

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

121 - 160

POLICIA JUDICIAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SENO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

Magistrado

Profesor del Instituto Vasco de Criminología

Resumen: Este artículo trata de analizar los límites que la Policía Judicial tiene en el campo de la investigación, concretamente cómo debe respetar, en la medida en que incide en un derecho fundamental específico como es el de la intimidad. En la actualidad, la intimidad puede resultar menoscabada por las posibilidades ofrecidas por las modernas técnicas que pueden controlar la información relevante de una persona. De ahí que este artículo haga referencia a la normativa sobre protección de datos personales, así como a los principios específicos para ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, legislación especial para la Policía Autónoma Vasca, transferencia internacional de datos, el secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, irregularidades en la obtención de fuentes de prueba, etc. Todo ello en base a que en un Estado de Derecho, los poderes públicos están sujetos en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Laburpena: Artikulu honen xede da Polizia Judizialak ikerlanaren arloan dituen mugak aztertzea. Batez ere, intimitaterako eskubidea oinarritzkoa dela kontuan izanik, eskubide hori nola errespetatu beharko lukeen da hemen aztertu nahi dena. Gaur egun intimitatea erabat urrituta gera liteke teknika modernoek eskaintzen dituzten aukeren bidez, edozein pertsonari buruzko informazio garrantzitsua jakitea ez baita hain zaila. Artikulu honetan, bada, datu pertsonalen babeserako araudia, segurtasun indar eta gorputzek sortutako fitxategietarako oinarritzko printzipioak, Euskal Herriko Poliziarentzako legeria berezia, datuak nazioen artean transferitzea, komunikazioetako sekretua, bizilekuaren bortxaezintasuna, frogetarako iturriak lortzean izan ohi diren irregulartasunak eta abar izango dira aipagai. Hori guztia, zuzenbidezko estatu batean botere publikoaren jardunbidea Konstituzioaren eta gainerako antolamendu juridikoaren agindupean daudelako.

Summary: This article endeavours to analyze the limits imposed upon the Judicial Police Force in the field of investigation, specifically in the manner in which it must be respectful, when it impinges upon a specific fundamental right, such as privacy. Currently, privacy can be impaired by the possibilities offered by modern techniques which are capable of controlling the relevant information of a person. Hence, this article refers to regulations on the protection of personal data, plus the specific principles created by the Force and Security Corps for files, special legislation for the Basque Autonomic Police Force, international transfer of data, the secret of communications, inviolability of the home, irregularities in the obtention of sources of proof, etc. All this based upon the fact that within a State Ruled by Law, public power is subject, as regards its actions, to the Constitution and to the remaining legislative measures.

Résumé: Cet article essaie d'analyser les limites que la Police Judiciaire s'impose dans le domaine de la recherche, il enseigne plus précisément le respect de la personne dans la mesure où la Police Judiciaire est amenée à toucher un droit fondamental spécifique qu'est celui de l'intimité. A l'heure actuelle, l'atteinte à l'intimité existe à cause des possibilités offertes par les techniques modernes qui ont le moyen de contrôler l'information notoire d'une personne. C'est pourquoi cet article fait référence à la réglementation sur la protection des coordonnées, ainsi qu'aux principes spécifiques pour des fichiers créés par les Forces et Corps de Sécurité, législation spéciale pour la Police Autonome Basque, transfert international de renseignements, le secret des communications, inviolabilité du domicile, irrégularités dans l'obtention des sources de preuve, etc. Tout cela est fondé sur le fait que dans un Etat de Droit, les pouvoirs publics, dans leur ligne de conduite, sont soumis à la Constitution et au reste de l'ordonnance juridique.

Auszug: Dieses Artikel versucht die Grenzen die Gerechliche Polizei hat auf dem Gebiet der Erforschung zu analysieren, kurzgefaßt wie man ein Grundrecht wie die Intimität in acht nehmen soll. Heutzutage, die Intimität kann beschädigt werden durch die Möglichkeiten die uns die moderne technologien geben weil die wichtige Information einer Person kontrollieren kann. Dieses Artikel handelt sich um die Beschützung der Personalien, grundprinzipie für Zettelkasten gemacht durch die Streitkräfte und Sicherheitskörper, spezielle Gesetzgebung für die Baskische Polizei, internationale Übertragung von Personalien, das Geheimnis von Verkehrswegen, Unverletzlichkeit der Wohnung, Unregelmäßigkeiten bei der Gewinnung von Zeugen beweisen, usw. Das alles basiert auf den Rechtsstaat, worin die öffentliche kräfte am Grundgesetz und am rest der Rechtsstaat unterworfen sind.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO, LÍMITES Y LIMITACIONES. III. DERECHO A LA INTIMIDAD: PODER DE CONTROL SOBRE LA INFORMACIÓN RELEVANTE PARA UNA PERSONA. EN ESPECIAL, LAS BASES DE DATOS: 1. Planteamiento normativo. 2. Principios estructurales de la normativa sobre Protección de Datos Personales: A. Consentimiento informado. B. Proporcionalidad. C. Exactitud. D. Seguridad. E. Tutela. 3. Principios específicos para los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: A. Consentimiento informado. B. Proporcionalidad. C. Tutela. 4. La transferencia internacional de datos. 5. Legislación específica para la Policía Autónoma Vasca. IV. DERECHO A LA INTIMIDAD: ÁMBITO VITAL DE UNA PERSONA AJENA AL CONOCIMIENTO DE TERCEROS: 1. Intervenciones Corporales: A. Delimitación conceptual. B. Presupuestos habilitantes. Naturaleza jurídica: obligación o carga procesal. 2. Medios Técnicos de reproducción de la imagen: A. Legitimidad jurídica de su utilización como medio de investigación. B. Doctrina jurisprudencial. C. Proyecto de Ley Orgánica por el que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. 3. El secreto de las comunicaciones: A. Planteamiento general. B. Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas. C. Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones escritas. 4. La inviolabilidad del domicilio: A. concepto de domicilio. B. Supuestos legitimadores de la invasión domiciliaria. En especial, la flagrancia delictiva. C. Ejecución de la diligencia de entrada y registro. V. IRREGULARIDADES EN LA OBTENCIÓN DE FUENTES DE PRUEBA. EFECTOS JURÍDICOS. 1. Planteamiento: rango de la norma jurídica infringida. 2. Vulneración de requisitos instituidos por la Constitución. 3. Vulneración de requisitos establecidos por el legislador.

I. INTRODUCCIÓN

La configuración jurídica del Estado como social y democrático de Derecho, conlleva que, en cuanto Estado de Derecho, los poderes públicos estén sujetos en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9-1 de la Constitución)¹.

Por ello, ostentando los derechos humanos un carácter preferente en nuestro sistema jurídico, la actividad de los poderes públicos en el seno del proceso penal, no obstante estar imbuida por la finalidad de lograr la búsqueda de la verdad material, se encuentra modulada por la necesaria tutela a los derechos fundamentales de la constelación de personas que, en su papel de inculpados o víctimas, se encuentran inmersos en las diversas fases del proceso. El respeto que el Estado está obligado a otorgar a la dignidad humana debe estar latente en todos los momentos en los que se desenvuelve el ejercicio de su potestad punitiva, desde que emerge la sospecha del hecho criminal hasta que se ejecuta la condena, impidiendo, en todo caso, la degradación de la persona a la condición de mero instrumento de la política criminal².

A partir de estos postulados, el presente trabajo trata de examinar:

– la actividad de unos agentes públicos: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,

– en relación con una de sus funciones: su actuación como Policía Judicial en las labores de obtención de fuentes de prueba de la comisión de un hecho que revisite los caracteres de delito y descubrimiento de la persona de su autor (artículos 126 CE, 444 de la ley 185/85 Orgánica del Poder Judicial, 11g de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 26.1 de la Ley 4/1992 de Policía del País Vasco),

– en la medida que tal actuación incide en un derecho fundamental específico: el derecho a la intimidad (artículo 18 CE).

A efectos expositivos, el estudio se vertebra en torno a tres apartados diferenciados:

- a) Análisis conceptual del contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad.
- b) Examen de las posibles afecciones al derecho a la intimidad, en su acepción como poder de control de una información relevante para la persona (bases de datos)
- c) Estudio de las injerencias al derecho a la intimidad en su conceptualización como ámbito vital de una persona ajena al conocimiento de terceros (intimidad corporal, obtención de la imagen de una persona, secretos de las comunicaciones, protección del domicilio).

1. En adelante CE.

2. La dignidad de la persona humana constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la CE.

II. DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO, LÍMITES Y LIMITACIONES

La delimitación del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar puede realizarse adoptando una *perspectiva positiva* (se pone el acento en el acervo de facultades de realización de su titular) y una *perspectiva negativa* (se pone el acento en las facultades de exclusión de su titular). Desde una perspectiva positiva, el derecho a la intimidad es el ámbito vital inmune al conocimiento ajeno o al poder de control de las informaciones relevantes para cada persona³. Desde una perspectiva negativa, el Derecho a la intimidad se refleja en el poder de excluir a terceros del núcleo de actos vitales que conforman su privacidad (domicilio, comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, comunicaciones telemáticas o informáticas), así como el poder de instar la desaparición del abanico de informaciones que forman parte del núcleo básico de la personalidad (posibilidad de instar la cancelación y rectificación de datos obrantes en bases de datos de archivos públicos y privados). En todo caso, la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad no se contraiga a la dimensión personal, sino que se extienda a la dimensión social más inmediata, como la familiar, la laboral, la económica⁴.

A la hora de analizar la incidencia de la actuación de los poderes públicos, cuando investigan hechos delictivos, en el campo de los derechos fundamentales, deben tenerse en cuenta dos parámetros básicos:

a) El contenido de cada derecho fundamental, en orden a deslindar los contornos o límites, que no limitaciones, del mismo. Sólo mediante la descripción del contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad podremos conocer las actuaciones policiales que, *ex ante*, por no incidir en el seno del mentado contenido, no pueden entenderse como injerencia en el mismo, con lo que no entran en juego los específicos sistemas de salvaguardia elaborados por la Constitución y las Leyes. En otras palabras, *cuando hablamos de límites de un derecho fundamental hacemos referencia a los contornos que delimitan su contenido mientras con la palabra limitación hacemos específica referencia a la injerencia en el contenido de un derecho fundamental previamente delimitado*⁵. Mientras, en el primer caso, la

3. LÓPEZ ORTEGA define la intimidad como el poder de control de las informaciones que son relevantes para cada sujeto y se configura bajo la forma de poder jurídico que se reconoce a la persona sobre un ámbito de conocimiento limitado. "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. 1996. Pendiente de publicación.

4. Afirma PAREJO ALFONSO que la intimidad se proyecta a las diferentes dimensiones de la vida de la persona, careciendo de ámbito susceptible de determinación definitiva, abstracta y general. "El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. 1996. Pendiente de Publicación.

5. Así, en el seno de la intimidad de signo corporal, el cacheo, como actuación sobre la parte exterior de la ropa de una persona sospechosa para detectar la presencia de objetos de ilícita tenencia, se desenvolvería fuera de los contornos del derecho a la intimidad, razón por la cual su realización puede llevarse a cabo motu proprio por los agentes policiales (STS 4.2.1994 ó 7.7.1995) mientras el registro en las denominadas cavidades naturales, tales como zonas anales o vaginales, suponen una inmisión en el contenido del derecho fundamental a la intimidad, razón por la cual su realización por los agentes policiales requiere inexcusablemente la presencia de una resolución judicial motivada adoptada por órgano jurisdiccional competente.

actuación policial, siempre que se encuentre motivada por el cumplimiento de las funciones públicas que legalmente tiene conferidas, será perfectamente lícita, por desenvolverse en la periferia del Derecho fundamental, en el segundo supuesto, la legitimidad jurídica de su actuación vendrá supeditada a la concurrencia de los requisitos específicamente diseñados para permitir una injerencia en el Derecho Fundamental (Previsión legal, necesidad y proporcionalidad).

b) Las injerencias en el contenido de un derecho fundamental que se encuentran jurídicamente justificadas, por constituir limitaciones legítimas del mentado Derecho fundamental.

Ciñéndonos al campo de las limitaciones a los Derechos Fundamentales, es decir, actuaciones policiales que inciden en el contenido del Derecho Fundamental, el nivel de exigencia del ordenamiento jurídico para legitimar su actuación será diverso según la injerencia se produzca en el núcleo básico o profundo del Derecho Fundamental o en aspectos que, no obstante formar parte del contenido del mismo, no afectan a su núcleo básico⁶.

