

---

# EL VALOR PROBATORIO DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA DE LA POLICÍA JUDICIAL

---

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

Presidente de la Audiencia Provincial de Tarragona

---

Según el autor, los aspectos y problemas que presenta el valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial justificarían, por sí solos, la tan esperada reforma del procedimiento de enjuiciamiento criminal.

Sin hacer un análisis exhaustivo de la situación, el autor abre unas reflexiones sobre las deficiencias del modelo probatorio español, cuyo funcionamiento actual pone en peligro ciertas garantías constitucionales, y, en consecuencia, aboga por la necesidad de adoptar medidas correctoras rápidas y eficaces.

En este sentido, para ordenar el actual modelo plantea la reconstrucción conceptual de la actividad probatoria del proceso; la concreción y los límites del espacio policial para obtener pruebas, que analiza detalladamente, y finalmente, la adecuación de la transformación de las fuentes de prueba en prueba.

*According to the author, the aspects and problems relating to the value of the evidence produced by judicial police during the investigations justify, in themselves, the long-awaited reform of criminal proceedings.*

*While the author does not make an exhaustive analysis of the situation, he does create opportunities for reflection on the shortcomings of the Spanish system of evidence provision which, as it currently works, endangers certain constitutional guarantees.*

*The author, consequently, advocates the need to adopt fast and efficient corrective measures. To rectify the current model, he suggests a complete rethink of evidence provision in legal proceedings, redefinition and redrawing of the boundaries for police authority to obtain evidence, which is analysed in detail; and finally, a change to the way sources of evidence are converted into evidence.*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo no pretende, ni mucho menos, agotar el análisis de los innumerables aspectos y problemas que sugiere, desde el plano del proceso y de su aplicación jurisdiccional, una materia como la que le sirve de encabezamiento. No creo exagerar al afirmar que la cuestión enunciada se sitúa en el epicentro del sistema procesal y que su desarrollo sistemático y completo no podría hacerse con rigor sin diseccionar múltiples planos que atienden a los sujetos procesales, al reparto institucional de funciones y al papel que debe atribuirse, por un lado, a la fase previa y preparatoria de juicio y, por otro, al juicio oral, como espacio de producción probatoria y de decisión.

Ello permite ya apuntar la concurrencia de un grave óbice de oportunidad En efecto, sin perjuicio de la relevancia sincrónica de la cuestión, la reforma futura, esperada y necesaria del proceso penal deberá comportar el abordaje de forma

directa y sistemática todas las cuestiones que afectan al sistema de adquisición procesal de las evidencias, los métodos de producción probatoria de aquéllas y, no por orden de importancia, los modos decisionales de los jueces y las reglas atributivas de valor probatorio.

Tampoco creo equivocarme si afirmo que la necesidad inaplazable de reforma se justifica sobradamente sólo atendiendo a la irresistible situación en la que nos encontramos con relación a la materia probatoria en un sentido amplio. A mi parecer, y a efectos dialécticos, no considero que la eterna cuestión sobre la mayor o menor acusatoriedad del modelo y su proyección en cuanto a la definición de espacios de actuación de los diferentes sujetos procesales supere en importancia a lo que atañe, nada más y nada menos, que a los mecanismos con los que puede contar el Estado para pretender atribuir responsabilidad penal a un ciudadano con la consecuente pérdida de libertad.

Los evidentes trazos de contingencia entre modelo de ejercicio y desarrollo de la acción penal, por un lado, y modelo de adquisición y producción probatoria, por otro, no debe impedir graduar las diferentes consecuencias que se derivan de la inadecuada o insuficiente regulación de uno u otro aspecto.

Situándonos en la realidad que nos envuelve, basta asomarse al balcón de la regulación procesal para concluir sobre la existencia de un notable déficit de disciplina legal de la materia probatoria. Ciertamente, las zonas de anomia superan, en mucho, a las zonas reguladas lo que permite describir la situación mediante el símil de la *piel de leopardo* al que se refiere Taruffo. Así, las manchas de la piel equivaldrían al área disciplinada jurídicamente, mientras el fondo equivale a la parte no regulada que queda sometida a los criterios de racionalidad. El valor descriptivo del ejemplo sirve para plasmar gráficamente las relaciones entre el principio de la libertad de prueba —*Free Proof*— y el de la disciplina jurídica. Relaciones que si bien en el sistema angloamericano han funcionado razonablemente bien al convivir, aún con fricciones, el principio de la *Free Proof* junto con precisas reglas delimitadoras del contenido posible del sistema de adquisición, en los modelos continentales, en particular en el nuestro, ha conducido a una situación de incerteza y preocupante irracionalidad.

En efecto, las exigencias derivadas del paradigma garantista-cognitivo que se decanta de nuestra Constitución obligan a una adecuada identificación de las normas que regulan la admisión, la formación, la validez y las condiciones de eficacia de los diferentes medios de prueba. Ello no supone retornar a un modelo de prueba legal incompatible con las exigencias de racionalidad ni supone excluir todo espacio de operatividad al principio de la *Free Proof*, sino ordenar, en términos previsibles y de manera respetuosa con los derechos fundamentales, la actividad de adquisición probatoria del Estado.

La ausencia de un cuadro normativo completo y sistemático de reglas de exclusión —de medios, de métodos o de temas de prueba— que individualice el alcance de las cláusulas constitucionales y que actúe como guía general y coherente de la actuación validadora de los tribunales; la ausencia de una adecuada tipificación de los medios de prueba cuya práctica puede afectar a derechos fundamentales de primer orden; la falta de una precisa regulación de los presupuestos

de adopción de medidas altamente injerentes que normativice condiciones indispensables de proporcionalidad;<sup>1</sup> o la falta de una rigurosa disciplina del elemento de la contradicción en la formación de los medios de prueba y en las condiciones de utilizabilidad acreditativa son factores que patentizan, de manera dramática, una indolente actitud omisiva del legislador.

Insostenible déficit de disciplina legal que ha estimulado una no menos preocupante situación de *suplencia judicial*, con todas las implicaciones constitucionales y políticas que ello arrastra, y la correlativa aparición del fenómeno, bien descrito por Mantovani, de *ordenamiento jurídico oculto*. En pocos campos como el del proceso penal, y en particular en el de la actividad probatoria en un sentido amplio, se aprecia el aumento del poder configurativo de los jueces, con los riesgos de incerteza que ello implica.

En efecto, la labor del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y, a su rebufo, de los tribunales ordinarios ha generado multitud de reglas en orden a identificar las condiciones de validez de los medios de prueba, tanto para su producción como para su posterior valoración judicial. Y es en este sector del fenómeno probatorio donde encontramos, sin duda, un mayor grado de incerteza, de dispersión, de incongruencia. Manchas regulativas de origen jurisprudencial que además, muchas de ellas, desaparecen y aparecen en función de circunstancias, a veces, poco claras. Las oscilaciones en la propia jurisprudencia constitucional respecto a las condiciones de validez de la producción probatoria, junto a la situación de anomia a la que ya nos hemos referido, provoca situaciones sonrojantes tales como que en un tribunal provincial la ausencia de antefirma del secretario judicial en la entrada y registro haya sido considerada causa de nulidad de la evidencia obtenida; o que en otro se otorgue valor probatorio de cargo a la declaración ante la policía del testigo, en condiciones de nula contradicción; que en algunas Audiencias, antes de la reforma de 2003, se admitiera la legitimidad de la extracción de sangre del inculpado como prueba biológica y en otras se rechace por su atipicidad; que en la propia Sala Segunda se califique como actuación ilícita de aseguramiento de la fuente de prueba biológica la realizada por la policía judicial y pocos meses después se valide, otorgándole potencial probatorio; que en algunas decisiones se rechace el valor probatorio de la declaración autoinculpatoria preprocesal y en otras se admita.

Ello conduce a una situación de irracionalidad no gobernable, en afortunada expresión de Amodio, en la que la libertad de los ciudadanos puede depender de reglas desconocidas, de vigencia *ad hoc*, de discutible oportunidad. La incerteza, la oscuridad, la baja calidad democrática de dichas reglas de configuración del modelo cognitivo comprometen nuclearmente su propio desarrollo.

Pero además, es necesario plantearse si el modelo probatorio en su configuración actual está en condiciones de resistir la tendencia de creciente funcionalización, de caída libre hacia un *proceso penal del enemigo*, reutilizando la consabida fórmula

---

1. Límites por la gravedad del delito, límites temporales (recordemos las dos condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por la baja calidad de la regulación de las intervenciones telefónicas).

de Jakobs. En una primera aproximación, cabría apuntar que la ausencia de un modelo de disciplina legal cerrado favorece la vigencia del modelo garantista pues los tribunales están en mejor posición para la protección de los valores constitucionales en los que se basa. A ello podría añadirse que la realidad acredita una decidida apuesta por el paradigma garantista por parte del TC cuyas decisiones interpretativas, por mor del art. 5 LOPJ, vinculan al resto de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Ni uno ni otro argumento, creo, resultan convincentes. No hay razones para considerar que la consecución de los fines constitucionales vincula de manera diferente a los tribunales que al legislador o que la individualización de la decisión judicial permita una más apurada garantía de los derechos fundamentales en liza. Por su parte, si bien es cierto que cabe reconocer en la jurisprudencia constitucional, sobre todo en la del primer decenio, un sesgo garantista no hemos de olvidar el contexto en el que se produce y, en particular, en la necesidad de adaptar una regulación predemocrática deficitaria en garantías a las nuevas exigencias constitucionales. La mayor parte de las decisiones garantistas del Tribunal son consecuencia de recursos de amparo cuyo gravamen se identifica con una interpretación anticonstitucional de la legislación predemocrática. En ese contexto ideológico y funcional parece razonable que el Tribunal actuara bajo un cierto *entusiasmo garantizador*, estimulado por su indiscutible protagonismo a la vista de la continencia regulativa del legislador democrático.

Sin embargo, recuperados del primer destello, si observamos con detenimiento la doctrina jurisprudencial, pueden apreciarse preocupantes *atisbos de funcionalización* del sistema probatorio en detrimento del paradigma cognitivo-garantista. En efecto, la jurisprudencia que arranca con la STC 81/98 sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita y la exigencia de conexión de antijuricidad es un claro ejemplo de lo antedicho. Mediante dicha doctrina el Tribunal amplía las condiciones de usabilidad acreditativa de las evidencias derivadas de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales hasta un límite que pone en grave peligro la operatividad del propio paradigma como límite a la actuación investigadora del Estado y presupuesto de relativización de la verdad como fin del proceso. Pero esta no es la única muestra de funcionalización. Cabe destacar, también, la introducción de la cláusula de buena fe en la actuación preprocesal de adquisición de fuentes probatorias obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como neutralizadora del efecto nulidad (STC 22/2003, caso Madagán). O la escasa protección que se concede al derecho a la no autoincriminación, reconociendo eficacia probatoria a confesiones prestadas en condiciones más que discutibles de defensa, sin asistencia letrada previa, así como la relativización del principio de contradicción como presupuesto de la formación del material probatorio, al reconocerse valor acreditativo a declaraciones prestadas en fase policial o las laxas condiciones que se establecen para la eficacia probatoria como prueba preconstituida por la vía, en el mejor de los casos, del art. 730 LECr, de un buen número de actuaciones previas realizadas por la policía judicial, constituyen buenos ejemplos de lo afirmado.

Ni la jurisprudencia es un dique infranqueable contra la funcionalización de la intervención penal ni tampoco podemos estar seguros que, en todo caso, sus decisiones participen de la ideología garantista en contraposición al legislador.

El ejemplo italiano, aún con sus peculiaridades institucionales, sirve para confirmarlo. En efecto, el TC italiano<sup>2</sup> mediante una invasión sin precedentes de la esfera del legislador ordinario, al afirmar que el fin primario e ineludible del proceso no puede quedar al margen de la búsqueda de la verdad y al proclamar los principios de no dispersión de la prueba y de utilización oblicua del silencio del acusado y del coimputado, asestó un duro golpe al modelo de adquisición del Código procesal de 1988, de vocación genuinamente garantista. Giro antigarantista que provocó la reforma constitucional operada por la Ley 2/1999 por la que se modificó el art. 111 de la Constitución, introduciendo las condiciones del *justo proceso*, en particular la exigencia de contradicción en la producción plenaria de la prueba, mediante una técnica que algunos tachan de *codicista* e impropia del texto constitucional pero que se justifica, precisamente, por la necesidad de proteger el núcleo del modelo de adquisición que inspiró el *Codice* de 1988 frente a ulteriores tentaciones limitadoras de la Corte. Como describe gráficamente Caianiello, presidente emérito del TC italiano, la inversión de tendencia inaugurada con la STC 24/1992 no fue estrambótica ni precipitada sino que maduró en la constatación de que el nuevo Código era absolutamente inapto para la persecución de los delitos más graves, especialmente en un momento de máxima expansión del crimen organizado.

La amplia desregularización del modelo probatorio, la baja calidad de lo regulado y la inestabilidad jurisprudencial en la identificación de las soluciones aplicables, se proyecta de forma particular en el oscuro e impreciso régimen de nulidad probatoria que se apoya en el manifiestamente insuficiente art. 11 LOPJ. Lo que explica, en buena medida, las dificultades a las que se enfrentan los tribunales a la hora de abordar el control de las condiciones de validez de las diligencias de aseguramiento de fuentes y de los medios de prueba que pretenden acceder al plenario.

El objetivo de estas líneas, como anticipaba, es mucho más humilde: solo se pretende abrir un espacio de reflexión compartida que, de forma sintética, nos permita aprehender las deficiencias del modelo, los costes en garantías que implica y la necesidad de identificar prontas y eficaces medidas correctoras.

## 2. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO: LA NECESIDAD DE SU RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

Uno de los factores que ha agudizado el insostenible estado de cosas del modelo probatorio en nuestro proceso es el relativo a la terminología utilizada para definir los diferentes elementos que lo componen. No es ni mucho menos infrecuente la utilización del término *prueba* tanto para referirse a actuaciones asegurativas de las fuentes en fase instructora como a los medios de acreditación que se utilizan en el plenario o al resultado evidencial que el tribunal fija en su sentencia. Tampoco es ajena a la realidad diaria la calificación como prueba preconstituida de actuaciones instructoras producidas en condiciones defensivas, con

2. Vid. SSSCI 24, 254, 255/1992 y 361/1998.

independencia del sujeto procesal que las realice o la calificación de aquéllas como prueba anticipada.

La doctrina constitucional, desde luego, no ha colaborado precisamente para que la cuestión terminológica no se convierta en un elemento de distorsión del modelo. Las sentencias 138/1992 y, de forma particular, la 303/1993, a las que posteriormente nos referiremos con más detalle, adquieren un papel protagónico, constituyendo verdaderos *leading case* en la materia que nos ocupa.

La imprecisión conceptual del TC en la utilización de los términos definitorios de la actividad investigadora desarrollada por la policía judicial ha impregnado hasta nuestros días la cuestión hasta el punto de condicionar, en buena medida, la actividad de los jueces y tribunales a la hora de decidir sobre la admisión de los medios de prueba y de atribuirles valor.

