

EGUZKILORE

Número 11.  
San Sebastián  
Diciembre 1997  
63 - 90

## LÍMITES A LA LEGALIDAD DE LA PRUEBA EN LA ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL\*

Luis NAVAJAS RAMOS

*Fiscal-Jefe*  
*Audiencia Provincial de Guipúzcoa*

**Resumen:** la consecución y existencia de una Policía Judicial es una consecuencia ineludible del Estado de Derecho. Su presencia en el proceso penal tiene como finalidad la investigación de los delitos, el aseguramiento de los delincuentes y la recogida de pruebas, para hacer posible una respuesta judicial adecuada y proporcionada a la gravedad del delito. En base a estas afirmaciones, se analizan cada una de las pruebas que la Policía Judicial puede llevar a cabo en su labor de investigación, así como los derechos fundamentales que en cada caso resultan afectados y las garantías que han de adoptarse para permitir su valoración en el curso de dicho proceso.

**Laburpena:** Polizia Judiziala egotea Zuzenbidezko estatuaren ezinbesteko ondorea da. Zigor-azibideetan, polizia judizialak delituak ikertzen ditu, delitugileen segurtasuna bermatzen du eta frogak biltzen ditu, epaileek delituari beraren larritasunaren arabera erantzun ahal izan diezaioten. Esandakoa oinarri hartuta, Polizia Judizialak bere ikerkuntza-lanetan egin ditzakeen froga guzti-guztiak aztertuko dira, bai eta kasuan-kasuan ukitzen diren oinarritzko eskubideak eta auzibidean zehar frogak baloratzeko baliatu beharreko bermeak ere.

**Résumé:** La réussite et l'existence d'une Police Judiciaire est une conséquence inéluctable de l'État de Droit. Sa présence dans la procédure pénale a comme but l'enquête, l'assurance des délinquants et le ramassage de preuves, à fin de possibiliter une réponse judiciaire appropriée et proportionnelle à la gravité du délit. D'après ces affirmations, les différentes actions que la Police Judiciaire peut mener pendant son travail d'investigation sont analysées, ainsi que les droits fondamentaux endommagés dans chaque cas et les garanties qui doivent être adoptées pour atteindre leur valoration au cours de ce procès.

**Summary:** the success and existence of a Judicial Police is an ineludible consequence of the State of Law. Its aim in the penal procedure is the crimes' inquiry, the offenders' securing and the proofs' collecting, to make possible an adequate and suitable judicial response to the seriousness of the crime. Taking this assertion as a basis, every proof that Judicial Police concludes in its inquiry work is analyzed, as well as the fundamental rights which in every case are concerned and the guarantees that must be taken to permit its valuation during the penal procedure.

**Palabras clave:** Policía Judicial, Proceso Penal, Investigación Penal, Prueba Procesal, Derechos Fundamentales.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Polizia Judiziala, zigor-azibidea, zigor-ikerkuntza, auzibide-froga, oinarritzko eskubideak.

**Mots clef:** Police Judiciaire, Procédure Pénale, Enquête, Preuve, Droits Fondamentaux.

**Key words:** Judicial Police, Penal Procedure, Penal Inquiry, Procedural Proof, Fundamental Rights.

---

\* Texto de la conferencia dictada, con una breve referencia bibliográfica.

## 1) ESTADO DE DERECHO Y POLICÍA JUDICIAL

Es absolutamente cierto que “Justicia” y “Policía” son instituciones o realidades de la vida pública que están profundamente relacionadas entre sí y cuyas fronteras, como indicaba PARDO GARCÍA, no comienzan a clarificarse sino a partir del momento en que la primera se constituye como un “Poder” y la segunda como un “órgano del Poder”. La división de Poderes, que constituye uno de los dogmas básicos del Estado de Derecho moderno, atribuye a uno de esos Poderes la facultad exclusiva y excluyente de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” y a partir de ese momento el Juez se constituye en titular de un Poder del Estado y la Policía en el órgano ejecutivo de uno de esos Poderes.

Se ha dicho por algún autor (JIMENEZ VILLAREJO) que así como la distinción entre Justicia y Policía es un fruto temprano del Estado Liberal de Derecho, la aparición y el correcto diseño de una “Policía Judicial” es un logro más tardío, de forma que, únicamente el progreso del Estado Democrático de Derecho, o dicho de otra forma, la aproximación al Estado Democrático de Derecho, haría posible una verdadera “Policía Judicial”. Sin embargo, no cabe desconocerse que los autores de nuestra centenaria y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal apuntan ya ideas bastantes claras en torno a la Policía Judicial y así en su artículo 283 ya se indica que *“...constituirán la Policía Judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes...”* siguiendo a continuación con una larga enumeración de autoridades, funcionarios y agentes integrantes de dicha Policía Judicial, y si bien es cierto que la amplitud de este concepto de Policía Judicial lo hace prácticamente inoperante, no lo es menos que es claramente revelador de que ya los liberales españoles autores de aquella Ley comprendieron cómo la consagración de un Poder Judicial postulaba la necesidad de la existencia de una Policía Judicial y que ésta debería estar formada por todos aquellos que, constituidos o no en autoridad, tuviesen la misión de garantizar la seguridad pública, investigar los delitos y perseguir a los delincuentes.

La consagración de la idea de que la consecución y existencia de una Policía Judicial es ante todo una consecuencia ineludible del Estado de Derecho en cuanto que todo Poder no puede ser ejercido sino a través y mediante un instrumento propio, legitimado y dotado para la actuación coactiva, se alcanza a través de nuestra Constitución de 1978, cuyo Título VI (arts. 117-127) se consagra al “Poder Judicial”, indicándose en el artículo 126 cómo *“La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”*, mientras que el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de Marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado señala cómo *“...a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las administraciones públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica...”*.

En definitiva, nuestra Carta Magna parece dar por hecho la existencia de una Policía Judicial, limitándose a ordenar en dicho artículo su dependencia de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, pero sólo cuando realicen funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

## II) INVESTIGACIÓN PENAL Y POLICÍA JUDICIAL

MORENO CATENA señala cómo la *investigación penal* está integrada por todas aquellas diligencias practicadas por las autoridades competentes al objeto de lograr, tanto el adecuado esclarecimiento de unos hechos que revisten el carácter de delito y de las circunstancias en las que se produjeron, como el aseguramiento de la persona que aparezca como autor responsable de los mismos, del cuerpo del delito, piezas de convicción y de la responsabilidad civil derivada de los hechos que se persiguen, proveyendo, por tanto, a una correcta actividad enjuiciadora.

Desde un punto de vista concreto y funcional, la presencia de la Policía Judicial en un proceso penal no tiene otra finalidad, como se desprende del art. 11.1.g) de la L.O. 2/86, que la de llevar a cabo aquella investigación de los delitos, el aseguramiento de los delinquentes y la recogida de pruebas, preámbulo necesario e imprescindible para poder afirmar procesalmente la existencia de un delito y la atribución inequívoca del mismo a una persona concreta, con la consecuencia penal correspondiente, fundamental labor que está instrumentalmente ligada a la función que en el proceso penal tienen encomendada Jueces y Fiscales, y que está integrada por una serie de diligencias de carácter instrumental y previas al verdadero proceso penal, encaminadas a posibilitar una eventual celebración del juicio, precisamente, cuando de su resultado se desprenda la comisión de un hecho delictivo y se hayan podido obtener los elementos de convicción suficientes para basar y apoyar una acusación y, eventualmente, una sentencia condenatoria.

La labor preprocesal de la Policía Judicial dirigida a la indagación de delito y de las circunstancias de toda índole que lo hayan rodeado, está por tanto orientada a hacer posible una respuesta judicial adecuada y proporcionada a la gravedad de aquél. Ahora bien, si el aseguramiento del delincuente tiene la finalidad básica de ponerlo a disposición del Juez competente y colocarlo en disposición de servir como objeto de prueba y si la recogida de pruebas por la Policía Judicial es sólo el inicio de una actividad instructora con la que se pretende nutrir el proceso de datos indispensables para el mismo, es absolutamente imprescindible que estos datos sean absolutamente veraces y correctamente obtenidos.

Hay por ello una necesidad absoluta de evitar que lleguen al proceso pruebas susceptibles de ser descalificadas, viciando con ello a las que de ellas procedan, precisamente por el hecho de haber sido logradas con vulneración de derechos o libertades fundamentales, pues no puede olvidarse que los receptores de dichas pruebas y los usuarios de las mismas en el proceso penal, esto es, Jueces y Fiscales, son los llamados, precisamente, a tutelar eficazmente aquellos derechos y libertades.

Como indicaba acertadamente GIMÉNEZ PERICAS, la investigación de la verdad en el actual proceso penal, no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho, la verdad material no puede ser conocida en todo caso y con cualquier medio.

## III) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

Como señala el profesor MORENO CATENA, el problema de las garantías de los derechos fundamentales en el marco de una investigación penal, se inscribe en el

campo de la tensión existente entre el deber de los Poderes públicos de realizar una eficaz represión de las conductas que llevan aparejado un reproche penal y la protección que a tales derechos debe dispensar el propio Estado.

Para servir adecuadamente al fin que están llamadas a cumplir, las diligencias de investigación penal, con alta frecuencia, han de suponer intromisiones más o menos intensas en la esfera de los derechos fundamentales de las personas, con el consiguiente recorte de su ámbito de protección. Por ello y en estos casos debe realizarse una ponderación de los intereses en conflicto: de un lado, el interés social en la persecución de los delitos y de otro el interés individual de mantener en toda su amplitud y extensión los derechos y libertades que la Constitución reconoce; del resultado de dicha confrontación aparecerá la legitimidad de la medida o diligencia que se pretenda llevar a cabo, o por el contrario, su desajuste con las normas constitucionales.

