

Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio).

The chance discovery under criminal investigation (With special reference to the proceedings of entry and registration address).

Susana Álvarez de Neyra Kappler

Profesora de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de Presentación: mayo 2011. Fecha de Publicación: septiembre de 2011.

Resumen.

Un problema del que la doctrina se ha hecho eco en el marco de las investigaciones penales, es el de los llamados “descubrimientos casuales”, para cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito, pero de las que resultan elementos que acreditan la existencia de otro delito distinto o afectante a un tercero no inicialmente investigado.

La aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial habilitante de esas medidas restrictivas de derechos plantea el problema de determinar si debe otorgarse verdadero valor probatorio a ese resultado inesperado o si, por el contrario, la circunstancia de que el hallazgo no se corresponde con la finalidad originaria de la diligencia, le ha de privar de eficacia acreditativa en relación con el delito casualmente así descubierto.

Abstract.

One issue that the doctrine has been echoed in the framework of criminal investigations is the so-called "chance discoveries" for when the results are evidence arising from the implementation of certain measures aimed at first to research a particular crime, but which are elements that establish the existence of another offense different or the affecting to a non-initially investigated.

The emergence of new crimes in the course of the investigation of a criminal act, not included in the judicial resolution of these restrictive measures enabling rights, raises the question whether evidence should be given real value to this unexpected result or whether the conversely, the fact that the finding does not correspond with the original purpose of the measure, depriving him of proving efficacy in relation to crime and discovered incidentally.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN.
 - 1.- LOS HALLAZGOS CASUALES. CONCEPTO.
 - 2.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA RESERVA DE INTERVENCION JUDICIAL: BREVE REFERENCIA.
 - 3.- EL PRINCIPIO DE INTERVENCION INDICIARIA.

- II. SUPUESTOS MÁS FRECUENTES DE HALLAZGOS CASUALES.
 - 1.- INTRODUCCION.
 - 2.- LA ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIOS.
 - 3.- LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS DILIGENCIAS DE ENTRADA Y REGISTRO E INTERVENCIONES TELEFONICAS.
 - 4.- LOS HALLAZGOS CASUALES EN LA PRUEBA GENETICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL.

- III. EL ART. 11.1 LOPJ.

- IV. LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DE LA PLAIN VIEW.

- V. CONCLUSIONES.

Palabras clave

Descubrimientos casuales, conexión, hallazgo ocasional, investigación criminal, diligencias de entrada y registro.

Keywords

Chance discoveries, connection, occasional finding , criminal investigation, measures of entry and search (search and seizure).

I.- INTRODUCCIÓN.

1.- LOS HALLAZGOS CASUALES. CONCEPTO.

Un problema del que la doctrina se ha hecho eco en el marco de las investigaciones penales, es el de los llamados “descubrimientos casuales”¹, para cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito, pero de las que resultan elementos que acreditan la existencia de otro delito distinto o afectante a un tercero no inicialmente investigado (dimensión objetiva o subjetiva del hallazgo casual²).

Por <<hallazgo o descubrimiento casual³>> debemos entender, por lo tanto, la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando⁴; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados. La duda a despejar es si debe otorgarse verdadero valor probatorio a ese resultado inesperado o si, por el contrario, la circunstancia de que el hallazgo no se corresponde con la finalidad originaria de la diligencia, le ha de privar de eficacia acreditativa en relación con el delito casualmente así descubierto.

1 Zufallsfunden de la doctrina alemana.

2 Respecto de la dimensión subjetiva, ni la jurisprudencia ni la doctrina españolas apenas han estudiado este aspecto de los hallazgos casuales. Siendo evidente que cuando aparece un nuevo imputado se altera el objeto del proceso, ¿qué ocurre cuando esta aparición lo es respecto de hechos delictivos distintos? Una de las pocas sentencias que recogen este supuesto, es la STC 49/1996, declarando el TC la ilicitud en un caso de intervención telefónica en que aparecen nuevos posibles imputados, sin que se solicitara ampliación de la autorización judicial (pudiendo hacerse, porque había tiempo para ello). Vid., LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, en, Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1991, pp. 60.

