

# LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL

## JURISPRUDENCIA PENAL

**Maite Alvarez Vizcaya**

*Profesora titular de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

### PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**Confesión del imputado en el sumario rectificada en el juicio  
(Sentencia de 26 de enero de 1994)**



E recurre la sentencia de instancia por considerar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE.

En cuanto a la autoinculpación del acusado, la Sala viene declarando con reiteración que es preciso diferenciar lo que constituye la valoración de la prueba existente, con la ausencia de prueba de cargo legítimamente obtenida, cuestiones totalmente distintas. La invocación del principio constitucional que se efectúa, debe prosperar cuando no existe prueba de cargo, o la obtenida aparece viciada por carecer de los requisitos legales, o cuando ha sido traída al proceso con vulneración de los principios constitucionales. Por el contrario, carece de viabilidad su propuesta cuando existiendo prueba inculpativa legítimamente obtenida, el recurrente discrepa de la valoración y

alcance que de aquélla ha realizado el Tribunal sentenciador, a quien compete en exclusiva tal función, por estarle atribuida tanto normativa como constitucionalmente.

El Tribunal de instancia examina los elementos de cargo de que dispone, y en base a los cuales ha llegado a la convicción de la participación del recurrente en los hechos enjuiciados. Uno de ellos, es la declaración del acusado, que tanto ante la Policía, como en el Juzgado de Instrucción, asistido en ambas de Letrado, verifica un relato de los hechos con pormenorización de los mismos, aun cuando posteriormente en la declaración indagatoria y en el acto del juicio oral se retracta de sus manifestaciones, con una justificación poco convincente. En su declaración judicial, tras ratificarse en la prestada ante la Guardia Civil, y expresamente en lo relativo al atentado frustrado contra una patrulla del Cuerpo Nacional de Policía. A preguntas del Letrado manifiesta que durante su permanencia en la Guardia Civil recibió mal trato, que le metieron la cabeza en una bañera, aunque posteriormente el trato fue correcto. De los informes emitidos por el médico forense no se aprecia en el acusado ninguna lesión corporal. En el acto del juicio oral, aseveró que al declarar estaba presente su abogado. Que recibió trato correcto. Que prestó declaración libre y voluntaria. Que no denunció los malos tratos.

El Tribunal sentenciador analiza tales declaraciones discrepantes y otorga mayor credibilidad a las depuestas inicialmente, valorándose como prueba incriminatoria acerca de su participación en los hechos que se le imputan. Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional y de esta Sala el que tales retractaciones no significan inexistencia de actividad probatoria, sino que constituye un tema de valoración probatoria, excluido del ámbito de la presunción de inocencia, ya que dicho Tribunal puede verificar una confrontación entre todas las declaraciones y formar un juicio sobre su respectiva veracidad.

Es evidente, pues, que tales declaraciones, y especialmente la judicial, no pueden quedar afectadas por la detención e incomunicación que se decretó, sin que la celeridad en tales decisiones sea motivo de reproche. Si el trato es correcto cuando verifica su segunda declaración ante el Juzgado instructor, y fue libre y voluntaria, las manifestaciones que entonces realizó, no pueden cuestionarse por presiones, que se dice, existieron con anterioridad.

La desvirtuación de aquellas declaraciones por las posteriores es un tema de valoración probatoria que compete al Tribunal de instancia y cuyo posterior examen está vedado.

En relación a la acreditación del hecho por la existencia del coche bomba, es totalmente correcta la cita respecto a la distinción entre la prueba de

la existencia del delito y la prueba de la autoría, bastando para esta última la confesión del acusado, y requiriendo la primera, además de dicha confesión, la demostración de la existencia del delito, cuya prueba ha de verificarse por otros medios.

El Tribunal de instancia considera suficiente para la acreditación del hecho la existencia del coche bomba que hace explosión tres días después. El recurrente discrepa de tal opinión. Evidentemente, se incide de nuevo, en un tema de valoración de prueba, ya que dicho Tribunal, estima probado el mismo, coincidiendo totalmente con sus declaraciones iniciales y con el croquis explicativo que identificaba el lugar de la explosión.

Tiene razón el recurrente al estimar carente de eficacia probatoria las declaraciones sumariales de otras personas, que no pueden reputarse pruebas válidas, y su admisión como tales vulnera la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 de la Constitución española, ya que tales declaraciones correspondían a un sumario distinto del que habían sido traídas por testimonio, y que no pueden ser valorados como elementos probatorios.

Respecto al delito de pertenencia a banda armada, el propio acusado en sus declaraciones iniciales, manifestó que perteneció a la organización ETA, aunque, según dijo, se había desvinculado de ella, lo que ratificó a presencia judicial. Acreditado además, su participación en el atentado aquí enjuiciado, también debe reputársele como integrante de dicha organización, y por tanto, su conducta enmarcada en el delito por el que se le condena. Si no se partiera de su integración en la organización, por propia confesión del acusado, podría cuestionarse, aunque el recurrente no lo hace, por su sola participación en el delito de atentado, si éste fuese aislado o esporádico, su pertenencia a ETA, pero su propia admisión, unido a su intervención en la explosión del coche bomba, lo hace incontrovertido.