A la luz de todo lo anterior, cabe realizarse una pregunta esencial y ésta es la de que ¿cuál es la vía o procedimiento para conjugar, de un lado el legítimo derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, y de otro, el derecho de los particulares a preservar sus derechos fundamentales?

Esta cuestión se resuelve necesariamente a través del *principio de proporcionalidad*, de forma que únicamente resultan procesalmente aceptables aquellas diligencias de investigación que, legítimamente obtenidas, resulten ajustadas a la gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados y finalidad legítima que se persigue con la injerencia.

Fundamental al respecto resulta el artículo 11 de la L.O. del Poder Judicial, conforme al cual, “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, pronunciamiento que tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo se han encargado de refrendar de forma profusa.

Así el primero de ellos, en la sentencia 66/85, destaca cómo “*los derechos fundamentales son derechos del mayor valor. La intimidad, es probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana*”, mientras que el segundo en sentencia de 18.6.92 (Ponente Sr. Ruiz Vadillo) dictada en el conocido como “Caso Naseiro” señala que “*no se puede obtener la verdad a cualquier precio, de forma que sólo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con el elemento nuclear de los derechos fundamentales*” y en la de 29.3.90 (Ponente Sr. Delgado García) “*cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental... no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria*”.

#### **IV) INVESTIGACIÓN POLICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

La consagración del Estado de Derecho y, con ello, la articulación de una serie de limitaciones al poder coactivo del Estado ha conducido a los Organismos Internacionales a percatarse de la necesidad de instrumentar una serie de declaracio-

nes sobre la Policía, en las que se contengan reglas que, fundamentalmente, fijen un marco claro de las relaciones entre los ciudadanos y la Policía, sobre la base de que ésta constituye un instrumento imprescindible para el mantenimiento y desarrollo de una sociedad democrática.

Consecuencia de ello es que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptara el 8.5.79 la Resolución 690, relativa a la “Declaración sobre la Policía” y que la Asamblea General de la ONU aprobara el 17 de Diciembre de ese mismo año su “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”. Ambas resoluciones, como indica REBOLLO VARGAS, responden a la idea común de concebir a la Policía como verdadero *servicio público* que tiene como objetivo primordial garantizar el ejercicio a todos los ciudadanos de sus derechos y libertades.

Así, el Código de conducta señala 8 principios fundamentales que deben regir el ejercicio de la función policial:

1º) *Servicio a la Comunidad.*- De esta forma el art. 1º del Código de conducta señala cómo “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la Ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión*”.

2º) *Protección de la dignidad humana.*- Por ello el art. 2º dice: “*En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas*”.

3º) *Uso Legítimo de la fuerza.*- En consonancia, el art. 3º señala “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas*”, de forma que sólo se admite el uso de la fuerza de manera excepcional y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

4º) *Respeto a la intimidad.*- Por ello al art. 4º de aquel Código señala: “*Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario*”.

5º) *Prohibición de la tortura y malos tratos.*- En consonancia, el art. 5º recalca que “*Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la Ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales... como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”.

6º) *Protección de la vida y la salud.*- Por ello, el art. 6º señala que “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise*”.

7º) *Prohibición de la Corrupción.*- De conformidad con ello, el art. 7º exige que “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, no cometerán ningún acto de corrupción y se opondrán a todos los actos de esta índole y los combatirán*”.

8º) *Responsabilidad profesional.*- Finalmente el art. 8º recalca que “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, la respetarán, así como el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance para impedir toda violación de los mismos y oponerse rigurosamente a tal violación*”.

Por lo que respecta a nuestro país, ambas declaraciones internacionales son las que inspiraron la Orden Ministerial de 30.9.81, donde se fijan “Los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, que posteriormente se trasladaron al artículo 5º de la L.0.2/86, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde se recogen los 8 principios básicos anteriormente enunciados y se establece un verdadero Código deontológico que resulta exigible a los integrantes de los Cuerpos Policiales de carácter estatal, a los autonómicos y a los locales.

A partir de aquí y sentadas las anteriores conclusiones, es dado pasar al análisis de cada una de las pruebas que en su labor de investigación pueden ser llevadas a cabo por los miembros de la Policía Judicial, así como de los Derechos fundamentales que en cada caso resultan afectados y las garantías que habrán de adoptarse para considerar que su obtención ha sido legítima y su aportación al proceso correcta, permitiendo su valoración en el curso de dicho proceso.

## V) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CADA UNA DE LAS PRUEBAS

### A) Detención

Como tal, y de acuerdo con URBANO CASTRILLO, consideraremos a toda privación de la libertad deambulatoria de una persona, reconocida en el artículo 17 de la Constitución, que no consista en la ejecución de una pena o en el cumplimiento de la medida cautelar de prisión provisional.

Ciertamente que no puede considerarse en sí misma como una auténtica prueba, pero no cabe desconocer que muy a menudo la detención del sospechoso constituye el origen o continuación de otras diligencias de prueba en el curso de una investigación, por lo que, como señala GIMENO SENDRA, constituye un *acto de investigación indirecto*, de forma que, de la licitud de la detención, dependerá la bondad posterior de todos los actos de investigación que de ella parten.

Constitucionalmente, la detención se vincula al derecho fundamental recogido en el art. 17 de la Carta Magna, que se remite a la normativa que la regula en la L.E. Criminal, artículos 489-501 y respecto a la misma habrán de tenerse en cuenta las disposiciones legales universales que a ella se refieren.

Así el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza que “*nadie podrá ser arbitrariamente detenido*”, dicción que prácticamente se repite en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que añade como “*nadie podrá ser detenido salvo por la causas fijadas por la ley*” y cerraremos esta referencia con el art. 5.1 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que se manifiesta diciendo que se permite la detención de una persona “*para hacerla comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle... que huya después de haberla cometido*”.

La *detención policial* constituye, como indica GIMENO SENDRA, una medida cautelar, realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar al Juez de Instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación del sumario y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional.

A diferencia de la detención practicada por los particulares, la policial constituye una auténtica obligación (art. 492.1º de la L.E.Criminal) que tienen los integrantes de la Policía Judicial y, en general, todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y que les viene impuesta por su especial misión de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores (art. 282 L.E.Criminal). También se diferencia de la detención practicada por los particulares en que el Ordenamiento faculta a la Policía a la práctica de “las diligencias de prevención” y a culminar el “atestado” (arts. 284-298 L.E.Criminal), para lo cual tales funcionarios pueden realizar determinadas diligencias en el curso de la misma (art. 523 L.E.Criminal), por lo que viene a constituirse, como antes se dijo, en un acto de investigación indirecto, en tanto que posibilita la práctica de actos de investigación posteriores, tales como el interrogatorio y el reconocimiento del detenido.

La procedencia de la detención policial queda legalmente condicionada a que el detenido se encuentre en algunos de los supuestos de los arts. 490 y 492 de la L.E.Criminal, supuestos que no entraremos a examinar detalladamente, pero que, como indica GIMENO SENDRA, contienen un común denominador: la detención policial exige, como presupuesto material previo, la existencia de un *título de imputación* (condena, rebeldía, procesamiento o evidente participación en un hecho punible) contra una persona determinada. Sin imputación previa no cabe conceptuar como legal una detención, por lo que el funcionario que así se comportara incurriría en la figura penal de detención ilegal, penalmente prevista, excepción hecha, naturalmente, de la utilización por la Policía de las facultades que en materia de identificación reconoce el art. 20 de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Los plazos de la detención son de sobra conocidos y están recogidos en el art. 17.2 de la Constitución: 72 horas como plazo máximo, si bien este mismo artículo recalca que “*no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario*”, lo que implica que no podrá dilatarse de forma caprichosa ni agotar dicho plazo cuando no sea absolutamente necesario.

Existen plazos extraordinarios y más amplios, que aparecen recogidos en la L.O. 4/81 (estados de excepción, alarma y sitio) y en el ámbito de los delitos de terrorismo, por el art. 520. bis 1º de la L.E.Criminal.

La posibilidad de que la detención policial suponga, como antes se dijo, la realización de legítimos actos de investigación sobre el detenido, tales como su interrogatorio, reconocimiento e identificación, tiene como contrapartida el hecho de que la propia Constitución y los artículos 118 y 520 de la L.E.Criminal arbitren una serie de garantías que surgen desde el mismo momento en que se priva al individuo de su libertad deambulatoria y que han de hacer posible el derecho de defensa. Como claramente indica el Tribunal Constitucional (STC. 98/86), a partir de ese momento nacen las obligaciones para la policía y los derechos para el detenido.

En cuanto a las *garantías*, condiciones o requisitos de una detención policial legal, una vez que se han dado los presupuestos del art. 492 de la L.E.Criminal, se describen en el art. 17.3 de la CE. y se concretan en una *obligación de información*, que se proyecta: a) en la necesidad de ilustrar al detenido del contenido esencial de la imputación, esto es, de las razones de su detención, hechos que se le atribuyen y las razones motivadoras de su privación de libertad, b) información sobre sus derechos constitucionales (guardar silencio, designación de abogado, notificación de la detención a cualquier persona, etcétera) que se recogen en el art. 520.2. La ilustración de estos derechos deberá hacerse en la forma que menos perjudique su fama y en idioma que sea capaz de entender, recabando el auxilio de un intérprete si fuera necesario y no cabe desconocer cómo al art. 537 del C. Penal, sanciona la vulneración de estas garantías.