3 Utilizaremos indistintamente los términos <<hallazgos>> o <<descubrimientos>> <<ocasionales>> o <<casuales>>, si bien evitaremos hablar de los <<descubrimientos inevitables>>, pues este último término se corresponde a una de las excepciones de la doctrina norteamericana del <<fruto del árbol envenenado>>.

4 Según se desprende del concepto recogido en la Circular de la Fiscalía nº 1/1999 de 29 de diciembre sobre Enjuiciamiento Criminal. Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Seno de los Procesos Penales, cuyo apartado c) versa exclusivamente sobre los hallazgos casuales.

Para DIAZ CABIALE⁵, sin embargo, no siempre se produce el hallazgo casual en el curso de una intervención restrictiva judicialmente acordada, sino que debe ser concebido en términos amplios, como aquél hallazgo que se produce en el marco de una determinada intervención habilitada en origen para distinta finalidad, habilitación que puede ser solamente nominativa.

En cualquier caso, el problema consiste en que se suelen descubrir o hallar objetos o efectos delictivos no directamente relacionados con la investigación criminal, discutiéndose el valor de tales pruebas casualmente descubiertas, y ello, incluso, cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate (la diligencia se ha efectuado bajo el amparo de una autorización suficientemente motivada), y aún en el supuesto en que jurisprudencialmente se pudiese considerar como flagrante del delito descubierto, lo cual permitiría entender que no opera la vulneración del derecho fundamental.

Una vez que el juez tenga conocimiento del descubrimiento casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución, según apunta gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, de que exista conexidad entre ambos⁶, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior.

Dicho sea de otra manera; estos nuevos hechos delictivos pueden tener relación con la actividad criminal investigada, en cuyo caso se trataría de los llamados delitos conexos, que pueden y deben ser investigados y enjuiciados en la misma causa, o bien puede tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes, apareciendo así propiamente los llamados <<hallazgos casuales>>.

En palabras de DIAZ CABIALE, “cada vez que aparecen nuevos hechos es evidente que respecto de los mismos no se realizó (...) la correspondiente ponderación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, aunque haya mediado resolución judicial habilitante. (...) Pero no todo

5 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, pág. 190.

6 La conexión como excepción a la regla general de la apertura de un procedimiento penal independiente para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo. Según el art. 300 LECri, los delitos conexos se comprenderán en un solo proceso. De este modo, existiendo una pluralidad de hechos delictivos, cuando se dé entre ellos alguno de los criterios que el legislador establece, se enjuiciarán en un único procedimiento y se dictará una única sentencia, cuyos pronunciamientos se extenderán a todos y cada uno de tales hechos. Recordemos brevemente que el legislador recoge en el art. 17 LECri los supuestos de conexión subjetiva, objetiva y mixta. Vid., CORTES DOMINGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., en Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia 2008, pág. 88.

hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales (...), sino que es preciso examinar la relación entre los hechos investigados y aquellos que se descubren. Dichos principios no quiebran cuando existe homogeneidad”⁷.

Parte de la doctrina (minoritaria) ha venido a entender que sólo se podría aceptar como prueba los resultados de tales hallazgos casuales, en los casos en que los nuevos delitos fueren conexos (con los que dieron lugar a la diligencia judicialmente autorizada), y su descubrimiento hubiese sido fortuito, manteniendo así una posición tremendamente restrictiva⁸. En los otros supuestos, sólo se podría utilizar para iniciar una nueva investigación (incoación de nuevas diligencias), lo que, por ende, exigiría la apertura de un nuevo proceso y, en su caso, una nueva autorización judicial para realizar la concreta diligencia, por entenderse que se habría producido una especie de “novación del objeto del proceso”, y sin poder tener en cuenta el descubrimiento casual, siendo necesaria la aportación de pruebas desconectadas de aquél.