Otro motivo de la impugnación hace referencia a la indebida aplicación del artículo 52 del Código Penal. Entiende el recurrente que al no producirse la explosión al pasar el coche patrulla de la Policía Nacional, debido al estado en que se encontraban las pilas, el delito se encontraría no en grado de frustración, como se dice en la sentencia, sino ante un delito de los denominados imposibles, o tentativa inidónea del artículo 52 del Código Penal, y ello, porque aun habiéndose realizado todos los actos de ejecución, el resultado no se podía producir debido a que las pilas no estaban en situación de funcionar y hacían imposible la explosión.

Si en el delito consumado el autor llega a lo querido y deseado, mientras que en las formas imperfectas se alcanza menos de lo deseado. Y concreta-



mente en la frustración se realizan todos los actos de ejecución, pues se ejecutan todos los actos integradores de la infracción que sin embargo, no se produce. La tentativa inidónea supone la imposibilidad de producción del resultado por falta de idoneidad del medio en general empleado, o por la ausencia de sujeto pasivo también idóneo. Los requisitos precisos para que el delito imposible tenga realidad sustantiva son: 1. que exista una intencionalidad manifiesta y patente, en dirección a una figura delictiva representada y querida; 2. que vaya acompañada de una correcta actividad también manifiestamente exteriorizada e inequívoca y 3. que el fin propuesto no se consiga porque los medios utilizados sean inapropiados o por carencia absoluta del objeto. Es obvio, que en el supuesto aquí enjuiciado, el resultado no se produjo no porque los medios utilizados fuesen inapropiados, que si que lo eran, sino que dicho resultado no tuvo realidad por causas independientes de la voluntad del agente, en este caso del defectuoso funcionamiento de las pilas.

### **DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA RECONOCIDOS POR LAS LEYES**

**(Sentencia de 4 de febrero de 1994)**

La acusada aparece condenada como autora de un delito contra la salud pública en relación a sustancias que causan grave daño a la salud, en función de lo dispuesto en el artículo 344 del Código Penal. Tratábase de un caso en el que la Policía, vigilando un lugar en el que habitualmente «se traficaba con sustancias tóxicas» sorprendió a la recurrente, en el interior de una casa abandonada, porque les infundió sospecha, como consecuencia de lo cual le pidieron que se identificara, a resultas de lo cual primero trató de ocultar un envoltorio de los que se usan para guardar cocaína o heroína, y después, desprendiéndose previamente de los zapatos, quiso huir a la vez que arrojaba al suelo un bote de cristal con varios de aquellos envoltorios. Detenida por los Agentes de la autoridad, se aprehendieron, respectivamente, 28,90 gramos de cocaína y 44,10 gramos de una mezcla de cocaína y heroína, sin que el análisis efectuado por los servicios oficiales del Ministerio de Sanidad indicara el grado de pureza de tales sustancias. Todo el recurso gira fundamentalmente en orden a esa actuación inicial de la Policía que se estima arbitraria e ilegal así como respecto de la falta de una auténtica pericia de los alucinógenos intervenidos.



El primer motivo se articula por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución. El motivo contiene distintas alegaciones para afirmar tal infracción: a) que no hay verdadera prueba de cargo en las actuaciones; b) que la intervención de la Policía, consiguientemente la detención de la acusada, fue ilegal porque, actuándose por meras sospechas, se quebrantaron los artículos 17 de la Constitución, en cuanto a la libertad deambulatoria de la persona, y 489 al 492 de la Ley Procesal Penal, respecto de los supuestos en los que la privación de la libertad puede llevarse a cabo; c) que no se trataba de un delito flagrante que autorizara y legitimara la intervención policial; d) que no son creíbles las distintas manifestaciones testificales vertidas por los Agentes de la autoridad; e) que la sustancia intervenida era sólo para el consumo de la propia mujer; f) que en todo caso no consta acreditada la «existencia de la sustancia estupefaciente», menos aún su pureza, según resulta del informe pericial.

El problema de los cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de la libertad para deambular, ha sido de siempre seriamente controvertido porque se enfrentan 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 hechos delictivos de otro. Quizás haya de ser, como siempre, «la justeza de la proporcionalidad» lo que clarificará en cada supuesto de caso concreto la exacta medida. Para evitar la impunidad descarada. Para evitar el atropello de la persona humana. La detención y presentación pueden ser medidas restrictivas de la libertad a las que deben aplicarse cuantas prevenciones se establecen respecto de la detención propiamente dicha, aunque el mismo Tribunal Constitucional haya venido marcando, no sin ciertas dudas, las matizaciones correspondientes.

En principio podría decirse que cualquier retención realizada por la Policía contra la voluntad de la afectada, supone una auténtica privación de libertad, lo mismo si ésta pasa a presencia judicial como si lo es a disposición judicial. La cuestión no es, sin embargo, tan simple. También ha de advertirse que en el supuesto que ahora se estudia sólo se produjo una solicitud de identificación por sospechas, lo que constituye una escala inferior a la tan controvertida retención. Quiere decirse que si la retención puede llegar a estimarse comprensible por legal, y por constitucional, con mayor razón habría de admitirse la también legitimidad de los actos que aquí se critican por el recurrente, habida cuenta que si después de la identificación se produjo en estas actuaciones la

detención de la acusada, ello fue porque palpablemente se estaban desarrollando unos hechos indiciariamente constitutivos de infracción penal (tenencia de droga predispuesta para el tráfico).