Especial trascendencia alcanza el derecho a la intervención de Abogado defensor, recogido correlativamente en los arts. 118. 1º y 520.2.c) de la L.E.Criminal, que confieren al detenido el derecho a designar Letrado de su confianza o reclamar la intervención de uno del turno de oficio. Se trata de un derecho *irrenunciable*, en consonancia con el art. 17.3. de la Constitución, por lo que, más que un derecho del detenido, constituye una auténtica *obligación* de las Autoridades de proveer al detenido de un Abogado de oficio (STC. 196/87), en el supuesto de que aquél no quiera designar a uno de su confianza, lo que únicamente admite 2 excepciones: los delitos Contra la Seguridad del Tráfico, que permiten la renuncia de dicho derecho (art. 520.5) y los supuestos de incomunicación del detenido, lo que suele suceder en los delitos de terrorismo (art. 15.L.O. 8/84), que le impiden designar letrado de su confianza en el trámite de la detención.

La intervención del Letrado se ciñe a los reconocimientos de identidad y al interrogatorio policial, intervención que no es activa, ya que no se faculta al Letrado a formular preguntas directas al detenido, pero que, como indica GIMENO SENDRA, tampoco lo convierten en un “convidado de piedra”, ya que puede solicitar, si no se ha hecho, que se informe de sus derechos al detenido y una vez finalizado el interrogatorio policial, puede solicitar la ampliación del mismo, hacer consignar en el acta cualquier incidencia, negándose incluso a firmar si apreciara alguna anomalía y una vez concluido el interrogatorio y si el detenido no se encuentra incomunicado, puede entrevistarse reservadamente con el mismo.

Concluiremos este apartado negando virtualidad y existencia a la figura de la “*retención*” como estadio intermedio entre la libertad y la detención. Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, de 6.11.80. Caso “Guzzandi”) negó incluso la distinción entre privación de libertad y restricción de la misma (o vigilancia especial de la persona), al estimar que entre una y otra puede existir una diferencia de intensidad o grado, pero no de naturaleza o esencia y el Tribunal Constitucional (STC.98/86) ya señaló que “*en nuestro ordenamiento no cabe la figura de la retención, pues entre detención y libertad no son constitucionalmente admisibles situaciones intermedias*”.

Por ello, la simple retención obligada, si es perceptible, se ha de identificar con la detención, aunque, como indica DE VEGA, “habrá situaciones mínimas de retención que quedarán al margen del tipo penal” y por su parte, el Tribunal Constitucional (STC.7.10.85 y 18.2.86) estima que la puesta en práctica de normas de policía sobre identidad y estado de los conductores, no requiere someterse a las exigencias constitucionales del art. 17.3 de la Constitución.

## B) Confesión

Era considerada en tiempos pretéritos como “la reina de las pruebas” y si es cierto que hoy carece de aquel carácter, no cabe duda de que conserva un valor trascendental en el curso de la investigación penal, por lo que su obtención con todas las garantías legales resulta de capital importancia e incidencia en el curso futuro del proceso.

Su afectación constitucional está vinculada al artículo 24.2 de la Carta Magna, que viene a su vez a inspirar el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde se recogen los derechos que asisten a todo detenido o preso, y guarda especial conexión con el “derecho a no declarar o a no hacerlo contra sí mismo y no declararse culpable” de quien se encuentra en aquellas situaciones.

Constituye una diligencia de investigación cuya práctica, como indica GOYENA HUERTA, requiere *inexcusablemente* la voluntad conforme del inculpado, toda vez que su eventual negativa a declarar estaría respaldada por un derecho fundamental: el de guardar silencio, lo que significa que, como recalca el Tribunal Constitucional (STS.313/97) “*en ningún caso puede ser forzado o inducido bajo constricción o compulsión a declarar*”.

El escrupuloso respeto a las exigencias del art. 520 resulta de tal trascendencia que el propio Tribunal Supremo resalta en Sentencia de 19.5.90 que dicha norma “*sirve a la finalidad de proporcionar al detenido los conocimientos básicos que requiere el derecho fundamental de defensa...*” de forma que una prueba obtenida de una persona a la que no se la hubiera informado de sus derechos, en un idioma que pueda comprender, y especialmente de su derecho a no declarar contra sí mismo, sería una prueba obtenida contra el Derecho fundamental de defensa del art. 24.2 de la Constitución y por tanto nula de pleno Derecho.

Obviamente, las confesiones obtenidas bajo supuestas torturas o malos tratos, conllevan, independientemente de la responsabilidad penal correspondiente, la nulidad radical de la prueba así obtenida, siendo especialmente expresivo al respecto el Auto 970/87, del Tribunal Constitucional, que indica cómo “*supone, desde luego, prueba violentando derechos fundamentales (art. 15 CE.) y como tal, inadmisibles y radicalmente nula*”, pero la misma resolución se cuida de indicar que no podrá obtenerse amparo constitucional por vía de la alegación de vulneración de derecho fundamental en estos casos, cuando conste que la declaración se prestó a presencia de Letrado y no se denunciaron oportunamente los presuntos malos tratos que se dicen recibidos.

Cuestión radicalmente distinta es la generada en aquellos supuestos en los que la declaración del detenido se realiza sin la presencia preceptiva de Letrado, en la forma que prescribe el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoge el derecho a la asistencia de Letrado y al que expresamente se refiere el artículo 17.3 de la Constitución, precepto éste que no resulta violado por el simple hecho de que se haya recibido una declaración en sede policial sin la presencia de Abogado, habiendo manifestado el Tribunal Constitucional (STC. 175/85, de 17 de Diciembre) que “*...la asistencia de Letrado se garantiza en los términos que la Ley establezca y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 118) se deduce claramente que los actos realizados sin la asistencia de abogado pueden tener validez hasta que la causa llegue al estado en que se necesite el consejo de aquél o se haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su actuación*”. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23.10.91.

En cualquier caso, la presunta irregularidad ha de ser denunciada e invocada en su momento, de forma que sin esta invocación, la falta de Letrado sólo sería constitucionalmente relevante en la medida que con la misma se hubiera generado indefensión. A esta cuestión vuelve a referirse el Tribunal Constitucional en su sentencia 135/89, de 19 de Julio, de forma que *“...la invalidez de las declaraciones sumariales prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas al imputado por el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo trasciende... cuando se produzca una efectiva indefensión del mismo...”*.

Resumiremos por tanto la cuestión tratada, concretando que las *garantías procesales del interrogatorio policial* son básicamente dos:

1<sup>a</sup>) *Prohibición absoluta de utilización de actos o medios de investigación prohibidos por la Ley*. De acuerdo con ello, la L.E.Criminal en su art. 297 resalta que los funcionarios de la Policía Judicial *“se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la ley no autorice”* y en el art. 389-3<sup>o</sup> prohíbe la utilización de cualquier género de *“coacción o amenaza”*, tipificando los arts. 173-177 y 609 del C. Penal el delito de tortura. Consecuencia de ello es la absoluta prohibición de cualquier género de *“sevicias, física o síquica”*, dirigida a arrancar la confesión del detenido, lo que conduciría a su calificación como prueba prohibida (STC.80/91). Como medios prohibidos expresamente hay que reputar algunos que pueda proporcionar la Medicina (sueros de la verdad, hipnosis, etcétera) que no pueden utilizarse aunque el imputado lo consintiera como medio de acreditar su inocencia (STS.22.5.82). Lo mismo cabe afirmar de las confesiones obtenidas de drogadictos, con la promesa de determinadas sustancias para combatir el *“síndrome de abstinencia”* (STS.24.9.87).

2<sup>a</sup>) *Garantías tendentes a asegurar la espontaneidad del interrogatorio*, por lo que, de acuerdo con la L.E.Criminal, las preguntas habrán de ser siempre directas, sin que puedan utilizarse las capciosas o sugestivas (art. 389.1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>). Si el interrogado manifestara fatiga, como consecuencia de la duración del interrogatorio, habrá éste de suspenderse hasta que recobre la serenidad necesaria (art. 393). Se le permitirá al detenido manifestar lo que estimara conveniente para su defensa, consignándolo en el acta (art. 396). No se le apercibirá con las penas del falso testimonio, únicamente previstas para los testigos y finalmente, el detenido tiene derecho a leer por sí mismo su declaración o solicitar su lectura, antes de ratificarse (arts. 402 y 404).

### **C) Identificación del sospechoso**

Constituye esta diligencia, que permite la atribución inequívoca del hecho presuntamente delictivo a una persona concreta, un presupuesto esencial de cualquier proceso penal, ya que, como señala el Tribunal Constitucional (STC. 93/96) *“... si ésta falla o es dudosa, toda la estructura procedimental se viene abajo, puesto que se puede alcanzar la convicción legítima de que un determinado hecho punible se ha cometido, pero ello no supondría la atribución, la determinación de la identidad de quién fue en concreto la persona física que lo llevó a cabo..., y son los órganos públicos de persecución y los Jueces y Tribunales los llamados a llevar a cabo esta determinación...”*.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere expresamente a la práctica de la identificación del responsable del delito en sus artículos 368-384, y aunque ciertamente en este articulado únicamente se hace mención a una única diligencia, cual es la de “reconocimiento en rueda”, la realidad de los avances de la ciencia nos indica que aquel reconocimiento bien puede llevarse a cabo por las más variadas técnicas, como pudiera ser la escritura, fotografía, voz, sangre, semen, cabellos, huellas dactilares o los marcadores del ADN.

Nos referiremos ahora a las vías policiales más usuales para determinar aquella identidad. En cuanto al *reconocimiento en rueda*, constituye una diligencia de investigación minuciosamente regulada por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, y aunque se trata de una actuación que normalmente tendrá como escenario la sede judicial, está plenamente admitido por el Tribunal Supremo la posibilidad de que la misma pueda llevarse a cabo en dependencias policiales, sujetándose estrictamente a las normas que marca la Ley de Enjuiciamiento en los artículos anteriormente citados.