Los problemas de discordancia entre significado y significante no deben impedir identificar el verdadero alcance de las cosas pero tampoco cabe soslayar que dicha labor se dificulta notablemente.

No obstante, no oculto que la propuesta reconstructiva puede resultar pretenciosa por las importantes dificultades que concurren para acometerla. Y que, en todo caso, comporta un riesgo cierto de *deconstrucción*, esto es de volver a introducir incertezas conceptuales, agravando el círculo vicioso que enmarca la cuestión.

Pero lo cierto es que para cuestionarse con rigor el valor probatorio de las diligencias instructoras practicadas por la policía se hace necesario fundar las bases terminológicas del análisis identificando, primero, dichas diligencia por su momento de producción en la categoría general *actividad probatoria* y, segundo, identificado las condiciones en las que aquéllas pueden adquirir la dignidad probatoria que reclama el enjuiciamiento criminal conforme a las exigencias garantizadoras de la Constitución.

Para ello, siguiendo a Fidalgo, la hoja de ruta obliga a descender de la categoría general a las categorías especiales que integran aquélla.

Por actividad probatoria en un sentido amplio debe entenderse el conjunto innominado de actuaciones que tiene como fin propio la verificación, la prueba, de las afirmaciones o evidencias del hecho controvertido.

Ello implica una primera distinción: la actividad probatoria como medio o camino para llegar a la decisión sobre los hechos y la actividad probatoria entendida como resultado, como objeto de la convicción judicial.

Desde esta perspectiva clasificatoria, la actividad probatoria cabría secuenciarla en cuatro fases o momentos de desarrollo:

- a) Los actos procesales o extraprocesales por los que se obtiene fuentes de información —subjetivas y objetivas, o de forma más clara, personas y cosas—, presumiblemente relevantes para un proceso judicial (obtención de fuentes de prueba).
- b) Los actos procesales de incorporación de las fuentes al proceso (aportación, en fase instructora; proposición de medios de prueba, en la fase de preparación del juicio oral o antes de su inicio en la comparecencia *ad hoc* prevista en la ley).

- c) Los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juez de la decisión la información contenida en las fuentes (práctica de los medios de prueba).
- d) El proceso de valoración de esa información por el juzgador a efectos de comprobar su potencial confirmatorio de los hechos que conforman la hipótesis acusatoria o las pretensiones excluyentes o reductoras de culpabilidad o de antijuricidad invocadas por la defensa.

Es evidente, por tanto, que el valor probatorio de una determinada actuación debe entenderse como *el resultado final de un proceso de atribución*. El valor que se atribuya a una determinada actuación probatoria constituye un *posterius* que no puede explicarse sin las condiciones de producción que le preceden. Todas ellas interactúan de forma tal que la falta de una, generalmente, impide y, en el mejor de los casos, dificulta notablemente el acto de atribución.

El valor de las diligencias instructoras viene, por tanto, determinado, de forma cumulativa, por su conformidad a las reglas de obtención de las fuentes de prueba en las fases previas; por la regularidad de su aportación al proceso; por la necesidad de proposición por la parte que pretenda hacer uso de ellas; por su admisión regular calificando el medio introductor; y por su práctica plenaria en condiciones respetuosas con los derechos de defensa y del proceso justo y equitativo en el acto del juicio.

El valor probatorio, por lo expuesto, dependerá tanto de las condiciones de obtención de la fuente como de las condiciones procesales de acceso al proceso. Ello permite apuntar un catálogo complementador de reglas de utilizabilidad que van desde la reglas de prohibición de acceso a la fuente de prueba, por ejemplo, por falta de proposición del medio probatorio o de proposición irregular de los mismos —por ejemplo, proposición de prueba documental que por el contenido informativo reclama prueba de naturaleza personal—; reglas de prohibición de obtención de fuentes de prueba —por ejemplo, cuando se han desconocido límites constitucionales o competenciales para su obtención o se han utilizado métodos contrarios a la dignidad—; o prohibiciones de valoración de medios de prueba —por ejemplo, cuando en su producción plenaria se han desconocido los derechos de defensa o a la no autoincriminación.

El objetivo de estas líneas es analizar, aun de forma superficial, las dos primeras secuencias del proceso probatorio: los actos de obtención de fuentes de prueba y los actos de incorporación de éstas al proceso mediante la proposición de medios de prueba.

### 3. EL ESPACIO POLICIAL DE OBTENCIÓN O ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA

La naturaleza secuencial del proceso de atribución de valor probatorio obliga, en primer término, a identificar el espacio que la Ley y como perímetro amplio, la Constitución reconocen a la policía judicial para producir actuaciones asegurativas o identificadoras de las fuentes de prueba.

La cuestión reviste una importancia decisiva. La misma no solo afecta a reglas competenciales formales sino a reglas de legitimación con valor constitucional.

### 3.1 EL ESPACIO DE ESTRICTA JURISDICCIONALIDAD EN EL DESCUBRIMIENTO Y ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA, COMO LÍMITE NEGATIVO: ALGUNAS INCERTEZAS

Es evidente que la actuación asegurativa realizada por la policía en las fases procesales o preprocesales previas que desborden el espacio permitido comportará, como efecto, la entrada en juego de reglas de prohibición de acceso y, por tanto, de inutilizabilidad de la información obtenida.

Para identificar el espacio de actuación podemos utilizar varios parámetros o unidades de medida. Uno, el que ofrece resultados más claros, que es el que atiende a las reglas que determinan la estricta jurisdiccionalidad en la actuación identificativa o asegurativa de dichas fuentes.

No es discutible que toda actuación investigativa en fase previa que suponga la injerencia intensa en el núcleo esencial de los derechos fundamentales solo puede ser ordenada por el juez de instrucción, limitándose la policía judicial a actuar como mera auxiliar para la práctica de las mismas. La intervención de comunicaciones, la entrada y registro en domicilio, medidas corporales que puedan comprometer la esfera de intimidad o de integridad física de forma intensa, la apertura de correspondencia quedan fuera del perímetro de actuación. La consecuencia es evidente. Cualquier actuación asegurativa por parte de la policía judicial que desconozca dicho espacio activaría las reglas de exclusión.

Ahora bien, el perímetro de estricta jurisdiccionalidad también ofrece zonas de sombra, de dudas, que han sido resueltas en ocasiones de forma no particularmente unánime por los tribunales.

El reconocimiento de espacios de autonomía investigativa y asegurativa a la policía judicial debe comportar de forma correlativa claras y precisas reglas sobre los mecanismos de aportación y de introducción probatoria de las evidencias obtenidas.

O hay control judicial o no lo hay. Y ello, en efecto, es una opción legítima del legislador pero uno u otro modelo arrastran consecuencias muy diferentes. No es asumible, como acontece en la realidad de nuestro modelo vigente que la policía judicial actúe de forma absolutamente autónoma dentro del espacio jurisdiccional y, al tiempo, reconozcamos efectos preconstitutivos a dichas actuaciones bajo la ficción de que el juez ha garantizado, en términos formales, el proceso de adquisición.

Pasaré a continuación a dar cuenta de diversos ejemplos que patentizan, a mi parecer, la grave inestabilidad que caracteriza la identificación de *las reglas del juego* para la adquisición de las fuentes de prueba.

#### 3.1.1 Recogida de muestras o efectos del delito

La doctrina de la Sala Segunda, de forma mayoritaria, ha descartado cualquier consecuencia en términos de inutilizabilidad respecto a aquellas actuaciones practicadas por la policía sin mandato judicial en la fase procesal de la investigación,

poniendo el acento, únicamente, en la necesidad de que la evidencia acceda al juicio por al vía de la prueba testifical de los funcionarios que la practicaron. Los argumentos utilizados son varios. El principal reside en la idea de la especialización de determinadas diligencias, en particular las de recogidas de huellas y muestras y, por tanto, en la innecesidad e inutilidad de que en las mismas intervenga directamente el juez de instrucción pues no aportaría ninguna garantía específica (SSTS 25 de enero de 2005 y 26 de enero de 2000).

De forma incluso más contundente (STS 18 de mayo de 2001) se ha llegado a afirmar que sin perjuicio de la regulación contenida en la LECr, la recogida de determinadas muestras no constituye una función que entre en el ámbito de conocimientos y experiencias del juzgador. La fase procesal implica la asunción de una suerte de dirección difusa por parte del juez que no puede impedir que la policía judicial desarrolle funciones para las que específicamente está especializada y facultada, por tal razón, en las normas sectoriales (art. 11.g) y 38 LO de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y art. 28.a) y e) del Real decreto 769/1987 de policía judicial). Como consecuencia, el juez no está obligado a realizar de forma personal y sobre el terreno las labores de búsqueda, recogida y conservación de vestigios o pruebas materiales. La regla de jurisdiccionalidad del art. 326 LECr, no es rígida y, por tanto, permite, por razones de especialidad funcional la intervención autónoma de la policía judicial para la búsqueda de determinados medios de prueba.

La claridad de la doctrina jurisprudencial se ha visto, sin embargo, empañada por pronunciamientos de la propia Sala Segunda, en una muestra más de la inestabilidad jurisprudencial sincrónica que caracteriza el trabajo del Alto Tribunal.

En efecto, la STS de 14 de abril de 1997 aplicó la regla de inadmisión de la evidencia obtenida con motivo de la toma de huellas del sospechoso practicada por la policía judicial sin mandato del juez cuando el procedimiento de investigación judicial ya se había abierto, por considerar que se había vulnerado el régimen de jurisdiccionalidad contenido en el art. 326 LECr.

Pero lo que parecía un pronunciamiento aislado y olvidado de la Sala recobró una particularísima vigencia con motivo de la STS de 19 de abril de 2005, cuyo ponente, por cierto, era el mismo que el de la mencionada decisión de 1997.

En el caso, la parte recurrente cuestionaba la admisión de una determinación de ADN a partir de una muestra recogida por la policía judicial procedente de un esputo exhalado por el inculpado cuando fue trasladado de la celda donde era custodiado. La muestra se consideró indubitada y permitió la comparación del ADN extraído con el hallado en la capucha con la que el inculpado se cubrió el rostro al momento de comisión del hecho justiciable.

La Sala de lo Penal privó de toda eficacia probatoria a la evidencia obtenida. Tres razones fundamentaron la decisión:

- la primera, que la toma de muestra infringió el régimen general de actuación previsto —en los términos introducidos por la reforma de la LECr operada por la LO 15/2003 (art. 326 LECr), cuando el procedimiento judicial ya había sido abierto, sin que concurrieran razones de urgencia;

- el segundo, que, en todo caso, se desconoció el régimen especial previsto en el art. 363 LECr que reclama la autorización judicial para la toma de muestras biológicas del sospechoso mediante resolución motivada;
- la tercera, relativa a que la toma se realizó en condiciones de nula contradicción, sin información previa al indagado sobre la misma ni sobre las circunstancias en las que se produjo y sin recabar su consentimiento.

Pocos meses después, el 14 de octubre de 2005, la Sala de lo Penal decidió en sentido contrario en un supuesto prácticamente idéntico al analizado en la STS de 19 de abril de 2005. El pronunciamiento, muy poco respetuoso con las exigencias del método decisional en supuestos de *overruling*, descartó la tacha de inutilizabilidad, pretendida por la defensa, del ADN extraído, también, de un esputo exhalado por el inculpado y que sirvió como muestra indubitada para comparar con el ADN hallado en otros restos biológicos procedentes de instrumentos del delito.

La sentencia, que no menciona el precedente del que se separa, fundó su decisión sobre dos argumentos explícitos y uno implícito. El primero, relativo a la necesidad de distinguir entre muestras obtenidas del cuerpo del sospechoso —supuesto al que se referiría la previsión del art. 363 LECr—, de las muestras subrepticias derivadas de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto pasivo de la investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, respecto a las cuales no cabe exigir autorización judicial previa. El segundo argumento explícito es el que atiende al uso de la información genética afirmándose que en el caso concreto se excluyó cualquier utilización de los perfiles más allá de los estrictos fines identificativos, por lo que no se produjo con la obtención de la muestra ninguna afectación relevante del derecho a la intimidad. El tercero de los argumentos, implícito, es que la policía judicial puede recoger muestras de material biológico aun cuando el procedimiento judicial ya esté iniciado.

La clamorosa disparidad de criterios reclamó un Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional, adoptado el 31 de enero de 2006, en el que, de la forma sincrética que caracteriza esta toma de posturas, la Sala afirmó que «en lo relativo a la realización de pruebas de ADN, la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Acuerdo que ya ha tenido proyección jurisdiccional en las SSTS 14 de febrero de 2006 y 20 de marzo de 2006.

Es evidente que el Acuerdo, y las sentencias que le siguen, constituían una ampliación evidente del espacio de autonomía investigativa de la policía judicial en el espacio procesal. Y ello mediante una lectura materialmente deslegalizadora del marco normativo que regulaba la obtención de muestras genéticas. Sin perjuicio de las razones que pueden argüirse para justificar la competencia funcional de la policía judicial para la recogida de dichas muestras situadas fuera del cuerpo del sospechoso y de la no aplicación al caso de la previsión específica contenida en el art. 363 LECr, lo cierto es que el legislador del 2003 reguló de forma expresa que fuera del campo de operaciones marcado por el art. 282 LECr (que se invoca expresamente en el inciso final del art. 326 LECr) y, por tanto, cuando no concurren

razones de urgencia, la recogida de vestigios biológicos debía ser adoptada u ordenada por el juez.

Los tribunales a la hora de interpretar las normas que aplican deben partir de la presunción de racionalidad prescriptiva del legislador y de que, por tanto, ordena lo que prescribe con el alcance que se decanta de los términos lingüísticos y comunicativos utilizados. El legislador de 2003 era consciente, y así también debe presumirse, de los problemas normativos de identificación del espacio funcional atribuido a la policía judicial y pese a ello, en la materia de recogida de muestras biológicas reafirmó la jurisdiccionalidad de la intervención en supuestos de no urgencia.

Un elemental criterio apagógico en la aplicación de la norma obliga a interpretarla de tal manera que puedan hacerse efectivas las consecuencias jurídicas buscadas por el legislador democrático. En ello consiste, ni más ni menos, la función que la regla de constitucional de distribución del poder atribuye a los tribunales.

El Tribunal Supremo no podía, por vía aparentemente interpretativa, vaciar de contenido una norma de contenido y consecuencias claras sin riesgo de situarse en una posición constitucional que no le corresponde, desconociendo, además, el límite que se establece en el art. 297 *in fine* LECr, cuando se prohíbe expresamente a la policía judicial utilizar medios de investigación que la Ley no autorice —lo que entronca con las exigencias que derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ponen el acento en la necesidad de previsión legal específica cuando se trate de activar medios injerentes en el núcleo de los derechos fundamentales para la adquisición de evidencias de las que puede depender la libertad de los ciudadanos.<sup>3</sup>

Cabían en efecto, otras soluciones normativas, como ya ha sido objeto de regulación en la disposición tercera de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de bases de datos policiales, también, cabía, criticar la técnica legislativa, sobre todo por su continencia en la regulación de una materia tan importante, pero lo que resultaba difícil negar es que en lo previsto la norma identificaba su campo de aplicación. Regulación que, en todo caso, no estaba desprovista de razones teleológicas valiosas como la de proteger de forma reforzada, mediante la intervención del juez, los derechos fundamentales en liza; asegurar la atribuibilidad del mapa de ADN a su portador, buscándose de la mejor manera posible su inobjetable asignación al investigado; y, atendida la alta tasa de valor probatorio que incorpora, garantizar de forma intensa los derechos de defensa del inculgado (Cortés Bechiarelli).