De un lado fue la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 julio 1986 que, en un caso de retención a conductores ebrios, criticó esta privación o limitación de libertad, siguiendo la orientación de la Sentencia de 6 de noviembre 1980 (caso Guzzardi) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De otro, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 7 octubre 1985 y 18 febrero 1988, también en relación a actos preventivos realizados por las Fuerzas de Seguridad respecto de una prueba de alcoholemia, señalaron que la puesta en práctica de «normas de Policía» sobre identidad y estado de los conductores no requieren someterse a las exigencias constitucionales del artículo 17.3 de la Constitución, sin que la persona afectada por tal medida pueda considerarse como detenida. La verificación de la prueba supone pues un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos. Teoría pues aplicable a las identificaciones, sospechas o cacheos, según tesis que el Tribunal Supremo mantuvo en Sentencia de 15 abril 1993, después seguida en otras ocasiones [Sentencia de 20 diciembre 1993]. En cualquier caso se ha de insistir en esa proporcionalidad que se constituye en eje definidor de lo permisible, porque es preciso guardar, una vez más, el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede sufrir la dignidad de la persona como consecuencia de la misma.

El Tribunal Constitucional, ya posteriormente a las resoluciones antes dichas, ha indicado que el derecho a la libertad y a la libre deambulación por el territorio español no se ven afectados por las diligencias de cacheo e identificación pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano, o ciudadana, durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de la Policía. Así las cosas, la conducta de la Policía al pedir la identificación de una persona que, por las circunstancias de ese momento concreto, infundía serias sospechas, es correcta y legal, como lo es así, a continuación, han de detenerla porque, de una forma o de otra, encuentran en su poder una cantidad de cocaína y de heroína en cantidad superior a la que un consumidor guardaría para sí. Tal actividad no está pues incurrida en la nulidad que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé. Los miembros de las Fuerzas de Seguridad tienen el derecho y la obli-



gación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas sus manifestaciones. Es su misión acudir allí donde se detecte la existencia de aquél, procediendo siempre, bajo su responsabilidad en caso de extralimitaciones inadmisibles, con racional cautela y también con racional espíritu investigador, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias. En realidad los artículos 489 y siguientes de la Ley Adjetiva, arrancan siempre de un juicio de racionalidad (no irracionalidad) por parte de quien va a limitar la facultad de deambulación a otra persona. Criterio el que se viene defendiendo, que la Sentencia de 18 noviembre 1993 del Tribunal Constitucional ha venido a ratificar cuando declaró constitucional el artículo 20 de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, en referencia a los requerimientos policiales con fines de identificación, aun advirtiendo que las retenciones han de estar condicionadas a una duración temporal sensiblemente menor a las 72 horas que el artículo la Constitución establece. Problema siempre proclive a la controversia como lo acreditan los dos votos particulares que la referida, y trascendental resolución, llevó consigo. Votos, no obstante, ciertamente reveladores, para el supuesto de ahora, cuando indican que no siendo la urgencia, por sí sola, flagrancia, nunca procederá la detención por otros motivos que no sean la creencia racional y fundada de la comisión de un delito, tal cual aquí aconteció.

Tampoco puede cuestionarse en este momento procesal el dictamen pericial llevado a cabo sobre la droga intervenida. En ningún momento se cuestionó el dictamen pericial sobre la droga efectuado, ni tampoco respecto de la imparcialidad u objetividad de los técnicos intervinientes. Además, y en esa línea, no propusieron las partes prueba alguna para el plenario que guardara relación con el análisis practicado durante la instrucción, conocedoras todas ellas de su contenido. Entonces es indudable que por tácito consentimiento adquiere validez tal prueba de cargo. Es en el momento de las conclusiones provisionales, por lo común, cuando deberían plantearse las oportunas objeciones no ya para realizar nuevamente una prueba anticipada y, a la vez, preconstituida que por su propia naturaleza es irreproducible, pero sí para que en el debate contradictorio del plenario se oiga a los técnicos con la amplitud y consecuencias que se deseen. No es por eso asumible la conducta de quien, no formulando ninguna objeción sobre tal cuestión, impugna luego el contenido del peritaje cuando ya la sentencia se ha dictado o cuando el estado del juicio no permite la práctica de otras pruebas al respecto. No obstante lo cual en el caso de ahora, y a instancia de los propios Jueces, se trajo a juicio a uno de los técnicos intervinientes que aseveró el contenido del dictamen de la instruc-

ción, en la medida de lo posible, aunque ello no satisficiera los deseos del recurrente. El Tribunal Constitucional expresamente admite la validez de esta prueba de la instrucción cuando la pericia procede de organismos oficiales o de funcionarios públicos especialmente dedicados a las tareas de que se trate, si las partes no propusieron prueba alguna para el juicio oral, pudiendo considerarse en tal caso aquella pericia como prueba documental. Lo importante, aunque la pureza no conste, es que se trataba de droga de las que causan grave daño a la salud en cantidad suficiente como para llegar al delito no cualificado por la notoria importancia, por encima de las propias necesidades de quien es, a la vez, consumidor (72 gramos aproximadamente de cocaína, en su mayor parte, y heroína), no obstante lo cual es de lamentar la falta de precisión por parte de quienes desarrollan una tan importante función a la hora de analizar el producto intervenido.