Ahora bien, el reconocimiento en rueda practicado en dependencia policial y por funcionarios de esta naturaleza, carece del más mínimo valor si el testigo-víctima que, en su caso, efectúe el reconocimiento no ratifica este reconocimiento ante el Órgano Jurisdiccional. A ello se refiere, tanto el Tribunal Supremo (STS.12.4.89 y 28.7.88, entre otras varias) como el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 15 de Abril de 1992 señala que “*la diligencia policial debe ratificarse ante el Juzgado, bastando con que el identificador acuda al Juicio Oral a declarar como testigo*”.

Por lo que a la materialidad de la prueba se refiere, la exigencia de la presencia de Letrado parece *inexcusable*, según parece colegirse del Auto del Tribunal Supremo de 2.2.94. Lo habitual será la ubicación del sospechoso entre varias personas de características similares, extremo éste en el que habrá de ser especialmente escrupuloso, ya que de otra forma difícilmente podrá afirmarse que la diligencia se ha practicado de manera neutral para con el sospechoso. Si bien este requisito no puede ser extremado hasta el paroxismo, pues no cabe desconocer que el artículo 369 de la L.E.Criminal habla de “*semejanza*” y no de “*identidad*”. Por ello el Tribunal Supremo señala (STS.29.4.97) que “*La Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que la rueda se forme con personas de circunstancias exteriores semejantes, pero no exige una identidad que sería imposible de cumplir*”.

Lo relevante en estos casos, como apunta GOYENA HUERTA, será, más que encontrar individuos de apariencia muy semejante a la del sospechoso, evitar disimilitudes acusadas, por razón de sexo, raza, altura, pelo, etcétera, que propicien un sesgo contrario al inculgado.

No existe criterio alguno en nuestra Ley de Enjuiciamiento en cuanto al número de personas que han de componer la rueda, a diferencia de lo que ocurre en la Ley Procesal Militar, cuyo artículo 155 establece un número mínimo de 6 personas, incluida la de quien ha de ser reconocido.

Sin embargo a este aspecto sí que se ha referido ocasionalmente la Jurisprudencia. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 11.2.88, admitió como válida una rueda integrada por cuatro personas en total, e incluso, la sentencia de 5.2.92, admitió que se hallara integrada por 2 personas más el sospechoso.

Lo normal es que si existen varios sospechosos, cada uno de ellos dé lugar a diligencias de reconocimiento independientes, si bien no cabe desconocer que el artículo 370 de la L.E.Criminal permite que puedan ser varios los sospechosos que simultáneamente puedan ser reconocidos en la misma rueda, lo que Jurisprudencialmente está también admitido (STS. 12.4.91).

Obviamente, la práctica de esta diligencia requiere el *previo consentimiento* de la persona que vaya a ser sometida a ella, de modo que la negativa del sospechoso a someterse a la rueda de reconocimiento en modo alguno puede ser suplida mediante el uso de la fuerza o coacción, ya que su participación forzada le podría hacer fácilmente reconocible por el testigo, con lo que la prueba perdería toda su virtualidad. La negativa del sospechoso a participar en la rueda debe quedar simplemente reflejada en el Atestado, dejando al Juez Instructor la valoración de dicha negativa.

*Reconocimiento fotográfico.* Puede constituir en multitud de ocasiones el inicio de toda una línea de investigación, si bien se trata de una diligencia que se ha visto sometida a profundos vaivenes de la Jurisprudencia.

Así, en un principio se rechazó la eficacia, como prueba de cargo, de la exhibición de fotografías, ya que ello no constituía más que la afirmación de una línea de investigación policial destinada a la obtención de una pista que pudiera conducir a la detención del culpable, aunque se afirmaba que un reconocimiento fotográfico no viciaba un posterior reconocimiento en rueda. Muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 31.1.92, en donde se indica que *“la identificación de los acusados mediante la exhibición de fotografías en sede policial no puede reemplazar las diligencias judiciales de reconocimiento o identificación verificadas con las formalidades legales...”*.

Más adelante, sin embargo, esta línea jurisprudencial se ha visto modificada, de forma que hoy se admite el reconocimiento fotográfico en sede policial, con eficacia probatoria, siempre que se lleve a cabo con sometimiento a ciertos requisitos. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.12.95, hablaba de que exista *“...como condición inexcusable, la absoluta neutralidad del investigador, neutralidad que no existió cuando lo que se muestra, no es un álbum o colección de fotografías para efectuar el reconocimiento, sino una sola, que fue precisamente la de la acusada. Esta circunstancia pudo tener una eventual influencia en la identificación, e impide que reúna los requisitos necesarios de fiabilidad...”*

El Auto del Tribunal Supremo de 2.2.94, anteriormente citado, va mucho más allá y parece exigir para el reconocimiento fotográfico exactamente los mismos requisitos y exigencias que el artículo 369 de la L.E.Criminal requiere para el reconocimiento en rueda, así *“esta Sala ha negado carácter probatorio a la identificación mediante fotografías, que se desarrolla como un aspecto de la investigación policial, sin las exigencias del artículo 369 y siguientes de la L.E.Criminal”*, lo que parece conducir nuevamente a la exigencia, bajo pena de nulidad, de la *presencia de Letrado*, generalmente de oficio, requisito por el que también se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/97, de 27 de Febrero, que lo exige, no sólo en el acto del reconocimiento fotográfico en sede policial, sino también cuando la misma se ratifique por la víctima en el Juzgado de Instrucción.

Concluiremos diciendo que, normalmente, las fotografías exhibidas a la víctima o testigo, pertenecerán a las colecciones de los archivos policiales, pero nada obstaría a la validez de la prueba que su origen pudiera ser distinto. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10.5.83, consideró irrelevante que la fotografía exhibida procediera de una cámara instalada en una entidad bancaria.

Por lo demás, la toma de fotografías al sospechoso, contra su voluntad y como método de reseña o para ser utilizadas en su identificación, resulta totalmente válida y está advenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28.10.94 (caso Murray contra el Reino Unido), en la que se consideró válida la identificación de una sospechosa a partir de las fotografías que contra su voluntad le fueron tomadas por la Policía Británica, ya que la realización de tales fotografías, por no utilizarse medios desproporcionados, no vulneran ningún derecho fundamental.

Por lo que se refiere a la *identificación dactiloscópica*, comenzaremos por decir que la obtención de las huellas dactilares como medio de identificación de un sospechoso, alcanza soporte normativo a través del art. 785.3ª de la L.E.Criminal, con arreglo al cual se incorporará a la causa “*la correspondiente huella dactiloscópica*”.

Se ha afirmado con plena justificación que la dactiloscopia, como ciencia que tiene por objeto la identificación de las personas a través de reproducción física de los dibujos formados por las crestas papilares en las yemas de los dedos de las manos, es la única que descansa sobre una verdad absoluta, esto es, la perennidad, individualidad e inmutabilidad de las líneas digitales. A ello se refiere el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13.6.94 al indicar que la huella papilar “...*presenta una triple característica: a) la de ser inmutable, ya que aparecen en el cuarto mes de vida intrauterina y desaparecen con la putrefacción cadavérica, permaneciendo idénticas durante toda la vida del individuo, b) no son modificables, ni patológicamente, ni por la propia voluntad del sujeto y c) jamás son idénticas en dos individuos*”.

La identificación dactiloscópica requiere la ejecución de dos operaciones: primeramente, la obtención, como cuerpo del delito, de las huellas digitales depositadas por el sospechoso en el lugar de los hechos, que serán en principio anónimas y por ello denominadas “huellas dubitadas” y más adelante, el cotejo de éstas con las “huellas indubitadas”, esto es, las impresiones digitales de una persona cuya identidad no ofrece duda.

Por lo que respecta a la primera de estas actividades, esto es, la obtención de las huellas dubitadas en el lugar de los hechos, habrá de levantarse por los funcionarios que la lleven a cabo la correspondiente acta en la que se reseñará el lugar, tiempo y estado en que se encuentren las huellas, describiendo minuciosamente el objeto sobre el que las mismas quedaron impresas y cualquier circunstancia relacionada con su hallazgo. A ello se refiere, tanto la L.E.Criminal (art. 334) como el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 30.3.90 indica que “...*en esta clase de prueba tiene importancia básica, y pese a ello es olvidado con frecuencia por los instructores de las causas penales, el objeto en que se encuentra la huella, que debe ser recogido de modo que pueda quedar acreditada su existencia, y particularmente el lugar en que se encontraba ubicado cuando fue habido*”.

No existe en este momento discusión alguna respecto al hecho de que la obtención de las huellas dubitadas en el lugar de los hechos es labor a practicar directamen-

te por los funcionarios de la Policía Judicial, con las prevenciones indicadas y sin necesidad alguna de que en la misma participen ni el Juez Instructor ni el Secretario judicial, ya que no tiene auténticamente el carácter de “inspección ocular” y como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 7.10.94 “...no es por naturaleza una prueba que deba estar asistida por la autoridad judicial, porque su carácter técnico exige, igual que la alcoholemia, su práctica por personal especializado, que puede ser perfectamente la Policía científica”.

Por lo que se refiere a la obtención de la “huella indubitada” con la que llevar a cabo el análisis lofoscópico, ha sufrido un tratamiento evolutivo en la Jurisprudencia. Así, una primera Sentencia del Tribunal Supremo de 3.7.91, pareció exigir que la obtención de la huella del sospechoso, al igual que la redacción de un cuerpo de escritura, se realizara necesariamente en presencia judicial “...a fin de que el dictamen técnico recaiga, no sobre huellas que figuran masificadas en los archivos policiales, sino sobre la auténtica que se obtiene del sospechoso en presencia judicial”. Esta línea, que resultó excepcional, fue rápidamente corregida por Sentencias posteriores. Y así, la anteriormente citada de 7.10.94 recalcó que “...las referencias a la formulación de la escritura no son extrapolables a la huella. Cuando ésta obra en los Centros Policiales y bajo el control de funcionarios especialistas, presenta virtualidad cuasi documental (...) los archivos de huellas del Ministerio del Interior presentan totales garantías”.

