RJ 1997/5771—; 21 de enero de 2002 —RJ 2002/10498—; 24 de octubre de 2003 —RJ 2003/7319—; 16 de enero de 2004 —RJ 2004/1723—.

20. Supuesto este último que, si bien alguna resolución del TS, concretamente la STS 851/2005, vino a requerir la resolución judicial, el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS, 31 de enero de 2006 y las SSTS 14 de octubre de 2005, 14 de febrero de 2006 y 1128/2007, de 27 de noviembre, así como la SAN, 2ª, de 30 de noviembre de 2005 han venido, con razón, a eximir dicho requisito.

gida por la policía de elementos del cuerpo del delito, que, ante el peligro de desaparición, autorizan, dentro de las diligencias policiales de prevención, los arts. 326.III en relación con el art. 282 LECr, 11 LOFCSE, 443 y ss LOPJ y 1 y 28 RD 769/1987.

Pero, en materia de auténticas inspecciones corporales, en nuestra opinión, el art. 11.1.f LOFCSE, que se limita a otorgar a la policía la función de «prevenir la comisión de actos delictivos», no es, en sí mismo, suficiente, para cumplir con las exigencias del principio de legalidad, contenidas en el art. 18.2 CEDH y en la jurisprudencia del TC sobre el principio de proporcionalidad.

Por tanto, la única cobertura legal que proporcionan las inspecciones e intervenciones corporales de la policía judicial es la contemplada en el art. 326.III LECr, que requiere siempre una orden expresa del juez de instrucción a la policía a fin de que pueda proceder a recoger muestras de ADN, siempre y cuando dicha entrega no se produzca de forma voluntaria y requiera la compulsión, debiendo en cualquier caso respetarse escrupulosamente la cadena de custodia del material genético que únicamente podrá ser utilizado para los fines de la investigación (SAN 2ª, de 30 de noviembre de 2005).

Ni siquiera el «desnudo de detenidos», que contempla y regula exquisitamente la Secretaría de Estado de Seguridad, en su Instrucción, de fecha 30 de diciembre de 1996, y a diferencia del art. 23 de la LO Penitenciaria (desarrollado por el RD 190/1996), goza de cobertura legal alguna que legitime constitucionalmente a la policía restringir el derecho a la intimidad de los detenidos.

«Así, constituye trato degradante constitucionalmente prohibido el obligar a la acusada, detenida en una dependencia policial, a que se desnudara y efectuase flexiones abriendo y cerrando las piernas hasta que cayó al suelo el pequeño envoltorio que contenía la sustancia estupefaciente que guardaba en su vagina» (STS 17 de febrero de 1999).

Pero de la anterior regla general, pueden exceptuarse los exámenes radiológicos y la diligencia de «cacheo».

2.4.1 Los exámenes radiológicos y mediante ecografía

Debido a la circunstancia de que tales exámenes no entrañan siquiera una inspección corporal y no tienen por qué afectar en nada al derecho a la intimidad, dichos exámenes, efectuados por el pertinente personal sanitario, no entrañan infracción alguna de nuestro ordenamiento.²¹

Así lo ha declarado, tanto el TS, mediante Acuerdo del pleno de la Sala 2ª, de fecha 5 de febrero de 1999, y las SSTS Sala 2ª, de 8 y 19 de abril y 24 de julio de 2000, como la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 6/1988.

Con relación a esta diligencia, la STS de 18 de enero de 1993 afirma lo siguiente:

La inspección del interior del cuerpo humano mediante rayos X no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas

21. Marchal Escalona.

se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal clase de reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta al pudor, al menos en las concepciones dominantes de la sociedad actual, por lo que entendemos que su utilización por la Policía no requiere autorización judicial.

2.4.2 La diligencia de cacheo

Se entiende por diligencia de «cacheo» la inspección corporal que, previa privación momentánea del derecho a la libertad de un sospechoso y sin ser constitutiva de una detención policial, puede efectuar la policía judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 19.2 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de seguridad ciudadana, con el único objeto de proceder a su registro externo y recoger el cuerpo del delito.

Asimismo, la diligencia de cacheo es una inspección corporal que debe cumplir la exigencia del principio de proporcionalidad.

Para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán... (proceder al) control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Debido a la escasa lesión que ocasiona la momentánea restricción del derecho a la libertad, la jurisprudencia se manifiesta unánime a la hora de no calificar dicha restricción como una detención.²²

Ahora bien, para que dicha diligencia se ejecute lícitamente requiere, en primer lugar, que exista una imputación o fundada sospecha por parte de la policía de la comisión de un delito de especial gravedad que, como mínimo, permitiría autorizar la práctica de una detención por lo que, ni se justifican los cacheos indiscriminados en redadas masivas, ni por la comisión de infracciones administrativas, faltas o delitos que lleven aparejada una pena inferior a los dos años de privación de libertad, si el imputado careciera de antecedentes; y, en segundo, que, mediante la práctica del cacheo no se comprometa, en modo alguno, el derecho a la intimidad del imputado.²³

3. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LA POLICÍA CON CONTROL JUDICIAL

Los actos de prueba constituida, que, por incidir en el libre ejercicio de determinados derechos fundamentales exigen la autorización previa y el adecuado con-

22. STS Sala 1344/1997 de 11 de noviembre; 88/1995 de 1 de febrero de 1995; 7 de julio de 1995; de 15 de abril y 20 de diciembre de 1993...

23. SSTC 110 y 114/84 y 231/88, 120/1990 y 57/1994.

trol judicial se reconducen, en la actualidad, a la *circulación y entrega vigilada de drogas, la intervención de datos electrónicos de tráfico y las escuchas telefónicas e intervención del correo electrónico.*

3.1 LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE DROGAS

3.1.1 Concepto y fundamento

Con una notable imprecisión sistemática (pues este precepto hubiera podido tener mejor acomodo habiéndolo yuxtapuesto al art. 579, relativo a la intervención postal), la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal (CP) y de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de droga, introdujo en la LECr este art. 263 bis, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 11.1 del Convenio de Viena, de 20 de diciembre de 1988 y del art. 73 del Convenio de Schengen, que tiene por objeto autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas y cuya única relación con la denuncia consiste en incorporar una específica exención de la obligación de denunciar los delitos que tienen los órganos encargados de la persecución penal.

En efecto, tal y como se ha avanzado el art. 408 CP castiga la conducta de la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos. Pero la lucha contra la criminalidad organizada exige que, tratándose de delitos contra la salud pública, la policía permita la entrada y/o la circulación de estupefacientes por nuestro país a fin de poder determinar y aprehender al máximo número de integrantes de tales bandas relacionadas con el narcotráfico. Como quiera que el art. 262 LECr establece la obligación de denunciar todo hecho punible y el art. 408 CP constituye su reverso, al sancionar penalmente el incumplimiento de esta obligación, de no haberse incluido el art. 263 bis en la LECr, el funcionario de policía incurriría en responsabilidad penal si no cumpliera con su obligación de denunciar y detener al responsable de la primera comisión de uno de los tales delitos, lo que conllevaría una pérdida de eficacia en la lucha contra dicha criminalidad organizada.