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **Existencia de prueba; testifical de policía (Sentencia de 4 de febrero de 1994)**

Se sostiene que de las dos versiones oídas en juicio debió prevalecer la del recurrente sobre la del testigo, el policía que sufrió las lesiones leves inferidas por aquél. Pero es bien sabido que la alegación de la presunción citada no puede apoyarse en casación en una versión propia y crítica de la prueba y del relato probado declarado en la sentencia, sino sólo en la demostración de la inexistencia de pruebas legalmente practicadas y con suficiente resultancia de culpabilidad. Pues, habiéndolas, su valoración corresponde al Tribunal de instancia (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 117.3 de la Constitución).

Y en este caso las hay. En el juicio oral se ratificó el policía que sufrió la agresión, testimonio de igual valor que el de cualquier otra víctima de un delito o falta. Los arts. 297, 2.º párrafo y 717 de la Ley Procesal, valoran las declaraciones de los funcionarios de la Policía judicial como testigos sobre hechos de conocimiento propio; testimonios valorables según las reglas del criterio racional. Y así lo ha hecho el Tribunal ajustándose a juicio de esta Sala a criterios de sana lógica y experiencia y en su posición de intermediación.

La Constitución en su art. 120.3 exige la motivación de la sentencia y así se ha cumplido extensamente en la de instancia. En especial, es de destacar la motivación sobre mayor credibilidad del sujeto pasivo de la agresión que la del



acusado. Este reconoció que cuando le mandaron vestirse, digo que no se vestía y les llamó (a los policías) «hijos de puta» y otras cosas. El policía añadió a esto que les dio patadas y puñetazos, uno de los cuales le dio en el frontal. Obra en autos el parte médico de la asistencia. Tales declaraciones fueron avaladas en el atestado por el otro compañero y los otros dos de la patrulla que relataron cómo el recurrente, muy excitado, llevado al Hospital para ser atendido del golpe en el parietal, según él producido por la defensa de goma de un policía, (según éste por cabezazo propio en la pared) se jactó ante los médicos de haber dado «hostias» a los policías y les hizo correr porque a él «no le llegan tres policías, me cago en la madre que les parió». Versiones ratificadas en el Juzgado.

La Audiencia ha razonado cómo la versión del inculpado no le merece credibilidad en un folio entero de la sentencia y entre las cinco razones que da, figura el haber apreciado directamente su violenta actitud no contenida ni por el respeto a la propia Sala durante el juicio. Y el Excmo. Señor Magistrado disidente, pese a su posición favorable al recurrente, también reconoce éste «tono agresivo y temperamento violento». Y esta Sala, haciendo uso de sus facultades legales, dado que el motivo cuestiona los hechos, ha comprobado que la Letrada designada por el inculpado para su defensa en la instancia, después de formular sus conclusiones opuestas a la acusación pública, tuvo que renunciar a la defensa previa denuncia judicial presentada por ella contra su defendido porque la abordó en su portal exigiéndole dinero y al negarse le insultó y aun le amenazó por teléfono. Por todo lo que no es de extrañar que el Tribunal de instancia se pronunciara (mayoritariamente) encontrando que la reacción más creíble era la descrita por la Policía. Que también pudo usar de fuerza lícitamente para reducir a aquél. En resumen, hay prueba, el Tribunal la valoró y motivó extensamente su convicción y el motivo no afirma que no la hubiera sino que tenía que haberse dado más crédito al acusado que al testigo, lo que no es soporte adecuado a esta alegación que así no puede prosperar.

Es por lo menos sorprendente que el recurrente en el último párrafo del motivo, impugna también otra cuestión de hecho ¡y en su perjuicio! Rechaza la versión del hecho probado de que en la actuación violenta influyó «ya una desmedida consumición de bebidas alcohólicas, ya la ingestión de drogas tóxicas» pues dice que no hubo prueba alguna de esta circunstancia. Pues bien, al margen de prueba o no, lo cierto es que el Tribunal se apoyó en ese hecho probado para apreciar la atenuante analógica (art. 9, núm. 10) y que con ella neutralizó la de reincidencia, documentalmente probada, y acusada por el Ministerio Fiscal, y merced a tal recurso jurídico pudo aplicar la extensión mínima del grado mínimo de la pena de prisión menor, 6 meses y un día. En

nada favorecería al recurrente esta incomprensible alegación, de la que se prescinde pues conduciría a una «reformatio in peius».