Normalmente la obtención de una huella indubitada se alcanzará con el consentimiento del sospechoso, pero si éste se opone, nada obsta a que la huella pueda obtenerse contra aquella voluntad, habida cuenta de que la momentánea privación de libertad que ello supone es una simple consecuencia del sometimiento legítimo a las normas de policía. Así se manifiesta el Tribunal Supremo en Sentencias de 12.4.92 y 13.6.94, si bien esta última parece supeditar el empleo de la coacción sobre la libertad del sujeto a que la obtención de la huella provenga de una previa resolución judicial.

Por lo demás, una vez llevado a cabo el análisis lofoscópico, mediante la comparación de las huellas, y si el mismo tiene resultado positivo, alcanza el carácter de prueba preconstituida que despliega toda su validez si no es impugnada por alguna de las partes y se incorpora al procedimiento, lo que implica la innecesariedad de que los Peritos lofoscópicos comparezcan en el acto del Juicio Oral, de forma que si ninguna de las partes interesa la comparecencia de los Peritos autores del informe, éste tendrá plena eficacia probatoria, sin necesidad de proceder a su ratificación (STS. 15.4.97).

El único modo de desvirtuar el valor de esta prueba pericial preconstituida, será la de interrogar al Perito en el acto del Juicio Oral, para lo que deberá ser previamente reclamado por la parte que quiera impugnar su resultado.

## **D) Cacheos, Controles e Identificaciones**

El derecho fundamental a la libertad proclamado en el art. 17 de la Constitución presenta como una de sus más características expresiones la que se ha dado en llamar “libertad de circulación o deambulación del individuo”, esto es, la posibilidad de situarse en el espacio sin cortapisas y con la capacidad de moverse en el mismo de acuerdo con el libre albedrío que cada sujeto se marca.

Desde luego dista mucho de ser o constituir un derecho absoluto y admite por ello evidentes limitaciones en la vida ordinaria, precisamente, para salvaguardar otros de la misma naturaleza. Uno de los mecanismos de restricción más evidentes del derecho individual a la libre circulación es precisamente la actividad de los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de su función de averiguación del delito y de persecución y detención de las personas involucradas en el mismo, función que necesariamente, y para que produzca toda la eficacia que una sociedad moderna y democrática requiere, precisa de dotar a los integrantes de los Cuerpos Policiales de unas capacidades de control y vigilancia de los individuos, en el ejercicio de las cuales podrán legítimamente requerirlos para que se detengan, se les interroge, e incluso, se les cachee y registre, o se pida su identificación, con respeto a las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos.

Fundamento de estas facultades sería el art. 104 de la propia Constitución según el cual *“Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”* y el art. 11 de la L.O. 2/86, de 13 de Febrero, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Dentro de la actividad policial de control a la que nos estamos refiriendo, ocupa un lugar destacadísimo la ejecución de los llamados “cacheos” y “registros”, atendida la frecuencia práctica con que estas actividades han de llevarse a cabo.

Aunque en muchas ocasiones ambos conceptos se utilizan de forma sinónima, es evidente que responden a actividades distintas y con un distinto nivel de exigencias en el momento de ser llevadas a cabo.

Por *cacheo* se entiende, de acuerdo con GIL HERNÁNDEZ, el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos para la vida o integridad física de los funcionarios intervinientes o de terceros, de detectar piezas de convicción o efectos de sospechada infracción penal.

Concepto mucho más sincrético fue el establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7.7.95, conforme a la cual, el cacheo consiste en *“el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito”*.

Desde luego es una actividad propia de los funcionarios policiales y previa a la apertura del procedimiento, que debe verse presidida por la aplicación sistemática del principio de *proporcionalidad*, debiendo actuarse en todo caso, en la forma que menos perjudique el crédito, dignidad e intimidad de la persona, ser ejecutado el cacheo por persona del mismo sexo que el de la persona afectada y tener la intensidad imprescindible para favorecer la finalidad de la investigación penal a que va dirigida.

La doctrina jurisprudencial en este terreno es desde luego muy escasa y reciente. Así, el Tribunal Constitucional en Providencia de 26.11.90, sentó una doctrina que posteriormente ratificó en dos Sentencias, ambas de 28.1.91; de esta forma, el derecho a la libertad, y como contrapartida a no ser privado de ella, sino en los casos y en la forma establecida por la Ley, así como el derecho de los españoles a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de

cacheo e identificación, “*pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía*”, tales diligencias por tanto no requieren someterse a las exigencias del art. 17.3 de la C.E., ni a las condiciones constitucionales y procesales de la detención.

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha mostrado siempre cauto en esta materia, en cuanto que no cabe desconocer que se trata de una actividad policial en la que se afectan dos derechos fundamentales del individuo: el de la libertad y, en ocasiones, el de la intimidad corporal. Por ello en su Sentencia de 4.2.94 dejaba claro que “*...el problema de los cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de libertad para deambular, ha sido de siempre seriamente controvertido, porque se enfrenta el derecho fundamental a la libertad, de un lado, y el derecho a la seguridad, a la investigación criminal y a la detención de los presuntos autores, de otro*”, es por ello que nuestro más Alto Tribunal (STS.23.12.94) se ha decantado siempre por la doctrina del principio de proporcionalidad, antes referido, “*eje definidor de lo permisible*”, obligando a realizar un examen ponderado de las circunstancias concurrentes en cada caso y exigiendo siempre que la diligencia se realice “*durante el tiempo imprescindible*” para ello, siendo por ello necesario guardar un equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en cada caso haya de sufrir la dignidad de la persona.

Pero a la parada y cacheo, al que nos acabamos de referir, pudiera suceder el registro, que se diferencia de aquél en que, como indica GARCÍA MORILLO, mientras el cacheo tiene una finalidad más protectora y defensiva, el registro la tiene indagadora y de investigación.

GIL HERNÁNDEZ, por su parte, indica que mientras el *cacheo* es exclusivamente exterior y sólo persigue el hallazgo de armas ocultas y objetos peligrosos, el *registro* incluye la búsqueda en el interior de la persona, de piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, estaría por ello dentro de la órbita de las “*intervenciones corporales*”, y sometido al nivel de exigencias propio de éstas y a las que haremos referencia más adelante.

Por lo que hace referencia al *valor probatorio de los cacheos*, es claro que si en el efectuado sobre una persona no se obtiene ningún instrumento u objeto del delito, el mismo carecerá de relevancia, desde el punto de vista de la investigación del delito, pero en cambio si el resultado del cacheo supone la ocupación de los objetos, efectos o instrumentos del hecho criminal, tendremos que determinar qué valor probatorio tiene dicha ocupación en relación con la culpabilidad del sujeto cacheado, siempre partiendo que dicha actuación policial quede reflejada en un atestado confeccionado por aquélla.

Tanto el Tribunal Constitucional (STC.13.10.92) como el Supremo (STS.25.10.94) vienen entendiendo que el resultado del cacheo, como dato objetivo de imposible repetición contenido en el atestado, tendrá consideración de prueba, siempre y cuando ese resultado sea asumido por las partes, estando sometidas, como no podía ser de otra manera, a la libre valoración del Tribunal conforme al art. 741 de la L.E.Criminal.

Sin embargo, lo habitual y más conveniente, entendemos por nuestra parte, será que si el cacheo se ha ajustado a los criterios antes dados, sus resultados deberán ser ratificados mediante la declaración en el Juicio Oral de los Agentes que lo hubieran practicado, sometiéndose mediante ello a los principios de publicidad y contradicción.

En lo que hace referencia a los *controles e identificaciones*, la normativa española en este terreno se ha preocupado de recoger los principios internacionales y en ellos se inspiró la Orden Ministerial de 30.9.81, por la que se fijaron los Principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, posteriormente plasmadas en el art. 5 de la L.O. de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de 13 de Marzo de 1986 y conforme a los cuales ha de ser interpretada la L.O. 1/92, de 21 de Febrero, de Seguridad Ciudadana, la cual establece una triple previsión de la actividad policial en este terreno:

1ª) De conformidad con el art. 19.1, se podrán establecer controles para “*limitar o restringir*”, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en lugares públicos.

2ª) De conformidad con el art. 19.2, se prevé el establecimiento de controles policiales “*en vías, lugares o establecimientos públicos*” por la previa comisión de un delito, con el fin de su descubrimiento, con el control del Ministerio Fiscal.

3ª) Finalmente, el art. 20 de la citada Ley, contempla la posibilidad de que la Policía “*requiera la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes*”, siendo posible, cuando no pueda lograrse la identificación por otro medio, que los funcionarios policiales puedan “*requerir*” a quienes han de ser identificados a que les acompañen a las dependencias más próximas que cuenten con los medios adecuados para ello.

Respecto a esta última actividad, que sin duda será la que genere mayor polémica, habremos de añadir que si el ciudadano a identificar, manifiesta que carece de documentos de identidad, el funcionario carece a su vez de medios de identificación en el acto y no existen indicios fundados de considerarlo inmerso en un hecho delictivo, lo más prudente será *permitir marchar* al ciudadano en cuestión. Sin embargo, y aunque no cabe la detención para la identificación, sí es posible en algunos casos excepcionales, si existiera sospecha por parte del funcionario y se produjera una negativa infundada y pertinaz a identificarse o a trasladarse voluntariamente a las dependencias policiales, la detención por un presunto delito de desobediencia grave a Agente de la Autoridad.

## **E) Manifestaciones corporales con valor probatorio**

Como señala VARELA AGRELO, el cuerpo humano y sus proyecciones en el mundo exterior (la imagen, la voz, las huellas, el aire espirado, etcétera) pueden constituir un valioso arsenal probatorio, ya sea por vía documental (si existe soporte físico de tales manifestaciones), ya sea por vía testifical cuando únicamente se dispone de la grabación de estos fenómenos por los testigos que percibieron el hecho delictivo y otros actos relativos al mismo.