No obstante, como apuntábamos, la cláusula jurisprudencial de atribución de competencias funcionales a la policía judicial para la recogida de muestras biológicas ya se ha proyectado en norma —disposición adicional tercera de la LO 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN—, situada extramuros de la LECr, lo que denota una descuidada técnica legislativa. Dicha regla modifica no sólo el tenor del art. 326 LECr, en cuanto a las posibi-

---

3. Ejemplos de lo dicho son los referentes al control de las intervenciones escritas, caso Calogero contra Italia, de 15 de noviembre de 1996; control de las intervenciones telefónicas, caso Doerga contra Holanda, de 27 de abril de 2004 y caso Matheron contra Francia, de 29 de marzo de 2005.

lidades de recogida de muestras biológicas y de la competencia para ello de la policía judicial, sino también el art. 363 LECr, en cuanto parece, dada la mala redacción del precepto, que reduce la intervención judicial para la obtención de aquéllas a los supuestos en los que la persona investigada<sup>4</sup> no preste su consentimiento a la obtención sobre su propio cuerpo o no autorice la recogida en espacios de privacidad para cuyo acceso es también necesaria la autorización judicial.

La nueva regulación no responde, a mi parecer, de forma adecuada a los nuevos y complejos retos que plantea la investigación genética. En particular, las de secuencia extensiva que permiten ya delimitar el perfil genético del sospechoso no a partir de muestras indubitadas procedentes del mismo sino de personas de su entorno familiar. Además, creo que la tendencia a la *policialización* de la investigación procesal por mucha competencia técnica que se le reconozca a la policía judicial, plantea riesgos que afectan, nada más y nada menos, que a la autenticación de evidencias que cada día adquieren un papel más protagónico en la investigación de los más graves delitos.

La cuestión reclama complejos balances de intereses aplicando estándares de proporcionalidad para lo cual la intervención del juez parece difícilmente sustituible o prescindible.

### **3.1.2 Identificación de la flagrancia y validez de fuentes de prueba con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliar: la cláusula de la buena fe**

En este punto, no puede dejar de destacarse la STC 22/2003, Caso Madagán, en la que el Alto Tribunal, por primera vez en nuestro modelo probatorio, aplica la excepción de la *good faith*, otorgando valor probatorio, por un lado, a la declaración plenaria de los agentes que practicaron un registro domiciliar sin autorización judicial ni consentimiento del titular sospechoso y, por otro, a los instrumentos del delito que como piezas de convicción se hallaron en la actuación asegurativa preprocesal. El caso reviste mucho interés. Con motivo de la recepción de una llamada por la que se advertía de gritos amenazantes procedentes del interior de una vivienda y ruido de disparos, los agentes acudieron y comprobada la realidad de las amenazas decidieron acceder al interior de la vivienda. En la misma observaron al Sr. Madagán en actitud violenta hacia su esposa así como los impactos de los disparos, procediendo a su detención. Posteriormente, una unidad de la policía judicial se dirigió al domicilio para practicar una inspección ocular. El acceso fue franqueado por la esposa e hijo del inculcado. Los agentes practicaron la inspección y el registro de la vivienda con autorización de la esposa, encontrando en el armario del dormitorio una pistola del calibre 22 mm.

El Sr. Madagán fue condenando por un delito de amenazas y otro de tenencia ilícita de armas. Tanto en la instancia como en el recurso de apelación alegó la vul-

4. Por cierto, la ley sobre este punto introduce una polisemia desconcertante (sospechoso, detenido o imputado) generadora a buen seguro de problemas interpretativos.

neración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de los agentes que practicaron la inspección ocular pues la entrada de éstos se produjo sin su consentimiento y sin autorización judicial, sin que tampoco concurriera en el momento de su práctica ninguna situación de flagrancia delictiva.

La apelación fue desestimada interponiéndose recurso de amparo. El TC en su sentencia identifica, en primer término, las condiciones de entrada. De forma contundente descartó la concurrencia de flagrancia cuando acudieron los miembros de la policía judicial a practicar la inspección. El recurrente estaba detenido y la situación de amenaza había cesado. La cuestión, por tanto, se centró en determinar si existió consentimiento válido para la entrada. Para el Alto Tribunal la condición de interesado para prestar autorización en los términos que reclama el art. 569 LECr, constituye una cuestión susceptible de interpretaciones alternativas que forman parte del ámbito de la legalidad ordinaria. Pero, en el caso concreto, considera que cuando la persona que autoriza la entrada de los agentes se sitúa en una posición de intereses contrapuestos con la persona cotitular imputada en el proceso, la regla debe estrecharse identificando como interesado a la persona a la que le pueden afectar en su perjuicio los efectos de la actuación investigadora.

Por tanto, el consentimiento de la esposa del Sr. Madagán no era suficiente para desplazar la necesidad de que éste autorizara expresamente la entrada. Así las cosas, el registro de sus pertenencias practicado por la policía judicial con motivo de la entrada debe reputarse vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio del recurrente. Identificada la lesión el TC, sin embargo, rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria prevista en el art. 11 LOPJ. Para el Alto Tribunal, el contexto de producción de la diligencia, momentos después de acaecido el delito, la situación generada de grave peligro para la víctima y, sobre todo, la oscuridad del ordenamiento sobre la cuestión atinente a la legitimación necesaria para consentir la entrada, patentiza que los agentes de forma alguna se representaron ni intencional ni imprudentemente la lesión del derecho fundamental. En esa medida, la consecuencia excluyente de la evidencia resulta desproporcionada en relación con el grado de lesión del derecho fundamental identificado. La conducta de los agentes públicos no merecía, por la vía de la consecuencia excluyente, reproche ni justificaba que el Estado prescindiera de elementos probatorios para condenar al Sr. Madagán, en los términos contenidos en la sentencia.

La decisión, sincréticamente resumida, introduce un estándar de oportunidad para la aplicación de la regla de exclusión muy discutible, por inseguro e inestable. La «importación» desde el modelo norteamericano de la excepción aplicada resulta evidente y, también, los desajustes que provoca.

En el sistema norteamericano, la excepción de buena fe a la regla de exclusión se funda en razones muy diferentes a las que justifican la regla en nuestro modelo constitucional (STC 114/1984).

Sin perjuicio del intenso y tortuoso debate jurisprudencial que ha precedido al estado actual de cosas (Decisiones de la Corte Suprema, *Stone v. Powell*, 1976; *U.S v. Leon*, 1984; *Ill v. Krull*, 1987), el Tribunal Supremo norteamericano, en una lectura regresiva de la regla de exclusión, ha venido a afirmar, no sin voces críticas, que la Constitución no impone un determinado modelo de garantía de los derechos

protegidos en la cuarta, quinta y sexta enmienda por lo que no puede reconocérsele a la Regla de Exclusión Probatoria (en adelante, REP) rango constitucional. La misma y las condiciones en las que opera son, de alguna manera, disponibles por el legislador. Los balances de costes y beneficios permitirían sancionar, por ejemplo, la conducta infractora de los agentes y, sin embargo, permitir el aprovechamiento probatorio de la evidencia. La razón de ser de aquella y su operatividad, por tanto, responde a una ordenación de intereses en conflicto con fundamento infraconstitucional si bien en estos momentos razonable.

Dicho fundamento radica en la necesidad de estimular que las actuaciones de los agentes públicos respeten la Constitución. De tal modo, lo que se busca directamente es un efecto desaliento (*effect deterrent*) de conductas colusivas, con un efecto indirecto en los derechos que reconoce la Constitución. Si ello es así, parece una consecuencia lógica descartar la REP cuando la actuación de los agentes públicos no tenía intención de desconocer o violar la Constitución o despreciar sus mandatos. Si éstos han actuado de forma razonable y de buena fe no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de la evidencia.

Como ejemplo más reciente, el TC ha vuelto a situarse en el resbaladizo territorio de la cláusula de buena fe en la STC 209/2007, en la que si bien el Tribunal no hace uso explícito de la misma, construye la argumentación convalidadora de la entrada en el domicilio de los agentes policiales, reconstruyendo de forma muy forzada el concepto de titular *de la morada* y de legitimación para prestar el consentimiento. En todo caso, el análisis de la sentencia sugiere con claridad que la cláusula de buena fe planeó, y en cierta medida, condicionó, como una suerte de marco conceptual, todo el desarrollo argumental de la sentencia por la que se deniega el amparo pretendido.

A mi parecer, dicho juego de intereses, legítimo desde la realidad constitucional norteamericana, no permite la extrapolación de sus consecuencias a nuestro modelo. En éste parece que no hay duda sobre la íntima vinculación entre REP y garantía activa de los derechos fundamentales, tanto los sustantivos que pueden verse afectados por la actuación de los poderes públicos, como los procesales, los que atienden, sobre todo, al derecho a la presunción de inocencia. Hacer depender la efectiva reacción contra vulneraciones de derechos de la identificación de mayores o menores grados de impericia o de malicia en la actuación policial es peligroso.

Protegiendo activamente los derechos, de forma indirecta, puede asegurarse que los agentes públicos ajustarán con mayor cuidado su actuación a la Constitución, pero de forma alguna puede aceptarse que protegiendo la conservación probatoria de las evidencias obtenidas por los agentes sin mala fe pero vulnerando los derechos pueda obtenerse un adecuado nivel de protección de éstos.

En todo caso, el análisis empírico de los efectos de la regla del *deterrent effect* arroja resultados escalofriantes, bien sintetizados por Pizzi. En su trabajo *Juicios y mentiras* apunta que más del 50 % de las actuaciones asegurativas de fuentes de prueba por parte de la policía en EEUU contienen elementos falseados tendentes a asegurarse, en su caso, la entrada en juego de la *good faith* en el caso de que por las defensas se invoque la REP.

### 3.1.3 Identificación de domicilio constitucionalmente protegido: especial referencia a la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas

La relevancia de la cuestión no reside, desde luego, en las *zonas claras* de la respuesta, de la mano de una consolidada jurisprudencia constitucional (por todas, STC 10/2002), sino en las *zonas grises*, incluso de penumbra, que cabe identificar. No cabe duda que el objeto de protección se identifica, *prima facie*, con el espacio físico, en términos de experiencia social, en el que una persona física desarrolla su intimidad y dispone, por ello, de facultades de exclusión de terceros. Pero el problema, que anticipamos como de solución compleja, es si este contenido colma todo el objeto constitucionalmente relevante, a los fines y a los efectos del art. 18 CE. Cuestión que, en lógica consecuencia, debe vincularse con otra que atañe a los sujetos titulares del derecho a la inviolabilidad domiciliar. En concreto, si éste puede reconocerse y garantizarse respecto a las personas jurídicas.

Para contestar a ambas preguntas debe partirse de un presupuesto troncal: el TC ha reconocido a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, identificando las razones axiológicas de dicha atribución en que aquéllas sirven también como instrumentos para el desarrollo de los derechos fundamentales de los que son titulares las personas físicas. Elaborando una doctrina que podríamos calificar de *descubrimiento* del contenido objetivo de dicha titularidad, caso por caso, derecho por derecho. Entre éstos, encontramos el derecho a la libertad sindical, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a transmitir información, el derecho al honor, el derecho de asociación, el derecho a la libertad ideológica, el derecho a la creación de fundaciones, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad privada. Por su parte, y en atención a las circunstancias individualizadoras del objeto y la naturaleza del proceso así como a la posición que ocupa en éste la persona jurídica, también ha reconocido un buen número de los derechos que se contienen en el art. 24 CE, entre ellos, el de participar en el proceso, defensa, proposición y práctica de prueba, así como el derecho a conocer las razones del tribunal mediante una motivación suficiente.<sup>5</sup>

Pero junto a las zonas claras de reconocimiento, también cabe identificar *zonas de penumbra*, en las que la jurisprudencia constitucional no se muestra particularmente estable y precisa en el alcance de sus fundamentos decisionales, y de *sombra*, entendiendo por tales aquéllas en las que todavía el TC no se ha pronunciado de forma expresa sobre la extensión de titularidad de determinados derechos fundamentales a las personas jurídicas.

Un buen ejemplo de *penumbra* lo encontramos, precisamente, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Los pronunciamientos son contradictorios, como por ejemplo la STC 137/1985.<sup>6</sup>

5. SSTC 62/2006, 129/1995, 126/2009, 111/2007, 99/1983, 20/1985, 26/1985, 131/2009, 241/1992, 129/2001, 8/2008, 18/2008.

6. Esta sentencia afirmó «[...]ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen

Sin embargo, pronunciamientos anteriores (ATC 139/1985) y posteriores (SSTC 228/1997, 283/2000) han cuestionado la razón de transferencia insistiendo en que el objeto de protección lo constituye la *morada*, como espacio de ejercicio de la privacidad, condición de desarrollo vital de la que son únicas titulares las personas físicas, desplazando la protección de los espacios donde se desarrolla otras actividades, entre las cuáles incluye las mercantiles, a otros derechos con menor carga reaccional, como el de propiedad, o al plano de la mera legalidad ordinaria donde el legislador establece requisitos de autorización judicial para habilitar determinadas entradas por parte de agentes estatales en dichos espacios, cuando la misma puede hacerse depender del consentimiento del titular (art. 546 LECr y art. 91.2 LOPJ, texto de 2003).

Sin embargo, la aparente, *desconstitucionalización* del derecho al domicilio de las personas jurídicas sugiere zonas de fricción con pronunciamientos reiterados de la Corte de Estrasburgo. En efecto, ésta ha venido a afirmar, con contundencia, que las personas morales, dadas determinadas condiciones de transferencia, deben ser consideradas, también, como titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado tanto en su domicilio como en sus comunicaciones. Ello supone la necesidad de exigir que toda injerencia deba estar prevista en la ley y ser necesaria para el mantenimiento del orden en una sociedad democrática. También ha de presentarse como particularmente idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección y ha de ser proporcional entre éstos fines y el sacrificio del derecho, reclamando como garantía específica una alta tasa de jurisdiccionalidad en su ordenación.<sup>7</sup>

también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C. E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas. Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que pueda reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que —suele ponerse de relieve— también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo.» (en el mismo sentido, STC 23/1989).

7. SSTEDH, caso Association for European Integration and Human Rights y Ekimdzhev contra Bulgaria, de 28 de junio de 2007; caso Kent Pharmaceuticals Limited y otros contra Reino Unido, de 11 de octubre de 2005; Caso Buck contra Alemania, de 28 de abril de 2005; caso Aalmoes y otros contra Holanda, de 25 de noviembre de 2004; caso Société Colas Est y otros contra Francia, de 16 de abril de 2002.