Queda por examinar una cuestión jurídica que plantea el recurrente, embebida en su «presunción de inocencia» y en ella basada, la del supuesto desafuero de la víctima del atentado que lo dejaría reducido a la sola falta de lesiones leves. Se impugna así la aplicación del delito de atentado. Tema propio del art. 849.1.º pero sufragáneo de que prosperara el único motivo por la presunción repetida. Claro que, si prevaleciera su versión de los hechos, podría haber habido una extralimitación policial que les privaría de la protección legal frente a la reacción del cacheado. Esa extralimitación sería primeramente no haber hecho el cacheo en el bar en vez de en la calle, en segundo lugar en haberle hecho desnudarse del todo y tercero en que al negarse a vestirse y pretender dirigirse así al bar de nuevo le golpearan con la defensa o porra de goma por esa «desobediencia pasiva». Serie de vejaciones que justificarían su reacción violenta. Puñetazo e insultos pero después de agresión. Avala toda esta motivación el recurso con el voto particular de un Magistrado componente del Tribunal de instancia que discrepó de la valoración probatoria de la mayoría. Dicha discrepancia era pues de hecho y sólo como consecuencia de tal valoración se llegaba a otra calificación jurídica. Al voto particular se daba réplica extensa en la razonada motivación probatoria de la sentencia, a la que ya nos hemos referido. Por ello, y para, evitar repeticiones superfluas, la Sala se remite al fundamento primero que precede. Está meridianamente claro que toda la discrepancia gira sobre dos versiones opuestas, sobre los hechos y así se confirma que todo depende de la valoración de la prueba y así prevalece la competencia del Tribunal de instancia y, dentro de él, la votación mayoritaria [arts. 255 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985]. Al no prosperar la alegación de presunción de inocencia, queda en pie el factum de la sentencia y con arreglo a tal relato la aplicación del tipo penal es ajustada a derecho.

## **DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS**

**Entrada y registro con autorización en local comercial. Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (Sentencia de 21 de febrero de 1994)**

Se denuncia la infracción del art. 24 CE en relación con el art. 11 LOPJ, que reconoce «el derecho a un proceso con todas las garantías», entre las que

se encuentran la obligatoriedad de practicar la entrada y registro en la forma prescrita por la Ley, al entender que los registros e intervenciones de mercancía efectuados en los locales de autos fueron nulos de pleno derecho y por la doctrina del «fruto del árbol ponzoñoso» y conforme al art. 11.1 LOPJ toda la prueba practicada en este proceso es nula e inhábil para enervar o destruir la presunción de inocencia. Las razones en que basa tal argumentación son ordenadamente: 1.º El Auto ordenando el registro no está manuscrito por el propio Juez como ordena la Real Orden de 13 marzo 1895; 2.º no aparece motivado; 3.º no especifica qué funcionarios policiales concretos deben practicar el registro; 4.º ordenaba el registro en un domicilio llevándose a cabo el mismo en uno diferente al ordenado; 5.º no asistió al Registro el Secretario Judicial; y 6.º no declararon en el acto de la vista los funcionarios policiales en él intervinientes, por lo que no se ratificaron en el resultado del mismo.

De las alegaciones hechas hay que excluir rotundamente que en el proceso se hubiera producido una ilicitud constitucional y que el registro denunciado como vulnerador de normas constitucionales y afecto por lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, fuera en efecto contrario a la Constitución; contra lo que se afirma, ni se registró el domicilio de Francisco G. ni el de ningún otro ciudadano. El mandamiento se entiende para registrar sendos locales comerciales sitios en las calles y edificios que el Auto expresamente señala y tales locales son los registrados, conforme consta en las respectivas actas. Es incierto que se efectuara un registro en lugar no señalado por el Auto judicial de autorización, sito en la calle Beatriz Prieto 22, bajo (de otra parte, también local comercial y no domicilio de Francisco G., como erróneamente se alega). Respecto a este local sólo se produjo, mucho después y en el curso de la instrucción, una orden de precinto, por estar en él depositados efectos de los delitos perseguidos en autos, Orden revocada al poco tiempo. Los locales comerciales entran dentro de la definición extensiva de «lugares públicos» que el núm. 3.º del art. 547 LECrim, establece a efectos de lo prevenido en el título III, del libro II de dicha Ley. Como tales caen fuera de la tutela del art. 18.2 CE, que protege el derecho del individuo a disponer de un núcleo de absoluta reserva en la santidad del domicilio u hogar donde se desarrolla su existencia y actividad humana [ver p. ej. Sentencia de 5 junio 1993], de tal modo que otros lugares en que se desenvuelven actividades comerciales o de recreo, solamente están tuteladas por las normas que protegen la libertad de actuación o la propiedad y que, por lo mismo, no les son tampoco aplicables las reglas procesales que la LECrim prevé para los registros domiciliarios [Sentencias de 10 mayo; 16 septiembre; 22 octubre y 27 noviembre 1993]. No