Nos referiremos a los supuestos más habituales.

Por lo que respecta a la *imagen*, su utilización en el proceso puede venir dada por la toma de fotografías o de muestras videográficas de los sospechosos. Ambas afectarían y constituirían limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal recogido en el art. 18.1 de la Constitución. Pero es cierto que el derecho a la propia imagen, derivado de aquel derecho fundamental, no puede ser considerado como un derecho absoluto y desde luego, el derecho del individuo a que su imagen sea respetada, a no ser fotografiado o filmado por la Policía, cede ante el deber de los Poderes Públicos de realizar una eficaz represión de las conductas punibles. El derecho a la propia imagen, como concreción del más amplio derecho a la intimidad y ambos derivados de la dignidad inherente a la persona del art. 10.1 de la CE, puede perfectamente ceder a la exigencia de la represión del delito, siempre que la intromisión se desenvuelva dentro del respeto a las garantías y principios constitucionales.

A ello se refirió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6.5.93, cuando manifestó que *“no están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes, y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (...). No existe obstáculo pues para que las labores de investigación se extiendan a la captación de imágenes de las personas sospechosas, de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo (...) el material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente citadas y sin intromisión indebida en la intimidad personal y familiar, tiene un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en el Juicio Oral”*.

En resumen y como indica GIL HERNÁNDEZ, la captación de imágenes fotográficas y de vídeo en el curso de una investigación, se halla plenamente autorizada por la Ley (art.282 L.E.Criminal), siempre que se limite a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos, fuera del inviolable recinto familiar del domicilio, espacio de privacidad vedado a las intromisiones, que no necesariamente tiene que circunscribirse al concepto estricto del domicilio, pudiendo también incluirse en este concepto otros espacios (aseos de lugares públicos).

En este terreno resulta especialmente interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 5.5.97, que vino a revocar otra de una Audiencia Provincial que declaraba nula la filmación realizada en la zona común de distribución de unos aseos públicos, lugar donde se encuentran los lavabos, separada por una puerta, de los retretes que allí se hallan, es decir, entendiéndolo el Tribunal Supremo que dicha zona no es privada ni está incluida dentro del ámbito del derecho a la intimidad, no siendo necesaria por tanto la autorización judicial, al no filmar la cámara las zonas más íntimas de las dependencias citadas.

Las pruebas lícitamente obtenidas mediante estas grabaciones, tienen que ser puestas a disposición judicial de forma inmediata, mediante la aportación de los originales, y averdadas en el Juicio Oral mediante la declaración testifical de los Agentes que las practicaron.

Por lo que respecta a la *voz*, es evidente que constituye un signo distintivo de su personalidad, por ser fruto de su complejidad psicobiológica, poseyendo unas modulaciones peculiares que distinguen unas tonalidades de otras y presentan tal variedad que puede ser utilizada como elemento identificador, por ello la incorporación de esa voz al

proceso, en cuanto demostración de la relación de una persona con los hechos investigados, constituye igualmente una importante herramienta probatoria, que al igual que la imagen, para que tenga eficacia ha de respetar determinadas reglas en cuanto a la forma de obtención del documento sobre el que se sustenta.

Es evidente que la grabación de una conversación por uno de los interlocutores intervinientes, sin el consentimiento del otro, es prueba lícita que no vulnera el artículo 11.1 de la L.O. del Poder Judicial, así lo entendió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 15.5.92. con referencia a las Sentencias del Tribunal Constitucional de 27.6.88 y 16.11.92 y la del Tribunal Supremo de 30.11.92.

No ocurre lo mismo cuando se trata de la *interceptación* por terceros de conversaciones ajenas, supuesto que implica, para su validez, la necesaria autorización judicial, como es de todos conocido.

Pero también la voz no grabada puede ser contrastada durante el proceso con el recuerdo de la víctima o de los testigos que participasen en la audiencia, prueba sin duda delicada, como indica VARELA AGRELO, porque está en función de la agudeza auditiva de la persona, y que, por tanto, habrá de ser valorada con cautela por el Tribunal, ya que, a diferencia de lo que ocurre con la voz grabada, que pericialmente puede ser analizada y autenticada, las identificaciones por la voz recordada están sometidas a grandes dosis de subjetividad.

Por último, reseñar cómo el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21.1.93, consideró válida la práctica de una “rueda de voces”, si bien solamente con los efectos de una prueba indiciaria y ello con base a los siguientes argumentos: la Policía procedió a practicar una singular diligencia de reconocimiento de la voz en rueda, con asistencia de Letrado, haciendo hablar al acusado y a otras 4 personas más, puestas todas de espaldas, y oyéndolas la víctima, también situada de espaldas, la cual identificó la del acusado, como la voz de la persona que la había agredido.

Las *huellas*, no ya las dactilares, a las que anteriormente hicimos referencia, sino las del calzado, han sido igualmente elemento válidamente esgrimido en los procesos y jurisprudencialmente admitidas como medio de prueba.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3.9.92, señaló que “...en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no hay referencia expresa a cualquier tipo de huella, aunque su artículo 373 contiene una exhortación al Juez para que acredite la identidad del delincuente, por cuantos medios sean conducentes a la averiguación del delito, naturalmente, siempre que sean válidamente obtenidos...”, con esta premisa, consideró que había prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, a partir de la huella de una zapatilla de deporte que se halló en el mostrador de pagos de la empresa donde se perpetró el robo y de un informe pericial practicado al efecto y ratificado en el juicio oral, que acreditaba que la citada huella fue impresa por la zapatilla que la Policía ocupó en el vehículo del acusado, “*lo que constituye un indicio que, junto con la posesión de las monedas ocupadas al acusado, hacen suficiente la identificación del autor del delito con todas sus consecuencias...*”

La STS. de 19.9.88, otorgó, asimismo, valor indiciario al hecho de que las huellas de pisadas “*halladas en el lugar del robo se correspondieran al mismo tipo,*

*marca y número de calzado, que la que calzaba el acusado, teniendo el mismo dibujo, y encontrándose unas 10 características típicas de desgaste de las suelas, así como una mordedura en la parte alta del talón...”*

Finalmente nos referiremos a la utilización del *aire espirado* como una de las maneras de acreditar un delito, en concreto de la figura penal recogida en el art. 379 del C. Penal vigente, a través de la medición del grado de impregnación alcohólica del aire espirado, mediante la utilización de los aparatos denominados etilómetros.

La práctica de esta prueba, como señala VARELA AGRELO, plantea múltiples cuestiones de interés jurídico, pues su práctica requiere una “retención” del individuo sospechoso, un requerimiento para facilitar el aire de sus pulmones de forma eficaz, una posible inmovilización de un bien de su propiedad (el vehículo) e incluso, en determinados supuestos, la posibilidad de proceder a la detención del afectado.

Del análisis del articulado de la Ley de Seguridad Vial y Reglamento que la desarrolla, se deduce que la obligatoriedad que se establece de someterse a las pruebas de alcoholemia constituye una “coacción jurídica” que *no es susceptible de “coacción física”*, entre otras razones porque la negativa lleva aparejada, además de importantes consecuencias administrativas (inmovilización del vehículo) una consecuencia penal prevista en el artículo 380 del C. Penal vigente.

La importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 28.10.85 y la de 30.10 del mismo año, indica con carácter general que la incorporación de la prueba de alcoholemia al proceso, de forma que se satisfaga el derecho de “defensa y a un proceso público con todas las garantías” implica “...*en primer lugar, que en salvaguardia del mencionado derecho de defensa, el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que la prueba se practique con las máximas garantías, por lo que debe ser informado de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la misma y a la realización de un análisis clínico en un Centro Sanitario”*.”

En otras palabras y como señala GIL HERNÁNDEZ, la admisibilidad de la relevancia procesal de la prueba de alcoholemia practicada por los Agentes de la Policía no depende sólo de su incorporación al proceso propiamente dicho, mediante su ratificación en el acto del Juicio Oral, sino que implica el respeto, en el propio acto de investigación alcohólica, de las garantías esenciales de defensa.

## **F) Inspecciones e Intervenciones corporales**

Constituyen una materia altamente comprometida en cuanto que la práctica de las mismas puede afectar a diversos derechos constitucionalmente reconocidos. Así:

a) *al derecho a la integridad física*, reconocido en el art. 15 de la CE, por ello, el ámbito corporal de la persona viva necesariamente ha de ser protegido en el marco jurídico, contra los ataques a la integridad física. Ahora bien, no toda limitación de este derecho es ilegítima, o como afirma VARELA AGRELO, este fundamental derecho no es absoluto e ilimitado sino que admite ligeras compresiones cuando se enfrenta a otros bienes jurídicos que pudieran resultar prevalentes. En este sentido, el Tribunal Constitucional (STC.37/94) mantiene que “*el derecho a la integridad física, no se*

*infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad Judicial en el seno del proceso”.*

b) *al derecho a la intimidad*, que expresamente recoge el artículo 18.1 de la Constitución y que implica la necesidad del respeto, tanto por los Poderes públicos, como por los particulares, de un determinado ámbito de privacidad de las personas. Este fundamental derecho encuentra, asimismo, respaldo y reconocimiento, en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “*toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada*” y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida*”.

La intimidad corporal deriva del derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18.1 de la CE, como claramente reconoce el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/89, al decir que “*La Constitución garantiza la intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, de principio, inmune (...) frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el Ordenamiento...*”

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional se encarga de matizar ese pronunciamiento en dos aspectos fundamentales:

El ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es absolutamente coincidente con el de la realidad física del cuerpo, de modo que no puede entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre el que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. (STC. 207/96).