En todo caso, *siendo el núcleo de las limitaciones a los Derechos Fundamentales el punto vertebral en todo intento de conciliación entre la eficacia del Estado en la persecución de los delitos y la salvaguardia de las garantías propias del Estado de Derecho*, la Constitución ha obviado toda referencia a las mismas, omisión que puede subsanarse con las disposiciones contenidas en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, en la medida que el mentado Convenio forma parte del ordenamiento jurídico nacional, tras su ratificación, el día 26 de septiembre de 1979, y publicación en el Boletín Oficial del Estado, el día 10 de octubre de 1979, constituyendo un criterio hermenéutico de primera magnitud, en materia de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, para los órganos judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 CE⁷.

A la luz del mentado precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, teje una doctrina sobre sus limitaciones confiriéndoles legitimidad siempre y cuando:

6. Así, a modo de ejemplo, no será lo mismo captar, por medios técnicos audiovisuales, la imagen de una persona en el interior de su domicilio que en la vía pública, en la medida que, si bien en ambos casos existe una afección del derecho a la intimidad, la intensidad de la primera de las afectaciones exige ineludiblemente que su realización se encuentre amparada por una resolución jurisdiccional, habilitación judicial innecesaria en el segundo de los casos.

7. Establece el mentado precepto que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

8. El artículo 8 del citado Convenio, tras reconocer el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, admite la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tales derechos siempre que la inmisión esté prevista en la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos o libertades de los demás.

a) *Persigan la satisfacción de un interés público constitucionalmente relevante*, siendo preciso, en todo caso, que en el caso concreto se proporcionen indicios sólidos sobre la concurrencia del interés público que se dice satisfacer. De otro modo, si bastara la mera afirmación sobre la concurrencia de un interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia⁹.

b) *Exista una previsión legal que habilite la injerencia en el Derecho Fundamental*, como exigencia inexcusable en un Estado de Derecho.

c) *Perviva un control jurisdiccional mediante la emisión de una resolución judicial motivada* que explicita:

– La necesidad de la limitación para lograr la satisfacción del interés público, por no obtenerse su satisfacción mediante la adopción de medidas no lesivas para el Derecho Fundamental.

– la proporcionalidad de la injerencia, mediante la ponderación razonada de la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y la relevancia de tal intromisión para lograr la tutela del interés público¹⁰.

Por lo tanto, a modo de resumen, las actuaciones policiales, en el seno del cumplimiento de sus obligaciones legales de prevención e investigación del delito y de la persona de sus autores, serán jurídicamente correctas:

– siempre que no afecten al contenido de un derecho fundamental, porque se desarrollen fuera de los límites del mismo,

– siempre que afecten al contenido de un derecho fundamental pero supongan una limitación legítima del mismo al adecuarse al específico sistema de garantías elaborado al efecto por el ordenamiento jurídico, sistema de garantías de diverso nivel de intensidad según exista o no un nivel de afección del núcleo esencial de un derecho fundamental.

III. DERECHO A LA INTIMIDAD: PODER DE CONTROL SOBRE LA INFORMACION RELEVANTE PARA UNA PERSONA. EN ESPECIAL, LAS BASES DE DATOS

1. Planteamiento normativo

La configuración de la intimidad, como poder jurídico de la persona sobre la información relevante para su devenir vital, puede resultar menoscabada por las posibilidades ofrecidas por las modernas técnicas de comunicación, en la medida en que permiten la captación de un conjunto de elementos, datos o informaciones –tales como acontecimientos importantes en el ámbito personal, familiar, social, profesional– cuya interrelación puede dar lugar a un conocimiento de pautas conductuales

9. STC 37/1989 y 57/1994, entre otras.

10. Por todas, STC 37/1989 y 99/1994.

que formen parte de la denominada privacidad. De ahí que el texto constitucional, consciente de los peligros inherentes a la denominada sociedad tecnológica¹¹, confiere al legislador el deber de elaborar una ley reguladora del uso de la informática para preservar el derecho a la intimidad personal, familiar o posibilitar el ejercicio de los derechos personales. *El propio tenor del precepto constitucional denota que la voluntad del constituyente fue preservar la integridad de los denominados derechos de la personalidad a través de una técnica jurídica eminentemente garantista*, en la medida en que se confiere al legislador una labor de limitación del uso de la informática en aquellos ámbitos en los que se encuentra en tela de juicio la privacidad¹² de las personas.

Para desarrollar esta previsión constitucional, se elabora la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal¹³, ulteriormente desarrollada en aspectos específicos por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio y por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. La mentada normativa interna tiene como fuente inspiradora el Convenio de Estrasburgo sobre protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, elaborado en el seno del Consejo de Europa, ratificado por España el día 27 de enero de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 15 de noviembre de 1985.

2. Principios estructurales de la normativa sobre Protección de Datos Personales

A) Principio del consentimiento informado

La conceptualización de intimidad, como poder jurídico personal sobre una esfera de información, conlleva que todo tratamiento automatizado de datos de carácter personal exija necesariamente el consentimiento de la persona afectada (artículo 6-1 LORTAD). Ahora bien, la validez del consentimiento para legitimar la actuación de recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, cesión y cancelación, exige que tales procedimientos:

11. DAVILA RODRIGUEZ afirma que la denominada dictadura tecnológica “es, seguramente, la peor de las dictaduras; de un lado, porque el ciudadano puede no ser consciente de su existencia y sufrir sus consecuencias mediante un implacable control de sus actividades, e incluso, previsión de sus futuros movimientos en unos ámbitos determinados; de otro lado, porque la dificultad de desmontar este control tecnológico, es tan grande, que puede llevar aparejada una aceptación como mal menor, ante la situación de inseguridad que produciría la vuelta atrás en poco tiempo, debido al bloqueo de actividades e instituciones que puede traer. *Derecho Informático*. 1993. Aranzadi, Pamplona. Pág. 89.

12. El término privacidad, implementado del término anglosajón *privacy*, ha sido utilizado por el legislador por primera vez en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter personal, al afirmar que “la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de la personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

13. Boletín Oficial del Estado de 31 de octubre de 1992. En adelante, LORTAD.

– *recaigan sobre datos de carácter personal*, conceptuando como tales la información¹⁴ referida a una persona física identificada o identificable¹⁵.

– *sea protagonizada por la persona afectada*; es decir, por la persona a la que se refiere la información introducida en la base de datos.

– *sea válido jurídicamente*, lo que exige, por una parte, la ausencia de utilización de medios fraudulentos, desleales o ilícitos (artículo 4-7 LORTAD) y, por otro lado, la existencia de una información explícita y diáfana sobre la finalidad de la recogida de datos de carácter personal, personas destinatarias de la información, carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, identidad de la persona física o jurídica responsable del fichero automatizado y facultades de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o cancelación (artículo 5-1 LORTAD). En principio, la validez del consentimiento no exige su constancia en forma escrita, salvo que se trate de recabar o almacenar datos personales de carácter sensible, como son los referidos a la ideología, creencias, religión, origen racial, salud y vida sexual (artículo 7 LORTAD).

B) Principio de proporcionalidad

Los datos de carácter personal sólo serán objeto de recogida para su tratamiento automatizado cuando:

- se obtengan para el cumplimiento de una finalidad legítima,
- sean adecuados para el cumplimiento de la mentada finalidad.

La necesaria correlación entre la obtención de información personal y el cumplimiento de una finalidad legítima, concreta, y determinada debe ser observada, no sólo en el momento de la obtención de los datos de carácter personal, sino a lo largo de la pervivencia del dato en el fichero automatizado. De ahí que:

– salvo consentimiento expreso de la persona afectada o existencia de una decisión judicial, del Ministerio Fiscal o del Defensor del Pueblo, dentro del marco de sus competencias, o de una cesión entre Administraciones Públicas, siempre que tal previsión se contenga en la norma de creación del fichero, no podrá emplearse la información obtenida sobre una persona para una finalidad distinta a la que motivó su obtención (artículo 4-2 en relación con el 11 de LORTAD),

– el cumplimiento de la finalidad conlleva el decaimiento de la eficacia jurídica de la información registrada (dado que el dato debe ser cancelado cuando haya dejado de ser necesario para la finalidad perseguida cuando se obtuvo y registró).

14. Puede ser de tipo numérico, alfabético, gráfico, topográfico, acústico o de cualquier otro tipo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio.

15. Por identificación se entiende cualquier elemento que permite determinar, directa o indirectamente, la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de la persona física afectada, ex artículo 1.5 del Reglamento que desarrolla la LORTAD.

C) Principio de exactitud

La necesidad de evitar informaciones erróneas sobre aspectos básicos de la persona, en su dimensión individual y social, obliga a los responsables de los ficheros a ser enormemente escrupulosos en su labor de recogida de datos y adaptación a las nuevas situaciones que puedan ir surgiendo, confiriendo al responsable la obligación de proceder de oficio a la cancelación de los datos inexactos y su sustitución por los verdaderos, así como instituyendo como derechos básicos de la persona afectada el acceso a la información contenida en la base de datos y la facultad de instar la rectificación y/o cancelación de los datos inexactos.

D) Principio de seguridad

La precisa simbiosis entre el derecho a la intimidad de las personas, que forman parte del colectivo social, y el cumplimiento de las finalidades legítimas a las que responden los ficheros públicos y privados exige que, en todo caso, el conocimiento de los datos de carácter personal no salga del círculo cerrado conformado por la persona afectada por la información automatizada y el responsable del fichero. De ahí que, fuera de todo desvelamiento por parte de la persona afectada por la información, que supone el ejercicio del poder de disposición del titular del derecho a la información¹⁶, sobre el responsable del fichero, público o privado¹⁷, recae:

– el deber de adoptar las medidas de signo técnico y organizativo que eviten el acceso no autorizado a los datos de carácter personal o su alteración o pérdida, tanto por acciones humanas como por actuaciones del medio físico o natural,

– el deber de guardar secreto y hacer guardar el secreto a las personas que desarrollen su labor bajo sus coordenadas organizativas respecto de los datos de carácter personal que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

E) Principio de tutela

Haciendo propia la clásica afirmación según la cual no existe derecho subjetivo sin garantías¹⁸, se confiere a las personas físicas unas facultades de signo preventivo que tratan de evitar la lesión del derecho a la intimidad, y unas facultades de signo restaurador, que tratan de borrar los efectos jurídicos creados por una actuación *contra legem* lesiva del derecho a la intimidad.

16. Como afirma LOPEZ ORTEGA, *obra cit.* el voluntario desvelamiento por el titular del derecho no constituye un límite al ejercicio del derecho sino la manifestación más característica del ejercicio de la capacidad de control del titular sobre la información relevante para su persona.

17. Como tal se entiende la persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 LOTARD.

18. Afirma PECES BARBA que un derecho fundamental no alcanza la plenitud hasta que no es reconocido en el derecho positivo. *Derechos Fundamentales*. Guadiana de Publicaciones SA. Madrid. 1976. pág. 159.

a) Medidas de carácter preventivo

Se confiere a toda persona el derecho a:

- Solicitar información en el Registro General de Protección de Datos sobre la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, finalidad perseguida con su creación y persona responsable del mismo.

- Postular la información que afecta a su persona incluida en un fichero automatizado, bien mediante su visualización directa, bien mediante comunicación escrita de los mismos.

- Instar la rectificación de los datos de carácter personal inexactos.

- Instar la cancelación de los datos de carácter personal que hayan sido obtenidos sin su consentimiento, fuera de los supuestos en los que tal acto de voluntad no es preciso, o que no resulten necesarios para el cumplimiento de la finalidad para los que fueron obtenidos, por su carácter desproporcionado o por haberse cumplido la mentada finalidad.

b) Medidas de carácter reparador o restaurador

Producida la lesión del derecho fundamental a la intimidad, por la actuación de los responsables de los ficheros públicos o privados automatizados, el afectado puede:

- Formular una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos en orden a conseguir, por un lado, el cumplimiento por los responsables de los ficheros de las disposiciones contenidas en las normas jurídicas sobre obtención de datos de carácter personal,

- Instar, de haberse producido daños y perjuicios, entre los que tienen especial cabida los denominados daños morales, una pretensión indemnizatoria que deberá ventilarse en el orden penal¹⁹, si existe un comportamiento penalmente relevante o si no existe ilícito criminal, en el orden administrativo²⁰, si se trata de ficheros públicos, o ante el orden jurisdiccional civil, si se trata de un fichero privado²¹.