se ha podido dar, pues, en autos una vulneración constitucional que contaminara la diligencia, haciendo aplicable a ella el art. 11.1 LOPJ, contaminación extensible a todo el proceso, al no existir norma constitucional que ampara la inviolabilidad de los locales comerciales. Pero es que, a mayor abundamiento, existía en la causa uno de los supuestos que legitiman constitucionalmente la entrada domiciliaria: una decisión judicial válida de entrada y registro de tales locales comerciales. Las objeciones que al Auto del instructor acordando tal diligencia opone el recurrente carecen de todo fundamento atendible: la añeja Orden de 1895, que ordenaba que los autos fueran manuscritos (no de propia mano del Juez, sino del escribano o uno de sus auxiliares) y no «estampados», ha de interpretarse en función de los medios de expresión escrita de la época, por lo que hace tiempo que está en desuso; no podría hoy vincular a los Jueces sometidos sólo al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), dado su rango de Orden Ministerial y su procedencia de ejecutivo, del que los Jueces son independientes; y, finalmente, es incompatible con los modernos medios de expresión escrita y de la ofimática judicial, debiendo entenderse en todo caso derogada por la LOPJ, cuyo art. 248.2 que establece los requisitos de las resoluciones judiciales que adopten forma de Auto, sólo exigen la firma de propia mano del Juez o Magistrado que las dicten. Otra trascendencia tendría la falta de motivación del Auto de entrada y registro, circunstancia expresamente exigida por el art. 558 LECrim, si tal vicio se hubiere realmente producido. Pero el Auto de 17 mayo 1985, contiene, además de las citas legales pertinentes, una remisión de su fundamentación al informe de la Policía Judicial que interesa el mandamiento, que se incorpora así a aquella fundamentación, integrándola. Y tal informe es más que expresivo en orden a las fundadas sospechas —comprobadas como ciertas en el registro— de que en los locales a registrar se encontraban depositados efectos del delito que se venía investigando. Con lo que era conocible para cualquiera, tanto los fundamentos de hecho como los legales que motivaban el Auto referido, cumpliéndose así las exigencias de toda motivación, que no son otras que las de dar a conocer las razones de la decisión judicial y, en especial, la de los autos acordando la entrada y registro en un lugar determinado. En orden a la designación «nominatim» de los policías que habían de practicar el registro, no es eso lo que previene el art. 558 LECrim, sino que éste se refiere a la expresión de la naturaleza o clase de autoridad o funcionarios que lo hayan de practicar, pero no a su individualización concreta.

En cuanto a la no asistencia del Secretario Judicial a la diligencia de registro y la falta de ratificación en tal diligencia de los policías en ella inter-

vinientes, son, en todo caso, infracciones procesales de legalidad ordinaria, que sólo afectan a tal diligencia, cuya irregularidad, de existir, quedaría circunscrita a la misma y a su producción o no de efectos probatorios (tema que sería abordable en el ámbito de la presunción de inocencia), pero sin que tal irregularidad contamine al proceso o a la producción de otras pruebas válidamente practicadas. Por lo que tal vicio tampoco puede afectar a la validez constitucional del proceso de autos, como el recurso pretende. En definitiva, el proceso se inició por Juez competente, tanto objetiva como territorialmente; fue juzgado por un órgano imparcial y predeterminado por la ley; en el curso del mismo los acusados fueron informados de la acusación y recibieron asistencia letrada, tan pronto aparecieron imputaciones contra ellos; el juicio se celebró en audiencia pública, contradictoriamente y practicándose las pruebas que los acusados interesaron. No se vulneró, en consecuencia, ninguna de las garantías del proceso penal democrático constitucionalmente reconocidas, como exige el art. 24.1 CE, que no aparece por ello infringido.

También se entiende conculcado el art. 24 CE al entender vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en cuanto los hechos enjuiciados se remontan a 1985, habiendo transcurrido más de siete años hasta que se produjo la sentencia recurrida. Se solicita, por ello, la aplicación de una atenuante analógica.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o «dentro de un plazo razonable», está consagrado tanto en nuestra Constitución (art. 24.2 CE) como en los Pactos Internacionales suscritos por España. Pero el sentido y alcance de lo que sea un «plazo razonable» o «una dilación indebida», constituyen conceptos normativos, cuyo significado y contenido ha sido interpretado, tanto por el TEDH, como por nuestro Tribunal Constitucional y por la doctrina de esta Sala [por todas, la Sentencia de 11 octubre 1993 y la doctrina de las resoluciones en ella extensamente citadas] en el sentido de que no se trata de un simple transcurso de tiempo, sino que el mismo ha de valorarse en función de una serie de parámetros, entre los que destacan la complejidad del proceso y la conducta procesal de las partes.

En el proceso de autos se persiguió una actividad compleja de fraude económico que afectaba a múltiples perjudicados, residentes en distintos lugares de la geografía nacional. Se iniciaron asimismo otros procesos ante órganos jurisdiccionales distintos, por denuncias de los perjudicados, que luego se acumularon a éste por inhibición de los Jueces que los habían incoado. Hubo de tramitarse la rebeldía de uno de los acusados. Se produjo, también, una transformación del procedimiento, a causa de la reforma procesal de la LO 28

diciembre 1988, del procedimiento abreviado. Por último el primer juicio oral señalado se suspendió por incomparecencia de parte de los testigos propuestos. Todo lo que justifica la duración del proceso, en cuyo trámite no se producen paralizaciones o dilaciones notorias, salvo las que a continuación se dirán. En el trámite de calificación, la representación procesal del acusado rebelde, Francisco G., hubo de ser requerida para que evacuara el trámite de calificación, cuyo plazo había transcurrido sin que hubiere cumplido el trámite. Y la representación de uno de los recurrentes, el acusado Martín C.C., al que se le dio traslado la causa para que procediera a formular sus conclusiones de defensa el 20 de noviembre de 1990, no presentó tales conclusiones hasta el 2 de mayo de 1991, con lo que los propios acusados, entre ellos uno de los que denuncia la existencia de dilaciones indebidas, contribuyen a la mayor duración del proceso con su conducta procesal retardataria. Por ello no procede estimar la existencia de dilaciones indebidas y, en consecuencia, la apreciación de la atenuante analógica que se postula.