Aun tratándose de actuaciones que pudieran afectar al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no tiene este derecho un carácter absoluto.

c) *al derecho a la libertad*, reconocido en el art. 17 de la CE., ya que aunque sólo sea de forma instrumental, también una intervención o inspección corporal puede plantear colisiones con este derecho fundamental, en cuanto que su práctica puede implicar una retención del individuo.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la última resolución citada, viene a distinguir entre *intervenciones corporales* que afectan al derecho a la intimidad del art. 18 o incluso al derecho a la integridad física del art. 15 de la CE, y que serían todas aquellas que recaerían sobre zonas susceptibles de ser calificadas como “*íntimas*”, o que consistan en la extracción del cuerpo de determinados elementos internos o externos para ser sometidos a dictamen pericial o en la exposición a radiaciones, subdividiendo las intervenciones a su vez en graves o leves, según sean susceptibles de causar sufrimientos al afectado o de poner en riesgo su derecho a la salud, e *inspecciones corporales o registros*, esto es, aquellas que consisten en otro género de reconocimientos del cuerpo humano, en los que en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse por lo general lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal.

Sobre la anterior distinción, y desde la base de la total falta de regulación normativa en esta materia y de la todavía escasa y muchas veces poco clarificadora Jurisprudencia, intentaremos el examen de estas cuestiones, determinando cuáles de aquellas actuaciones y en qué condiciones, pueden ser legítimamente llevadas cabo directamente por los funcionarios policiales, sin ningún tipo de habilitación judicial previa, y cuáles precisarán, por su trascendencia, la previa habilitación mediante resolución judicial que las autorice.

Los problemas en este terreno pueden surgir ya en la fase preprocesal o de mera prevención, que como sabemos, y por imperativo del art. 104 de la CE, está encomendada a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero se manifiestan más crudamente una vez consumado el delito, momento a partir del cual las fuerzas policiales cumplen con la importantísima labor investigadora y con la finalidad de descubrir y detener a los culpables y asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, tareas en las que puede verse afectado el ámbito corporal de la persona sospechosa, básicamente, a la hora de intervenir las pruebas relacionadas con tan personal ámbito. Dado el amplísimo catálogo de las posibles situaciones de conflicto que pueden surgir en esta etapa policial de investigación, nos limitaremos a concretar, siguiendo la labor desarrollada por VARELA AGRELO, los supuestos más ilustrativos de la forma correcta de abordar policialmente estas situaciones.

*A) Supuestos de ocultación de pruebas o instrumentos de delito en las cavidades naturales del cuerpo*

Una situación que será frecuente en las intervenciones policiales es aquella en la que el presunto delincuente trata de ocultar aquellos objetos que puedan servir para su incriminación. Una de las formas de ocultación más inmediatas es la que recurre al propio cuerpo utilizando las cavidades naturales que el mismo presenta para buscar esa impunidad. La ubicación de las pruebas en tan peculiares reductos hace muy difícil en la mayoría de los casos la incautación de las mismas, pues su aprehensión implica un nivel de intromisión mucho más intenso que el de los ya comentados “cacheos”. El problema radica en que por un lado alguna de estas cavidades (ano o vagina) constituyen zonas del cuerpo humano que en la concepción cultural ordinaria residen el pudor o recato de la persona y, por el otro, la práctica de la intervención que permite el acceso a dichas zonas precisa de una cualificación sanitaria que evite daños físicos a su portador.

Concretando un poco más, y en el caso de que la cavidad utilizada sea la *bucal*, no parece que se planteen aquellas dificultades, pues ni se trata de una zona susceptible de afectar al recato o pudor, ni la extracción la ha de llevar a cabo un sanitario, ya que cualquier persona sin conocimientos médicos, utilizando la fuerza física es capaz de conseguirlo sin riesgo para la salud. Así lo entendió el Tribunal Supremo (STS.11.1.93), sentencia en la que se trató del supuesto de un individuo que se había introducido unas bolitas de cocaína en la boca y los Agentes procedieron a la extracción de dicho lugar contra su voluntad, llegándose a la conclusión de que “*no se vulneró ningún derecho fundamental*”, equiparando esta actuación a un vulgar cacheo.

Mayor complejidad, sin duda, presentan los registros *anales* y *vaginales*, que evidentemente implican vulneración de derechos fundamentales, y por ello, lo procedente será recabar a presencia de Letrado, el *consentimiento* para el registro al afectado, y en caso de negativa, dar cuenta al Juez Instructor a fin de que éste, atendiendo a las circunstancias del hecho, entidad del delito, circunstancias del autor, etcétera, resuelva en el sentido de acordar o no la intervención, siendo entonces válida la medida, siempre que la intervención se considere indispensable, por no haber medios menos lesivos, que no comporte grave riesgo o quebranto para la salud del afectado y exista una adecuada proporción entre la intromisión en la intimidad y la finalidad que se persigue. (STC 7/94).

### *B) Realización de radiografías*

No parece presentar mayores dificultades la práctica de esta medida ya que, desde el momento en que una persona se encuentra detenida, se crea una específica relación de sujeción con los Organismos del Estado, que obliga a éstos a garantizar su derecho a la salud, y tal examen radiológico puede resultar médicamente imprescindible para valorar el estado del paciente y decidir el tratamiento adecuado.

La Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 6/88, en relación a la ejecución de radiografías sobre sospechosos de portar drogas en sus cavidades naturales, y que a pesar del requerimiento judicial, se negaban a ser reconocidos, manifestó que la práctica de esta medida no suponía vulneración de ningún derecho fundamental, ya que *“el examen radiológico es un reconocimiento pericial previsto en el art. 478.1 de la L.E. Criminal, que no atenta a la dignidad de la persona”*, ni afectaba al art. 15 de la CE por no ser inhumano ni degradante, ni al art. 43 de la misma (derecho a la salud) por no estar probada la nocividad de la medida.

### *C) Supuestos de ocultación de pruebas en el interior del organismo. Deglución del objeto sospechoso*

Constituye un supuesto menos frecuente el de la ingestión del objeto o sustancias susceptibles de servir de prueba. La actuación policial en estos casos deberá atender, ante todo, a la conducción del individuo a un Centro hospitalario, garantizando de este modo su derecho a la salud, al tiempo que se consigue mantener la vigilancia y control sobre el objeto en espera de su eliminación fisiológica.

Parece conveniente en estos casos comunicar el suceso al Juez Instructor o Juez de Guardia, para que pueda resolver en consecuencia.

Cualquier otra intervención que persiga la obtención de determinadas muestras del sujeto (sangre, saliva, pelos, orina, etcétera) para su posterior análisis precisará inexcusablemente de la Autorización Judicial.

## **G) Inviolabilidad del Domicilio. Entrada y Registro**

El art. 18.2 de la CE reconoce aquella inviolabilidad, de forma que *“Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*, de donde se deduce que la obtención de prue-

bas procesalmente legítimas mediante la entrada o registro de un domicilio únicamente se podrá conseguir en tres situaciones:

- a) Si se cuenta con la autorización del titular del domicilio (arts. 554-555 de la L.E. Criminal)
- b) Si se obtiene una resolución judicial que la autorice (art. 558 de la L.E. Criminal).
- c) Si se actúa en caso de flagrante delito (art. 553 de la L.E. Criminal).

Cualquier actuación policial en este terreno tiene que venir refrendada previamente por alguno de dichos “títulos habilitadores”, ya que en caso contrario, independientemente de la posible responsabilidad penal derivada, las pruebas obtenidas habrán de considerarse nulas conforme al art. 11.1. de la L.O. del Poder Judicial.

Cuestión previa y de vital importancia es la fijación de un concepto preciso de *Domicilio*, tarea que resulta a veces de evidente dificultad, pues, como el propio Tribunal Constitucional tiene sentado (STC.22/84), el concepto constitucional de domicilio es de “...mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo” y más adelante, este mismo Tribunal (STC.171/89) “...lo que se protege es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose, no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de la esfera privada de ella”.

Descendiendo a un terreno práctico, nos encontramos con que el Tribunal Supremo (STS.26.6.96) ha extendido este concepto a “...las habitaciones que en una pensión, residencia u hotel ocupa una familia o una persona y a los lugares cerrados en los que se vive, por modesta o sencilla que sea la morada, incluidas las chabolas y análogas, poniendo siempre el acento en la idea de la vivienda fija, transitoria u ocasional...”

En lo relativo a los hoteles y pensiones, no obstante, el contenido del art. 557 de la L.E. Criminal, que dispone que “las tabernas, casas de comida, posadas y fondas, no se reputarán domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente...”, el Tribunal Supremo (STS.24.10.92, entre otras varias) ha insistido en extender a esos espacios el concepto de domicilio, resaltando que “...las habitaciones de los hoteles, pensiones y establecimientos similares, legítimamente ocupadas, constituyen, a efectos constitucionales, “domicilio” de quienes en ellas residan, aunque sólo sea temporal o accidentalmente”.

El mismo Tribunal (STS.20.11.95) atribuye el mismo carácter a “una tienda de campaña”, así como (STS.18.10.96) a “los domicilios móviles, bien remolcados (roulottes), bien auto-transportados (autocaravanas), en lo que se refiere a la zona de habitación...”, pero no a la de conducción, rechazando de esta forma la idea de que dichos vehículos únicamente constituyen domicilio cuando se encuentran aparcados.

El concepto de domicilio, de acuerdo con el mismo Tribunal (STS.20.9.94) “...nada tiene que ver con los camiones de largo recorrido que llevan un pequeño habitáculo para el descanso del conductor...”