3.1.2 Sujetos

De conformidad con lo dispuesto en el núm. primero de este precepto son órganos competentes para adoptar esta medida: el juez de instrucción competente, el Ministerio Fiscal, los Jefes de las unidades orgánicas de la policía judicial, centrales y provinciales, y sus mandos superiores.

No obstante la redacción del precepto, la competencia para la adopción de esta medida no es indistinta, ya que, actuando siempre la policía «a prevención» de la autoridad judicial (art. 282), en principio, la única autoridad legitimada para disponerla es el juez de instrucción competente. Mas, puede suceder que razones de urgencia aconsejen que esta resolución sea adoptada por la policía judicial, en cuyo caso pueden hacerlo, siempre y cuando lo notifiquen inmediatamente a la

autoridad judicial o al Ministerio Fiscal competente, cuando haya incoado unas diligencias al amparo del art. 773.2 CP.²⁴

La redacción originaria de este precepto contemplaba únicamente la notificación de la medida a la «Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas», lo que dificultaba la perseguibilidad de tales delitos cuando se trataba de una organización que circunscribiera su actuación a la demarcación judicial de un determinado tribunal superior de justicia o audiencia provincial. Por esta razón, la jurisprudencia (STS 5 de febrero de 1997) estimaba como válida la notificación a la Fiscalía provincial competente y, por la misma, la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal, ha suprimido este absurdo requisito, estableciendo tan sólo la necesidad de que la notificación se efectúe a la fiscalía competente.

3.1.3 Objeto

El objeto de esta resolución lo constituye la vigilancia de «drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas», a los que la LO 5/1999 ha incorporado «los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los art. 301 a 304 y 368 a 373 CP». Por drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas hay que entender todas las drogas de circulación prohibida, causen o no grave daño a la salud (art. 368 CP) y por «sustancias prohibidas» todas las *res extra commercium*, cuya tenencia o circulación constituya un ilícito penal, tales como las armas, explosivos, contrabando, etc.

3.1.4 Contenido

El contenido u objeto material de esta diligencia se circunscribe a «autorizar la circulación o entrada vigilada» de paquetes que contengan las referidas sustancias prohibidas, así como los «equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 CP, de los bienes y ganancias a que se refiere el artículo 301 de dicho CP en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del CP».

Ahora bien, para disponerla, debe la policía previamente cerciorarse de la existencia de drogas en el interior del paquete postal, con lo que inmediatamente ha de surgir la pregunta de si puede la policía intervenir y proceder a la apertura del mismo.

La contestación a la enunciada pregunta ha de ser positiva en el supuesto de la policía de fronteras, pues tanto el art. 20 del Convenio sobre paquetes postales²⁵ como el art. 117.1 de su Reglamento permiten, tratándose de estupeficientes, su apertura.

24. Art. 263 bis.3.II CP; SSTS 31 de octubre de 2003 —RJ 2003\7993—, 26 de febrero de 2004 —RJ 2004\2592.

25. 14 de diciembre de 1989 (BOE de 30 de septiembre de 1992).

Pero, fuera de esta intervención administrativa, hay que tener en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo,²⁶ un paquete postal es equiparable a una carta, razón por la cual nos encontramos ante una violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE que, en cuanto tal, exige el más absoluto monopolio jurisdiccional, debiéndose únicamente disponer dicha apertura por el juez de instrucción competente mediante el procedimiento contemplado en los artículos 579 y siguientes de la LECr. Por esta razón, la LO 5/1999 ha incorporado un nuevo requisito en el actual apartado 4 del art. 263 bis:

La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley.

Con la única salvedad, pues, de la presencia del interesado (art. 584), debe la apertura de paquetes ser efectuada mediante las prescripciones contempladas en los arts. 579-588 LECr.

De la anterior regla general pueden exceptuarse, ello no obstante, la utilización de medios mecánicos que, como es el caso del «escáner» o de los rayos X,²⁷ no ocasionen la apertura física del paquete o incluso la realización de alguna «cata»; y, así, las SSTS de 26 de junio de 2000, 13 de octubre de 1998, 23 de julio de 1998 y 5 de febrero de 1997, 2 de noviembre de 2000 —RJ 2000\8384—, 7 de febrero de 2003 —RJ 2003\2442— autorizan a la policía, sin recabar la autorización judicial, a introducir en un paquete postal una aguja a fin de extraer de su interior una pequeña parte de droga.

También se excluye de la salvaguarda de la intervención judicial los paquetes expedidos bajo «etiqueta verde» (art. 117 del Reglamento del Convenio de Washington, que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido.²⁸ Asimismo, las maletas o bolsos de viaje destinados a guardar y facilitar el transporte de objetos y efectos de uso personal están excluidos del ámbito de la tutela de la correspondencia postal del artículo 18.3 CE.²⁹

26. SSTS 26 de septiembre, 19 de noviembre y 23 de diciembre de 1994; 13, 15 y 20 de marzo, 9 de mayo y 3 de junio de 1995; 20 de marzo de 1996; 23 de mayo de 1996; 5 de febrero de 1997; 14 septiembre 2001 —RJ 2001\9013—; 3 mayo 2001 —RJ 2001\2944—; 14 septiembre 2001 —RJ 2001\9013—; 25 septiembre 2000 —RJ 2000\8087—.

27. SSTS 26 de junio de 2000 y 27 de diciembre de 1999, 5 de junio de 2000 —RJ 2000\4153—.

28. Entre otras, SSTS 5 de febrero de 1997 —RJ 1997\697—; 18 de junio de 1997 —RJ 1997\5158—; 7 de enero de 1999 —RJ 1999\390—; 24-5-1999 —RJ1999\5249—; 1 diciembre 2000 —RJ 2000\10159—; 14 septiembre 2001 —RJ 2001\9013—; 19 enero 2001 —RJ 2001\1675—; 25 de septiembre de 2000 —RJ 2000\8087—; 18 de noviembre de 2002 —RJ 2002\9868—.

29. SSTS 21 de marzo de 2000 —RJ 2000\2225—, 9 de junio de 1997 —RJ 1997\4669—, 28 de diciembre de 1994 —RJ1994\10378—.

3.1.5 Resolución

La resolución que autorice la circulación y entrega vigilada ha de ser individualizada y necesaria, así como «fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate».

Al primer requisito se refiere el art. 263.bis.3 de la LECr cuando afirma que «el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso», sin que puedan permitirse, por tanto, entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas. En la resolución habrán de plasmarse, pues, la identificación o, al menos, la determinación de los autores de la entrega.

El principio de necesidad se encuentra previsto en el segundo apartado del art. 263.bis.1 en relación con el último inciso del núm. segundo del mismo precepto. La adopción de esta medida ha de ser necesaria «a los fines de la investigación», teniendo en cuenta la «importancia del delito» y con la finalidad de «descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas». De la redacción de tales normas quedan suficientemente claros dos extremos: en primer lugar, que la adopción de esta medida no se justifica, ni para combatir el «menudeo» de la droga, sino para descubrir organizaciones de narcotraficantes, ni es procedente cuando tales narcotraficantes han sido plenamente determinados o identificados; y, en segundo, que dicha diligencia integra un *acto de investigación* y no de prueba preconstituida, de tal manera que no puede, por sí sola, esta diligencia fundar una sentencia de condena.