## **DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL**

### **Intervención telefónica (art. 18.3 CE) (Sentencia de 4 de febrero de 1994)**

La cuestión prioritaria se centra en torno a las alegaciones de los recurrentes relativas a la vulneración del artículo 18.3 de la Constitución –derecho al secreto de las comunicaciones–, y del artículo 24.2 del Texto Político Fundamental –en el apartado relativo a la presunción de inocencia–.

Se plantea –al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, la vulneración del artículo 18.3 de la Constitución que consagra el derecho al secreto de las comunicaciones y por extensión el incumplimiento de las previsiones establecidas en el artículo 579.1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para llevar a efecto la intervención de las comunicaciones telefónicas. Nuestro Texto Constitucional encomienda a los Jueces la salvaguarda de determinados derechos y libertades individuales que pueden verse afectadas por el curso de una investigación criminal. La decisión que se adopte en relación con la limitación de los derechos y libertades fundamentales debe ser decidida, en todo caso, por la autoridad judicial que instruye la causa y siempre bajo la ponderación de los intereses en conflicto evita la lesión de las libertades cuando no sea aconsejable o proporcionada para los fines de

la investigación. La confidencialidad de las comunicaciones telefónicas es una consecuencia del derecho a la intimidad y constituye un soporte fundamental para el ejercicio de la libertad individual en la esfera reservada de las relaciones humanas. La tentación de saltar por encima de ellas en aras de la persecución de hechos delictivos debe ser administrada de manera prudente valorando los intereses afectados y acudiendo a vías de investigación alternativas cuando no sea indispensable la injerencia en el derecho fundamental.

En el presente caso la naturaleza del hecho investigado –tráfico de hachís en escala de notoria importancia–, hacían aconsejable la adopción de la medida, pero ello no elimina la necesidad de cumplir estrictamente con las previsiones legales y con las pautas marcadas por la jurisprudencia para llevar a efecto la intervención telefónica. Los órganos encargados de la investigación y persecución de hechos delictivos que produzcan una sensible influencia sobre la convivencia social deben conocer el alcance y trascendencia de los medios que ponen al servicio de la averiguación del hecho punible. La responsabilidad de su utilización recae sobre la decisión de los Jueces, pero no debemos olvidar que los medios técnicos para realizar la investigación están en manos de otros organismos –policiales y oficiales–, que son los que disponen de la tecnología adecuada para concretar el resultado de las pruebas. Sería conveniente una información más detallada de las consecuencias que una investigación de este tipo produce sobre derechos fundamentales de la persona para que su implantación reduzca al mínimo imprescindible la lesión de derechos ajenos al interés de la investigación.

Una reciente línea jurisprudencial, que tiene su principal punto de arranque en el Auto de 18 junio 1992 y que ha sido seguido posteriormente por otras resoluciones de ésta, ha acuñado un cuerpo de doctrina sobre la forma en que se han de llevar a cabo las intervenciones telefónicas para salvaguardar derechos y libertades individuales de la persona y conciliar su respeto con la necesidad de llevar a cabo una investigación criminal. Esta investigación criminal en ningún caso puede desconectarse de una actuación judicial que dé cobertura y garantice el buen uso de los medios puestos al servicio de la investigación. La restricción del secreto de las comunicaciones telefónicas ha de realizarse, en todo caso, en el curso de un proceso penal. Cabe plantearse la cuestión de cuál debe ser la denominación y contenido de la actuación judicial y qué clase de actuaciones pueden considerarse como incursas en el marco de procedimiento judicial penal.

La primera cuestión que debe abordarse es la relacionada con la existencia o inexistencia de un proceso penal abierto en cuanto que, según consta,



la decisión de intervenir dos números telefónicos se toma en el ámbito de unas diligencias indeterminadas que se incoan ante la solicitud de intervención telefónica. Como se dice en la Sentencia de 25 junio 1993, las denominadas en el uso forense, diligencias indeterminadas que también podrían denominarse de autos indeterminados o varios, pueden constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción, pero siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asientos ordinarios o generales. Entre otros asuntos se anotarían en este apartado las resoluciones motivadas dictadas por los Juzgados de Instrucción al amparo del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la entrada en los domicilios y en los demás edificios y lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración o en los supuestos más frecuentes de entrega al Juzgado de un detenido pendiente de un proceso penal en otro Juzgado, con la sola finalidad de cumplir con los plazos de detención policial establecidos en la Ley. La llevanza de un libro de registro de diligencias indeterminadas o de asuntos indeterminados, responde a exigencias meramente administrativas o burocráticas del órgano que las practica, sin más trascendencia que la constancia fehaciente de una actuación judicial que no está encaminada a la investigación de un hecho criminal. Las actuaciones encaminadas a la intervención de un número telefónico para escuchar las conversaciones que se produzcan a través de su línea, no son una mera diligencia burocrática que pueda solventarse con un número registro en el libro de asuntos indeterminados. Las decisiones adoptadas por la autoridad judicial que afecten a los derechos fundamentales de la persona deben poner en marcha un verdadero procedimiento criminal en forma de diligencias previas o de sumario según la naturaleza y entidad del hecho que sea objeto de la investigación. Ahora bien, la adopción de intervenciones telefónicas en el ámbito de unas diligencias indeterminadas no es el reproche más importante que se puede hacer a la decisión judicial que las autorizó.