3. Principios específicos para los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

El conjunto de principios anteriormente pergeñados, sobre los que descansa la protección de la privacidad frente al almacenamiento de datos personales en ficheros automatizados, resultan parcialmente novados en los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así:

19. Artículos 197, 535 y 536 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, de Código Penal.

20. Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

21. Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y artículo 1902 del Código civil.

A) Principio de consentimiento informado

Frente a la exigencia general de una declaración de voluntad positiva de la persona afectada por la información que trata de ser recogida o tratada en un fichero automatizado, como manifestación explícita del poder de control sobre la información relevante sobre su persona, se confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el acceso, recogida y tratamiento de las informaciones relevantes sobre una persona física, individualizada o individualizable, sin consentimiento de la misma, en la medida en la que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales. En todo caso, la injerencia en el ámbito de privacidad de una persona, que conlleva la captación de un dato afectante a su personalidad sin su conocimiento y asentimiento, sólo resulta legitimada, por su necesidad y proporcionalidad, en aras a lograr la satisfacción de intereses públicos vinculados a la eficacia en el seno de la prevención del orden general y de la investigación de ilícitos penales. Siempre será precisa una motivación específica en la decisión de proceder a tal captación vertebrada en torno a:

a) La prevención de un peligro real para la seguridad pública, lo que exige una previa constatación, a través de informaciones debidamente contrastadas, de un riesgo real para la seguridad pública.

b) La existencia de una investigación policial sobre hechos de relevancia penal en los que existen sospechas²² razonables de participación, como autor o no, de la persona cuyos datos se obtienen.

Ahora bien, cuando las informaciones que tratan de recogerse y de tratarse afectan a los denominados datos sensibles, tales como ideología, creencias, religión, origen racial, salud y vida sexual, teniendo en cuenta que se produce una intensificación en el nivel de injerencia en la esfera jurídica de la persona, dado que o bien se afectan a derechos fundamentales distintos a la intimidad, como la libertad ideológica o religiosa, o se insertan en el denominado núcleo básico de la intimidad, como el origen racial, salud y vida sexual, el legislador intensifica las exigencias en la actuación policial requiriendo que *el tratamiento de tales datos sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta*. En consecuencia, la actuación policial únicamente encontrará amparo legal cuando la información compilada sea imprescindible para la obtención de fuentes de prueba sobre el acaecimiento o participación en el hecho que da lugar a la investigación.

B) Principio de proporcionalidad

Establece el artículo 20-4 de la LORTAD, que los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener

22. La sospecha razonable existe cuando, a la vista de los hechos y de las circunstancias conocidas personalmente por el policía, o de las que haya podido ser informado por una fuente que ofrezca suficientes garantías de credibilidad, un hombre normalmente prudente tiene motivos para sospechar que se ha cometido una infracción o que está a punto de cometerse.

los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad. No obstante las deficiencias del precepto, su necesaria interpretación, a la luz de los principios generales contenidos en el artículo 4 de la LORTAD, denota que la cancelación del dato almacenado en el archivo automatizado policial viene supeditado al cumplimiento de la finalidad legítima que amparó su obtención. Así:

– Si la obtención vino motivada por la prevención de un peligro real para la seguridad pública, una vez desaparecido el peligro, salvo que tal labor preventiva haya desembocado en una investigación específica sobre un hecho de carácter penal, en cuyo caso la cancelación se supedita a la finalización de la investigación, en los términos contemplados en el párrafo siguiente.

– Si la obtención vino causada por la existencia de una investigación de un hecho de relieve penal en el que se encuentra implicada la persona física afectada, cuando finalice la eficacia jurídica de la mentada investigación. Ello puede acontecer al finalizar la investigación en sede policial, sin inicio de un procedimiento penal por ausencia de datos en la investigación que permite atisbar la realización del hecho criminal, o cuando se cierra el procedimiento judicial, en el que desembocó la investigación policial, con una resolución de signo absolutorio o condenatorio²³.

C) Principio de tutela

En el ámbito preventivo, se instituye una excepción al ejercicio por parte de la persona, cuyos datos personales han sido almacenados en el fichero, del derecho de acceso, rectificación y cancelación. Ello acontece cuando se produce una decisión denegatoria del responsable del fichero, vertebrada en torno a la presencia de peligros para la seguridad pública, protección de los derechos y libertades de terceros y necesidades de las investigaciones que se estén realizando. En estos casos, el afectado podrá poner esta decisión en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos u Organismo Competente de la Comunidad Autónoma, quien, dice el artículo 21.3 LORTAD, “deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación”. A estos efectos, debe convenirse que:

a) La sujeción de todo acto administrativo al imperio del derecho exige que la decisión de denegación total o parcial de los derechos específicamente establecidos por la ley, en defensa de las personas cuyos datos personales obran en los ficheros automatizados, deba ser motivada y notificada al afectado,

b) El control por parte del Director de la Agencia de Protección de Datos u Organismo Competente de la Comunidad Autónoma debe circunscribirse a deslindar la procedencia de la denegación operada, lo que exige un examen de la concurrencia de una motivación de la decisión de denegación vertebrada en torno a alguno de los supuestos legales específicamente establecidos.

23. Resulta criticable la introducción por el legislador, de criterios como indulto, la rehabilitación para la apreciación de la necesidad de la cancelación de los datos de carácter personal, dado que en instantes procesales anteriores a tales hechos dejan de ser necesarios los datos almacenados para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

4. La transferencia internacional de datos

Se posibilita, sin necesidad de autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos,

a) La transmisión de los datos registrados, en los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a servicios policiales de otros Estados siempre que:

- lo exijan las necesidades de una investigación policial que se está realizando,
- se realice por conducto de Interpol o vías alternativas previstas en Convenios Internacionales en los que España sea parte.

b) La transmisión de los datos registrados en la parte española del Sistema de Información Schengen, siempre que:

- lo exijan necesidades de una investigación policial en curso,
- su destinatario sea la unidad de apoyo del sistema de Información.

5. Legislación específica para la Policía Autónoma Vasca

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco²⁴, se incardina en la estructura orgánica del Departamento de Interior el denominado *Centro de Elaboración de Datos para el Servicio Policial*, órgano administrativo al que se confiere el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal con una doble finalidad:

- permitir su utilización por los servicios policiales para el cumplimiento de las funciones que legalmente tienen conferidas (prevención de la seguridad ciudadana e investigación de hechos de apariencia delictiva),

- facilitar su entrega a órganos jurisdiccionales o del Ministerio Fiscal, cuando sean requeridos por los mismos en el seno de una investigación penal, o a órganos administrativos o personas privadas, con sujeción plena al régimen jurídico contenido en el Convenio de Estrasburgo de 28 de enero de 1981; Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; desarrollo reglamentario de la mentada ley y legislación específica que, para los ficheros públicos, emanen de las instituciones competentes del País Vasco.

Como novedad de la ley cabe resaltar que el sistema de tutela instaurado en la legislación estatal, de tipo administrativo, a través de la Agencia de Protección de Datos, y de tipo judicial, a través de la actuación de los órganos de los diversos órdenes jurisdiccionales, se ve reforzado con una tutela de naturaleza política, al conferirse a una Comisión del Parlamento Vasco el control del cumplimiento del sistema legal, por parte del Centro de Elaboración de Datos para el Servicio

24. Boletín Oficial del País Vasco de 11 de agosto de 1992.

Policial. La mentada Comisión, que ejercerá su control a través de la verificación periódica de los programas informáticos utilizados así como del examen de las informaciones que solicite, podrá ordenar la cancelación, corrección o integración de los datos automatizados que sean inexactos o que violen las previsiones reguladoras de los derechos fundamentales²⁵.

IV. DERECHO A LA INTIMIDAD: ÁMBITO VITAL DE UNA PERSONA AJENA AL CONOCIMIENTO DE TERCEROS

1. Intervenciones Corporales

A. Delimitación conceptual

Las intervenciones corporales cabe definir las como el conjunto de medidas de investigación que, en el seno de un proceso penal, recaen sobre la realidad corporal de una persona, sea el inculcado o un tercero, para la búsqueda de fuentes de prueba de la comisión de un ilícito penal o de la identidad de la persona que ha protagonizado el mismo²⁶. Este marco conceptual permite señalar como líneas directrices:

- el carácter heterogéneo de las diligencias que pueden encuadrarse en su seno, dado que encuentran cobijo el análisis de sangre para la obtención del ADN, los cacheos policiales, la práctica de una prueba de alcoholemia, la toma de huellas dactilares, obtención de pelos, la práctica de registros anales o vaginales...

- la amplitud de los sujetos pasivos susceptibles de ser sometidos a su realización, al encontrar cabida, no sólo la persona o personas sobre las que existen sospechas razonables de participación en el hecho de contornos delictivos que se investiga, sino también terceros, incluida la víctima, en el supuesto de que tal actuación fuera imprescindible para la obtención de una fuente de prueba (así búsqueda de vestigios del delito en la ropa o el cuerpo para la realización de un ulterior análisis en orden a deslindar el perfil genético del autor del delito).

- la presencia de una constelación de derechos fundamentales que, en principio, pudieran considerarse afectados por la práctica de las mentadas diligencias de investigación (derecho a la vida e integridad física, derecho a la libertad deambulatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la intimidad).

25. Una eficaz tutela al titular de los derechos fundamentales, afectado por la ilegítima actuación del Centro de Elaboración de Datos para el Servicio Policial, exige una comunicación, por la Comisión del Parlamento Vasco, al afectado en orden a poder ejercitar las acciones específicamente establecidas por el ordenamiento jurídico para restablecer los efectos de la anómala situación producida.

26. GONZALEZ CUELLAR define las intervenciones corporales como todas aquellas medidas de investigación que, dentro del proceso, tienen por objeto el cuerpo de una persona y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Colex. Madrid. 1990.

*En el presente trabajo vamos a centrarnos en el examen de los presupuestos de legitimidad jurídica de tal medio de obtención de una fuente de prueba, desde la vertiente del derecho a la intimidad*²⁷

B. Presupuestos habilitantes

A estos efectos, el examen de esta materia exige deslindar claramente dos presupuestos:

a) Contenido esencial del derecho a la intimidad corporal, en orden a perfilar las conductas que suponen *per se* una afección del derecho fundamental por ubicarse dentro de los límites o contornos del mismo.

b) Existencia o no de posibilidades de afección del derecho fundamental a la intimidad y, en tal caso, presupuestos de tal afección.

En lo atinente al concepto de intimidad corporal subsumible en el área del derecho fundamental a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional ha acogido la denominada *concepción cultural de la intimidad*²⁸, al afirmar que el ámbito de intimidad corporal susceptible de protección constitucional, ex artículo 18.1 CE, no se extiende a la totalidad del cuerpo humano como realidad física, sino sólo a aquellas partes del cuerpo que, con arreglo a las convicciones culturales existentes en el entramado social, se encuentran excluidas del conocimiento ajeno. De ahí que no puedan entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que opera o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, conforme a criterios generales, una violación del pudor o del recato de la persona.

En lo referido a las limitaciones del derecho fundamental a la intimidad corporal, la inmisión en la zona protegida, como medio de obtención de fuentes de prueba, sólo encuentra legitimidad jurídica cuando se cumplan las exigencias del:

– *principio de legalidad*: exige que la intervención en la parte del cuerpo de una persona, incardinables en la zona pudorosa o de recato personal, se encuentre prevista en una norma jurídica con rango de ley.

– *principio de jurisdiccionalidad*: precisa la presencia de una resolución judicial motivada que autorice la injerencia en el campo de la intimidad corporal protegible (ex artículo 18.1 CE).

– *principio de necesidad*: confiere un carácter subsidiario a toda diligencia que conlleve una injerencia en el ámbito de la intimidad corporal protegible constitucionalmente, ciñendo tales actuaciones a los supuestos en los que no puede obte-

27. No va a ser objeto de este estudio, por exceder de su objeto, las posibles injerencias en el ámbito del derecho a la integridad física, libertad personal y derecho a no declarar contra sí mismo, si bien debe dejarse constancia de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido uniforme a la hora de reseñar que el sometimiento a la práctica de una diligencia corporal, siempre que se autorice por un órgano judicial de manera motivada en el seno de un proceso, no conlleva una lesión a los mentados derechos.