Finalmente, la resolución habrá de ser «fundada» o motivada. Este último requisito, que se erige en primera exigencia formal del principio de proporcionalidad, fue incorporado por la LO 5/1999. Si la resolución la adoptara el juez de instrucción, debe dar «traslado de copia de la misma al juzgado decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones» (art. 263 bis.1 *in fine*).

Tales requisitos decaen cuando la policía pueda actuar en virtud del auxilio judicial internacional, en cuyo caso la requisitoria de un Estado extranjero es título suficiente habilitante (art. 263 bis.2 *in fine* y 3.1).

3.2 GESTIÓN DE LA BASE DE DATOS POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN

La Ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN ha encomendado a las unidades de la policía judicial la gestión de dicha base de datos de ADN (art. 7.1). Dicha LO ha sido desarrollada por el R.D.1977/2008, de 28 de noviembre, en lo referente a la creación de la «Comisión Nacional para el uso forense del ADN», dependiente del Ministerio de Justicia y coordinadora de la labor de la Policía Nacional, Guardia Civil y policías autonómicas con competencia sobre la materia fundamentalmente en la homologación y control de los laboratorios especializados.

De conformidad con lo establecido en el art. 3 de dicha LO, han de incluirse en la referida base de datos los fluidos o muestras biológicas de un detenido o

sospechoso de haber cometido un delito grave y, en cualquier caso, de un delito de criminalidad organizada (cuya determinación efectúa el art. 282 bis LECr) o que afecte a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas.

Tales muestras o vestigios han de recabarse por la policía judicial en el curso de una investigación penal y sobre ellos la policía judicial podrá solicitar de los Laboratorios homologados que se efectúe sobre su ADN los análisis pertinentes para determinar la identidad y sexo del imputado (art. 4).

Ahora bien, el problema fundamental que plantea la recogida de tales muestras es la inexistencia de una regulación legal de las inspecciones o intervenciones corporales, lo que puede ocasionar la invalidez de la futura prueba de cargo, ya que la disposición adicional tercera de la LO faculta a la policía judicial a efectuar la recogida de toma de muestras biológicas, sin reparar que dicha recogida tan sólo puede erigirse en prueba preconstituida, si razones de urgencia derivadas de la desaparición del material genético lo aconsejan,³⁰ pues, en otro caso, lo procedente será la intervención de la autoridad judicial.³¹ Tampoco es muy rigurosa la LO a la hora de garantizar la imparcialidad de la cadena de custodia, la posibilidad de la defensa de contradecir los análisis de los laboratorios acreditados o la exigencia de que las muestras o vestigios biológicos sean custodiados como mínimo hasta el momento de práctica del juicio oral a fin de que la defensa pueda contrapropo-ner sobre ellos otros informes periciales, pues el resultado de dicha identificación no convierte a la prueba en documento público, examinable de oficio por el Tribunal, sino que nos encontramos ante una prueba pericial que puede ser sometida a contradicción por la defensa (STS 1007/2007, de 23 de noviembre).

3.3 LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

3.3.1 Regulación legal

- a) Las intervenciones telefónicas adquieren carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico español por obra del art. 18.3º de la vigente Constitución al disponer que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y *telefónicas*, salvo resolución judicial».

Esta norma constitucional (en virtud del contenido integrador de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales que ostentan los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, proclamado por el art. 10.2 de nuestra ley fundamental), al igual como todas las que tutelan los derechos fundamentales, pre-

30. Cfr.: Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS, 31 de enero de 2006 y las SSTS 14 de octubre de 2005, 14 de febrero de 2006 y 1128/2007, de 27 de noviembre, así como la SAN, 2ª, de 30 de noviembre de 2005.

31. Art. 282 y 326.III LECr; y, así, la STS 1007/2007 pudo, entre otras razones, desechar como prueba de cargo la identificación genética del acusado efectuada a partir de una maquinilla de afeitarse intervenida por la policía en el registro de un «zulo».

cisa ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su órgano jurisdiccional de aplicación, esto es, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en lo sucesivo).

- b) Pero, a nivel de la legalidad ordinaria, las intervenciones telefónicas, por vez primera, se instauran, de un lado, en el ordenamiento sustantivo mediante la LO 7/1984 que incorpora al CP los art. 192 bis y 497 bis reguladores del delito de «escuchas telefónicas clandestinas», delitos que, con algunas variaciones en el tipo y con un notable incremento de pena, pasaron a incorporarse a los art. 536 y 197 y 198 CP de 1995 y, posteriormente, de otro, en el ordenamiento procesal, a través de la LO 4/1988 que modificó el art. 579 de nuestra Ley de enjuiciamiento criminal (LECr, en lo sucesivo) en el sentido de incluir, como acto de investigación sumarial, expresamente las intervenciones telefónicas en un código procesal penal que, como es el caso del nuestro, por datar del año 1882, tan sólo pudo contemplar las intervenciones postales y telegráficas.

Ello no obstante, la regulación que el nuevo art. 579 de la LECr efectúa de este acto instructorio resulta ser muy insuficiente, por el considerable número de lagunas que contiene en materias, tales como la ausencia de regulación de las comunicaciones telemáticas a través de Internet y de los datos externos de los correos electrónicos, la falta de determinación de los supuestos que justifican la intervención telefónica, el objeto y procedimiento de intervención y de transcripción en acta del contenido de los soportes magnéticos, la custodia y destrucción de los soportes magnéticos o telemáticos, el valor probatorio de la prueba inconstitucionalmente obtenida, etc., que provocó la condena del Estado español por la STEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España.³²

- c) Esta situación de práctica «anomia» legislativa fue colmada mediante la jurisprudencia de nuestros tribunales, de entre las que interesa destacar la del Tribunal Constitucional (TC), el TEDH y el Tribunal Supremo (TS):
- En cuanto al TC se ha caracterizado por sus bruscos cambios jurisprudenciales en materia de valoración de la prueba, en la que ha pasado, de la teoría directa, a la refleja, para finalizar con la de la «conexión de anti-juricidad».
 - El TEDH, por su parte, exige la *previsión legal* de las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo en lo que atañe a las injerencias en el derecho a la intimidad y vida privada respecto de medidas consistentes en la inter-

32. Si bien la posterior Decisión inadmisoria del TEDH, de 25 de septiembre de 2006 —caso Abdulkadir Cobán v. España— parece rectificar dicha jurisprudencia.

ceptación de las comunicaciones, sino también en relación con otros derechos fundamentales reconocidos en dicho Convenio.³³

En su Sentencia de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España, el TEDH declaró la vulneración del art. 8 CEDH debido a que el actual art. 579 LECr no cumple con las exigencias relativas a la previsión legal de la injerencia. Tras constatar los avances habidos en el ordenamiento español como consecuencia de la reforma del citado art. 579 LECr por la Ley orgánica 4/1988, de 25 de mayo, el TEDH entiende que «las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las Sentencias *Kruslin c. Francia* (TEDH 1990, 1) y *Huvig c. Francia* (TEDH 1990, 2), para evitar los abusos. Se trata de la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y de las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas. Estas insuficiencias afectan igualmente a las precauciones a observar, para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el juez y la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición en relación con ello» (§ 30).