La sentencia recurrida dedica el fundamento de derecho tercero a rebatir las argumentaciones de las partes en torno a la nulidad de las pruebas obtenidas por medio de las intervenciones telefónicas acordadas por la autoridad judicial. La petición llegó a la sede judicial de guardia cursada por la Guardia Civil que interesó la intervención de un número telefónico del que era titular el padre del principal sospechoso. El Juez de Instrucción estimó fundada la solicitud y acuerda, por Auto de 16 octubre 1989, la intervención telefónica. Transcurrido el plazo inicialmente concedido se solicitaron prórrogas e inter-



venciones de nuevos números de teléfonos, mientras cesaba la intervención de otros por resultar inoperantes. El Juzgado accedió a este continuo trasiego de teléfonos sin comprobar las razones de fondo alegadas para el cambio y sin dictar resoluciones ampliatorias debidamente motivadas. Por medio de unas sintéticas providencias se va prorrogando indiscriminadamente las escuchas sin controlar debidamente el contenido de las conversaciones que se iban grabando, limitándose a acordar la incorporación de la transcripción realizada por la Guardia Civil. El descontrol originado por este verdadero aluvión de autorizaciones indiscriminadas para interceptar teléfonos se pone de relieve cuando se lee un oficio de la Compañía Telefónica Nacional de España en el que manifiesta que no puede proceder a la intervención del número señalado porque ya está intervenido.

La medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas tiene necesariamente una limitación temporal y no puede extenderse de una manera ilimitada o desproporcionada. No es posible una prórroga automática e indefinida. La fórmula adoptada por el Juzgado para autorizar la prórroga y ampliación de las intervenciones telefónicas acudiendo a simples e inmotivadas providencias, vulnera el principio de proporcionalidad ya que no es posible conocer a través de su escueto contenido cuáles son las razones esgrimidas para acceder a las peticiones formuladas por los investigadores policiales. Si tenemos en cuenta que el instructor disponía del contenido de las grabaciones que iba efectuando la Guardia Civil debió examinarlas y utilizarlas para fundamentar, en un sentido o en otro, las resoluciones judiciales que autorizaban la prórroga y ampliación de las escuchas iniciales. El Ministerio Fiscal destaca la pobreza del atestado que elaboraba la Guardia Civil que se limitaba a transcribir el contenido de las conversaciones previa una selección realizada a su arbitrio. Señala como ejemplo de su inoperatividad el hecho de que en la solicitud se identificase un número de teléfono como de vital importancia para el éxito de las investigaciones para, un mes más tarde, reconocer su escasa importancia y solicitar su desconexión.

Con lo que se encuentra una base suficiente para declarar la nulidad de las diligencias probatorias que traigan su causa de las escuchas telefónicas anteriormente mencionadas. Pero no terminan con ello las deficiencias formales y procedimentales observadas en su práctica ya que se observa una absoluta falta de control y de iniciativa en la forma de llevar a cabo la grabación y un total incumplimiento de las formalidades legales en el momento de seleccionar el contenido de las cintas. Como puede leerse en la Sentencia anteriormente citada de 25 junio 1993, acordada la intervención judicial de un teléfono

no el control de la forma en que se lleva a cabo corresponde íntegramente al Juez que la ha acordado. Del examen de las actuaciones se llega a la conclusión de que las cintas eran depositadas en la Unidad de Investigación Fiscal de la Guardia Civil, para su análisis, estudio y selección y previa su transcripción mecanográfica se iban entregando al Juzgado, que en algunos casos era el de guardia y no el que llevaba las investigaciones, y que se limitaba a incorporarlas a las actuaciones sin tomar ninguna resolución hasta casi ocho meses después de la primera intervención. Se puede observar que durante todo el tiempo que duró la intervención telefónica no ha existido el más mínimo control judicial hasta el momento en que se decidió poner fin a la medida. Este defecto incide de manera sustancial sobre la validez de la prueba así obtenida y, condiciona el resultado de las actuaciones practicadas en el curso de la causa.

Por último se observan defectos insubsanables en el momento en que se debieron autenticar las conversaciones contenidas en las cintas. A pesar de que la técnica de grabación está en manos de los órganos policiales, en ningún caso se puede encomendar la manipulación y selección de las conversaciones a los policías que las realizan materialmente. El sistema de escuchas y la técnica empleada debe ser conocida por el Juez de Instrucción, que debe advertir a los encargados del seguimiento de la obligación de respetar íntegramente las cintas en las que consta la grabación con objeto de que puedan ser posteriormente oídas y proceder a su selección con audiencia de todas las partes interesadas. La grabación debe ser permanente y afectar a todas las conversaciones, y sería conveniente poner en marcha algún procedimiento técnico que impidiese su manipulación posterior. Estas grabaciones así obtenidas se registrarán especificando a qué días o períodos de tiempo corresponden. No ha existido intervención del Secretario Judicial en el momento de seleccionar las conversaciones, ni se ha efectuado con la asistencia de las partes interesadas.

En conclusión, se puede afirmar que ha existido una vulneración del principio constitucional que consagra el secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, lo que lleva aparejado el vicio de nulidad de todo el material probatorio que traiga su causa de esas iniciales diligencias, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Establecida la nulidad de la prueba obtenida a través de las escuchas telefónicas, sus consecuencias invalidantes se extienden como ya se ha dicho, a todas las pruebas que tienen su origen directa o indirectamente de la que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.