28. Así STC 120/1990; 137/1990 y 74/94.

nerse un resultado equiparable por medio de diligencias menos invasoras para la dignidad personal.

– *principio de proporcionalidad*: garantiza que el enorme sacrificio, en términos jurídicos, que conlleva la afección de un derecho fundamental sólo resulte justificado cuando se persigue la satisfacción de un interés público de especial intensidad, supuesto sólo acaecible en delitos graves, conceptuando como tales no sólo los que tienen asignada una pena grave sino también los que tienen una gran relevancia social²⁹.

A partir de estas premisas conceptuales habrá que concluir que:

a) Existen diligencias que por las zonas del cuerpo sobre las que se realizan (por ejemplo, cacheo sobre la superficie del cuerpo³⁰) o por los medios empleados (por ejemplo, examen radiológico) no constituyen injerencias en la intimidad corporal, al no existir una afección de realidades físicas que, desde la óptica cultural predominante en el colectivo social, pueden estimarse como inmisión en el sentimiento de pudor o recato.

b) Existen diligencias que por las zonas anatómicas afectadas (registro anal o vaginal) constituyen indiscutiblemente una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, razón por la cual su legitimidad jurídica vendrá supeditada a la existencia de una previsión legal específica; una resolución motivada emitida por un juez de instrucción, en el seno de un proceso penal incoado para la investigación de un hecho grave por su penalidad o por su relevancia social. En este ámbito, conviene tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros como el alemán³¹, no existe una regulación uniforme de las intromisiones en la esfera personal como fuente de prueba en el seno de una investigación penal, existiendo

29. Por todas, STS 14.6.1993.

30. *Específica mención debe realizarse a los cacheos policiales con desnudo integral de la persona afectada*. En estos casos, tal y como ha tenido ocasión de señalar el TC en la sentencia 57/94, pronunciada en un supuesto de cacheo protagonizado en el interior de un establecimiento penitenciario, es preciso que concurren indicios específicos que avalen la ocultación de objetos ilícitos o susceptibles de generar un mal al propio cacheado o a terceras personas; una motivación específica por parte del responsable de la Administración que avale la adopción de la medida con constancia explícita en el atestado o en el libro de registro de la Comisaría; una ejecución de la medida en condiciones menos lesivas para la intimidad, mediante su realización en dependencias adecuadas, no visible por terceras personas, y por personal del mismo sexo que el cacheado. Tales previsiones se encuentran actualmente recogidas en el artículo 68 del Nuevo Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, existiendo, en el momento de redactarse este trabajo, una comunicación del Defensor del Pueblo dirigida al Ministro del Interior solicitando información sobre los supuestos en los que se procede al cacheo con desnudo integral en el interior de las Comisarias, así como sobre el modo de ejecución de tales medidas.

31. La ley procesal alemana (StPO) de 7 de enero de 1975 establece, en su §81 a) la posibilidad de que se ordene la investigación corporal del inculcado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculcado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. La facultad para ordenar tal medida de investigación se confiere al juez, si bien, en caso de retraso que pueda perjudicar el éxito de la investigación, puede ser ordenada por el Fiscal o sus ayudantes.

preceptos desperdigados a lo largo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³², de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia Imagen³³ o del Real Decreto Legislativo 330/1990, de 2 de marzo, sobre Seguridad y Tráfico Vial³⁴, que suponen un esquema normativo notoriamente insuficiente, dado que o bien hacen referencia a diligencias periciales, (ámbito en el que la actuación policial como Policía Científica encuentra un encaje forzado) o bien se limitan a reseñar, como supuestos de intromisión legítima en la intimidad personal, los autorizados por la autoridad competente con arreglo a la Ley (conceptuando como autoridad competente a la autoridad judicial, nos sigue faltando la ley) o bien contienen supuestos de autorización jurisdiccional para la práctica de diligencias, como la extracción de sangre, en los que no existe una afección del derecho a la intimidad corporal (resultan afectados, en su caso, otros derechos fundamentales). La insuficiencia normativa referida se convierte en carencia absoluta de previsión cuando las diligencias corporales tienen por destinatario, no la persona del imputado, sino un tercero³⁵, razón por la cual en ningún caso podrá acordarse, fuera de los supuestos de consentimiento, una diligencia de examen personal de un tercero, por exigencias indeclinables del principio de legalidad, de cumplimiento escrupuloso en este ámbito³⁶.

C. Naturaleza jurídica: obligación o carga procesal

Perfilados los supuestos de intromisión legítima en el derecho fundamental a la intimidad, el debate jurídico se centra en dilucidar si el sometimiento del sujeto pasivo del proceso penal a la práctica de la intervención corporal, acordada por una autoridad judicial, constituye una obligación procesal, cuyo cumplimiento debe lograrse de una manera coactiva, ora de manera específica mediante el ejercicio de la fuerza física, ora de manera genérica a través de una sanción por la falta de colaboración con el órgano judicial, o constituye una carga procesal, cuya falta de asunción provocará, en su caso, su utilización como indicio incriminatorio en el seno del proceso penal.

La doctrina del Tribunal Constitucional no adopta una postura diáfana a la hora de enfrentarse al tema de la ejecutividad de las intervenciones corporales acordadas por un auto judicial motivado. Así en la STC 37/89 señala que *podía la interesada haber sido compelida a su ejecución mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero, claro*

32. Artículos 339 y 478.

33. Artículo 8.1.

34. Artículo 12.2.

35. Por ejemplo, búsqueda de huellas del delito en sus ropas o en su cuerpo, extracción de ADN.

36. El §81 b) de la ley procesal alemana (StPO) de 7 de enero de 1975 permite la intervención corporal de terceras personas si se encuentra en su cuerpo una huella determinada, autorizando, incluso, la extracción de sangre no consentida cuando no existe peligro para la salud y la medida fuera imprescindible para el descubrimiento de la verdad.

está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la CE. Por lo tanto, admite tanto la producción de efectos jurídicos propios de la conceptualización del sometimiento a la intervención corporal como carga procesal (utilización como indicio incriminatorio de la negativa al reconocimiento personal) como de consecuencias jurídicas propias de su consideración como obligación procesal (imposición de sanciones por su incumplimiento aunque deja claro que no cabe su ejecución específica).

Parece ascender un peldaño más el propio TC, en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, pronunciada en torno a la prueba biológica en los procesos de filiación, proporcionando argumentos favorables a la presencia de un *deber jurídico del sujeto pasivo del proceso en orden a soportar intromisiones sobre su organismo corporal de los que pueden derivarse fuentes de prueba frente a su persona.* Así, tras reseñar los requisitos que deben recaer en la decisión judicial que ordena la práctica de la prueba biológica, en esencia, explicitación de las razones que abonan la necesidad y proporcionalidad de tal tipo de prueba para incidir en la esfera de los derechos fundamentales afectados, y exteriorizar la importancia de la prueba en un proceso que pretende la verdad material en una esfera jurídica de relevante interés público, señala que *“en lo referente a la actividad probatoria sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles, en las condiciones antes examinadas y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador en su resolución ahora impugnada. Sin desconocer la conveniencia –apreciada por los Tribunales de las distintas instancias– de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al juez los medios suficientes para actuar con la diligencia que le exige el mandato constitucional y, por lo dicho, resulta imperativa su utilización”.* Estas consideraciones del TC, que han llevado a un sector doctrinal a sostener que el máximo intérprete de la Constitución configura el sometimiento de una parte procesal a la práctica sobre el propio cuerpo de actuaciones tendentes a la obtención de una fuente de prueba como deber jurídico coercible mediante el empleo de la fuerza física³⁷, no parece ser seguida en la doctrina sentada en sentencias posteriores del Tribunal Supremo³⁸ en las que se consolida la conceptualización de la intervención corporal como obligación procesal sus-

37. Afirma GIMENO SENDRA que “en el Derecho Comparado suele ser obligatorio el análisis sanguíneo, y que en los Tribunales Constitucionales europeos es común denominador el reconocimiento de la legitimidad de tales actos de investigación coactivos, siempre que sean absolutamente respetuosos con el principio de proporcionalidad, de tal suerte que nunca puedan entrañar riesgos a la salud para su destinatario, confiándose su realización a personal sanitario”. *Derecho Procesal II, El Proceso Penal.* ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ, Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 1990, pág. 336. En el mismo sentido, GONZALEZ CUELLAR, esgrimiendo razones de necesidad en la investigación para evitar zonas de impunidad así como insuficiencia del expediente de acudir a instar un proceso penal por desobediencia. *Op. Cit.* pág.295.

38. STS de 7 y 21 de junio de 1994.

ceptible de generar consecuencias jurídicas de signo sancionador para la persona que se opone a su realización, cerrando el paso al empleo de la fuerza física como medio de lograr el cumplimiento efectivo del auto judicial por reputarlo, en línea con la primigenia doctrina del TC, contraria a las exigencias del artículo 15 CE³⁹.

2. Medios Técnicos de Reproducción de la Imagen

A. Legitimidad jurídica de su utilización como medio de investigación

En el cumplimiento de las funciones de prevención e investigación de delitos y descubrimiento de su autor conferidos legalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículos 126 CE; 11f y g de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; artículo 445 de la Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial, artículo 26 de la Ley 4/1992 de Policía del País Vasco) resulta incuestionable que las mismas puedan desarrollar sus funciones con la utilización de los medios técnicos suministrados por el desarrollo tecnológico del colectivo social. Por ello, *el debate no se centra en la legitimidad de la utilización de videocámaras por los agentes de la autoridad en su labor de investigación de hechos delictivos, sino en la delimitación de las coordenadas en las que se debe desenvolver su uso para no constituir una injerencia abusiva en el seno de los Derechos Fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen*. A estos efectos, conviene deslindar que el contenido del derecho a la intimidad no puede describirse acudiendo a criterios físicos o espaciales, según los cuales la privacidad únicamente se extiende al domicilio o espacios cerrados sujetos al dominio funcional de una persona sin abarcar en ningún caso los denominados espacios públicos⁴⁰, dado que en el mentado espacio público se exteriorizan relaciones interpersonales y conductas vitales que, examinadas en su globalidad, pueden descifrar caracteres esenciales de la personalidad de un individuo, tales como personas con las que uno se relaciona,

39. Así, como paradigma de esta posición jurídica cabe recoger la sentencia de 7 de junio de 1994. En el relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial, a la que sucintamente se hace referencia, se afirma que sorprendida una mujer por una dotación policial cuando vendía heroína a unos jóvenes y requerida para que sacara la droga que había ocultado en la vagina, ante la negativa de la mujer, los agentes policiales ponen los hechos en conocimiento de la autoridad judicial que emite un auto para que se proceda a su examen o reconocimiento por el Servicio de Ginecología de un hospital materno infantil. Requerida la mujer para el cumplimiento de la orden judicial, la misma se opone a su ejecución. El Alto Tribunal, tras reconocer la legitimidad de la orden judicial, casa la sentencia de la Audiencia Provincial, en la que se había condenado a la acusada por un delito contra la salud pública y por un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, respecto a la condena por un delito de desobediencia grave a la autoridad, *no porque este tipo resulte inaplicable frente a conductas que de manera pasiva se opongan a la práctica de un reconocimiento corporal judicialmente acordado, sino porque ante la negativa de la imputada no se procedió a la reiteración del mandato con los apercibimientos legales*.

40. De ahí que toda colocación en la vía pública de aparatos fijos o móviles de captación y reproducción de la imagen de una persona suponga una incidencia en el derecho a la intimidad y a la imagen de las personas, cuya legitimidad jurídica vendrá dada por la existencia de una previsión legal y la concurrencia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad. En todo caso, como la afección no afecta al núcleo esencial del derecho no será precisa una autorización judicial previa, de necesaria presencia cuando se trata de incidir en el núcleo esencial del derecho a la intimidad, como la toma de imágenes en el interior del domicilio.