- La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS reviste también, en la actualidad, una singular importancia. Múltiples han sido, en tal sentido, las resoluciones de nuestro intérprete supremo de la legalidad ordinaria, de entre las que cabe mencionar como decisiones clásicas dos de ellas: el ATS 18 de junio de 1992 (caso «Naseiro», ponente: Sr. Ruiz Vadillo) y la STS 14 de junio de 1993 (caso «Blasco», ponente: Sr. Martín Pallín). Ambas resoluciones tienen un presupuesto fáctico común y participan de una similar doctrina: la causa que las motivó fue la corrupción política y la doctrina que vinieron a aplicar y a desarrollar ha sido la contenida en las SSTEDH 24 y 26 de abril de 1990 recaídas en los casos *Kruslin* y *Huvig*, doctrina del Tribunal Europeo que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE, tal como se ha adelantado, goza de valor vinculante y ha de ser observada por todos los tribunales españoles.

3.3.2 Concepto

De conformidad con la referida doctrina jurisprudencial mayoritaria, por intervención telefónica, puede entenderse todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de ins-

33. Entre otras muchas, SSTEDH 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times c. Reino Unido*; 27 de abril de 1995, caso *Piermont c. Francia*, §63 y siguientes; 20 de mayo de 1999, caso *Rekveny c. Hungría*, § 34; 25 de noviembre de 1999, caso *Hashman y Harrup c. Reino Unido*, § 31 y ss., § 41; 21 de diciembre de 1999, caso *Demirtepe c. Francia*, § 27; 21 de diciembre de 2000, caso *Rinzivillo c. Italia*, § 28; 26 de julio de 2001, caso *Di Giovine c. Italia*, §36; de 24 de octubre de 2002, caso *Messina c. Italia*, § 28.

trucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide mediante auto especialmente motivado que la policía judicial proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

3.3.3 El principio de proporcionalidad en las intervenciones y sus presupuestos

Debido a la circunstancia de que las intervenciones telefónicas restringen un derecho fundamental, tales actos procesales han de estar sometidos al más estricto cumplimiento del principio de *proporcionalidad*, cuya vigencia reclama la observancia de ciertos presupuestos que pueden ser sistematizados en comunes y especiales.³⁴

a) Comunes

Un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio procesal de *legalidad*. A él se refiere el art. 8.2 CEDH, al requerir que toda ingerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar «prevista por la ley», lo que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial disponer tales medios de investigación.³⁵

Dicho presupuesto, exigido también por el art. 84.a) del Reglamento para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril, se encuentra, como se ha dicho, parcialmente cumplido por el art. 579, que debiera contener una mejor y más minuciosa regulación.

b) Especiales

Junto al cumplimiento de los principios de jurisdiccionalidad y de legalidad, la doctrina sobre la proporcionalidad exige también la más estricta observancia del principio de *necesidad*, pues no basta con que la medida esté prevista en la Ley y se adopte por un Juez, sino que es también imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman (art. 8.2 CEDH), debiéndose adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

El cumplimiento del principio de necesidad en las intervenciones telefónicas implica la observancia de dos presupuestos especiales, el uno de carácter material y procesal, el otro:

34. Sobre las notas esenciales del referido principio véanse las SSTC 46 y 54/1996 y 49/1999 y las SSTS 304 y 521/2008, de 5 de junio y 24 de julio, 7 de febrero de 1997, 12 de enero de 1995, 22 de abril de 1998.

35. SSTEDH «Malone», de 2 de agosto de 1984; Huvig, de 4 de abril de 1990.

b.1) Material

Desde un punto de vista jurídico sustantivo la adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción lo constituya un *delito grave*,³⁶ el cual ha de determinarse en la solicitud de la intervención.³⁷

El problema, sin embargo, que suscita el art. 579.2 LECr, en este extremo, es que no contiene un criterio cualitativo o de listado de delitos graves que habría de autorizar la práctica de este acto instructorio (sistema secundado por países como Alemania, Bélgica, Finlandia o Grecia), ni siquiera otro criterio cuantitativo expreso que pudiera atender a la necesidad de la intervención según un «quantum» de pena a imponer por el delito imputado³⁸ por lo que el precepto ha suscitado el mantenimiento de dos antitéticas tesis: de conformidad con la primera, la circunstancia de que el art. 579 esté ubicado dentro del proceso penal común para delitos muy graves y que su párrafo segundo contemple como destinatario de la medida al «procesado»³⁹ y no al mero imputado, obligan a concluir en que las intervenciones telefónicas tan solo se justifican para la investigación de delitos castigados con una pena privativa de libertad superior a los nueve años de privación de libertad;⁴⁰ según la segunda, el término procesado es aquí sinónimo de «imputado», por lo que debiera reclamarse el ámbito de aplicación de estas medidas para cualquier clase de delito.⁴¹

La polémica anterior fue zanjada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 1993, en la que no secundó ninguna de las dos tesis maximalistas o, para ser más exactos, combinó adecuadamente las dos, conjugando tanto el criterio cuantitativo como el cualitativo: de conformidad con esta doctrina, las intervenciones telefónicas, en principio, tan sólo se justifican para la investigación de delitos muy graves; pero —consciente nuestro Tribunal de casación de que nuestro viejo Código penal mantenía penas irrisorias, sobre todo, para la represión de los delitos cometidos por funcionarios— las autoriza también para los ilícitos penales leves «con trascendencia social», como es el caso de dichos delitos de funcionarios, los que afecten «al buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado» y, en general (añadimos nosotros), los relativos a la «corrupción política», contra el orden económico o el patrimonio social colectivo.

b.2) Procesal

Junto a este presupuesto material, resulta imprescindible también cumplir con otro de carácter procesal, cual es la exigencia de que la petición de la intervención telefónica se efectúe dentro de una *instrucción judicial en curso*, esto es, dentro de

36. SSTEDH «Kruslin» y «Huvig» y ATS 18 de junio de 1992.

37. STS 12 de enero de 1995 y ATC 344/1990, de 1 de octubre; SSTC 85/1994, de 14 de marzo; 181/1995, de 11 de diciembre; 49/1996, de 26 de marzo; 54/1996, de 26 de marzo; 123/1997, de 1 de julio; 49/1999, 166/1999 y 14/2001 de 29 enero.

38. Este es el caso de ordenamientos tales como los de Francia, Holanda, Reino Unido, Irlanda, Austria, Portugal, Luxemburgo, Italia y Dinamarca.

39. Esto es, al sujeto pasivo de un «auto de procesamiento» que, como es sabido, tan solo puede dictarse en la fase instructora del proceso penal para delitos muy graves.