En sentido inverso, el propio Tribunal Supremo ha *negado* la conceptualización de domicilio “...al piso deshabitado y sin muebles” (STS.15.10.94), “...los trasteros de las viviendas” (STS. 21.12.92), “los garajes” (STS.11.11.93), “los cobertizos” (STS.14.6.95), “...un solar” (STS.26.6.95), “...una habitación en un portal o zaguán de la vivienda...” (STS.26.2.93), quedando con carácter general, fuera de aquel concepto de domicilio, la cocina de un bar, un cuarto adyacente, las cafeterías, bares, restaurantes o establecimientos públicos en general, e incluso, las habitaciones reservadas de un club, todo ello, salvo que en el bar o establecimiento público existiese una zona destinada a la morada del titular del negocio.

Resultan también excluidos los automóviles, ya que como indica el Tribunal Supremo (STS.31.10.88) “...un automóvil es un simple objeto de investigación y la actuación policial sobre él, en nada afecta a la esfera de la persona...”, por lo que (STS.19.7.93) “...no cabe pues exigir la presencia de los imputados para llevar a cabo lícitamente, el registro de los vehículos...”.

Igualmente quedan excluidos del concepto de domicilio las celdas de los internos de un Centro Penitenciario, ya que (STS.24.11.95) estos Centros “... no constituyen domicilios y sí edificios públicos, para entrar en los cuales no es precisa resolución judicial...”. Tampoco tienen aquel concepto (STS.26.1.95) “los dormitorios comunes de los Cuarteles...(...) ni se atenta contra la intimidad personal con las revistas de taquillas... donde se guardan los enseres personales de los soldados”.

Delimitado el concepto de domicilio, pasaremos a examinar los distintos “títulos habilitadores” que permitirían un registro domiciliario por funcionarios policiales, con la absoluta garantía de legitimidad de las pruebas obtenidas mediante esta diligencia.

A) Por lo que respecta a la entrada en domicilio con *consentimiento* y autorización del titular del mismo, a ello se refiere, tanto el art. 18.2 de la CE como el 545 de la L.E.Criminal, surgiendo las mayores dificultades a la hora de acreditar que dicho consentimiento se ha prestado efectivamente y en condiciones no viciadas.

Tiene declarado el Tribunal Supremo (STS.24.1.95) que “... el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de forma restrictiva, de la forma más favorable al titular del domicilio... (...) por lo que han de analizarse, racionalmente, el comportamiento del propio interesado, antes, durante y después, así como las manifestaciones de cuantos pudieran estar presentes cuando el registro se llevó a cabo...”. Habiendo agregado este Tribunal (STS. 17.1.97) “...que no es comprensible que quien ha sufrido un agravio tan importante como es el de penetrar por la fuerza en su domicilio, nada en absoluto diga, ni entonces, ni después, a los dos días, ante el Juez, con el Abogado y Ministerio Fiscal presentes...”.

Puede existir un consentimiento presunto, al que se refiere el art. 551 de la L.E.Criminal, y desde luego, el consentimiento, ha de ser prestado por el titular real del domicilio, y por persona mayor y capaz.

Cuestión sumamente interesante es aquella que se vincula a la obtención de consentimiento del titular con presunción de que se ha utilizado violencia o intimidación y a ello se refiere el Tribunal Supremo (STS.2.7.93) cuando declara que “... la autoriza-

*ción de entrada y registro otorgada por una persona durante su detención y sin asistencia de Letrado, carece, en principio, de los requisitos de validez procesal que autorizan la diligencia ...(...) la asistencia de Letrado es, en todo caso, decisiva para la validez de la decisión del detenido que afecta a sus derechos fundamentales y que puede comprometer seriamente su defensa...”.*

Por ello y con carácter general, el Tribunal Supremo (STS.27.1.92 y 13.6.92) recalca que el consentimiento prestado por *“...detenidos en dependencias policiales, se prestaría a una crítica, insinuándose un vicio de consentimiento, por coerción ilegal”* y *“el problema radica en saber si un detenido o preso está en condiciones de prestar su voluntad favorable a la entrada y registro, en razón, precisamente a la privación de libertad que sufre, lo que conduciría a afirmar que se trata de una voluntad viciada por una sui generis intimidación”*.

B) Por lo que respecta a la *Flagrancia*, como excepción a la general inviolabilidad del domicilio, y a la que se refiere el art. 553 de la L.E.Criminal, se trata de un concepto extraordinariamente polémico, que aparecía en el derogado artículo 779 de la L.E.Criminal, al considerar como delito flagrante *“el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos”* y que ha sido perfilado por el Tribunal Supremo (STS. 11.12.92 y 3.3.93) diciendo que *“el delito flagrante es el que no necesita prueba dada su evidencia”* o que lo es *“aquella infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, de manera que se hace necesaria la urgente intervención a fin de que cese el delito y sus efectos”*.

El concepto de flagrancia se vio, como recalca LUZÓN CUESTA, perturbado por el art. 21.2 de la L.O. 1/92, de Seguridad Ciudadana, precepto éste que fue declarado inconstitucional (STC.371/93) habiendo manifestado posteriormente el mismo Tribunal Constitucional (STC.94/96) que *“la entrada y registro policial en un domicilio sin previa autorización judicial y sin que medie consentimiento expreso del titular, únicamente es admisible cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”*.

Finalmente, cuando la entrada y registro domiciliario se efectúa mediante *mandato judicial*, se ejecutará de acuerdo con las previsiones de los arts. 569 y ss. de la L.E.Criminal.

Sólo 4 aspectos merecen destacarse.

En orden a *“presencia del interesado”*, puede ser suplida por las personas a que alude el art. 569 (representante legal, familiar o 2 testigos). Ahora bien, como tiene declarado el Tribunal Supremo de forma reiterada (STS. 14.11.92), la falta de presencia del interesado, que se encuentra detenido, al que no se invita a presenciar el registro, ni se le traslada para presenciarlo, *“...supone un grave e inaceptable quebranto de la garantía que constituye su presencia, que priva a la diligencia del carácter de prueba preconstituida y determina su nulidad”*. Únicamente en los casos de inco-

municación del detenido, de declaración de secreto del procedimiento o de que su traslado pueda suponer un grave problema de orden público, facultan para prescindir de su presencia en las diligencias. Por lo que se refiere al horario en el que la diligencia se practica, habrá que estar al contenido del Auto Judicial (art. 550 de la L.E.Criminal), si bien y como señala el Tribunal Supremo (STS.28.1.94), la expresión “durante las horas diurnas” no debe interpretarse en un aspecto puramente cronológico, atendiendo a las horas del reloj, sino que “...éstas son variables según las estaciones del año y las costumbres del lugar”.

En lo tocante a la intervención de los testigos (art. 569 de la L.E.Criminal), su intervención supletoria es, sin embargo, imprescindible, habiendo admitido el Tribunal Supremo (STS.30.11.90) que como tales intervengan “... Agentes de la Policía Nacional o Municipal que acompañen a los funcionarios que practican la diligencia”.

Finalmente, si con ocasión de la práctica de un registro domiciliario se descubren pruebas relativas a delito distinto del que se investiga, pareció en un primer momento a la Jurisprudencia (STS.28.10.92) que resultaba imprescindible, “...la suspensión de la diligencia, poniendo los hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial, que resolverá lo procedente...(...) concediendo o extendiendo las autorizaciones pertinentes”, sin embargo, sentencias posteriores (STS.7.6.93, 18.2.94 y 28.4.95) señalan cómo “...no se puede exigir a la Policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia, para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito, por lo que deben considerarse válidas las pruebas obtenidas en un registro, aunque se tratase de delitos no comprendidos en el mandamiento”, siempre que se hayan respetado las demás formalidades de la diligencia a las que hemos aludido.

## **H) Intervenciones postales**

Nuestra Constitución incluye en su artículo 18.3 el derecho al secreto de las comunicaciones en general, con especial referencia a las postales, telegráficas y telefónicas, estableciendo la prohibición de cualquier injerencia en las mismas, salvo que medie resolución judicial.

En relación a las comunicaciones postales, en principio, y por ello, de acuerdo con los arts. 579 y 583 de la L.E.Criminal, únicamente podrá ser acordada dicha intervención por el Juez competente mediante Auto motivado, lo que en principio vetaría de forma absoluta cualquier intervención policial que no viniera avalada por dicha resolución. No obstante, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18.6.97 indicó que no se vulneraba el derecho fundamental del art. 18.3 de la CE y no pueden entenderse amparados por el precepto constitucional, “...los paquetes en cuyo exterior se hace constar su contenido, como ocurrió en el caso de Autos en el que en el mismo se hace constar que se trataba de un regalo, consistente en un cuadro, (...) que no respondía a la realidad y que evidentemente no constituía correspondencia cuya inviolabilidad proclama el art. 18.3 de la CE.”

## BIBLIOGRAFÍA

- JIMÉNEZ VILLAREJO, José. *La Policía Judicial: una necesidad, no un problema*. Revista del Poder Judicial, Número Especial II. Madrid. 1987.
- MORENO CATENA, Víctor. *Garantía de los Derechos Fundamentales en la investigación penal*. Revista del Poder Judicial, Número Especial II. Madrid. 1987.
- MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex. Madrid. 1996.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. *Policía y Derechos Humanos*. Ponencia para las Jornadas sobre "Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales". Barcelona. 1993.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *La prueba ilícita penal*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex. Madrid. 1996.
- GOYENA HUERTA, Jaime. *Problemas constitucionales de la investigación penal*. Ponencia para los Cursos de formación del Ministerio Fiscal. Madrid. 1997.
- GIL HERNÁNDEZ, Angel. *Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales*. Delitos contra la libertad y seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996.
- VARELA AGRELO, José. *El cuerpo humano como medio de prueba, en especial, las intervenciones corporales*. Boletín de información del Ministerio de Justicia, número 1772. Madrid, 1996.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto. *Proceso Penal y Derechos Fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Editorial Colex. Madrid.
- LUZÓN CUESTA, José María. *Inviolabilidad del Domicilio: Entrada y Registro*. Cursos de Formación del Ministerio Fiscal. Madrid. 1997.