Según LOPEZ-FRAGOSO⁹, para clarificar el problema de los hallazgos casuales es necesario distinguir entre función probatoria y función investigadora. En el primer caso, los descubrimientos casuales no podrán utilizarse como fuente de prueba en un proceso distinto de aquél en que se obtienen, quedando limitada su eficacia a los supuestos de conexión del art. 17 LECri. Respecto de los efectos investigadores, los descubrimientos casuales podrán actuar como noticia criminis, que daría lugar al inicio de una instrucción independiente para averiguación y comprobación del nuevo hecho delictivo. Así, la STS de 11 de octubre de 1994, afirmaba que no puede renunciarse a investigar la noticia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello precisara de una autorización judicial específica o una investigación diferente, de la que aquélla sea mero punto de arranque.

7 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, págs. 176 y ss.

8 Esta misma solución es la que propone LOPEZ-FRAGOSO, al sostener que ello es consecuencia de la deficiente regulación de este tema en nuestro ordenamiento jurídico. Vid., LOPEZ FRAGOSO-ALVAREZ, T., en Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal, Ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994, pág. 81 y ss.

Las SSTS de 2 de julio de 1993 y de 21 de enero de 1994, ofrecen como solución, en el supuesto de descubrimiento de delitos distintos a los investigados, que el juez decida si existe o no conexión, y si procede, en consecuencia, ampliar el objeto del mandamiento, con la adopción en este caso de cuantas prevenciones fueren aconsejables en derecho, para intentar aunar “el derecho de la inviolabilidad domiciliaria con la justicia eficaz”.

9 Vid., LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., en, Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 92.

Tanto por la Fiscalía, como por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la solución pasa, en el supuesto de delitos conexos, por la necesidad de otorgar una orden judicial ampliatoria del ámbito de la primera y proseguir la investigación en la misma causa. Por el contrario, si se trata de delitos no conexos respecto del que se investiga, el juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la medida o de la diligencia, e incoar la oportuna causa - tras deducir el correspondiente testimonio -, en la que se prosiga una investigación distinta de la que ha sido punto de arranque.

Por su parte, apunta NARVAEZ-RODRIGUEZ, con un criterio más limitativo, que para el caso en que no exista conexión entre los delitos investigados y los descubiertos, la única solución sería la de iniciar una causa totalmente diferente de la anterior¹⁰.

En el ámbito de las intervenciones telefónicas, que más adelante tendremos ocasión de analizar con mayor detenimiento, el Auto del TS de 18 de junio de 1992 (conocido como el <<Auto del caso Naseiro>>), el mantenimiento de la intervención telefónica se declaró incorrecto, con vulneración del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida.

Esta es la línea mantenida por otras resoluciones, entre las que cabe destacar la STS de 18 de junio de 1993, según la cual la policía debió informar debidamente al juez del descubrimiento casual, ya que, en otro caso, la autorización, de hecho, “se transforma en una especie de persecución del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual resultaría totalmente inaceptable”.

Idéntica es la doctrina del TC, afirmando la STC 49/1996, que en el momento en que la policía deduzca de las conversaciones intervenidas la existencia de otro delito, debe poner de manifiesto ante el Juez ese dato inesperado.

2.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA RESERVA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL: BREVE REFERENCIA.

10 Lo que habría que plantearse, en ese caso, es la validez de lo descubierto casualmente. Vid., NARVAEZ RODRIGUEZ, A., en Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal. Revista del Ministerio Fiscal, nº 1, enero-junio de 1995, pág. 151.