40. López Barja de Quiroga.

41. López Fragoso.

un «sumario ordinario», en la instrucción del Jurado o en unas «diligencias previas» en el ámbito del proceso penal abreviado.

Por consiguiente las intervenciones telefónicas no pueden adoptarse, ni en las diligencias policiales de prevención, ni en la investigación oficial o preliminar a la judicial del Ministerio público (pues este órgano imparcial no es, sin embargo, autoridad judicial y, si solicitara al Juez el preceptivo auto de intervención, habría de cesar las diligencias y trasladarle todas las actuaciones practicadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 773.2), ni en el curso de las atípicas «diligencias indeterminadas», ni, desde luego, en el juicio de faltas.

En la práctica forense, y no obstante la censura efectuada por la STS 521/2008, suelen adoptarse dentro de aquellas atípicas Diligencias indeterminadas, que, por efectuarse a espaldas de la defensa y sin intervención del Ministerio Fiscal, no reúnen las exigencias del adecuado «control judicial»; pero la jurisprudencia del TC y TS las siguen legitimando (STC 49/1999, SSTS 786/2008, de 26 de noviembre, 1655/2002, de 7 de octubre...). Así, las SSTS 28 de junio de 1993, 14 de junio de 1995, 7 de abril de 1995, 23 de octubre de 1998, 7 de marzo de 1998... estiman suficientes las «diligencias indeterminadas» como cauce procesal para adoptar estas intervenciones. La STC 24 de octubre de 2005 confiere validez a las diligencias indeterminadas para adoptar la resolución judicial de intervención telefónica, si bien estimó el amparo, entre otras causas, por la circunstancia de que, dentro de dichas diligencias, no se le notificó al Ministerio Fiscal la pertinente resolución judicial.

Este último requisito, aunque no haya sido establecido de forma unánime por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se nos representa como muy plausible, pues viene a impedir la utilización de dicho acto investigador en las polémicas «inquisiciones generales» (STS 20 de febrero de 1995), destinadas a averiguar los delitos que haya podido cometer un ciudadano determinado. En un Estado democrático las intervenciones telefónicas, pese a la redacción del art. 579.2 LECr —que tan sólo condiciona la admisibilidad de la medida a que esté dirigida a «obtener el descubrimiento de algún hecho»—, no debieran estar arbitradas para descubrir la comisión de delitos en general, sino para preconstituir la prueba tan solo de aquellos hechos punibles, de singular gravedad o relevancia social, y que, habiendo sido previamente denunciados, constituyan el objeto de una instrucción judicial en curso. La anterior exigencia es otra manifestación del principio de proporcionalidad, pues, para que el juez pueda alcanzar el convencimiento sobre la necesidad de la medida limitativa del derecho fundamental, se hace necesario «ponderar» previamente, de un lado, la gravedad del hecho punible imputado y, de otro, la imprescindibilidad del sacrificio del derecho contenido en el art. 18.3 CE para la obtención de la prueba de tal hecho.

3.3.4 Requisitos formales

Debido a la vigencia del principio de exclusividad jurisdiccional, corresponde al juez de instrucción competente su adopción en el seno de una instrucción y mediante resolución motivada en la que se determine el teléfono intervenido, el destinatario de la medida y el hecho punible investigado, todo ello en orden a

garantizar el necesario control judicial que el art. 18.3 CE garantiza, de tal suerte que, cuando pueda inferirse que no ha existido dicho control efectivo, se habrá vulnerado el referido derecho fundamental.⁴²

Veamos un poco más detenidamente tales requisitos formales.

a) El deber de motivación

La obligación de la autoridad judicial de motivar la resolución por la que dispone una intervención telefónica constituye otra exigencia del principio de «proporcionalidad», según el cual toda resolución limitativa de un derecho fundamental ha de ser minuciosamente motivada por la autoridad o funcionario que la practique a fin de que, en ella, se plasme el indispensable «juicio de ponderación» sobre la necesidad de la medida.⁴³

La aplicación de la anterior doctrina a la materia que nos ocupa obliga a interpretar el concepto «resolución judicial» al que se refiere el art. 18.3 CE como «resolución motivada», en los términos en los que lo efectúa el art. 579.2 LECr, esto es, mediante «auto».

En dicho auto, el juez habrá de plasmar el oportuno juicio de necesidad de la intervención telefónica en punto a preconstituir la prueba necesaria para la actuación del *ius puniendi* del Estado.

Aun cuando exista alguna resolución, como es el caso de la STC 49/1999 que obliga a efectuar una minuciosa e individualizada motivación,⁴⁴ lo cierto es que la doctrina hoy mayoritaria es la contraria, esto es, la que permite autorizaciones judiciales a través de la motivación «por remisión»⁴⁵ a la solicitud policial,⁴⁶ que puede fundarse en meros indicios e incluso en delaciones de «confidentes».⁴⁷

Pero esta exigencia singular de motivación conlleva la calificación de ilegal, por inconstitucional, de la utilización de la forma de «providencia».

Por lo que ha de merecer el calificativo de totalmente desafortunada la STS de 3 de noviembre de 1993, conforme a la cual una intervención telefónica efectuada mediante «providencia» «es acuerdo más que suficiente para ordenar se lleve a cabo tal medida, sin que sea preciso que la resolución adoptase la forma de auto ni que contuviese una fundamentación específica ni especial». Esta «doctrina» fue posteriormente declarada inconstitucional por la STC 181/1995.

b) Requisitos del auto

En segundo lugar, y en la parte dispositiva de la resolución judicial, han de observarse todo un conjunto de requisitos, subjetivos y objetivos.

42. SSTC 166/1999, 202/2001, 167/202; STS 1191/2004, de 21 de octubre.

43. SSTC 26/1981, 62/1982, 37/1989, 85/1994 —F.J. 3—, 181/1995, 54/1996 y, sobre todo, 49/1999; STS 12 de enero de 1995, 229/2008, de 15 de mayo, 197/2009, de 28 de septiembre.

44. En este sentido también: STS 12 de enero de 1995.

45. SSTS 985/2009, de 13 de octubre, de 5 de noviembre de 2009, 343/2007, de 20 de abril; 119/2007, de 16 de febrero.

46. SSTS 385/209, de 14 de abril, 15 de octubre de 1998, 23 de octubre de 1998, 7 de marzo de 1998...

47. STS 385/209, de 14 de abril, 887/2007, de 7 de noviembre.

b.1) Subjetivos

De entre los primeros destaca la determinación del destinatario de la medida (STC 49/1996), quien ha de ser el titular del derecho al secreto de las comunicaciones (el cual normalmente será el imputado, aunque no necesariamente, pues en ocasiones se hace necesario intervenir el teléfono del ofendido; y, así, la STS 18-3-1994 permite la intervención telefónica de persona no imputada) y quien no tiene por qué coincidir necesariamente con el dueño del teléfono intervenido (así, en el caso de intervención telefónica de empresas, hoteles, etc.), en cuyo caso habrá la policía de abstenerse de escuchar y grabar las conversaciones ajenas al destinatario de la medida.

b.2) Objetivos

Y, de entre los segundos, es necesario reflejar en el auto, de un lado, el número de teléfono objeto de la intervención y, de otro, el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención, sin que le sea dado a la policía acumular a la investigación nuevos delitos, que puedan aparecer ocasionalmente en conexión, sin solicitar inmediatamente una ampliación de la resolución judicial de intervención. Son, pues, inconstitucionales las denominadas licencias de cobertura.