El TEDH construye la operación de transferencia sobre dos ejes:

- a) La necesidad de identificar una finalidad funcional de protección de los intereses con relevancia constitucional, que justificaron la propia creación de la persona moral.
- b) En la propia interpretación extensiva de las cláusulas utilizadas por Convenio para delimitar el contenido del derecho fundamental protegido. Así, en su sentencia, caso *Société Colas Est contra Francia*, de 18 de abril de 2002, y en relación a la concreta extensión del derecho a la protección del domicilio a las personas jurídicas, el Tribunal acude a las reglas hermenéuticas del derecho de los tratados contenidas en el Convenio de Viena de 1969. Estas reglas obligan a optar por la expresión de entre las diferentes versiones oficiales que otorguen una mayor extensión al derecho garantizado. Así, considera, en este caso, que debe relacionarse al término en francés *domicile*, de contenido unívocamente más amplio que el término *home*, concepto que se utiliza en el texto oficial del Convenio, en inglés, que, en efecto, hace referencia a un espacio de privacidad mucho más vinculado al desarrollo de la vida privada de las personas físicas.

Como se destaca en la STEDH, caso *Association for European Integration and Human Rights y Ekimdzhev contra Bulgaria*, de 28 de junio de 2007, no hay razones que impidan la extensión, tanto al espacio domiciliario como a las comunicaciones del derecho a la vida privada, reconocido en el art. 8 del Convenio, a las personas jurídicas, aun cuando reconoce la dificultad concurrente para identificar en todos los supuestos *que, en efecto, éstas pueden tener una verdadera vida privada a los efectos y fines de protección del Convenio*. En todo caso, cuando se aprecie que el domicilio y las comunicaciones sirven para el desarrollo de los fines asociativos, ya sean privados o comerciales, con independencia de los intereses de protección de las personas individuales que integran los entes colectivos, debe afirmarse su titularidad y, por tanto, su protección autónoma.

En mi opinión, los fundamentos decisionales del Tribunal Europeo resultan difícilmente cuestionables. El domicilio de la persona jurídica no solo puede calificarse como un centro de imputación de deberes sino como un espacio en el que se materializan los intereses y derechos constitucionales, que justifican su creación. No puede negarse, que en determinados supuestos, los derechos a la libertad ideológica o de creación artística o industrial (que son indiscutibles para los titulares las personas jurídicas), o la libertad de empresa o a la intimidad informática o comunicacional, se ejerce mediante, y en el, espacio domiciliario, telemático, postal o telefónico utilizado por aquéllas. Si ello es así, si puede trazarse una relación funcional entre tales instrumentos y los derechos fundamentales, parece claro que la conclusión no puede ser otra que la de otorgar a los primeros el estatuto de objetos constitucionalmente protegibles.

Como apuntaba, ésta no parece, *en primera lectura*, ser la posición del TC, que a salvo excepciones —STC 137/1985—, ha limitado la extensión de la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 18 CE a las personas jurídicas, basán-

dose, esencialmente, en que el objeto de protección solo puede referirse al espacio donde las personas físicas ejercen su intimidad, reduciendo o equiparando el concepto constitucional de domicilio a *morada u hogar*.<sup>8</sup>

No obstante, resulta preciso señalar que en los casos constitucionales citados la cuestión fundamental a despejar residía, precisamente, en determinar si los espacios cuya protección constitucional se reclamaba podían ser considerados, o no, como destinados al desarrollo de la vida privada de las personas físicas que invocaban el derecho fundamental. Ninguna de las sentencias analiza el conflicto desde la perspectiva del Tribunal Europeo, es decir, desde la identificación de un espacio físico en el que la persona jurídica ejerce su derecho a la vida privada. Es evidente, que un almacén o un local comercial o establecimiento abierto al público no son espacios destinados al desarrollo del ámbito de privacidad de una persona jurídica. Pero no lo es tanto que pueda negarse toda protección constitucional a la sede social donde se custodian las actas, los escritos y manifestaciones ideológicas de una asociación, los libros contables y fiscales o los datos personales de los clientes —pensemos, por ejemplo, en una sociedad mercantil que presta servicios sanitarios o jurídicos.

Por ello, creo que el diálogo constitucional sigue abierto y que, sin duda, la reforma penal que se avecina —*vid.* Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2009, donde se contempla de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, como efecto reflejo, lo reactivará.

En todo caso, y casi como apunte de *lege ferenda*, estimo que la actual regulación de la LECr, y en particular su interpretación jurisprudencial *minimalista* —que excluye toda consecuencia sobre la validez o utilizabilidad de las fuentes de prueba, derivada de la vulneración del régimen legal de protección, sobre entrada en lugar público (art. 546 y 547)—, resulta manifiestamente insuficiente y fuente segura de reproche por el Tribunal Europeo a la luz de las exigencias convencionales.

A nuestro parecer, la futura nueva posición de la persona jurídica en el proceso penal debe servir para una profunda reforma de los presupuestos y condiciones de injerencia del Estado en el espacio domiciliario como en las comunicaciones telefónicas o postales mantenidas por aquélla. Pero hasta que ésta no llegue creemos preciso sugerir de forma telegráfica algunas prevenciones.

En particular, respecto a las intervenciones domiciliarias, debería partirse de una interpretación extensiva del art. 546 LECr, garantizando condiciones de adecuada jurisdiccionalidad y motivación en la decisión habilitante de la entrada cuando se trate de investigar delitos en los que el espacio domiciliario de la persona jurídica, donde se realice la injerencia, pueda estar destinado al desarrollo del contenido esencial de su privacidad y de las finalidades sociales y pueda, en consecuencia, afectarse a los derechos fundamentales de los que es titular. Además

8. SSTC 10/2002, 183/2005 [Muy expresivo resulta el reflejo de la doctrina constitucional en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De forma unánime ha venido a negar la necesidad de título judicial habilitante para la entrada en domicilios sociales, afirmándose en la STS de 1 de abril de 2002, «[...] que el artículo 18.2º CE, lo que protege es el derecho del individuo a disponer de un núcleo de absoluta reserva en la santidad del domicilio, un hogar donde se desarrolla su existencia y actividad humana...]

de que se puedan obtener fuentes de prueba que sirvan para fundar la inculpación de personas físicas. Piénsese, por ejemplo, en despachos en los que, bajo forma societaria, se desarrollan actividades profesionales, o en sedes de asociaciones o grupos ideológicos. En estos casos, la simple titularidad social del domicilio no puede servir para eludir garantías de protección que vienen exigidas por el Convenio Europeo de 1950 y, por tanto, por la vía del art. 10 CE, también, de forma difícilmente evitable, por el art. 18 CE. En este sentido, debe traerse a colación la importante STEDH, caso *Stès Colas Est contra Francia*, de 16 de abril de 2002, en la que se apuesta decididamente por la extensión de titularidad del *derecho de toda persona al respeto a la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia* a las personas jurídicas.<sup>9</sup>

En todo caso, y como ya he anticipado, el ya próximo modelo de responsabilidad penal de las personas morales sugerirá, a buen seguro, la oportunidad de nuevos pronunciamientos del TC sobre la cuestión que no puede calificarse, ni mucho menos, de cerrada. Contrariamente, cabe pronosticar un giro garantista, en los términos de la STC 137/1985, que extienda la titularidad del derecho, dadas determinadas condiciones, a las personas jurídicas cuando en el domicilio social pueda identificarse un espacio de ejercicio de la actividad profesional y de salvaguarda de intereses esenciales para el desarrollo de la actividad societaria —secretos industriales, contabilidad, datos fiscales, cartera de clientes, datos íntimos de personas físicas etc.

### 3.1.4 Acceso a datos clínicos y muestras sanguíneas

El componente dinámico, expansivo y conflictual de los derechos fundamentales propicia, sobre todo en el contexto del proceso penal, la aparición de nuevas dudas sobre los límites de la actuación investigadora e injerente de las autoridades estatales.

Un buen ejemplo de lo antedicho lo encontramos en el supuesto que contempla la interesante STC 25/2005. El Sr. Altuna fue condenado como autor de un delito de homicidio imprudente. El tribunal (la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en grado de apelación) contó para ello con un cuadro probatorio integrado por las declaraciones de los agentes de policía que realizaron el atestado, del personal de la ambulancia que trasladó al acusado al centro hospitalario, con la pericial sobre la autopsia practicada y la documental relativa a la hoja clínica del hospital donde fue atendido el Sr. Altuna, en la que constaba que presentaba un grado determinado de impregnación alcohólica.

El Sr. Altuna interpuso recurso de amparo ante el TC por entender que la sentencia condenatoria vulneraba su derecho a la presunción de inocencia y su derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 CE.

9. *Vid.* también, STEDH Caso Shannon contra Reino Unido, de cuatro de octubre de 2005; STEDH, caso Van Rossem contra Bélgica, de 9 de diciembre de 2004; STEDH, caso Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992.

Con relación a ello, el recurrente alegaba que el análisis se practicó sin su consentimiento sin que mediara, tampoco, orden judicial por lo que siendo una intervención corporal su ilícita obtención obligaba a excluir sus resultados del cuadro probatorio.

El TC analizó el gravamen desde dos planos:

- a) el primero, desde el derecho a la intimidad corporal;
- b) el segundo, desde el derecho a la intimidad en un sentido más amplio como derecho a proteger del conocimiento de terceros datos que afectan a la salud y a la privacidad.

En relación con el primero, el Alto Tribunal de Garantías descartó que la obtención del dato, por sí mismo, comprometiera la intimidad corporal del recurrente. La analítica de sangre vino, esencialmente, motivada por necesidades terapéuticas y asistenciales, derivadas del estado en el que se encontraba el Sr. Altuna, a las cuales prestó consentimiento o, al menos, no consta que no lo hiciera. La intervención corporal leve, pues, era independiente a las finalidades de investigación penal, sin que en su práctica intervinieran agentes estatales.

Sin embargo, el TC sí identificó vulneración del segundo de los planos —el que se refiere al derecho a la protección de datos íntimos frente a terceros, ya sean personas privadas o agentes públicos. Para el TC, el acceso del dato clínico, de la fuente de prueba, al proceso, se produjo en condiciones constitucionalmente inadmisibles. El juez se limitó a ordenar por providencia que se librara oficio al hospital, para que remitiera el dato analítico, sin justificar argumentativamente las razones, en términos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, de la diligencia. Para el Alto Tribunal la motivación, en este caso, constituía una garantía objetiva del derecho en liza, por lo que su ausencia convirtió en inconstitucional el acceso probatorio al dato.

La decisión, sin embargo, no es convincente. No cuestionamos el estándar de protección que se otorga a la intimidad, si bien sorprende la pobreza argumental y la falta de mención a fuentes normativas<sup>10</sup> que regulan de forma específica la protección de los datos clínicos desde la perspectiva del art. 18.2 CE, pero sí las consecuencias que en el caso concreto se extraen de la falta de motivación específica.

En efecto, la jurisprudencia constitucional, de forma reiterada, ha aplicado estándares muy deferentes con la falta de motivación de la resolución injerente, entendiendo que el déficit de justificación podía suplirse mediante un mecanismo heterointegrador, acudiendo a las informaciones indiciarias que suministrara el oficio policial que antecede a la decisión. En el caso *Altuna*, la decisión judicial viene precedida de actuaciones investigadoras que suministraban abrumadores indicios sobre la necesidad, y proporcionalidad, de acceso a la dicha información clínica. Es cierto que la providencia no contenía una motivación exhaustiva pero hacía referencia a las fuentes sumariales como razones de dicha actividad investigadora, las cuales, de forma evidente, adquirirían una especial relevancia justificativa.

10. Ley básica estatal 41/2002 sobre derecho a la autonomía del paciente y a la confidencialidad clínica y legislaciones autonómicas de desarrollo.

No resulta fácilmente explicable por qué en este supuesto se reclama un estándar cualificado de motivación y se prescinde del mismo en otros casos en los que la injerencia es mucho más grave. No olvidemos que la extracción sanguínea se había producido y que el dato analítico ya constaba en los archivos clínicos. El acceso judicial a dicha información y su incorporación al proceso penal incorporaba, desde luego, menos intensidad limitativa lo que permitía aplicación de estándares de motivación menos exigentes como expresamente contempló el TC en la STC 123/2002, relativo a un supuesto en el que se cuestionaba el acceso de la policía a los listados telefónicos. En este caso, al que nos referiremos posteriormente, el Tribunal afirmó la relevancia de la injerencia desde la perspectiva del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones pero al tiempo, afirmó que el diferente nivel de injerencia, permitía soluciones de acceso y cargas motivadoras diferentes en comparación a las que hubieran sido exigibles si se tratara de acceder al contenido del acto comunicativo telefónico.

En todo caso, las consecuencias sistemáticas de la STC 25/2005 son importantes y obliga a cuestionarse el cómo se accede en un buen número de supuestos a informaciones que afectan de forma sensible al espacio de intimidad identificado en dicha resolución. En concreto, obliga a replantearse el alcance del art. 355 LECr y su compatibilidad con la Constitución, en cuanto previene la obligación de los facultativos de trasladar al juzgado todo acto y dato asistencial que sugiera un origen delictivo en la causación de la lesión.

Dicho pronunciamiento ha tenido una reciente réplica en la STC 206/2007. En ésta, se reprochó que agentes de la Guardia Civil ordenaran a los facultativos una nueva determinación analítica sobre la muestra biológica ya obtenida en el contexto clínico, tendente a precisar si el sospechoso presentaba niveles de etanolconcentración en sangre. En este supuesto, también el TC consideró que dicha información solo podía ordenarse y obtenerse mediante una decisión del juez pues estaba en juego el derecho a la intimidad de la persona, por lo que solo la autoridad judicial podía, en condiciones constitucionales adecuadas, restringirlo.

No obstante, llámese la atención que dicha decisión constitucional pone en entredicho de forma nuclear, a mi parecer, la constitucionalidad de la facultad de ordenación de la Policía que se previene en el ámbito del procedimiento de urgencia en el art. 796.7 LECr.

### 3.1.5 Grabaciones videográficas y acústicas en el interior del domicilio

Nos enfrentamos a un problema de particular relevancia por las implicaciones que comporta desde el plano de los principios y reglas con el que debe operarse para identificar, primero, los instrumentos de indagación con los que el Estado o cualesquiera de sus agentes puede contar para el descubrimiento del delito y de sus responsables y, segundo, los modos de ejecución a los que deben responder para que resulten efectivos.

No cabe duda que la escucha y/o grabación de imágenes y sonido en el interior del domicilio constituye una *injerencia de máximo nivel* en el ámbito de la privacidad, lo que nos sitúa en un inevitable, y deseable, por cierto, plano constitu-

cional de análisis de la cuestión. Y es esto, lo que resulta decisivo, pues la dimensión constitucional de la injerencia reclama identificar, no solo razones de utilidad, necesidad o idoneidad en el medio probatorio sino, además, una precisa previsión legal que identifique los presupuestos y condiciones en los que dicha injerencia puede producirse.