ámbitos o lugares de esparcimiento que visita⁴¹. Cuestión distinta será el reconocer que el ámbito de afección del Derecho Fundamental a la intimidad es más intenso en los supuestos de captación de la imagen de una persona en el interior de un domicilio que en los casos de obtención de la imagen en actividades desarrolladas en lugares públicos, cuestión relevante a la hora de diseñar los requisitos que el ordenamiento jurídico introduzca para pergeñar los elementos de necesidad y proporcionalidad de la injerencia. Así, la obtención de la imagen de una persona en el interior de su domicilio requerirá siempre del aval de un auto judicial motivado, mientras la captación de la misma en lugares públicos no precisará de esta cobertura judicial previa si bien deberá, en todo caso, resultar avalada por la presencia de razones preventivas o de investigación delictiva claramente diseñadas.

B. Doctrina jurisprudencial

En todo caso, el Tribunal Supremo⁴² deja debida constancia de la *plena legitimidad jurídica* de la captación policial de imágenes de las personas sospechosas en el momento que se supone fundadamente que están cometiendo un hecho delictivo, *siempre que la grabación se extienda a comportamientos verificados en espacios públicos*, sin incidir, en ningún caso, en el seno del domicilio o en lugares en los que se desenvuelvan actividades privadas inmunes a la intervención de terceras personas. Por lo tanto, no basta con que el emplazamiento de los aparatos de filmación se encuentren extramuros del espacio físico en el que se desenvuelve la privacidad de la persona sino que es necesario que no se capten comportamientos que tengan lugar en el interior del recinto sometido al señorío de la privacidad.

Todo intento por captar imágenes de las conductas que se desarrollan en el interior de un domicilio debe contar con el necesario respaldo judicial plasmado en un auto que, en palabras del TS⁴³ “goce de suficiente motivación y que responda por analogía a las exigencias y requisitos de las intervenciones telefónicas, esto es, tomarse en el curso de un procedimiento penal, existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave (sancionado con pena superior a prisión menor), imposibilidad o gran dificultad de averiguación de la grave infracción por otra vía, control judicial de la intervención y fijación por el juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo una medida tan excepcional”. La base jurídica de tal decisión judicial se encontraría en el artículo

41. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, Sala Primera, ha tenido ocasión de señalar que el ciudadano no pierde sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por el simple hecho de salir a la vía pública o abandonar su domicilio, mientras la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 10 de enero de 1995, Sección Primera, reseña que “No podríamos concluir que todas las actividades que los ciudadanos desarrollamos en público sean públicas como contrapuestas a íntimas o privadas. Existen manifestaciones públicas de esferas privadas: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan por la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos, se desarrollan en el exterior pero inevitablemente reflejan datos e información sobre aspectos concretos de nuestra personalidad, de nuestros gustos y preferencias”.

42. En sentencias de 6 de mayo de 1993, 7 de febrero de 1994, y 6 de abril de 1994 y 27 de febrero de 1996.

43. Sentencia de 6 de mayo de 1993.

8 de la LO de 5 de mayo de 1982 reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que reputa legítima cualquier intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales tutelados en la citada ley, *autorizadas o acordadas por autoridad competente*.

En todo caso, la necesidad de conceptuar como prueba en el proceso penal los actos tendentes a acreditar los hechos introducidos en el proceso que se evacúen en el plenario en condiciones que permitan su percepción personal por el juzgador (inmediación) y la intervención dialéctica de las partes procesales (contradicción) conlleva que la filmación videográfica sólo alcance el carácter de prueba cuando se procede a su proyección en el acto de juicio oral⁴⁴.

C. Proyecto de Ley Orgánica por el que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos

El proyecto de Ley Orgánica por el que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos⁴⁵ trata, en palabras de su exposición de motivos, de “proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública”. En consecuencia, el proyecto en cuestión persigue dar cumplimiento al primero de los *requisitos instituidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950: previsión legal de la injerencia en la vida privada de las personas, para conferir legitimidad a las limitaciones del Derecho a la Intimidad provenientes de la actuación de los agentes policiales*.

a) Delimitación conceptual

El proyecto de ley fija su campo de actuación acudiendo a tres criterios, de signo objetivo o material (tipos de medios técnicos utilizables), subjetivo (personas legitimadas para su utilización) y espacial o físico (lugar en el que se produce su utilización).

Criterio objetivo: en aras a garantizar la pervivencia de la ley frente a los desarrollos de la técnica, el legislador, tras reseñar que la norma tiene por objeto la regulación del uso de las videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles, introduce un concepto auténtico de videocámara muy amplio al conceptuar como tal cualquier sistema de captación de imagen y sonido, y ubicar en su seno la mera toma de imágenes y sonidos acompañada de su grabación en soporte separado (artículo 1.2).

Criterio subjetivo: se regula la utilización de las videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de las funciones que legalmente

44. Así sentencias de 11 de febrero de 1994 y 28 de febrero de 1995.

45. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4 de octubre de 1996.

tienen conferidas en el seno de la prevención e investigación de los delitos (queda extramuro, de la ley, la utilización de vídeos por particulares o por agentes policiales fuera del marco de las funciones que legalmente tienen otorgadas).

Criterio espacial: necesariamente la toma de imágenes y/o sonidos, a través de sistemas técnicos de captación, debe realizarse en lugares públicos, sin afectar a la toma de imágenes en el ámbito del domicilio que, en todo caso, exigirá autorización judicial previa adoptada por un Juez de Instrucción en el seno de un proceso penal, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 1 y 6.5⁴⁶).

b) Principios vertebrales en la utilización de videocámaras

Legalidad: la utilización legítima de videocámaras requerirá la concurrencia de una situación específica, que habilite el empleo de tales medios técnicos, así como de una autorización explícita, conferida por organismos distintos según sea el tipo de cámara utilizable. Así:

– *Supuestos habilitantes:* en el caso de utilización de videocámaras fijas será preciso la presencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, mientras el empleo de cámaras móviles requerirá la existencia de un peligro concreto para la convivencia ordenada en la vía pública⁴⁷.

– Autorizaciones

– *Instalaciones fijas:* no obstante la confusa redacción legal de los dos primeros ordinales del artículo 3 del Proyecto⁴⁸, la exégesis sistemática de los mismos, a la luz de la exposición de motivos, permite concluir que la solicitud de instalación fija de videocámara requerirá una autorización, mediante resolución motivada, del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, previo informe de un órgano colegiado, presidido por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración⁴⁹. El informe de la mentada Comisión ostenta un carácter vinculante para la autoridad político-administrativa si es contrario a la autorización⁵⁰, sin que la autoridad

46. Esta mención al domicilio es redundante, dado que el artículo 1 del proyecto delimita que la norma trata de regular el uso de videocámaras en la vía pública, lo que supone una exclusión del domicilio.

47. El carácter eminentemente preventivo o disuasorio de las cámaras fijas conlleva que su instalación se supedita a la presencia de un riesgo abstracto para la seguridad ciudadana, evaluable con arreglo a los parámetros del hombre medio, mientras el carácter claramente investigador de la comisión de un ilícito, predicable de las cámaras móviles permite que su utilización venga supeditada a la presencia de un peligro concreto para la indemnidad de las personas o bienes radicados en la vía pública.

48. Su tenor literal parece dar a entender que existen dos comisiones distintas para evacuar un informe sobre la necesidad de proceder a la autorización.

49. La configuración de un magistrado como miembro nato de la Comisión obedece a su papel constitucional de garante de los derechos fundamentales, ex artículo 117-4 CE.

50. También creo que el carácter vinculante del informe debe extenderse a los supuestos en los que la comisión introduzca requisitos adicionales a la solicitud original en aras a evitar injerencias injustificadas en los derechos de la personalidad.

político-administrativa se encuentre sujeta al informe de la Comisión, cuando este último es favorable a la petición de instalación⁵¹.

– *videocámaras móviles*: autorización previa del máximo responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nivel provincial, salvo que concurra una urgencia máxima o una imposibilidad de obtener a tiempo la autorización, en atención a las circunstancias concurrentes⁵², en cuyo caso se podrá hacer uso de las videocámaras móviles, con dación de cuenta⁵³ al jefe policial⁵⁴ y a la comisión referida anteriormente, comisión que podrá requerir la entrega del soporte físico original y emitir el correspondiente informe⁵⁵.

Necesidad: la utilización de las videocámaras sólo será legítima cuando resulte precisa para el mantenimiento de la convivencia ciudadana en las vías públicas, ora por su carácter disuasorio de la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas relacionadas con la seguridad pública, ora por su funcionalidad para obtener fuentes de prueba de un ilícito, penal o administrativo. Ello ocurrirá en zonas en que, por la ubicación en su seno de edificios públicos o por su utilización como lugar de concentraciones caracterizadas por su incitación a la comisión de actos violentos, es previsible el surgimiento de comportamientos de signo delictivo o que den vida a infracciones administrativas⁵⁶.

Proporcionalidad: exigirá, en cada caso, un juicio de ponderación de la finalidad perseguida con la instalación o utilización de videocámaras (prevención de actos delictivos o de infracciones de signo administrativo) y el nivel de injerencia en el derecho a la intimidad e imagen de las personas (zonas de gran acceso ciudadano por su ubicación, por los lugares de esparcimiento existentes, por edificios públicos en ellas radicados). En todo caso, el necesario equilibrio entre la incidencia en los derechos de la personalidad y el interés público que se trata de satisfacer debe estar latente no sólo en la fase previa a la autorización sino también en la ejecución de las actividades de captación, grabado y uso de las imágenes y sonidos de las personas dado que:

– las grabaciones deberán ser destruidas en el plazo máximo de un mes, salvo que estén relacionadas con un procedimiento judicial por infracción penal, un procedimiento administrativo por infracciones administrativas muy graves o graves en materia de seguridad pública o una investigación policial en curso, en cuyo caso deberán ser custodiadas mientras sean necesarias para aportar fuentes de prueba en

51. Con las matizaciones señaladas en la nota anterior.

52. Parece difícil atisbar una situación de urgencia no anudable a la imposibilidad de obtener la autorización precisa para la utilización de las videocámaras.

53. Debe ser inmediata.

54. Con tal expresión debe referirse al responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nivel provincial, al conferirse el mismo las facultades de autorización en circunstancias normales.

55. El precepto no es claro a la hora de especificar si el informe debe ser emitido en todo caso o sólo cuando la comisión requiera los soportes físicos.

56. Se trata de evitar un sistema de vigilancia indiscriminada de la vía pública que conllevaría una injerencia abusiva en el derecho a la intimidad y propia imagen de los ciudadanos que por ella transitan.

los mentados procesos (artículo 8)⁵⁷. La mención que hace el legislador a la custodia de las grabaciones por un órgano gubernativo, que se determinará reglamentariamente, deberá quedar ceñido al supuesto de investigaciones policiales, dado que, si la grabación a través de la videocámara capta la comisión de un ilícito penal deberá ser entregado el soporte original de las imágenes a la autoridad judicial competente y si lo captado es un ilícito administrativo, el soporte debe ser remitido al órgano competente para instruir el procedimiento sancionador (artículos 7, 1 y 2 del anteproyecto).

– Las personas que, por razón de sus cargos, tengan conocimiento de las grabaciones están obligadas a guardar reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas.

– No podrán realizar cesiones o copias de las imágenes y sonidos salvo para los fines previstos en el momento de su obtención⁵⁸.

– Las personas interesadas⁵⁹ podrán instar el acceso a las grabaciones para instar su cancelación. En todo caso, este derecho sólo podrá ejercitarse cuando no se haya incoado un proceso judicial o no exista una investigación policial en curso, dado que en tales casos la conservación de las grabaciones es lícita o, fuera de estos supuestos, haya transcurrido un mes desde la obtención de la imagen, dado que hasta ese momento es lícita la conservación de las grabaciones aunque no se hayan captado imágenes que denoten la realización de un ilícito penal o administrativo⁶⁰.

Jurisdiccionalidad: si la filmación realizada captara la comisión de hechos presuntamente constitutivos de un ilícito penal, establece el artículo 7 que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pondrán el soporte original a disposición judicial “con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas desde su grabación”, precisando el proyecto que cualquier demora respecto a este último plazo, 72 horas, deberá ser justificado. Precepto enormemente criticable dado que el criterio más acorde con el criterio de proporcionalidad, que aboga por la exigencia indeclinable de un control judicial inmediato sobre las fuentes de prueba de un ilícito penal que consta en un sistema técnico de reproducción, queda enormemente mediatizado cuando se posibilita la entrega en el plazo de 72 horas desde la grabación, sin especificar las razones que pueden justificar tal demora, y plenamente arrumbado cuando se apunta la posibilidad de una demora superior a las 72 horas, ésta sí debidamente justificada.