3.3.5 Objeto

El objeto de esta diligencia lo integran todas las comunicaciones, alámbricas e inalámbricas,⁴⁸ radioeléctricas y telemáticas, ya que todas ellas aparecen previstas en el art. 18.3 CE y el art. 579 no excluye las que puedan efectuarse a través del espacio radioeléctrico.

No constituye, sin embargo, intervención de comunicación alguna la reproducción por la policía de un soporte magnético o electrónico (por ej., el visionado de un vídeo o la lectura de un disco duro), la cual, aun cuando pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1, si se aprecian razones de urgencia, existe habilitación legal y, si se persigue un interés constitucionalmente legítimo, pueden ser practicadas por la policía judicial, ya que la habilitación legal la efectúan los artículos 282 de la LECr, 11.1 de la LOFCSE —2/1986—, 547 de la LOPJ y 14 de la LOPSC.⁴⁹

3.3.6 Procedimiento de intervención

Una vez adoptada por el juez la intervención telefónica, la policía judicial efectuará el seguimiento de la escucha y su grabación en los correspondientes soportes magnéticos, cuyos originales han de ser trasladados al juzgado a fin de que puedan ser oídos por el tribunal o transcritos bajo la fe del secretario. La violación de estas prevenciones ocasionará la violación, no del art. 18.3, sino del derecho «a un proceso con todas las garantías» del art. 24.2 CE.⁵⁰

48. STC 34/1996; SSTS 27 de septiembre de 2006 y 8 de febrero de 1999.

49. STS 782/2007, de 3 de octubre.

50. SSTC 126/2000, 14/2001, 202/2001, 167/2002; STS 1191/2004, de 21 de octubre.

Pero el art. 579 de la LECr, al igual como sucede con la mayoría de los presupuestos y requisitos de este acto procesal, olvidó regular también todo el procedimiento de intervención telefónica, ocasionando una importante laguna que, una vez más, tuvo que ser colmada por la jurisprudencia del TS.⁵¹

En síntesis, el procedimiento a seguir debe ser el que a continuación sucintamente se describe: en primer lugar, y como regla general, la intervención sólo puede ser acordada por el juez de instrucción objetiva y territorialmente competente; en segundo, dicho órgano judicial dispondrá que, por los funcionarios de policía judicial o empleados de la compañía telefónica o concesionaria, se proceda, durante el plazo indicado en el auto, a la intervención y grabación de las escuchas; en tercero, una vez practicadas y documentadas en los correspondientes soportes, habrá la policía de entregar en su integridad al juzgado la totalidad de los originales de los soportes magnéticos, los cuales, finalmente, con la intervención de todas las partes comparecidas en el proceso, serán transcritos en un acta bajo la fe del secretario.⁵²

En la actualidad, sin embargo, la mayoría de las intervenciones telefónicas se realiza a través del polémico sistema SITEL, cuya legalidad ha proclamado el TS en diversos pronunciamientos.⁵³ Dicho sistema ha venido a sustituir a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los agentes policiales por un archivo centralizado en el Ministerio del Interior, mediante un mecanismo «moderno, automatizado, simplificados y garantista» (STS 5 de noviembre de 2009).

Excepcionalmente, desde un punto de vista constitucional, puede legitimarse que un juez incompetente, en el marco de las primeras diligencias o «diligencias de prevención», pueda disponer esta resolución, siempre y cuando obre en su poder el material de hecho necesario para efectuar el indispensable «juicio de ponderación» y, desde luego, dicha resolución no sea fruto de una manipulación de juez legal tendente a que un juez más proclive a la adopción de la escuchas entienda de una determinada sin ostentar competencia. La STS 20 de febrero de 1995 permitió estas resoluciones dictadas por jueces incompetentes, siempre y cuando se respete el derecho al juez legal, el cual no puede ser otro sino el predeterminado en la Constitución, esto es, el juez independiente y sometido al imperio de la Ley.

La elaboración del acta del secretario no significa que sobre ella pueda el tribunal sentenciador extender de oficio, sin más, su conocimiento (al amparo de lo dispuesto en el art. 726 LECr), ni siquiera que, dada su naturaleza de *prueba documental preconstituida* (STS 17 de febrero de 1995), su contenido pueda ser introducido en el juicio oral a través de la «lectura de documentos» (art. 730 LECr).

El resultado de la escucha telefónica, si se efectúa con estricto respeto a la Constitución y a la LECr, genera un acto peculiar de «prueba preconstituida» que se diferencia de los demás supuestos de la prueba sumarial en que no precisa ser leída la oportuna acta en el juicio oral, sino, antes al contrario, debe su contenido ser

51. Fundamentalmente por el ATS 18-6-1992 y STS 25-6-1993.

52. Cfr.: SSTS 21 de febrero de 1991, 2 de junio de 1992, 22 de septiembre de 1993, 12 de enero de 1995, 6 de febrero de 1995, 26 de octubre de 1995, 229/2008, de 15 de mayo...

53. SSTS 12, 23 de marzo, 6 de junio y 5 de noviembre de 2009 y Sala Cont.-Admvo de 5 de febrero de 2008.

reproducido directamente ante el tribunal mediante la audición (una vez comprobada pericialmente, en su caso, la paternidad y autenticidad de las cintas magnetofónicas) de los soportes magnéticos, garantizándose, de este modo, el más estricto cumplimiento de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción.⁵⁴

3.3.7 Plazo de duración

De conformidad con lo dispuesto en el art. 579.3 el plazo de duración de las intervenciones telefónicas, salvo solicitud de prórroga, no puede ser superior a «tres meses».

Sin embargo, dicho plazo es más teórico que real, pues, al devenir en nuestro ordenamiento la intervención del defensor necesaria tras el primer acto de imputación (art. 118.1 y 788.1) y, siendo la regla general en nuestro proceso la «publicidad» de la instrucción para el imputado, a fin de evitar la frustración de la escucha telefónica, el juez de instrucción ha de verse obligado a dictar con simultaneidad a la adopción de la intervención telefónica, otra resolución de declaración del secreto instructorio.

Ahora bien, dicha declaración de secreto del sumario o de las diligencias previas no puede extender sus efectos por un plazo superior a «un mes» (art. 302.2), pues, cumplido dicho plazo, debe el juez permitir que el imputado tome conocimiento de todas las actuaciones practicadas. Por esa razón, la utilidad práctica de la medida queda teóricamente reducida al *plazo de un mes*, sin que tenga sentido alguno solicitar prórrogas a la intervención telefónica, aun cuando, según el tenor literal del art. 579.3, podrían ser ilimitadas.