El núcleo de la cuestión reside, por tanto, en determinar si dichos mecanismos de investigación, potencialmente idóneos y necesarios disfrutan, sin embargo, de la necesaria cobertura normativa que es lo que, a la postre les otorga la primera y básica condición de utilizabilidad y, en su caso, de aprovechamiento probatorio de las evidencias que puedan haberse obtenido.

Para contestar a dicha cuestión debemos partir de la doctrina del TEDH. En efecto, desde la técnica decisonal de las *nociones autónomas*, el Tribunal ha dotado de un sentido propio a la cláusula convencional relativa a *la injerencia prevista en la ley*. Respecto a esta cuestión, el Tribunal se enfrentaba, y sigue enfrentándose, a la realidad pluralista de los sistemas jurídicos nacionales sometidos a la eficacia garantizadora del Convenio. Y, por tanto, a la necesidad de identificar una noción de previsión legal compatible tanto para los modelos del *civil law* como del *common law*. De ahí, que se haya admitido que la palabra *ley* utilizada en el texto del Convenio engloba tanto el derecho escrito como el no escrito, en particular la jurisprudencia consolidada de los altos tribunales nacionales sobre la materia concreta que suscita el recurso individual, reconociendo, por tanto, un margen de apreciación nacional a los Estados. Lo que el Tribunal viene a exigir, en esencia, es que el ciudadano pueda conocer con suficiente previsión qué normas reglan su conducta para que pueda ajustar su comportamiento a las mismas y pueda conocer o, al menos, prevenir, con qué límites cuenta el Estado para injerir en el ámbito de sus derechos y libertades públicas. De ahí, que el grado de precisión exigible se mida en relación con el grado de afectación de los derechos individuales.

Sin perjuicio de puntuales aplicaciones desconcertantes, el Tribunal ha venido a construir una suerte de regla de control de la calidad exigible a la norma limitativa: el control del Tribunal será más estricto y, en lógica correspondencia, el margen de apreciación del Estado más reducido cuando la injerencia se proyecte sobre la esfera personal del ciudadano, la libertad de prensa y la libertad de asociación.

Por contra, cuando los intereses en juego afecten a políticas públicas de distribución, marcadas por una particular complejidad y tecnicidad, el margen de apreciación reconocido a los estados será mayor. Estándar que ha tenido una particular relevancia, precisamente, a la hora de identificar violaciones de los Estados, en materia investigativa en el curso del proceso penal, con relevancia tanto desde la perspectiva del art. 6 como de los derechos sustantivos protegidos también en el Convenio, en concreto los derechos a la intimidad y a la vida privada y familiar que se contemplan en el art. 8.<sup>11</sup> En estos supuestos altamente injerentes, el Tribunal

---

11. Ejemplos de lo dicho son los referentes al control de las intervenciones escritas: caso Calogero contra Italia, de 15 de noviembre de 1996; control de las intervenciones telefónicas: SSTEDH caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998, caso Doerga contra Holanda, de 27 de abril de 2004, caso

reclama, como garantías de protección de los derechos reconocidos en el Convenio que el texto normativo del Estado reúna suficientes tasas de claridad y precisión tanto en lo relativo al propio método de indagación como de las condiciones en las que éste se ejecuta. Así, en el caso Lordachi (STEDH 10.2.2009), el Tribunal analiza la normativa interna moldava sobre interceptación de las comunicaciones identificando que, en el caso, la interceptación de las conversaciones mantenidas por un abogado que pertenecía a una asociación de defensa de los derechos civiles, identificando, por la unanimidad de sus miembros, una intensa violación de su derecho al secreto de las comunicaciones entre otras razones porque la norma no determinaba la naturaleza de las infracciones respecto a las cuáles podía ordenarse la injerencia, permitía su extensión a infracciones no penalmente relevantes, no determinaba las condiciones de prórroga, no prevenía la comunicación de resultados al juez encargado de concederla y nada contemplaba sobre las condiciones de conservación, filtrado y destrucción de las conversaciones interceptadas.

Partiendo de dicho estándar de precisión y claridad, entendemos que en nuestro modelo probatorio no resulta admisible la introducción de subterfugios electrónicos para la captación ni de imágenes ni sonido en el interior de los domicilios pues no cabe identificar cobertura normativa suficiente. En efecto, la única referencia la encontramos en el art. 6 de la Ley orgánica 4/1997,<sup>12</sup> donde se establece [...] *la prohibición de utilización de videocámaras para tomar imágenes y sonido del interior de las viviendas, y de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial*. Es evidente, a nuestro parecer, que la simple mención, tal vez incluso casual o con finalidad diferente, al medio de prueba potencial no satisface las exigencias de calidad normativa reclamadas por el Convenio. Éstas deben determinar cuándo, cómo, quién, hasta cuándo y por qué dicha injerencia puede ordenarse. Sobre todo en un supuesto en el que el grado cualitativo de lesión puede resultar altísimo. En palabras del TC alemán, en su importante sentencia de 3 de marzo de 2004, sobre la *Ley sobre espionaje acústico* masivo ha destacado que la vivienda privada, como último refugio, es un medio para preservar la dignidad humana y que la vigilancia acústica de la misma con fines de persecución penal atenta contra la dignidad humana, cuando no se respeta el núcleo de la configuración privada de la vida. En consecuencia, se necesitan regulaciones que, respetando el principio de claridad de las normas, aseguren que la forma de la vigilancia acústica de viviendas no dé lugar a una violación de la dignidad humana. La vigilancia debe ser omitida de antemano en aquellas situaciones en las cuáles existan puntos para sostener que la dignidad humana se vería afectada por la

Matheron contra Francia, de 29 de marzo de 2005, y caso Lordachi contra Moldavia, de 10 de febrero de 2009; control de las comunicaciones de las personas detenidas: caso X contra Francia, de 20 de diciembre de 2005; control de otras medidas injerentes que afectan al derecho general a la intimidad: SSTEDH, caso Hewitsonn contra Reino Unido, de 27 de mayo de 2003; Caso Allan contra Reino Unido de 5 de noviembre de 2002 y caso Kruslin contra Francia, de 24 de abril de 1990.

12. Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de videocámaras por las FCSE en lugares públicos.

medida. Si, por lo demás, la vigilancia acústica de viviendas llevara inesperadamente a recopilar informaciones que estén absolutamente protegidas, tal vigilancia debe ser interrumpida y las grabaciones deben ser borradas. Por ello, con el fin de impedir intervenciones en el núcleo de la configuración privada de la vida, debe omitirse una escucha de las palabras habladas privadamente en el domicilio cuando alguien se encuentre en su vivienda solo o con personas con las cuales solamente tenga una relación nuclear de especial confianza —por ejemplo, con parientes o amigos íntimos— y no existan puntos de apoyo previos y concretos de que las conversaciones que se esperan, por su contenido, hagan referencia directa a delitos. Las medidas de escucha no deben darse cuando sea probable que con ellas se capten conversaciones merecedoras de absoluta protección.

De tal modo, la conversación, por ejemplo, entre esposos no solo está protegida en el interior de la vivienda, por el artículo que garantiza el secreto de las comunicaciones sino también por el derecho a la dignidad personal. El Tribunal concluye que el legislador al no haber concretado suficientemente las prohibiciones de vigilancia ni para interrumpir de forma inmediata cuando se produzcan interceptaciones que afectan al núcleo intangible de configuración de la vida privada considera que no satisface las exigencias constitucionales de protección de los intereses constitucionales en juego.

Las anteriores razones nos permiten afirmar con contundencia que el marco *micro* legal que contempla las escuchas investigativas en el interior de los domicilios, carece de toda condición para permitirlos. Por lo que de producirse nos enfrentaríamos ante un claro supuesto de prueba ilícita con vulneración de derechos fundamentales. Insistimos, no sería un supuesto de prohibición de valoración de prueba —en relación a las evidencias obtenidas— sino que la falta de regulación expresa, precisa y clara debe interpretarse, en términos constitucionales, como una verdadera regla de prohibición de método de prueba.

Si bien hemos intentado despejar los problemas que plantea la grabación de video acústica en el interior de la vivienda, como método injerente de prueba, ello no agota toda la materia. En efecto, debemos plantearnos si la previsión del art. 6 LO 4/1997 puede tener algún alcance prescriptivo, esto es si permite, en algún modo y en algún contexto, la grabación acústica o de imágenes en el interior de la vivienda. Creemos que para la identificación de dicho espacio ha de tomarse en cuenta la previsión del art. 770.2 LECr, que regula la posibilidad de que la policía judicial acompañe al atestado fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, *cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba*. En efecto, la ley habilita poder documentar, con imágenes, las actuaciones desarrolladas por la policía judicial pero no con fines investigativos autónomos sino para asegurar la constancia de aquéllas. Por tanto, es posible sostener que, en el marco de una actuación injerente en el domicilio, mediante su entrada judicialmente autorizada, el juez podrá también extender dicha autorización para que se grabe su interior, al amparo del art. 6 LO 4/1997, como mecanismo que enriquezca la documentación del acto de inspección, registro y ocupación de efectos, permitiendo su mejor constancia. Precisamente, la facultad de grabación de imágenes, que se

concede a la policía judicial para documentar sus actuaciones, tiene como límite el espacio domiciliar. En este caso, es el juez el que debe autorizar, bajo condiciones de proporcionalidad —esto es delimitando lo que puede ser grabado—, dicho tipo o modo de documentación videográfica en la medida que cabe identificar una zona no intensa pero clara de fricción o afectación con el derecho a la intimidad en su sentido amplio, en los términos garantizados por el art. 18.1 CE.

### 3.1.6 Supuestos críticos de inestabilidad en materia de validación de actividades de obtención de fuentes de prueba relacionadas con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

#### a) *Audición y grabación por agentes policiales de conversaciones telefónicas mantenidas por un inculgado detenido con autorización de éste*

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 14 de marzo de 2005, por la que condenaba al Sr. N, como autor de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, a la pena de once años de prisión, multa de 114.399 € y la correspondiente pena de inhabilitación.

El condenado en la instancia interpuso recurso de casación sobre la base de tres motivos. Los dos primeros, denunciaban la ilicitud del cuadro probatorio conformado a partir de actuaciones injerentes, vulneradoras del derecho al secreto de las comunicaciones. El tercero, de orden subsidiario y de alcance normativo, resistía el juicio de participación criminal por considerar que la intervención de los hechos que se declaran probados debería haber sido calificada no como de autoría sino de complicidad.

La Sala de Casación, por STS de 16 de noviembre de 2005, rechazó el recurso.

En particular, respecto a los reproches de nulidad de las fuentes de prueba y su reflejo en el cuadro probatorio, la sentencia considera que no se ha producido una injerencia constitucionalmente prohibida. La sentencia después de dedicar un largo y genérico primer fundamento a las condiciones que determinan la intervención de las comunicaciones telefónicas conforme a las exigencias constitucionales, aborda en el segundo y tercero de los fundamentos las concretas circunstancias del caso.

Éstas son, de forma resumida, las siguientes: el Sr. P, propietario de un garaje alquilado al recurrente, Sr. N, denunció a la policía un presunto robo con fuerza en su inmueble. Al personarse los agentes en el mismo, descubrieron cómo en su interior se hallaba un bidón de cartón conteniendo *licodaina*, sustancia destinada al corte de droga. Los agentes solicitaron autorización judicial para el registro de un vehículo que se encontraba aparcado en el interior del garaje, la cual fue concedida. Se practicó la inspección y se halló en su interior diversas cantidades de droga. Dicho vehículo constaba a nombre del Sr. P, propietario del garaje, lo que motivó su detención. Ya en las dependencias de la comisaría de los *Mossos d'Esquadra*, y en presencia de su letrado, el Sr. P realizó una llamada al teléfono del Sr. J. La conversación mantenida fue escuchada de forma directa por los agen-

tes encargados de la investigación. En el curso de dicha conversación el interlocutor refirió que se encontraba en Marruecos y que en relación con el coche *Nissan* llamara a otro teléfono, cuyo titular era el hermano del recurrente. El Sr. P procedió, acto seguido, a llamar a dicho número, en presencia de los agentes, los cuales no solo escucharon el contenido íntegro de la conversación mantenida sino que también la grabaron. El interlocutor, Sr. D, refirió datos inequívocos relativos a la titularidad del vehículo y a la existencia de efectos con relevancia delictiva. Con dichos datos, los agentes solicitaron la intervención de varios teléfonos, la cual fue acordada por el juez de Instrucción, desarrollándose la investigación judicial que permitió la detención del Sr. N, propietario material del vehículo *Nissan* y tenedor directo de la sustancia tóxica intervenida.

La Sala Casacional descartó, como anticipábamos, todo gravamen de nulidad en la obtención de las fuentes probatorias. El fundamento de la decisión convalidadora residió en que los datos propiciadores de la intervención de los teléfonos del condenado en la instancia se obtuvieron a partir de una conversación mantenida por un interlocutor que autorizó la audición policial.

De tal forma, la Sala consideró aplicable la doctrina constitucional por la cual no puede estimarse vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando el contenido de la conversación es revelado por uno de los que intervienen en la misma pues la Constitución no garantiza *el derecho a la voz*, como manifestación específica del derecho al secreto de las comunicaciones. Lo que la Constitución prohíbe es la intervención de la conversación *de otro* sin la preceptiva autorización judicial pero no la captación de la conversación *con otro*.

De alguna manera cuando se entabla una conversación con una tercera persona el interlocutor pierde la protección específica que le concede el art. 18.3º CE. La conversación mantenida con el interlocutor puede ser revelada por éste cuando, además, transfiere sus propias manifestaciones. Éste no aparece vinculado por ningún deber de secreto y, por tanto, no puede impedírsele la transmisión a terceros. Si bien en supuestos de investigaciones procesales en curso se ha calificado de ilegal la grabación realizada por uno de los interlocutores con intenciones provocadoras (STS 1.3.1996) y, por tanto, probatoriamente inutilizable se admitió, sin embargo, que en el plenario el interlocutor revelara el contenido de la conversación mantenida con los otros interlocutores e inculpados en el proceso. Con cita de la sentencia referida, la decisión casacional vino a concluir que cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.

Nos enfrentamos ante una decisión de validación de la actividad policial de obtención de fuentes de prueba que presenta, a mi parecer, graves objeciones de compatibilidad con el marco de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que brinda de forma vigorosa nuestra Constitución.

No parece necesario insistir en exceso en la dimensión configurativa fundacional de los derechos fundamentales. Éstos, como de manera reiterada ha proclamado el TC (SSTC 31/81, 70/2002), adquieren una doble dimensión, objetiva y subjetiva. Son,

desde luego, derechos subjetivos de naturaleza reaccional que garantizan a cada uno de los ciudadanos, individualmente considerados, un estatus jurídico de libertad en su ámbito particular de existencia, pero son, también, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana, justa y pacífica. Las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. El papel funcional como límites de lo decidible se manifiesta, por tanto, en las relaciones del ciudadano con el estado y de aquéllos entre sí. De ahí, su indiscutible eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, cuyos actos, negociales o no, con repercusión para terceros no podrán desconocer nunca su contenido esencial (sobre la *Drittwirkung*, SSTC 177/88, 189/93).