57. Dicción legal confusa, dado que carece de sentido la pervivencia de la grabación si no existe infracción penal o administrativa.

58. No se entiende la previsión realizada sobre la obtención de copias dado que si la grabación captó la realización de un ilícito penal o administrativo la funcionalidad perseguida, obtención fuente de prueba, ya se ha conseguido, razón por la cual no resulta legítimo realizar una copia y, en el supuesto de ausencia de tales infracciones, los originales de las grabaciones deben ser destruidos en el plazo de un mes, lo que conlleva considerar ilegítimo la obtención y conservación de una copia.

59. Como tales habrá que conceptuar a las personas que han transitado por el lugar en el que se ha utilizado una videocámara fija, cuya existencia es objeto de comunicación pública, o móvil.

60. Resulta difícil conciliar esta pervivencia del material grabado en manos de los agentes de la autoridad con el derecho a la intimidad personal.

A modo de conclusión, debe afirmarse que, desde la perspectiva desde la que se aborda este estudio, la obtención de la grabación de un hecho delictivo mediante la utilización de una videocámara, con sujeción al régimen instaurado por el Proyecto de ley, garantizará que tal grabación ostente el carácter de prueba, sin que ello conlleve que *per se* tenga fuerza suficiente para fundar una sentencia condenatoria, dado que tal efecto jurídico supone una manifestación explícita de la potestad jurisdiccional, artículo 117.4 CE, de valorar, de manera razonada y razonable, las pruebas que se practiquen en presencia del juzgador (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁶¹.

3. El Secreto de las Comunicaciones

A) Planteamiento general

Establece el artículo 18.3 CE que se garantiza el secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. A partir de esta dicción del precepto constitucional deben tenerse en cuenta las siguientes precisiones a la hora de delimitar el contenido material de este derecho fundamental:

a) *Objeto del secreto*: se garantiza el secreto de la propia comunicación, razón por la cual el deber de no injerencia en las comunicaciones no decae por el hecho de que lo comunicado, el contenido de la comunicación, no forme parte de la intimidad de ninguno de los comunicantes. En palabras del máximo intérprete de la Constitución⁶², en la sentencia 114/834, “el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En todo caso, el deber de no injerencia en las comunicaciones ajenas se extiende tanto al objeto de la comunicación como a la identidad de las personas comunicantes⁶³.

b) *Tipo de comunicación protegida*: se encuentra bajo el área de protección constitucional no sólo la correspondencia postal, telegráfica y telefónica, incluyendo en esta última tanto las comunicaciones alámbricas como inalámbricas⁶⁴, sino también cualquier proceso de comunicación interpersonal vedado al acceso de ter-

61. Ello no supone que el proyecto carezca de utilidad jurídica, dado que corresponde al legislador deslindar los requisitos que deben presidir la obtención de las fuentes de prueba sin deferir tales ámbitos a criterios jurisprudenciales siempre rodeados de matices e inseguridades.

62. En la sentencia 114/84.

63. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 2 de agosto de 1984, tuvo ocasión de señalar que el artículo 8 del Convenio, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar, puede ser vulnerado por el empleo de un artificio técnico que permite registrar cuáles han sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque con ello no se acceda a desvelar el contenido de la conversación.

64. La Constitución ha reservado a la autoridad judicial todo tipo de intervención telefónica, se efectúe ésta a través del cable o del espacio radioeléctrico, telefonía digital. Así STC 11 marzo 1996.

ceras personas⁶⁵. A estos efectos, la referencia que hace el artículo 18.3 CE a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas es meramente ejemplificativa.

c) *Personas sujetas al deber de secreto*: el derecho de secreto de las comunicaciones trata de preservar la intangibilidad del proceso de comunicación frente a terceros, razón por la cual no puede ser destinatario de tal derecho fundamental ninguno de los intervinientes en el proceso de comunicación. Por ello, la norma constitucional tiene necesariamente como destinatarios a terceros ajenos a la conversación, sin que la grabación y desvelamiento de la conversación por parte de uno de los intervinientes en la misma suponga una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de la posible injerencia ilícita en el derecho a la intimidad si el contenido de la conversación incide en alguno de los planos que forman parte de este derecho fundamental⁶⁶.

Ciertamente esta delimitación de los sujetos obligados por el deber de secreto de las comunicaciones puede plantear especiales problemas *en el campo de los agentes policiales infiltrados en organizaciones criminales que proceden a la grabación de las conversaciones mantenidas con miembros de la mentada organización*. A estos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una doctrina notablemente mediatizada por la actuación del agente encubierto o infiltrado en el caso concreto. Así:

– si el agente policial se limita a grabar una conversación mantenida con uno o varios de los miembros de la banda criminal en los que se deslizan datos referidos a hechos criminales cuya exteriorización no ha sido expresamente provocada por el agente encubierto, la grabación no contraviene el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dado que “desde que el interesado es consciente de que desarrolla una actividad ilícita, también lo es de que existe el riesgo de ser objeto de prácticas encubiertas”⁶⁷.

– si el agente policial graba una conversación mantenida con uno o varios de los miembros de la banda criminal inspirada por el agente policial se produce una vulneración del derecho fundamental contenido en el artículo 8 CEDH⁶⁸.

B) Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas

Frente a otras manifestaciones explícitas del derecho a la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones únicamente

65. Comunicaciones telemáticas, por ejemplo, correo electrónico en el sistema INTERNET.

66. Véase en este sentido la STC 114/84 en la que se niega toda infracción al derecho fundamental, contenido en el artículo 18.3 CE, en el supuesto de grabación de una conversación telefónica por parte de uno de los intervinientes de la conversación, en la que se formulan determinados juicios peyorativos sobre la Dirección de la Empresa, que ulteriormente son utilizados en el proceso por despido.

67. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia Ludwwig Ludi contra Suiza, de 15 de junio de 1992.

68. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia caso Francis, de 23 de noviembre de 1994.

puede ser limitado por una resolución judicial motivada adoptada por un juez instructor en el seno de un proceso penal incoado para la investigación de un hecho criminal grave, en la medida en que ello resulte necesario para preconstituir la prueba sobre la comisión del mentado hecho o la persona de su autor⁶⁹ (artículos 18-3 CE y 579 LECriminal).

Por lo tanto, la legitimidad jurídica de toda intervención telefónica, con el contenido material anteriormente delimitado, exige la concurrencia de los siguientes principios:

a) *Principio de legalidad*: necesidad de que la tal injerencia en el área de intimidad de la persona se encuentre prevista en una norma jurídica con rango de ley⁷⁰. El mentado principio encuentra acogida con la introducción, por ley orgánica 4/1988, del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuyo ordinal segundo y tercero se posibilita la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado o de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, con independencia de que el canal de comunicación sea el teléfono titularizado por la persona sobre la que recaen indicios de criminalidad o un teléfono de titularidad ajena utilizado por el imputado para “la realización de sus fines delictivos” (ordinal segundo in fine del artículo 579 LECrim).

b) *Principio de jurisdiccionalidad*: única y exclusivamente cabe la injerencia en las comunicaciones telefónicas del imputado por la autorización conferida por un operador judicial en el seno de una instrucción judicial (ya sean diligencias previas o sumario). En todo caso, el cumplimiento por el operador judicial de su función constitucional de garante de los derechos fundamentales de las personas implicadas en un proceso penal exige una cumplida motivación de las razones que avalan la intervención telefónica⁷¹, así como una específica mención al número telefónico objeto de intervención, persona imputada, delito investigado así como delimitación del plazo de duración de la medida⁷².

En todo caso, el deber de motivar la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se extiende a las prórrogas sin que pueda

69. Define GIMENO SENDRA la intervención telefónica como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de las llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba de hecho punible y la participación de su autor: Revista *La Ley*. 26 de abril de 1996. AÑO XVII. Número 4024.

70. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace referencia explícita al principio de legalidad en la sentencia Malone, de 2 de agosto de 1984, y sentencia Huvig, de 4 de abril de 1990.

71. Presencia de indicios o sospechas razonables de obtención a través de tal medida de una fuente de prueba sobre la comisión y/o autoría de un delito grave de muy difícil obtención a través de un medio menos lesivo, sin que pueda ser utilizado, en ningún caso, como medida de prospección general en orden a averiguar los delitos que puede cometer un ciudadano.

72. Así auto del TS, de 18.6.1992; STS de 14.6.93 y STC 85/1994 y 181/1995.

acudirse al pronunciamiento de una mera providencia o resolución carente de toda motivación⁷³.

c) *Principio de necesidad*: sólo puede acudirse a la adopción de la medida de desvelamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas cuando no existe una medida menos lesiva de los derechos fundamentales que pueda satisfacer el interés estatal en la investigación y persecución de los delitos.

d) *Principio de proporcionalidad*: el enorme sacrificio que para la plenitud de los derechos fundamentales supone su limitación conlleva que la misma sólo encuentre justificación cuando el interés estatal en la investigación penal tenga una especial relevancia, en atención a la gravedad del delito investigado, utilizando para determinar la gravedad tanto un criterio cuantitativo (importancia de la pena asignada al delito) como cualitativo (transcendencia social de los hechos investigados). En todo caso, el principio de proporcionalidad no agota sus efectos en el momento de la adopción de la medida sino que se extiende a la ejecución de la misma, que en todo momento debe ser presidida por un estricto control judicial, con entrega, en todo caso, de los soportes originales de las cintas magnetofónicas en las que se ha procedido a la grabación de conversaciones en orden a que sea el operador judicial, con asistencia del fedatario judicial y presencia de las partes, quien delimite las partes del mismo relevantes para la investigación.

C) Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones escritas

a) Concepto de correspondencia postal

Procede deslindar, en primer lugar, *el ámbito objetivo del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones postales*. A estos efectos, ha resultado polémica la extensión del secreto al contenido de *los paquetes postales*. No en vano la STS de 10 de marzo de 1989 sostenía que la correspondencia equivalía a la comunicación escrita con otra persona utilizando los servicios de correos, sin que pueda anidarse en el campo de la correspondencia, sobre la que se extiende el secreto tutelado constitucionalmente, lo que no es más que “un transporte de mercancía”. Sin embargo esta línea doctrinal ha sido abandonada por las sentencias emanadas por el Alto Tribunal, en fechas más próximas, que son contestes en *definir la correspondencia postal como la referida a todos los envíos que puedan hacerse a través del servicio postal de correos o de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios*, dado que por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo o personal⁷⁴. Para llegar a esta conclusión jurídica se utilizan argumentos que se desenvuelven en el campo constitucional (carácter expansivo de todo derecho fundamental en un sistema jurídico que eleva los derechos de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social; evitación de todo asomo de inseguridad jurídica al hacer depender la exten-

73. STC 181/95, de 11 de diciembre.

74. Así STS 22.4.94; 20.12.1994; 13.3.1995 y 5.10.1996.

sión de un derecho fundamental del aspecto externo del objeto remitido por los servicios de correos) y en el campo de la exégesis de la legislación ordinaria (sentido gramatical de la palabra: paquete con envoltorio, no muy abultado y bien dispuesto, que puede estar constituido por un conjunto de cartas o papeles que forman un mazo).

b) Apertura de la correspondencia postal: supuestos legitimadores

Una primera aproximación al tenor literal del ordinal tercero del artículo 18 de la Constitución denota que, a diferencia de la regulación contenida en el ordinal segundo respecto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, únicamente se hace referencia a la resolución judicial como límite del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. No obstante, *resulta evidente que el remitente y/o destinatario, como titulares del derecho fundamental al secreto de la comunicación por ellos protagonizada a través de los servicios postales, pueden autorizar libremente la apertura de la carta, envío o paquete para verificar su contenido*. Esta conclusión, dimanante de la propia configuración de los derechos fundamentales como espacios de autodeterminación personal frente a injerencias protagonizadas por los poderes públicos⁷⁵, se infiere también de la regulación contenida en el Reglamento de Servicios de Correos, aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964, en el que se autoriza a los funcionarios de Aduanas destinados en Correos a reconocer de oficio los envíos postales sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. En ambos casos, existe una declaración de voluntad, implícita en el supuesto de objetos abiertos y explícita en el caso de objetos portadores de una etiqueta abierta, del remitente de la correspondencia favorable a la inspección del contenido del objeto postal, por parte de los funcionarios dotados de facultades legales para ello.