De aquí que, para obviar tales inconvenientes, la práctica forense recurra a las «Diligencias Indeterminadas», que se efectúan a espaldas de la defensa y que permiten prórrogas automáticas cada tres meses. Esta corruptela debiera conllevar una reforma legislativa que armonizara ambos plazos de secreto sumarial y de intervención de las comunicaciones.

En cualquier caso, tanto la solicitud inicial, como la de las sucesivas prórrogas han de estar sometidas a un control efectivo por parte del juez de instrucción, por lo que hay que reputar inconstitucional la práctica consistente en acordar la prórroga de la intervención a través de una mera providencia o de cualquier tipo de resolución estereotipada que se encuentre ayuna de motivación.

Lo relevante para las resoluciones de prórroga es que el juzgador disponga de los elementos de juicio necesarios para decidir, conforme a su ponderado criterio profesional, acerca de la necesidad y conveniencia de continuar o no la medida de investigación que se está realizando, no siendo exigible, como condición de regularidad de la prórroga, o de una ampliación, la audición completa de las cintas grabadas sobre intervenciones anteriores.⁵⁵

54. SSTS 304/2008, de 5 de junio, 4 de noviembre de 2003 —RJ 2003\7653—; 29 de octubre de 2003 —RJ 2003\7330—; 18 de julio de 2002 —RJ 2002\ 7999; 1 de marzo de 2001 —RJ 2001\1914—; 15 de junio de 1999 —RJ 1999\ 3888—; 14 de mayo de 2001 —RJ 2001\ 5507.

55. STC 82/2002, ATC 225/2004, STS 22 de junio de 2005 —RJ 2005\5516.

Si la interceptación telefónica se practica después de expirar el plazo de la autorización y antes de que se autorice la prórroga, ha de entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios.⁵⁶

3.3.8 Valoración de la prueba

Si dicho control judicial efectivo no existiera o, en general, la intervención telefónica se hubiera adoptado con vulneración de lo dispuesto en el art. 18.3 CE o de cualquier otro derecho fundamental, surge el problema consistente en determinar cuál sea la extensión de la prohibición de valoración de este resultado probatorio: si ha de quedar ceñido al contenido fáctico de la grabación magnetofónica y a las pruebas que directamente se deriven de ella o si, por el contrario, ha de extenderse a todas las pruebas que directa o indirectamente tengan como causa aquella prueba de valoración prohibida.

A este respecto, debe tenerse muy en cuenta que las sentencias condenatorias sustentadas en escuchas telefónicas inconstitucionales, no sólo infringen el art. 18.3 CE, sino también la *presunción de inocencia* o el derecho «a un proceso con todas las garantías» del art. 24.2, ya que una de las garantías de este derecho fundamental consiste en no ser condenado mediante una prueba obtenida con violación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

Hasta el año 1999 la jurisprudencia del TC venía subsumiendo el restablecimiento de este derecho a través de la presunción de inocencia. A partir de la STC 49/1999 suele efectuar dicha subsunción dentro del derecho a un proceso con todas las garantías,⁵⁷ si bien no faltan fallos que todavía lo incluyen en la presunción de inocencia.⁵⁸ La cuestión no es baladí, pues, tratándose la infracción de la presunción de inocencia de un vicio *in iudicando*, el restablecimiento de este derecho fundamental lo efectuará el propio TC mediante la anulación de la sentencia de instancia, lo que equivaldrá a una sentencia absolutoria. Pero, de sostener la segunda tesis, que encierra un vicio *in procedendo*, dicho restablecimiento no ocasionará la absolución del condenado, sino la nulidad del juicio oral y la retroacción de las actuaciones a fin de que al inicio de las sesiones, en la comparecencia previa del proceso penal abreviado, el tribunal decida admitir otra prueba válida de cargo propuesta por la acusación, de cuya práctica y valoración dependerá la absolución o condena del acusado.

Ahora bien, para determinar si la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones conlleva también la del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, se hace preciso indagar la extensión de los efectos de aquella primera infracción, pues, en pureza, cabe la posibilidad de que una sentencia penal no se sustente ni en la cinta magnetofónica obtenida inconstitucionalmente, ni en

56. STC 18 de julio de 2005.

57. SSTC 171, 236/1999, 2002/2001, 28 y 167/2002, 184/2003...

58. SSTC 50 y 299/2000, 17, 138 y 141/2001, 167/2002.

pruebas que se deriven de ella (tal como el TC ha tenido ocasión de constatar en su STC 26 de marzo de 1996), en cuyo caso la única pretensión de amparo que le puede quedar al particular es meramente declarativa, sin perjuicio de la deducción de la correspondiente denuncia penal y de la oportuna pretensión resarcitoria que pudiera plantear el destinatario de la escucha ilegal para exigir la reparación de los daños ocasionados por la autoridad pública al haberse entrometido ilegítimamente en su privacidad.

3.3.9 La conexión de antijuricidad

En el momento actual, y tras distintos titubeos jurisprudenciales de la teoría refleja a la directa y viceversa, la construcción del TC, desde la STC 81/1998 hasta esta fecha, descansa sobre la «conexión de antijuricidad», doctrina que la STC 167/2002 resume con acierto: «...en aquella Sentencia (la STC 81/1998) el TC estableció un criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas podían ser valoradas o no, que cifró en determinar si, además de estar conectadas desde una perspectiva natural, entre unas y otras existía lo que denominó conexión de antijuricidad. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, se ha de analizar, en primer término, «la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también, hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo».⁵⁹

De conformidad con esta doctrina, habrá el juzgador de examinar con atención la relación de causalidad existente entre el resultado probatorio de la intervención telefónica inconstitucionalmente obtenida y el de los demás medios de prueba, de tal suerte que, para extender su conocimiento a esos otros medios de prueba, habrá de comprobar la ausencia de dicha relación de causalidad o de antijuricidad o, dicho en otras palabras, tendrá que acreditarse que el hecho punible se habría

59. STC 11/1981 —RTC 1981\11— F. 8 y 4; también, SSTC 49/1999, de 5 de abril —RTC 1999\49—, F. 14; 166/1999, de 27 de septiembre —RTC 1999\166—, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre —RTC 2000\299—, F. 9). De manera que es posible que la prohibición de valoración de pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuricidad (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre —RTC 1999\166—, F. 4; 171/1999, de 27 de septiembre —RTC 1999\171—, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre —RTC 2000\299—, F. 4, 167/2002, de 18 de septiembre, 66/2009, de 9 de marzo).

probado, en cualquier caso, con independencia de la prueba ilícita obtenida con infracción de la Constitución.⁶⁰ De dicha doctrina se infiere que, si el Tribunal hubiera de fundar su convicción sobre otras pruebas, distintas a la de la intervención telefónica, a causa de su ilicitud, habrá de plasmar en la sentencia el «juicio de desconexión» de dichas pruebas con respecto a la escucha telefónica inconstitucional.⁶¹

3.4 LAS INTERVENCIONES DE LOS DATOS DE TRÁFICO Y DEL CORREO ELECTRÓNICO

Si la LECr de 1882 no pudo contemplar las intervenciones telefónicas, no ha de causar extrañeza que también las intervenciones de los correos electrónicos vía Internet se encuentren asimismo ayunos de regulación procesal penal, razón por la cual exigen una nueva y minuciosa previsión legislativa.