Las limitaciones clásicas a la autonomía de la voluntad recogidas en el art. 1255 Código Civil, adquieren un renovado significado constitucional, en cuanto la moral o el orden público encuentran su alcance significativo en la propia Norma Suprema y en los derechos y valores en los que ésta se asienta. Desde esta perspectiva, no cabe duda que el derecho al secreto de las comunicaciones puede oponerse no sólo frente a las injerencias del Estado sino también contra cualquier acto lesivo que provenga de particulares. La indiferencia respecto al agente «perturbador» resulta coherente con el propio contenido esencial del derecho en juego.

Ahora bien, sin perjuicio de la proclamada eficacia horizontal del derecho fundamental, ello no significa que deba aplicarse el mismo estándar de protección con independencia de que el acceso, por ejemplo, a la conversación mantenida haya sido realizada por el Estado, o alguno de sus agentes, o por particulares que, además, han sido interlocutores desligados de cualquier finalidad pública en su actuación. Creemos, en efecto, que hay razones sistemáticas y teleológicas que permiten la aplicación de estándares de limitación diferenciados en atención a la condición subjetiva de la injerencia o de la finalidad perseguida con la misma. Tanto el TEDH como el TC han acudido en un buen número de supuestos a test de relevancia diferentes en atención al carácter público, o no, del agente injerente o, incluso, entre particulares, en función de circunstancias relativas a la profesión o desempeño de determinadas actividades.

En efecto, en materia de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión o de información, el TC ha contemplado como criterio determinativo del juicio de ponderación sobre los límites del derecho fundamental, la condición de periodista profesional del informante (STC 158/2003) o de representante sindical del que profiere expresiones críticas (STC 185/2003) o la condición de letrado defensor cuando las manifestaciones críticas o descalificadoras de la actuación judicial se vierten en el seno de un proceso jurisdiccional (SSTC 79/2002, 235/2002). En el mismo espacio conflictual, el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado test diversos cuando el ejercicio de la libertad de expresión tenía como finalidad la crítica política (STEDH, Caso Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986) o cuando el objeto de la crítica eran los tribunales de justicia (STEDH, Caso Bradford contra Noruega, de 24 de febrero de 1997; Caso Haes y otros contra Suiza, de 20 de mayo de 1998).

En relación con el secreto de las comunicaciones, el TC ha aplicado estándares de protección diferentes cuando la grabación de la conversación se realiza entre particulares que a su vez son interlocutores (SSTC 114/84, 56/2003), admitiendo el potencial probatorio de las conversaciones registradas. La eficacia horizontal entre particulares de los derechos fundamentales permite activar la regla de exclusión probatoria cuando, en efecto, la interferencia en el ámbito de la comunicación se proyecta en la comunicación *de otro* no, en principio, cuando aquélla afecta a la conversación *con otro*. En estos casos, como destaca la sentencia casacional, con expresa invocación de la doctrina constitucional, no cabe identificar un objeto constitucionalmente relevante a proteger. La conversación entre interlocutores no es secreta respecto a éstos y, por tanto, no existen mecanismos reaccionales para impedir su revelación a terceros cuando el agente propagador es el propio interlocutor.

Ahora bien, dicho estándar de irrelevancia constitucional, en mi opinión, resulta de imposible utilización cuando la conversación entre particulares está siendo observada o escuchada por agentes estatales con finalidades específicas de persecución, aun cuando alguno de los interlocutores hubiera admitido la injerencia del Estado.<sup>13</sup>

Creemos que aquí reside el punto crítico de la decisión convalidadora de la sentencia casacional: la irrelevancia que se atribuye al contexto de investigación pública en el que se produce la audición por los policías de las conversaciones mantenidas por el Sr. P, con las personas que transmiten los datos relevantes sobre la titularidad del vehículo donde se halló la sustancia tóxica.

Las llamadas se producen cuando el Sr. P está detenido, inculpado por un grave delito. Aquéllas se realizan desde las dependencias policiales y los agentes acceden de forma directa a la audición de la primera de las conversaciones grabando, incluso, la segunda, de las que extraen los datos que presentan al juez de instrucción como indicios precursores de la participación criminal de los titulares de los teléfonos respecto de los cuales se solicita la intervención judicial.

Partiendo de lo que, de forma muy gráfica, se recoge en la sentencia del TEDH, Caso M.M contra Holanda, de 8 de abril de 2003, no se discute el derecho del Sr. P a grabar sus conversaciones y a utilizar las grabaciones como él quiera, pero lo que sí entraña una grave fricción con las garantías de jurisdiccionalidad, que se decantan de la Constitución y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es que dichas conversaciones se realizaran estando involucrada una autoridad pública.

Es evidente que en un análisis situacional, los agentes de policía realizaron, en terminología utilizada por el TEDH, una *contribución crucial* a la ejecución del plan de obtención de fuentes de prueba, a partir de la observación de la interlocución entre particulares sometidos a una investigación penal.

La autorización prestada por uno de los investigados/interlocutores —recórdemos, en situación de detención en las propias dependencias policiales— para la

---

13. STEDH Caso Krusling contra Francia, de 24 de febrero de 1990; Caso Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002; Caso M.M. contra Holanda, de 8 de abril de 2003.

audición por los agentes de las conversaciones telefónicas, no puede servir como mecanismo para eludir el régimen de injerencia cuando es el Estado el que protagoniza finalísticamente el acto investigativo.

El Sr. P podía tener un control formal de los acontecimientos pero no puede soslayarse el marco de actuación investigativa policial, en el que aquéllos se desarrollaron. Como se sostiene en la, tantas veces citada, STEDH, caso M.M contra Holanda, de 8 de abril de 2003 —en un supuesto que presenta intensísimas afinidades con el que fue objeto de decisión en la sentencia que comentamos— aceptar que la policía pueda interferir en el contenido de las conversaciones mantenidas entre dos particulares porque uno de los interlocutores autorice dicho acceso en condiciones, insistimos, llamativamente comprometedoras de su libertad, equivaldría a permitir a las autoridades públicas eludir sus responsabilidades en virtud del Convenio (y de la Constitución, nos atreveríamos a añadir) utilizando agentes privados.

No tomar en cuenta el contexto de investigación pública para analizar la compatibilidad de la obtención de la fuente de prueba, con las exigencias derivadas del art. 18.3 CE constituye, a mi parecer, un grave déficit que compromete la solvencia de la decisión alcanzada.

Considero, por tanto, que la actuación policial de audición y grabación de las conversaciones mantenidas por una persona inculpada con otra persona en el curso de un proceso, aun con su formal autorización, desconoce los límites constitucionales, lesionando de forma, sensible, el derecho al secreto de las comunicaciones. Así favorece la *desjurisdiccionalización* en la protección del derecho fundamental, difícil de *metabolizar* desde los fundamentos del Estado constitucional.

La franca e irreductible contraposición entre la decisión del Tribunal de Casación y la doctrina consolidada por el TEDH, en esta materia, permitiría pronosticar, en el caso que se interpusiera una demanda ante dicho Tribunal, una muy probable condena a España por vulneración del art. 8 CEDH.

*b) Acceso de los agentes de policía a los datos de la memoria de un teléfono móvil en el curso de la investigación preprocesal*

La Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección no se precisa en los antecedentes procedimentales de la resolución casacional, dictó sentencia, con fecha 28 de junio de 2004, en la que, entre otros pronunciamientos, condenaba al Sr. M y al Sr. L, como autores responsables de un delito de tráfico de drogas, que causan grave daño a la salud, con la circunstancia agravante de reincidencia en el primero y la atenuante de drogadicción en el segundo, a las penas, respectivas, de siete años de prisión y multa de 59.000 €, y de cuatro años y seis meses y multa de 60.000 € y, en ambos casos, a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena.

El condenado en la instancia, Sr. M, interpuso recurso de casación sobre la base de tres motivos:

- a) el primero denunciaba, por la vía del art. 5.4 LOPJ, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24 CE;

- b) el segundo, también con invocación del art. 5.4 LOPJ y del art. 849.1º LECr, indebida aplicación del art. 368 CP;
- c) y el tercero, por infracción de Ley, al haberse aplicado de forma indebida la agravante genérica de reincidencia.

En el desarrollo casacional del primer motivo, el recurrente denunciaba la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones. Se había procedido al examen de la agenda de las llamadas realizadas desde el teléfono móvil de uno de los detenidos por parte de los agentes de policía, que practicaron la detención, sin que concurriera habilitación legal para ello, por lo que sólo la autoridad judicial, mediante resolución motivada, podía ordenar dicho acceso. En consecuencia, la fuente de prueba debería ser declarada ilícitamente obtenida, excluyendo los efectos probatorios derivados de la misma.

La Sala de Casación, por STS de 30 de noviembre de 2005, rechazó el motivo.

Con expresa invocación a resoluciones previas (SSTS 27.6.2002, 3.3.2000) se afirma la legitimidad de dicho acceso por parte de la policía judicial en el transcurso de las primeras diligencias investigativas por considerar que en estos casos no se afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que no se activa la cláusula de estricta jurisdiccionalidad que, como garantía de protección del derecho, se consagra en el art. 18.3 CE.

En apoyo de dicha afirmación, se invocan las SSTC 70/2002 y 123/2002. En la interpretación de la doctrina constitucional que se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo se insiste en que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en sentido estricto solo se extiende al mero proceso de comunicación material del pensamiento, mediante alguno de los instrumentos técnicamente dispuestos para ello, pero no a aquellas otras circunstancias que aun suponiendo acceso a datos identificativos del acto comunicativo, no permiten averiguar ni acceder al contenido de la comunicación ya efectuada.

Para la Sala de lo Penal, la constitucionalización de un derecho amplio a la intimidad no permite concluir que cualquier afectación de la misma adquiere las mismas consecuencias y activa de igual manera las garantías de acceso o de limitación.

Si bien en el acceso a los datos de la memoria del teléfono cabe identificar afectación del derecho a la intimidad en términos amplios, ello no comporta la necesaria intervención del juez. El derecho a la intimidad cabe seccionarlo en muchos planos, de tal forma que solo en aquellos supuestos en los que se comprometa de forma intensa, el de la comunicación intrapersonal puede afirmarse su necesaria limitación mediante autorización judicial motivada. Prueba de ello, se afirma, es que la policía judicial puede de forma leve actuar sobre el cuerpo del sospechoso mediante la práctica de cacheos superficiales y comprobar los datos y anotaciones que éste pueda portar encima en el momento de su detención. En estos casos de baja injerencia, la policía judicial dispone de título habitante de rango constitucional (art. 126 CE) y de previsión legal específica (art. 282 ss. LECr) siempre, claro está, que como en todo supuesto de limitación de un derecho fundamental se identifiquen en la actuación policial las notas de idoneidad, necesidad estricta y proporcionalidad entre la finalidad investigativa perseguida y la lesión del derecho que se produce.

En mi opinión, la doctrina de la Sala de lo Penal sobre la que gira el rechazo del motivo casacional no es convincente y ello en la medida que recibe de forma fraccionada la doctrina constitucional que califica como fundamento de su decisión. Es cierto que el TC, tanto en la STC 70/2002 como en la 123/2002, disecciona los planos del derecho a la intimidad, reconociendo expresamente que no toda afectación del mismo reclama autorización judicial. En particular, distingue entre el derecho a la intimidad en un sentido amplio, entendido como el derecho a que terceros de forma injustificada no accedan a datos que pertenecen al ámbito de la privacidad, y el específico derecho a la intimidad modalizado cuando aquellos datos se expresan o se comunican a terceros mediante aparatos de transmisión. En estos supuestos, la garantía de jurisdiccionalidad actúa como condición material ineludible para su limitación, sin perjuicio de que puedan, también, identificarse diferentes niveles de afectación y cargas modales de limitación. Pero lo que, a mi parecer, el TC no afirma de forma alguna es que la garantía solo actúe cuando de lo que se trata es del proceso comunicacional en sentido estricto, como espacio de intercambio de ideas o pensamientos mediante instrumentos *ad hoc*.

La STC 123/2002, con expresa invocación de la sentencia del caso Malone, de 2 de agosto de 1984, del TEDH, afirma con contundencia:

El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión —eléctrico, electromagnético u óptico etc.— de la misma.

Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (*mutatis mutandi* respecto de las comunicaciones postales STC 70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

(...) La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso

a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo.

En el caso sometido a revisión casacional, el objeto comunicacional al que accedió la policía (memoria de un teléfono móvil, no simple listado de llamadas) y condiciones del acceso (sin intervención judicial alguna, en la etapa preprocesal) patentizan, aun más si cabe, la manifiesta inhabilidad heterointegradora de la decisión constitucional contenida en la STC 123/2002 que se invoca como fundamento para el rechazo del motivo casacional. La identidad de supuestos obligaba, precisamente, en aplicación del estándar constitucional, a considerar que el acceso policial sin autorización judicial a los datos comunicativos del teléfono móvil infringía la Constitución.

Es cierto, no obstante, que en la también invocada STC 70/2002, el TC no cuestiona la validez del acceso por parte de la policía judicial a los datos contenidos en un documento autógrafo que el inculcado llevaba dentro de su cartera pero las concretas circunstancias del caso impiden su exportación al supuesto sometido a la decisión de la Sala Segunda.

En efecto, en la referida STC 70/2002, se descartó la vulneración porque a la información a la que accedieron los agentes no venía protegida por ninguno de los mecanismos que activan la cláusula constitucional del art. 18.3 CE. El documento que la contenía pudo, en efecto, constituir objeto de protección al formar parte de un acto de correspondencia pero los agentes lo examinaron cuando el destinatario del mismo había neutralizado de forma voluntaria el mecanismo protector, esto es, el instrumento mediante el que operó la correspondencia postal. La carta estaba fuera de cualquier objeto/sobre/envoltorio que indicara su naturaleza secreta postal por lo que se había incorporado en condiciones materiales al conjunto de *papeles, documentos y efectos* que, carentes de condiciones específicas de protección, pueden ser examinados por la policía judicial en el curso de las primeras diligencias, en los términos habilitadores del art. 297 LECr. El secreto postal deja de estar protegido cuando el objeto «sale» del circuito comunicacional perdiendo, por la propia voluntad del destinatario, dicha supraprotección.

Creo que, sin perjuicio de los fundamentos comunes que sirven para delimitar el conflicto constitucional, los dos supuestos concretos que se contemplan en la STC 70/2002 (acceso policial a una carta sin sobre que se encuentra dentro de una cartera de mano) y en la 123/2002 (acceso policial al listado de llamadas telefónicas procedentes del teléfono de un inculcado) son muy diferentes. Diferencias que, en una materia como la de la protección de los derechos fundamentales y su limitación en el curso del proceso penal, obligan a ser muy cautelosos a la hora de *importar* las respectivas justificaciones.

A mi parecer, el acceso policial a los datos comunicacionales procedentes de un teléfono se asemeja, por elementales razones de especialidad, de forma mucho más intensa al supuesto contemplado en la STC 123/2002 que al abordado en la STC 70/2002, por lo que creo que también deberían haberse aplicado los estándares de valoración utilizados en la primera.