No existiendo una declaración de voluntad anulatoria del titular del derecho fundamental, los funcionarios de Aduanas destinados en Correos o los miembros de la Policía Judicial podrán realizar un control externo del envío postal, sin que en ningún caso estén autorizados a abrir el mismo para comprobar su contenido. Existiendo sospechas de la posible presencia en el interior del objeto postal de objetos o efectos delictivos, necesariamente deben ponerse en conocimiento del Juzgado de Instrucción tales indicios, a efectos de que la autoridad judicial, en su caso, de forma motivada emita una resolución en la que se autorice la detención de la correspondencia para proceder a su ulterior apertura (579-1 LECrim). La apertura del sobre o paquete deberá realizarse por el juez instructor, en presencia del Secretario Judicial y con citación para tal acto de la persona del interesado que presenciara la práctica de tal diligencia por sí mismo o a través de la persona por él designada (artículos 584 a 588 LECrim).

c) Especificidades de la entrega vigilada

Resulta importante deslindar si el diseño legal de la diligencia de apertura de la correspondencia postal resulta alterado por la entrada en vigor del artículo 263 bis

75. El denominado carácter reactivo de los derechos fundamentales del que se hace eco la STS de 7.11.1994.

de la LECrim, introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la LECrim en materia de tráfico de drogas, cumpliendo el compromiso adquirido por España con la ratificación del Convenio de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas celebrado en Viena el 20 de diciembre de 1988, que instaura la figura de la entrega o circulación vigilada. El ordinal segundo del mentado artículo define como circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias estupefacientes o psicotrópicas o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

Bajo el concepto de entrega vigilada encuentra amparo tanto la circulación por territorio nacional de remesas sospechosas de contener sustancias tóxicas como el tránsito de remesas en las que se ha sustituido la droga tóxica por otra sustancia. En el primer caso (*circulación de remesas sospechosas de contener sustancias tóxicas*), dado que no se produce una incidencia en el seno del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales, la decisión puede ser adoptada por los mandos de la Policía Judicial, con dación de cuenta inmediata a la Fiscalía para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas y a la autoridad judicial si existe un proceso penal abierto. Lógicamente, una vez identificada la persona destinataria, la apertura del paquete deberá ir precedida del auto judicial con cumplimiento del resto de requisitos exigidos por la normativa vigente. En el segundo caso (*sustitución de las drogas tóxicas por otras sustancias*⁷⁶), en la medida que se produce una injerencia en el campo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la apertura del paquete presuntamente provisto de sustancias tóxicas, para la ulterior sustitución de su contenido por sustancias distintas, deberá encontrar amparo en un auto judicial sin que la medida pueda ser acordada motu proprio por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal. En este específico supuesto, no resulta exigible la citación del interesado, dado que con ello se privaría de eficacia la presente técnica de investigación⁷⁷.

76. En este ámbito, debe dejarse constancia de la doctrina del Tribunal Supremo contraria a la utilización de la técnica de la sustitución cuando se trata de paquetes postales, dado que en éstos, siempre figura la persona del destinatario por lo que basta con vigilar el curso postal del envío para llegar al mismo. Por todas, sentencias de 20 de marzo y 23 de mayo de 1996.

77. Ello ha quedado reflejado en la STS de 1 de febrero de 1995 en la que, en un supuesto de entrega controlada de un paquete conteniendo cocaína procedente de Alemania, reseña que no ha existido una vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la intimidad personal, pues los funcionarios policiales "obteniendo primero la autorización de la Fiscalía Antidroga para la entrega controlada del paquete y poniendo inmediatamente los hechos en conocimiento del Juzgado de Guardia, después de haber procedido a su apertura acordó la sustitución del estupefaciente por sustancia simulada, de conformidad con lo previsto en el número 2 del referido artículo 263 bis y artículo 11 del Convenio de Viena..".

4. La Inviolabilidad del domicilio

A) Concepto de domicilio

A la hora de delimitar el concepto de domicilio la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido tributaria del concepto diseñado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 21 de febrero de 1984, en la que, tras precisar que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental establecido precisamente para garantizar el ámbito de privacidad de una persona dentro del espacio limitado por ella elegido y que ha de caracterizarse por estar exento e inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública, define el domicilio como *“cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun ocupada temporal o accidentalmente”*⁷⁸. En consecuencia, trata de protegerse el específico espacio físico en el que la persona vive sin estar sujeta a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima, como emanación específica de su personalidad.

La asignación a un lugar cerrado del carácter de domicilio, con la protección constitucional que ello comporta (ex artículo 18-2 de la norma fundamental), *se vincula a la presencia de indicios que refrenden su utilización como morada con independencia de su sencillez o modestia, estado de conservación del mismo y número y distribución de los enseres en su interior existentes*⁷⁹.

B) Supuestos legitimadores de la invasión domiciliaria. En especial, la flagrancia delictiva

En todo caso, la invasión del domicilio puede tener lugar por consentimiento del titular⁸⁰, acto volitivo que se exterioriza de forma expresa o tácita, supuesto este último que deber ser interpretado de manera restrictiva, en atención al paradigma *in dubio libertatis*; por la presencia de un acto judicial que avale la entrada y registro para obtener fuentes de prueba de un ilícito penal⁸¹ o por la concurrencia de una situación de flagrancia delictiva.

78. Así STS de 15 de diciembre de 1994; 19 de enero de 1995 y 31 de enero de 1995.

79. Así el TS conceptúa como domicilio una habitación dotada de puerta propia, en cuyo interior existía un mobiliario para sentarse y un televisor, sito en el interior de un edificio abandonado (sentencia de 15.12.1994; o la habitación de un hotel (sentencia de 15.02.1995) o los denominados domicilios móviles, bien remolcados, bien autotransportados (sentencia de 18.10.1996). En cambio, no constituye domicilio una casa abandonada, en estado ruinoso y con ausencia de mobiliario utilizada por los dos acusados para distribuir heroína (STS.31.10.1995) o una vivienda de aspecto descuidado en cuyo interior sólo existían herramientas y aperos de labranza (sentencia de 19.01.95) o el taller de trabajo, tienda o almacén (STS de 30.09.95).

80. Establece el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que el mismo pueda tener efecto sin invocar inviolabilidad que la CE le reconoce.

81. Auto que debe ser específicamente motivado con indicación expresa del domicilio a registrar así como del objeto del registro, debiendo limitarse la diligencia a la recogida de los efectos o instrumentos que tengan relación directa con el delito investigado.

Por ser el supuesto que presenta mayores dificultades, en el ordinario actuar de la policía, va a realizarse un específico estudio de la flagrancia delictiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 341/93 que declara contrario el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el concepto legal de flagrancia diseñado para los delitos de tráfico de drogas por el artículo 25-2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, con ocasión de recursos de casación interpuestos frente a sentencias emitidas por las Audiencias, en procesos penales en los que se habían introducido como prueba registros domiciliarios efectuados por agentes de la autoridad al amparo de lo previsto en el precepto legal abrogado por el máximo intérprete de la Constitución.

A estos efectos, el Alto Tribunal *define la flagrancia como la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito*, o como la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente, siendo así conocida directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor, percibiéndose al tiempo la relación de este último con la ejecución del delito y dándose evidencias patentes de tal relación⁸².

El concepto nuclear de la flagrancia delictiva gira en torno a dos elementos:

a) la percepción personal, por parte de los agentes de la autoridad, de la realización de un comportamiento por parte del titular del domicilio que denote la realización de un acto incardinable en una figura típica.

b) la necesaria intervención de los agentes de la autoridad para evitar el agotamiento del delito que se percibe; la desaparición del objeto sobre el que recae el comportamiento típico; la inutilización de los instrumentos utilizados para su comisión o la fuga de los autores.

Centrándonos en la percepción personal por los agentes de la autoridad de la realización por el titular dominical de un acto típico, debe significarse que:

– *la percepción puede realizarse a través de cualquiera de los sentidos*, aunque la vista sea el instrumento de percepción habitual, como se infiere del examen de los supuestos fácticos sometidos al juicio jurisdiccional⁸³.

82. STS de 5.12.1994 ó 28.12.1994.

83. Así, en la sentencia del TS de 4 de febrero de 1994 los policías, que realizaban labores de observación en la fachada posterior de la vivienda vieron cómo la acusada, que había detectado la presencia de policías en la fachada anterior, arrojaba un bote conteniendo heroína que cayó en un patio colindante y en la STS de 5 de diciembre de 1994 los agentes de la autoridad observaron desde el exterior del edificio, a través de una ventana, cómo dos de los ocupantes de un bajo estaban cortando y envolviendo droga sobre una mesa. En cambio, en la STS de 31 de enero de 1995, si bien se niega el carácter de domicilio a una casa abandonada con ausencia de mobiliario en cuyo interior se encontraban dos personas manipulando heroína sobre una mesa de mármol, se afirma, como argumento de refrendo, que en dos casos los agentes de la autoridad estarían amparados por la presencia de un delito flagrante pues penetraron en el edificio tras oír desde la puerta, que se encontraba abierta, la conversación que se mantenía referida a la comercialización de la droga con un toxicómano que había penetrado instantes antes.

– *La percepción debe ser protagonizada por los agentes de la autoridad que proceden a la entrada y registro, sin que quepa invadir el recinto domiciliar por la transmisión de la percepción protagonizada por una tercera persona, por ejemplo, un vecino del inmueble que observa visualmente la realización de un acto transmisor de sustancia tóxica. Precisamente esta última posibilidad era abierta por el artículo 21-2 de la ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana al concepuar como delito flagrante “el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que en materia de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal”.*

La fuente de conocimiento policial de la comisión de un delito de tráfico de drogas en el seno de un domicilio no partía de la percepción personal de la evidencia del delito que se estaba cometiendo sino de la obtención de un conjunto de hechos indiciarios que, en sí mismos, pudieran servir de asidero a la petición de un mandamiento judicial pero que, en ningún caso, permitía afirmar que la infracción se estaba cometiendo de una manera ostentosa o evidente. Por ello, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia 341/93, señala que la expresiones legales –conocimiento fundado y constancia– *“en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia”* en la medida que *“el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia”*.

– *La percepción debe recaer sobre la persona del titular dominical, no sobre un tercero, ubicado extramuros de la vivienda. En concreto, en la STS de 28 de diciembre de 1994, se niega la concurrencia de la flagrancia delictiva en un supuesto en el que una persona, detectando la presencia policial, arroja unas papelinas de heroína al interior de una vivienda a través de una ventana, comportamiento observado visualmente por los agentes de la autoridad, razón por la cual proceden a la entrada, registro y cacheo del titular de la vivienda, en cuyo poder se encontraron varios gramos de heroína y cocaína. Se señala en la sentencia que quien fue percibido en una situación aparentemente delictiva fue el que arrojó las papelinas de heroína desde el exterior de la vivienda, mientras que el titular del domicilio estaba ausente de la zona de percepción directa policial, dentro del mismo y sin conexión alguna conocida con el delito supuestamente flagrante que determinó la decisión de la policía de invadir aquel domicilio... Por ello concluye “que aparece así tanto la entrada en el domicilio, como el cacheo de su titular y el ulterior registro de aquél, desconectados con una situación de flagrancia previa, en la que el que vio invadidos sus derechos hubiere sido sorprendido y directamente percibido en la ejecución actual o inmediatamente precedente de una acción delictiva, por lo que no concurría la excepción prevista para tales supuestos en el artículo 18.2 CE, que fue así vulnerado con la actuación policial descrita”.*

C) Ejecución de la diligencia de entrada y registro autorizada judicialmente

a) Papel del interesado

A la hora de delimitar el concepto de interesado el TS⁸⁴, ha tenido ocasión de señalar que como tal *debe reputarse el titular del domicilio en el que se verifica el registro sin que sea extensible tal concepto al resto de imputados en el proceso penal en cuyo seno se acuerda la medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio aunque la ejecución de tal medida puede alumbrar fuentes de prueba respecto a su participación en los hechos ilícitos investigados*. La presencia del morador es imprescindible, siempre que sea posible, incluso en los supuestos de privación de la libertad deambulatoria por detención.

b) Papel del Secretario Judicial

La redacción conferida al ordinal cuarto del artículo 569 LECrim por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (el registro se practicará en presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la Policía Judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes) y la Ley 22/1995 de 17 de julio (el registro se practicará en presencia del secretario del Juzgado o Tribunal) ha dado lugar a la presencia de dos tipos diferenciados de registros domiciliarios en razón a la modalidad de ejecución del auto judicial habilitante, a saber:

a) El producido en presencia del Secretario Judicial.

b) El realizado sin asistencia del Secretario Judicial, cuando el auto de entrada y registro haya previsto la delegación (supuesto sólo acaecible en la entrada y registro efectuada al amparo de la Ley 10/1992 de 30 de abril).