Pero, en tanto ello no ocurra, habrá que distinguir entre la intervención de la comunicación telemática *strictu sensu* y la de los *datos de tráfico*, entendiéndose por estos últimos aquellos datos que se generan o tratan en el curso de una comunicación y que difieren de su contenido material,⁶² esto es, los datos de identificación de los medios de comunicación electrónica emisores y receptores (entre los que se encuentra el IMSI —*Mobile Subscriber Identity*),⁶³ tales como, en el caso de la telefonía de red fija y la móvil, el número de teléfono de llamada y el nombre y dirección del abonado o usuario registrado y, en el de acceso a Internet, correo electrónico y telefonía por Internet, la identificación asignada de usuario, número de teléfono, nombre y dirección del usuario o abonado registrado y los datos necesarios para identificar el destino de la comunicación.⁶⁴

En el momento actual, tanto la jurisprudencia,⁶⁵ como los art. 1 y 6 de la Ley 25/2007 y artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (que residencia en un Magistrado del TS la competencia para autorizar la intervención de comunicaciones solicitadas por el Centro Nacional de Inteligencia) son lo suficientemente explícitos a la hora de exigir una expresa *autorización judicial* para recabar del operador la cesión de tales datos de tráfico, si bien, y sin necesidad de dicha autorización, podrá, desde el propio teléfono celular concernido, la policía obtenerlos.⁶⁶ Ahora bien, tal y como agudamente indica la STS de 20 de mayo de 2008, debido a la circunstancia de que el suministro del contenido de la información del IMSI requiere la intervención del operador, habrá, en la práctica, la policía de recabar la pertinen-

60. Gösel.

61. STC 24 de octubre de 2005.

62. González López.

63. Vean nota 15 de la página 120 de este dossier [n. de la ed.].

64. Para una mayor concreción de los datos de tráfico, vide arts. 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

65. STJCE, de 29 de enero de 2008 —en el ámbito del proceso civil— y SSTS 130/2007, de 19 de febrero y de 20 de mayo de 2008 —La Ley 68707/2008.

66. SSTS 3 de marzo de 2000, 25 de septiembre de 2003...

te autorización judicial. Pero, si no existiera servidor (lo que acontece con los programas P2P) puede la policía efectuar dicha intervención.

4. CONCEPTO Y VALOR PROBATORIO DEL ATESTADO

En un sentido estricto, puede definirse el atestado como la actividad investigadora preliminar de la fase instructora, efectuada y documentada por la policía judicial y dirigida, con carácter urgente y provisional, a la averiguación del delito, al descubrimiento e identificación de su autor, al auxilio de la víctima, el aseguramiento del cuerpo del delito y a la adopción de determinadas medidas cautelares penales y provisionales.

En cuanto a su valor, el art. 14 del RD 769/1987 de la policía judicial establece «que tendrá el valor reconocido en las Leyes», es decir, hay que acudir a lo dispuesto en los artículos 282 a 298 de la LECr. La propia LECr distingue, en su art. 297, entre las diligencias de manifestación y las declaraciones. Las llamadas diligencias de manifestación tienen el mero valor de denuncia, y las segundas, llamadas declaraciones testificales, en cuanto que se refieran a hechos de conocimiento propio, deben ser consideradas como un acto de investigación testifical. Pero la propia LECr contempla además otro tipo de diligencias, que serían las efectuadas por orden o requerimiento de la autoridad judicial (art. 287 y 296), periciales y testificales (art. 293), recogida de efectos, instrumentos o pruebas del delito cuya desaparición peligrase (art. 282), actos instructorios todos ellos, cuyo valor probatorio ha sido ampliamente discutido.

Con carácter general, nuestra jurisprudencia atribuye a las diligencias que configuran el atestado, el valor de mera *denuncia*, puesto que, es éste el valor que le otorga el art. 297 LECr y, de conformidad con reiterada doctrina de nuestro TC, sólo pueden considerarse pruebas inculpativas «las practicadas en el juicio oral, bajo la exigencia de los principios de igualdad, contradicción, mediación y publicidad» (por todas, STC 43/1999, de 22 de marzo). La jurisprudencia constitucional, desde la STC 31/1981, ha afirmado que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas, que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad. En lo que respecta al atestado policial, es constante y uniforme la doctrina de que el mismo goza del valor de la denuncia hábil para la incoación de la instrucción (art. 297 LECr), pero no es un medio, sino un objeto de prueba.

Ahora bien, la propia jurisprudencia del TC y del TS ha venido realizando importantes distinciones entre el valor del atestado, en sí mismo considerado, y el de las diligencias que puedan acompañarlo, por ejemplo, el certificado médico expedido por facultativo, en cuyo caso resulta obvio que el certificado médico no puede perder su carácter de prueba pericial, por mucho que acompañe al atestado, pues, en todo caso, constituiría un dictamen profesional, al que no se le puede otorgar el mero valor de denuncia. Algo similar acontece con las denominadas «actas de constancia», a las que se refiere el art. 770.2, que gozan de todo el valor

de la *prueba preconstituida* y en las que, a través de fotografías, croquis, etc., de lo que se trata únicamente es de dejar, por razones de urgencia, constancia de determinados elementos de la realidad externa, o con determinadas actuaciones de la policía judicial, como es el caso del acta policial de recogida de muestras, que pueden llegar también a tener el valor de prueba preconstituida.

La doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado policial se resume en los siguientes extremos:

- a) Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio, si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo.⁶⁷ En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado.⁶⁸
- b) No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contenga datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser las «actas de constancia» (art. 770.2), los croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes.⁶⁹

Asimismo, cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales —por ejemplo, el test alcohólico— y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de *prueba pericial preconstituida*, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado.⁷⁰ Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado —como puede ser el certificado del médico forense— no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso (para el certificado forense, STC 24/1991).

Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues, incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, sus declaraciones tienen la considera-

67. SSTC 100/1985, 101/1985, 145/1985, 173/1985, 49/1986, 145/1987, 5/1989, 182/1989, 24/199, 138/1992, 303/1993, 51/1995, 157/1995 y 222/2001 y 188/2002; STS 7 de abril de 2005 —RJ 2005\7680—; SSAP Madrid 10-12-2002 —JUR 2002/73905— y 2-6-2003 —JUR 2003/246574.

68. SSTC 173/1985, 49/1986, 182/1989 y 303/1993 y 188/2002.

69. SSTC 107/1983, 201/1989, 132/1992, 303/1993, 157/1995, 33/2000 y 188/2002.

70. SSTC 100/1985, 145/1985, 5/1989 y 188/2002.

ción de prueba testifical (STC 217/1989). Sólo en los casos antes citados —actas de constancia, croquis, planos, test alcoholométrico, certificados médicos, etc.— el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso en calidad de prueba preconstituida, respetando, en la medida de lo posible, los principios de inmediatez, oralidad y contradicción y se introduzca en el juicio oral mediante la lectura de documentos (STC 33/2000 y 80/2003).