La extensión de la protección que brinda el art. 18.3 CE a los datos o circunstancias externas de la comunicación telefónica<sup>14</sup> cuestiona, de forma nuclear, la legitimación constitucional de la policía judicial para obtenerlos directamente sin la intermediación del juez, por muchas razones de urgencia que puedan concurrir. Lo que parece que ha sido en términos legislativos definitivamente zanjado con la Ley 25/2007, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*.

Afirmar, como se contiene en la STS 30.11.2005, que el acceso al listado grabado del teléfono móvil solo permite identificar números, como datos neutros carentes de valor lesivo del espacio de intimidad, y no datos sobre el destinatario de la llamada ni el tiempo ni las horas de su realización, debe recibirse simplemente como una apuesta voluntarista carente de toda corroboración en la realidad técnica más elemental que rodea los procesos comunicacionales. El listado de un buen número de las llamadas recibidas y enviadas que obra grabado en la memoria de un teléfono sí identifica con precisión una parte sustancial de las circunstancias externas del proceso comunicativo y, en esa medida, constituye objeto específico de protección constitucional que debe activar la garantía jurisdiccional que se decanta del art. 18.3 CE para acceder al mismo. Ello, sin perjuicio de que el diferente nivel de injerencia en el derecho fundamental, que cabe identificar al acto de interceptación del contenido comunicado y las circunstancias en las que la comunicación se produzca justifique la aplicación de diferentes estándares de motivación en la resolución judicial que autorice, en uno u otro caso, el acceso (STC 123/2002).

La consideración del acceso a los datos asociados al acto comunicativo que obran en la memoria del teléfono móvil como un espacio de estricta jurisdiccionalidad debería arrastrar, como consecuencia, la activación de la regla de exclusión de la fuente de prueba obtenida y ello sin perjuicio de los efectos reflejos sobre el resto del material probatorio causal y jurídicamente vinculado a dicha fuente ilícita.

Conclusión que no puede enervarse por la apreciación de un supuesto de urgencia en la actuación policial, como parece sugerir la sentencia casacional. Sin perjuicio de que el *factum* de la sentencia de instancia no identifica con claridad dicha situación en todo caso debe recordarse que la habilitación legal a la policía judicial, que se contiene en el art. 297 LECr, para el aseguramiento de fuentes de prueba no puede extenderse a actuaciones que la Constitución reserva a la intervención judicial.

Los fines de prevención y averiguación del delito que se sitúan en la base de la habilitación legal a la policía judicial no permiten ampliar el espacio funcional de

---

14. Datos asociados al acto comunicativo, precisa el Real decreto 424/2005, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

investigación autónoma. La jurisdiccionalidad actúa como un límite constitutivo de la validez de las actuaciones preventivas de los agentes policiales que no puede desconocerse ni disponerse por razones de oportunidad.

La proporcionalidad a la que se refiere la sentencia casacional como parámetro de validación de la actuación de acceso a los datos del teléfono por parte de los agentes tampoco sirve, a mi parecer, para convalidarla. El juicio de proporcionalidad en el modo de actuación no puede hacerse con independencia del juicio de oportunidad constitucional de la propia actuación. En puridad, el segundo viene condicionado por el primero. Sin título constitucional habilitante para la injerencia, ésta no puede ser convalidada por mucho que pueda identificarse que los agentes estatales pretendieron ajustar su actuación injerente al parámetro de la estricta necesidad.

La cuestión, no obstante, ha sido también constitucionalmente cerrada por la STC 230/2007, en la que se afirma de forma explícita que la memoria de un teléfono móvil constituye objeto de protección constitucional y que, por tanto, el acceso a la misma debe ser autorizada por el juez de instrucción.

*c) Identificación policial sin autorización judicial del número de teléfono móvil utilizado por sospechosos de delitos de tráfico de drogas mediante tarjeta prepago*

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia, de fecha 28 de junio de 2005, por la que condenaba como autores de un delito de tráfico de drogas con circunstancias agravatorias a diversos acusados. Éstos interpusieron recurso de casación por diferentes motivos, destacando a los efectos que nos ocupan, el que denunciaba vulneración por la vía del art. 5.2 LOPJ y art. 852 LECr, del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

En síntesis, el presupuesto fáctico del gravamen viene referido a la obtención por parte de la policía, de los números de teléfonos de los móviles, mediante la captación radioeléctrica o mediante scanner del número IMSI,<sup>15</sup> de la modalidad de tarjeta prepago que utilizaban los sospechosos en las actividades de tráfico de drogas que fueron objeto de investigación. En el acto del plenario y pese a reiteradas denegaciones de preguntas sobre el modo en que se obtuvieron los números de las terminales, el policía deponente terminó afirmando que aquéllos fueron identificados mediante los aparatos que con tal finalidad utiliza la policía.

La Sala de Casación (STS 19.2.2007), en mayoría de los cinco miembros que compusieron el tribunal, afirmó que dicha manifestación arrojaba una intensa sombra de duda sobre la legitimidad de dicha actuación, entendiéndolo, con cita expresa de la doctrina del TEDH en el Caso Malone y de las SSTC 123/2003 y 281/2006,

15. Identificador único a escala mundial que se da a cada uno de los abonados del sistema global para comunicaciones móviles y UMTS. Consiste en un código de país, un código de red u operador, y el código del abonado. Como máximo puede tener 15 cifras. *IMSI* es una sigla que corresponde a la denominación inglesa *International Mobile Subscriber Identity* (identificador internacional para abonado de móvil) [n. del ed. Fuente: TERMCAT, Centro de Terminología].

que el dato de la terminal aparece protegido de forma decidida por el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que sólo la autoridad judicial podía autorizar la activación de mecanismos técnicos de captación dando lugar al motivo, casando la sentencia de instancia.

La Sala, en sentido contrario a lo mantenido en resoluciones previas, afirmó que el número telefónico forma parte del proceso comunicativo situándose, no obstante, en la esfera de los elementos externos a éste pero no por ello carente de protección constitucional, rechazando de este modo el argumento impugnativo del Ministerio Fiscal para el cual, la obtención de un número de teléfono mediante la aplicación de *ignotos* mecanismos radioeléctricos de captación de ondas equivalía, en términos de injerencia, «a su averiguación a través de guías telefónicas (de papel o virtuales) cuando en ellas constan. Similar sería la averiguación del domicilio de una persona a través de la oficina del DNI, catastro u otros registros públicos...».

La Sala, que califica el símil de inadecuado y desafortunado, se hace eco de la normativa reglamentaria (RD 424/2005), antes citada que identifica los elementos y etapas del proceso comunicacional, llegando a la sólida convicción que en este caso no puede descartarse injerencia en el ámbito de protección constitucional, cuando además el delito de revelación de secretos previsto en el art. 197 CP, previene específicamente como objeto de protección cualquier *señal de comunicación*. El tribunal se plantea, no obstante, el diferente nivel, cualitativo de restricción del derecho pero ello si bien puede modular el deber de motivación e incluso el modo de la misma, no desplaza la necesidad de autorización judicial legitimante.

La sentencia contó con el voto particular de dos magistrados, uno de ellos el del Magistrado Martínez Arrieta que en la sentencia antes mencionada de 30 de noviembre de 2005, había descartado todo gravamen constitucional en el acceso de la policía a los datos de la memoria del teléfono móvil precisamente en consideración a que dichos datos quedaban fuera del ámbito objetivo de protección del derecho fundamental a las comunicaciones, si bien el voto parece que suaviza la doctrina jurisprudencial de la que se nutre y parece que admite una lectura más expansiva del ámbito de control judicial de las actuaciones limitativas del derecho fundamental proclamado en el art. 18.3 CE. No obstante, en el caso contemplado, los magistrados discrepantes consideran que solo el número emisor de llamadas no forma parte del circuito comunicativo y, por tanto, su obtención no está sometida a reserva de jurisdiccionalidad.

Personalmente, comparto la decisión mayoritaria. La necesidad de adecuación de los métodos de investigación al progreso tecnológico no puede arrastrar garantías indisponibles de control pues, citando a la STC 123/2002, no puede soslayarse que «una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no solo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo».

Los tribunales no deben situarse en una posición neutral en la defensa de la libertad y los derechos fundamentales cuando, además, para la obtención de las finalidades investigativas no resultaba ni inadecuado ni de difícil articulación, acudir a la autoridad judicial para que valorara en términos de ponderación constitucional la necesidad de injerencia.

Sin embargo, dicha doctrina ha sido cuestionada de forma nuclear por sentencias posteriores que arrancan con la STS de 20 de mayo de 2008 en la que se descarta vulneración de derecho fundamental en la obtención policial de dichos códigos y, por ende, se habilita a la policía para su captación. Los fundamentos de la posición de la Sala Segunda son los siguientes (por todas, *vid.* STS de 11 de noviembre de 2009):

a) En primer lugar que el IMSI no es sino el acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity* (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (*Subscriber Identity Module*) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (*Mobile Station Integrated Services Digital Network*), que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular.

Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del país (3 dígitos), por ejemplo, 214, que correspondería a España; por el MNC o código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora Movistar; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil.

b) Es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar.

c) La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial.

Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o *International Mobile Equipment Identity* (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando «asterisco, almohadilla, 06, almohadilla», y pulsando la tecla verde «llamar».

Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

d) Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Así, se suele decir que, como se puede ver en una vigilancia (mediante prismáticos, por ejemplo), la marca y modelo del teléfono móvil que utiliza un vigilado, se puede obtener la información del IMSI, mediante estos «prismáticos especiales inalámbricos».

Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o «pinchazos» telefónicos.

e) En la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS núm. 249/08, de 20 de mayo, después de admitir —lo que no afecta a nuestro caso— que es precisa autorización judicial para «la cesión» del IMSI por las operadoras, al amparo del art. 18.4 CE EDL1978/3879 y 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, tampoco acepta que la «captura» del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art. 18.3 CE EDL1978/3879; y que, por otro, la facultad que otorga a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el art. 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre EDL1999/63731, para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal —nunca con carácter puramente exploratorio— para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional.

Pero lo verdaderamente sorprendente de esta doctrina es que omita, de forma consciente, el marco legal de jurisdiccionalización para el acceso a dichos datos o trazas de tráfico comunicativo telefónico que viene establecido con claridad en los artículos 1, 2, 3 y 4, todos ellos, de la Ley 25/2007. Resulta del todo paradójico que, para acceder al número IMSI o IMEI de una terminal telefónica móvil o fija o del correo electrónico por Internet o de telefonía por dicha red en poder de las operadoras, se requiera autorización judicial —lo que ha venido, además, a recordar el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 23 de febrero de 2010— y, sin embargo, se admita sin límite alguno que la policía pueda eludir dicho filtro, acudiendo a mecanismos de captación directa, negando, además, su carácter de dato conexo o procedente del proceso comunicativo. Considero que es una contradicción insalvable.

Es obvio que puede discutirse sobre si el nivel de jurisdiccionalidad establecido por el legislador es una consecuencia, ineludible, del derecho al secreto de las comunicaciones o, por el contrario, si atendiendo al carácter extra periférico al proceso interno comunicativo de dichos datos, al no afectar al núcleo esencial del derecho, el legislador puede optar por otras vías de acceso y por otros agentes públicos para obtenerlo, como por ejemplo, habilitando al Ministerio Fiscal, en los términos que propone Gimeno Sendra.<sup>16</sup> Pero lo que resulta difícilmente aceptable es que, si el legislador democrático ha optado por un nivel determinado de protección y ha precisado el acceso judicial como única vía, el Tribunal Supremo pueda sortear la hoja de ruta normativa bajo presupuestos, además, conceptuales manifiestamente débiles.

16. Diario *La Ley*, nº 7298, de 4 de diciembre.

Por ello no me resisto a reproducir el voto particular a la mencionada STS de 11 de noviembre de 2009, del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez:

Mi discrepancia se refiere a las consideraciones que, haciéndose eco de otras sentencias de esta sala, se vierten en la de la causa, en relación con los códigos IMSI e IMEI y su valor en el marco de los procesos de comunicación telefónica, a los efectos del art. 18.3 CE EDL1978/3879 y 569 LECr EDL1882/1.

Se dice en la sentencia que el método de captación de esos datos es asimilable (también en su significación jurídica) al seguido en la vigilancia convencional de, por ejemplo, un sujeto que camina por la calle, en un desplazamiento que puede ser objeto de observación libre, como, incluso, el mismo ingreso en su domicilio, cuyo allanamiento sí precisaría, en cambio, la autorización judicial.

Pero el símil no es aceptable, porque —dicho, también metafóricamente, haciendo uso de otro muy plástico— quien meramente transita por la calle lo hace, por así decir, «a la intemperie», mientras que el que se comunica telefónicamente con otro, incluso en idéntico ámbito público, cuenta, en todo lo relativo a esa acción y cuyo conocimiento precise de alguna mediación técnica (es decir, en lo que no está al alcance de quien mira y ve lo que sucede en un entorno público), con el paraguas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Y lo cierto es que, desde este punto de vista, el valor práctico y el alcance en la perspectiva constitucional de aquellos indicadores no se puede trivializar, tanto por el método utilizado, como por el papel que los mismos juegan en el proceso comunicativo, como por la función que, a efectos policiales y judiciales, cumplen los datos correspondientes.

En cuanto a lo primero, es decir, al método, es sabido (hasta donde se puede saber en estos casos y cosas) que el IMSI y el IMEI suelen ser captados, bien mediante un escáner situado en la proximidad del usuario del teléfono que se investiga, o, como se dice en la sentencia, engañando técnicamente al terminal del que se quiere saber, induciendo o provocando en él un error para que se identifique.

Por lo que se refiere a lo segundo, debido a que la información se obtiene mientras y del proceso comunicativo cubierto con el secreto.

Y, en fin, porque lo que se persigue y consigue a través de este modo de operar es, al fin y al cabo, información de la existencia y del origen o el destino de una llamada: es decir, datos externos del proceso de comunicación, de los que habla el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la bien conocida sentencia del caso Malone.

Es por lo que creo que en el caso a examen, la obtención de esos datos por una simple vía de facto y sin autorización judicial, comportó realmente una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Lo dicho hasta ahora sirve para confirmar, en mi opinión, las debilidades del modelo: las graves anomías que concurren, la *inadecuación tecnológica* de muchas de las soluciones que contempla y la asistematicidad de las mismas. Todo ello abonado, además, por una jurisprudencia dubitativa que se mueve entre el funcionalismo y la preservación de garantías colaborando activamente, tal vez de forma inconsciente, en la creación de un modelo *Frankenstein* ingobernable.

#### 4. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS FUENTES DE PRUEBA EN PRUEBA: LA PROPOSICIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA PLENARIOS

Partiendo de la naturaleza secuencial del proceso de adquisición probatoria, la segunda de las fases viene integrada por los mecanismos procesales que permiten el acceso de la fuente de prueba al cuadro probatorio a practicar en el acto del juicio y que será objeto de valoración por el tribunal como presupuesto de su decisión. Es evidente que sin este paso, las evidencias aseguradas carecerán de toda relevancia acreditativa sin perjuicio de los efectos que hayan podido desplegar en la fase instructora para fundar de forma provisional la inculpación o la adopción de medidas cautelares de contenido altamente injerente.