En el primer caso (*asistencia del secretario judicial*) la diligencia, siempre que se realice en presencia del interesado o persona que lo sustituya, gozará del carácter de prueba preconstituida válida *per se* para permitir la fijación formal en el juicio histórico de la sentencia de los efectos, objetos e instrumentos intervenidos en la sede domiciliar⁸⁵.

En el segundo caso (*ausencia del secretario judicial con actuación como fedatario del agente policial específicamente delegado por el juez instructor*) al carecer el funcionario policial de fe pública judicial, la diligencia extendida ostentará el carácter de mero acto de investigación que requerirá, para su elevación a la condición de prueba, de la presencia de los funcionarios actuantes en el acto de juicio oral, donde depondrán como testigos contestando las preguntas de las partes acusadoras y acusadas⁸⁶.

84. Por todas, sentencia de 10 de diciembre de 1994.

85. STS de 8 de febrero de 1995.

86. STS de 22 de abril de 1994; 17 de mayo de 1994 y 8 de febrero de 1995.

V. IRREGULARIDADES EN LA OBTENCION DE FUENTES DE PRUEBA: EFECTOS JURÍDICOS

1. Planteamiento: rango de la norma jurídica infringida

La conceptualización de los derechos humanos como elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional⁸⁷ conlleva que el sistema normativo regule específicamente los supuestos en los que cabe restringir un derecho fundamental, en aras a posibilitar la búsqueda y recogida de fuentes de prueba así como el modo en el que se debe desenvolver la actividad investigadora que incida en el campo de expansión de un derecho fundamental.

Sin embargo, mientras la delimitación de los supuestos en los que cabe la restricción de un derecho fundamental en aras a favorecer una investigación de un hecho delictivo se realiza en el propio texto constitucional (así el derecho a la inviolabilidad del domicilio no impide su entrada y registro cuando lo autorice un juez o se produzca una flagrancia delictiva; el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas puede ser enervado por una resolución judicial), la vertebración del modo en el que debe desenvolverse la autoridad pública que protagoniza la investigación, que incide en el ámbito de un derecho fundamental, se contiene en la legislación de signo ordinario (así la presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro en el domicilio).

Por ello, en la latente tensión entre la búsqueda de la verdad material, como finalidad teleológica del proceso penal, y el respeto a los derechos subjetivos de los ciudadanos, deben diversificarse los efectos jurídicos anudables a la obtención de fuentes de prueba, vulnerando los requisitos contenidos en la norma básica del ordenamiento jurídico, de las consecuencias predicables de la obtención realizada respetando el abanico de restricciones instituidas en la CE, pero obviando requisitos impuestos por la legislación infraconstitucional. Esta distinción ya fue plasmada en la STC 114/84 al afirmar que los derechos del ciudadano pueden ceder ante la exigencia de obtención de la verdad “cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de Derechos Fundamentales que traen causa directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

2. Vulneración de los requisitos instituidos por la Constitución

Como planteamiento general, la vulneración en el iter de obtención de fuentes de prueba de las normas instituidas por la Constitución, en garantía de un derecho fundamental, generará la nulidad de pleno derecho del acto en tales condiciones realizado que se extenderá incluso a otras fuentes de prueba, en sí mismo lícitas pero derivadas de la información obtenida del acto nulo (*efectos derivados o reflejos de*

87. Por todas, STC de 14 de julio de 1981.

la prueba prohibida). Permitir la eficacia jurídica de tal modo de obtención de una fuente de prueba supondría privar de sentido al proceso debido o con todas las garantías, al que se hace referencia en el artículo 24-2 CE. De ello ha sido consciente el legislador al introducir, siguiendo la línea marcada por la STC 114/84, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que preceptúa que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

La ubicación de la teoría de los efectos derivados de las prohibiciones probatorias en el artículo 11 LOPJ ha sido plenamente asumida por la jurisprudencia del TS, cuando señala, *en relación al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*⁸⁸, que “*la falta de resolución judicial implica la inexistencia de la condición legitimante a la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y la diligencia de entrada y registro que se practique sin la misma y las pruebas resultantes de la diligencia devienen ilícitas, no pueden surtir efecto alguno en el proceso y contaminan las restantes diligencias que de ella deriven directa o indirectamente por ser prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales y por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes y con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”; en referencia al *derecho fundamental al secreto de la correspondencia postal*⁸⁹, de que la apertura de un paquete postal sin autorización judicial “*adolece de toda garantía y como prohibida e ilícitamente obtenida, contrariando el derecho fundamental de inviolabilidad del secreto de las comunicaciones postales, ínsito en el de la intimidad, según el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de reputarse nula con carencia de todo efecto probatorio, extensible a las posteriormente practicadas y que traen causa de la misma y que por ella quedan contaminadas, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes*”, y, con ocasión del *derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas*⁹⁰, “*que una vez que se ha establecido que la intervención telefónica vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, se ha de concluir que todo elemento acusatorio o de cargo, que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, carece de valor probatorio*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tras señalar⁹¹ que “*la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones*

88. Sentencia de 20 de diciembre de 1994.

89. Sentencia de 24 de diciembre de 1994.

90. Sentencia de 23 de enero de 1995, haciendo propia la doctrina contenida en el auto de 18 de junio de 1992 y la sentencia de 25 de junio de 1993.

91. STC 85/94.

de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, ha elaborado una doctrina sobre los efectos contaminantes de la prueba ilícita únicamente referida a las intervenciones telefónicas, afirmando que “la ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas”⁹².

La cuestión, entonces, queda circunscrita a la tarea de deslindar, en cada caso, la existencia de un nexo causal entre la prueba obtenida con vulneración del sistema constitucional y la prueba construida con arreglo al sistema legal cuya raíz se encuentra en la fuente de conocimiento suministrada por la prueba prohibida. En este ámbito, la labor de discernimiento corresponde a los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria, si bien el Tribunal Constitucional, en su labor de tutela del derecho a un proceso debido o con garantías, ha tenido ocasión de señalar⁹³ que “los efectos invalidantes de una diligencia de prueba obtenida con ablación de un Derecho Fundamental no se extiende a la declaración inculpatoria del propio acusado aunque el contenido de la mentada declaración se encuentre mediatizado por el hallazgo de los efectos incriminatorios realizado a través de la diligencia nula, pues la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención”. Por ello, acreditado que la declaración del acusado se verificó con arreglo a las garantías contenidas en la legislación procesal, constituye un medio racional y legítimo de prueba cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

3. Omisión de los requisitos establecidos por el legislador

Por el contrario, la presencia del requisito diseñado por el legislador constituyente para restringir un derecho fundamental (auto motivado en el que se aprecie la necesidad y proporcionalidad de las medidas invasivas) permite que la vulneración de los requisitos contenidos en la legislación ordinaria, si bien priva de eficacia probatoria al acto de obtención de fuente de prueba, no impide su fijación formal en el juicio histórico de la sentencia a través de su introducción por un medio de prueba distinto, en ningún caso contaminado por los efectos expansivos de la nulidad del acto previo.

Así, la jurisprudencia del TS ha tenido ocasión de señalar que la ausencia de secretario judicial en la entrada y registro en un domicilio autorizada judicialmente priva del carácter de prueba preconstituida a la diligencia en tales condiciones efec-

92. STC 49/1996.

93. STC 84/95, pronunciado en un supuesto en el que, a través de una intervención telefónica verificada sin autorización judicial, los agentes policiales tienen conocimiento de que se va a proceder al transporte de haschis en el seno de un vehículo de motor, procediendo a su interceptación, con el consiguiente descubrimiento de la droga.

tuada, pudiendo acreditarse la presencia de los efectos, objetos o instrumentos en el interior del domicilio a través de la declaración del inculcado o de los testigos salvo los provenientes de los agentes policiales que participaron como delegados del juez instructor en la diligencia⁹⁴.

En lo atinente a la intervención de la correspondencia postal realizada con autorización judicial pero sin observancia de los requisitos legales en su apertura, (citación del interesado y apertura por el juez instructor en presencia del secretario) cabe la acreditación de su contenido con la declaración inculpatoria del acusado o coimputado⁹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ.(1990). *Derecho Procesal II. El Proceso Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; (1995). "La prueba videográfica en el proceso penal", *Poder Judicial*, 38 (2ª época), 47-78.
- CLIMENT DURÁN, Carlos; (1993) "Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario", *Poder Judicial*, 31 (2ª época), 41-58.
- DAVANA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel; (1993). *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona.
- DE VICENTE REMESAL, Javier; (1990). "Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos", *Poder Judicial*, 17 (2ª época), 159-173.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo;(1993). "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal", *Poder Judicial*, 32 (2ª época), 19-37.
- GIL HERNÁNDEZ, Ángel; (1995). *Intervenciones corporales y Derechos Fundamentales*, Colex, Madrid.
- GIL HERNÁNDEZ, Ángel; (1996). "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", *Actualidad Penal*, 44, 865-911.
- GIMENO SENDRA, Vicente; (1996). "Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *La Ley*, 4024, 1-6.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, Madrid.

94. Tras una etapa de indefinición jurisprudencial respecto a la posible utilización como prueba de cargo de las incidencias acaecidas en el seno del registro del domicilio, del testimonio de los agentes policiales que actuaron como delegados judiciales, la doctrina del TS, desde la sentencia de 31 de marzo de 1992, se muestra conteste en imposibilitar su utilización aduciendo que resulta contradictorio admitir la sanción de la ausencia de un requisito legal mediante la declaración de los que han llevado a cabo la actuación irregular.

95. STS de 20 de diciembre de 1994.

- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; (1993). "Entrada y registro en el domicilio", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 117-130.
- LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás; (1993). "Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 81-113.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José; (1993). "Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, 261-287.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José; (1996). "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez", *Perfiles del Derecho constitucional a la vida privada y familiar. Algunos supuestos de conflicto en particular*, (inédito).
- LUZÓN CUESTA, José María; (1991). "Valor de las pruebas obtenidas en el proceso penal mediante registros domiciliarios efectuados por la policía, con especial referencia a la exigencia de intervención del secretario judicial en los realizados previo mandato judicial", *Poder Judicial*, 24 (2ª época), 85-101.
- MONER MUÑOZ, Eduardo; (1993). "Las intervenciones corporales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 165-181.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María; (1993). "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, 291-333.
- PAREJO ALONSO, Luciano; (1996). "El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones", *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar. Algunos supuestos de conflicto en particular*, (inédito).
- PASTOR BORGONÓN, Blanca; (1993). "La prueba ilegalmente obtenida", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 185-214.
- PECES BARBA. (1976). *Derechos Fundamentales*. Guadiana de Publicaciones SA. Madrid.
- PEDRAZ PEÑALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria; (1990). "El principio de la proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana", *Poder Judicial*, 17 (2ª época), 69-89.
- REBOLLO VARGAS, Rafael; (1994). "Policía y Derechos Humanos", *Poder Judicial*, 34 (2ª época), 201-215.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; (1992). "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", *Poder Judicial*, 25 (2ª época), 49-81.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Alvaro; (1996). "Los derechos fundamentales; derechos subjetivos y derecho objetivo", *La Ley*, 4000, 1-2.
- ROMEO CASABONA, Carlos M.; (1993). "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", *Poder Judicial*, 31 (2ª época), 163-204.
- RUIZ VADILLO, Enrique; (1992). "Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente". *Poder Judicial*, 25 (2ª época), 83-93.
- RUIZ VADILLO, Enrique; (1993). "Principios generales. Legalidad, Proporcionalidad, etc.", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 11-57.
- SANZ MARQUES, Luis y ALMELA VICH, Carlos; (1996). "Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal", *Actualidad Penal*, 33, 617-644.

TASENDE CALVO, Julio; (1991). "Notas al proyecto de ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", *Poder Judicial*, 23 (2ª época), 105-112.

VARELA AGRELO, José A.; (1996). "El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales", *Boletín Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1772, 1996, 5-29.