El mecanismo de transmutación sugiere, también, importantes problemas de orden conceptual y práctico. Una mala o inadecuada selección de medios probatorios por parte de las acusaciones para aportar las fuentes de prueba puede provocar su inadmisión por el Tribunal o impedir la valoración de las mismas.

El marco normativo y, sobre todo, el ingobernable magma jurisprudencial que lo interpreta no favorecen, precisamente, la claridad sobre cuáles son los medios de prueba que pueden y deben proponerse y sobre cuáles deben ser las condiciones de su práctica plenaria.

La LECr, en sus art. 297 y 707, ofrece una guía aparentemente sencilla. Todas las actuaciones contenidas en el atestado tendrán valor de denuncia y, por tanto, han de ser objeto de prueba, precisando que en relación a los hechos de conocimiento propio aportados por los agentes de la policía judicial, su introducción reclamará, como medio, la prueba personal de testigos.

No parece, por tanto, dudoso que respecto a aquéllas actuaciones asegurativas que trasladen una percepción sensorial al agente que las practica con valor informativo para la acreditación del hecho justiciable, el único medio posible de acceso es mediante la prueba testifical a practicar en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción en el acto del juicio.

A mi parecer, coincidiendo con Miranda Estrampes, la diligencia de inspección ocular que comporta una descripción del lugar de comisión del presunto delito y, en buena medida, también, una hipótesis explicativa inferencial de cómo pudo producirse el delito, debe ser objeto de prueba testifical con independencia de que en las condiciones de producción concurriera contradicción defensiva. Dicha circunstancia, ajena al acto de aseguramiento de la fuente de prueba, no es indiferente pero no compromete el vehículo probatorio. Su proyección, como apuntábamos *ut supra*, será en la secuencia de la valoración no en la de la proposición/admisión. La afirmada naturaleza preconstituida de inspecciones oculares practicadas por la policía en las condiciones previstas en el art. 333 LECr, no permite el acceso por la vía documental al amparo del art. 726 LECr, ni tampoco por la vía prevista para las diligencias sumariales irreproducibles descrita en el art. 730 LECr.

No obstante, la jurisprudencia constitucional y, a su rebufo, la de la Sala Penal del Tribunal Supremo, han matizado la necesidad de prueba personal para acceder a determinados datos del atestado cuando éstos son de carácter objetivo y verificables como *los croquis, los planos, huellas, fotografías la propia recogida de*

*efectos del delito* (SSTC 138/92, 173/97, 143/2005) siendo suficiente su introducción como prueba documental.

Sin perjuicio de que la prueba documental, en sentido estricto, ha de venir referida a la plasmación en soporte físico de datos relevantes para el proceso que se ha producido con carácter previo a su incoación, la extensión de la categoría a datos documentados en el atestado debe hacerse con especial precaución, tomando en cuenta los riesgos de reducción de contradicción material que comporta y los consecuentes déficits de calidad cognitiva que pueden afectar al dato probatorio.

La admisión, como prueba documental, de dichos elementos del atestado debe ponerse en relación con la naturaleza del dato que se pretende acreditar y con las posibilidades epistémicas de las que dispone la defensa para combatir su relevancia acreditativa. En efecto, si para la obtención del dato los agentes no han operado con categorías inferenciales y su plasmación se ha realizado mediante métodos en los que no es posible la intervención selectiva o modificativa de los agentes, parece razonable considerar que el documento producido resulta, en términos objetivos, autoevidente, es decir, no hay margen posible para que mediante la práctica plenaria, las partes, en particular las defensas combatan la calidad informativa.

Las fotos o las grabaciones videográficas que se contemplan como diligencias asegurativas en el art. 770 LECr, siempre que se descarte posibilidades manipulativas de la imagen recogida, agotan su caudal informativo en si mismas, sin que entre el proceso de aportación y de valoración el tribunal requiera de datos explicativos o descriptivos accesorios. La función informativa y las posibilidades defensivas se satisfacen de forma suficiente con la aportación y la posibilidad de exhibición plenaria mediante la vía documental. En cuanto a los instrumentos o efectos del delito, su acceso al cuadro probatorio no puede residir en la mera referencia en el atestado sino en su recepción como piezas de convicción que constituyen un medio probatorio *sui generis* con reglas especiales de práctica plenaria.

Pero sin duda, son las actuaciones asegurativas de fuentes de prueba, realizadas por la policía judicial, consistentes en análisis o pericias sobre efectos, vestigios o instrumentos del delito, las que sugieren mayores problemas en orden a su aportación al cuadro de pruebas disponibles.

Si bien la doctrina de la Sala Segunda, como no podía ser de otra manera, no reconoce, *stricto sensu*, valor preconstituido a dichos informes periciales sin embargo ha venido ha *dulcificar* las exigencias de vehicular su introducción mediante prueba de carácter personal, estimulando un constante *proceso de documentación* de la fuente de prueba. Bajo un sesgo indisimuladamente funcionalista, la Sala Segunda ha admitido la introducción, por vía documental, de informes periciales elaborados por gabinetes o laboratorios oficiales, siempre que la defensa no los impugnara en tiempo oportuno, atendida la imparcialidad, objetividad y competencia técnica de los funcionarios integrantes. Notas que permiten atribuir a los dictámenes, *prima facie*, validez plena<sup>17</sup> sin necesidad de contradicción plenaria.

17. SSTs 10.6.99, 23.2.2000, 28.6.2000, 18.1.2002, 25.1.2005.

La regla de *documentalización* de la fuente pericial ha tenido un notable desarrollo, extendiéndose a informes no provenientes de gabinetes centrales, a partir del argumento denominado de la *aceptación tácita*.<sup>18</sup>

Dicho argumento supone que es a la defensa a la que le incumbe pretender las aclaraciones de los peritos en el plenario o, en su caso, la impugnación de sus conclusiones, en el momento procesal oportuno, pues en caso contrario, el silencio alegatorio equivaldrá a la admisión, primero, del medio probatorio documental y, segundo, de las propias conclusiones del dictamen.

A mi parecer, la regla jurisprudencial comporta costes cognitivos importantes e inasumibles para un modelo de acercamiento a la verdad que debe basarse en un método materialmente contradictorio y, también, en el plano de los principios básicos, en particular el que determina que es a la acusación a la que le incumbe de forma exclusiva la acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión de condena.

En efecto, la *documentalización* del informe pericial desnaturaliza el medio hábil para permitir al tribunal el acceso a la información relevante, comprometiendo materialmente la regla de producción contradictoria. En este sentido, debe insistirse en que la búsqueda de la verdad en el proceso constituye un fin natural e irrenunciable del mismo pero al tiempo no puede soslayarse que la propia noción de verdad resulta fuertemente condicionada por los valores que se traducen en el método a través del cual la búsqueda se desenvuelve. De ahí, la íntima relación entre verdad y producción contradictoria pues ésta constituye un verdadero presupuesto epistemológico que permite que aquélla se manifieste independientemente de lo que quieran las partes mediante el encuentro dialéctico y ritualizado entre los antagonistas durante la formación de la prueba.<sup>19</sup>

El dictamen pericial, por esencia, incorpora máximas de experiencia que el tribunal no posee, cuya selección, validación y justificación depende de un perito, que aplica de forma selectiva, aunque no sea arbitraria, métodos y conocimientos no siempre neutrales o indiscutibles para la propia comunidad científico-técnica a la que pertenece. Es evidente, por tanto, la necesidad epistémica de someter a debate contradictorio las conclusiones y los métodos empleados con la finalidad esencial de que el juez pueda acceder a la regla de experiencia transmitida, calificándola como aceptable o valiosa para la reconstrucción fáctica. La calidad de la conclusión pericial reclama identificar la validez del método seguido para su obtención y, no por orden de importancia, identificar la *tasa de refutabilidad* de la conclusión y el grado de consenso en la comunidad técnico-científica de los presupuestos y datos de los que parte y a los que llega. Objetivos probatorios que de forma alguna pueden obtenerse cabalmente mediante la simple introducción documental de la pericia y su formalizada lectura en el acto del juicio.

Pero como apuntábamos, la *documentalización* de los informes periciales arrastra otro riesgo alarmante: la modificación de la carga probatoria que le incumbe a las acusaciones.

18. Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 25.1.1999 y 23.2.2001.

19. Ferrua.

### Comparto la opinión de Miranda Estrampes cuando afirma que:

La doctrina de la aceptación tácita actúa a modo de inversión jurisprudencial de la carga probatoria al imponer a la parte acusada una determinada actuación procesal, consistente en la solicitud de citación de los peritos para la vista oral o en la proposición de contraprueba, y la expresa impugnación de los resultados del dictamen pericial, ya que de lo contrario su silencio o su postura pasiva se interpretarán como aceptación de dichos resultados.

La doctrina de la *aceptación tácita* ha sido recibida de forma contradictoria por el propio TC, avalando sus consecuencias de forma explícita, entre otras, en las SSTC 24/91 y 143/2005<sup>20</sup> y cuestionándola de forma nuclear en la STC 9/2004.

En esta última decisión, donde se analizaba una pretensión de amparo por violación de la presunción de inocencia por haberse atribuido valor probatorio a un dictamen elaborado sin contradicción en fase instructora introducido por vía documental en el plenario, el Alto Tribunal de Garantías aborda explícitamente las consecuencias en orden al alcance de la regla de distribución de cargas de acreditación.

El caso presentaba algunas singularidades. El informe pericial (sobre el valor de los daños causados a un perro) se había emitido en fase instructora sin contradicción, siendo el acusado (recurrente en amparo) quien, previamente a la celebración del juicio oral, propuso la prueba pericial —a fines de ratificación y aclaración de dicho informe. Fue también el entonces acusado quien, incomparecido el perito al acto del juicio oral, solicitó la suspensión, formulando protesta ante la denegación de tal solicitud y solicitando que constaran en acta las preguntas que en su caso hubiera formulado al perito. El acusado, condenado en la instancia como autor de un delito de daños, no reiteró la petición de prueba en la segunda instancia, limitándose a alegar la indefensión por falta de contradicción.

La fundamentación de la sentencia resulta de particular interés.

El Tribunal parte para el análisis de la pretensión de un primer test relativo a si el acceso del tribunal a la información probatoria se realizó respetando las garantías constitucionales. En particular, si existía una adecuación entre el acceso a la fuente de prueba y el medio probatorio utilizado para su introducción en el cuadro probatorio, advirtiendo que la valoración de pruebas cuya práctica no se ajusta a tales exigencias constitucionales lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías.

Entre éstas, el Tribunal concede una particular importancia a la contradicción reiterando que «el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible», pero advirtiendo, a continuación, que no podía exigirse al acusado que para obtenerla asumiera la carga de solicitar la práctica del medio probatorio personal «ya que la aportación a juicio de las

20. En esta última sentencia se expresa esta posición de forma sorprendente, situándose, posiblemente, en el supuesto más extremo de aplicación de la cláusula de documentalización de prueba pericial, se validó la introducción documentada de un dictamen elaborado por peritos de la Agencia Tributaria sobre el que se basó la condena por un delito contra la Hacienda Pública del recurrente en amparo.

pruebas de cargo con garantías constitucionales (entre ellas la contradicción) no corresponde en absoluto al acusado sino a la acusación».

Sobre el contenido de dicha carga el Tribunal añade que:

[La misma] recae en el proceso penal en las partes acusadoras, quienes han de probar en juicio los hechos constitutivos de la pretensión penal pues el art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo corresponde a quienes, en el correspondiente proceso penal, ejercitan la acción.

Sobre el modo de satisfacción de la carga, el Tribunal recuerda 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, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (STC 161/1990 y en el mismo sentido entre otras, STC 174/2003). No obstante ello nuestra jurisprudencia ha admitido también que excepcionalmente puedan integrarse en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales si concurren determinadas circunstancias: imposibilidad de reproducción en el juicio oral, intervención del juez de instrucción, posibilidad de contradicción, introducción del contenido de la diligencia en el juicio oral bien mediante lectura del acta en que aquélla se documenta bien a través de los interrogatorios habidos en el juicio oral.

Partiendo de lo anterior, el Tribunal identificó lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, que se proyectó de forma particular en el derecho a la presunción de inocencia.

En el caso de autos, la valoración del animal muerto en la suma de 85.000 pesetas, que se recoge en el relato de hechos probados, fue hecha en fase de instrucción, a la sola presencia del juez de Instrucción, sin contradicción, por un «perito tasador profesional», según consta en la diligencia extendida al efecto. Las sentencias impugnadas asumieron el contenido del informe pericial sin dicha exigencia constitutiva, la cual no puede verse suplida mediante fórmulas inversoras de la carga de prueba ni mediante fórmulas presuntivas de aceptación. Ni el acusado tenía la carga de introducir el medio probatorio para transmitir la información relevante —la emisión del dictamen por el perito que lo elaboró— ni menos aún pretender la práctica, en segunda instancia, como consecuencia de la incomparecencia del perito a la vista celebrada ante el juez de lo Penal.

Lo dicho hasta hora sirve para patentizar, también, un confuso estado de cosas y los riesgos que se generan.

Creo necesaria una reformulación restrictiva de la regla de documentalización y del estándar de la aceptación tácita que le sirve de ariete si se quiere, en primer tér-

mino, situar al método contradictorio de acercamiento a la verdad en el papel central que le corresponde en la producción de medios probatorios. En segundo lugar, preservar los riesgos de afectación de la presunción de inocencia mediante fórmulas inversoras de la carga de la prueba. Y en tercer lugar, garantizar las mejores bases cognitivas sobre las que el juez debe atribuir valor a los medios de prueba.

En todo caso, soy consciente de que las fórmulas jurisprudenciales que desplazan *al rincón de los trastos inútiles* las necesidades de adecuación, en términos epistémicos y de contradicción deseable, entre la información probatoria y el medio probatorio con el que se pretende introducir, están muy arraigadas. Y soy consciente, también, que el legislador con la reforma de la LECr operada por la Ley 38/2002, al introducir el art. 788.3 LECr que documentaliza, *ex lege*, las pericias policiales sobre la naturaleza de las sustancias<sup>21</sup> no facilita precisamente el cambio que se defiende en estas líneas.

Pero la reforma puede ser también leída en otra clave. Si el legislador democrático solo ha previsto la documentalización del medio probatorio, que permite el acceso a las fuentes de prueba pericial cuyo objeto son los análisis cuantitativos y cualitativos de droga, es porque considera inadecuado la transformación del modelo de adquisición probatoria respecto al resto de periciales. Por tanto, la consecuencia es que la excepción no puede convertirse en regla.

Creo que concurren sólidas razones para defender el necesario acceso de la fuente pericial producida por la policía judicial mediante la prueba de peritos plenaria y que las dudas e incertezas de la jurisprudencia constitucional confirman que la cuestión no puede, ni mucho menos, considerarse cerrada.

---

21. Reforma que ha propiciado el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 25 de mayo de 2005, que rebaja las condiciones de impugnación y, por tanto, de necesidad de práctica plenaria contenidas en los acuerdos de 1999 y 2001 antes citados.