Para el análisis de los descubrimientos casuales, la mayoría de la doctrina se ha mostrado partidaria de la aplicación del principio de especialidad así como, muy especialmente, del principio de proporcionalidad. DIAZ CABIALE¹¹ considera que no es posible prescindir del principio de especialidad¹², utilizando sólo el principio de proporcionalidad. Y es que, a pesar de ser varios los principios involucrados, ninguno de ellos, por sí solo, ni todos ellos en conjunto, ofrecen, a nuestro juicio, una solución adecuada.

El principio de la proporcionalidad se configura como la prohibición del exceso, a través de los principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto (o valoración del interés). Supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos social e individualmente considerados, y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes.

Exige una ponderación del conflicto de derechos; de los dos derechos básicos confrontados en un proceso penal: el derecho a la defensa del imputado y el derecho del Estado a la comprobación y persecución del delito, debiéndose valorar el interés que debe prevalecer en cada caso, especialmente el interés social y de orden público que subyace en la eficaz persecución de las infracciones penales.

Según DIAZ CABIALE, y con referencia al tema que nos ocupa, “el principio de proporcionalidad permitiría que la autorización judicial quedara implícitamente ampliada, sobre la base de que, si se concedió la autorización para investigar lo menos grave, tanto más servirá para investigar lo más.” Sin embargo, continúa diciendo este autor, “ni siquiera en esos casos es posible razonar el problema de los hallazgos casuales exclusivamente en clave de proporcionalidad”, pues respecto del nuevo ilícito debe el juez realizar una serie de valoraciones, entre los que destaca el principio de intervención indiciaria¹³.

11 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, pág. 176 y ss.

12 Vid., STS de 26 de mayo de 1997.

13 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de..., op. cit., pág. 177. Para estos autores, este principio tiene un ámbito de aplicación mayor que el principio de especialidad, pues el principio de intervención indiciaria se refiere a todas las intervenciones que requieran o no intervención judicial, y el principio de especialidad viene referido únicamente a determinar el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una determinada diligencia. Para explicar el principio de especialidad, afirma DIAZ CABIALE que “cuando una intervención restrictiva se encuentra necesitada de autorización judicial, (...), ésta ha de determinar, entre otras cosas, la extensión subjetiva (...) y objetiva (...). De lo contrario, estaremos ante una deficiencia que produce una quiebra (...) del principio de especialidad. (...) Según dicho principio, la resolución

Por su parte, el otro de los principios apuntados, el así llamado principio de especialidad, viene referido a determinar el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una determinada diligencia, de modo que sólo ciñéndose a ese ámbito se puede sostener la legalidad de dicha diligencia.

Respecto de este principio, el TS¹⁴ se ha referido al mismo como uno de los requisitos que debe reunir toda autorización judicial habilitante de una intervención restrictiva en un derecho fundamental. Así, la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, de modo que la autorización se refiere al concreto objeto de investigación y no a otro, para evitar las diligencias de prospección. Y es que la resolución judicial para investigar otros hechos delictivos no podría servir, por no existir indicios de que el sospechoso lo sea también de esos otros hechos (principio de intervención indiciaria), y porque, aún existiendo tales indicios, podría no ser proporcionada una nueva restricción, dada la insuficiente gravedad de los mismos. En definitiva, no cabe decretar una diligencia limitativa de derechos para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, otros actos delictivos¹⁵.

Por ello se afirma que el principio de proporcionalidad, aún complementado con el de especialidad, no ofrece cobertura suficiente al problema de los hallazgos casuales.

Con relación al principio de la reserva de intervención judicial, éste viene a requerir la exclusiva y necesaria intervención del juez de instrucción para la adopción y ejecución de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o libertades públicas. Sin embargo, no debemos olvidar que existen supuestos de hallazgos casuales aparecidos en el curso de intervenciones restrictivas no necesitadas de resolución judicial, así, por ejemplo, la entrada en domicilio por la policía en caso de flagrancia delictiva. Otra cosa será que se aproveche una entrada por delito flagrante para practicar un registro a fondo del domicilio sin resolución judicial,

judicial se otorga para una investigación específica y determinada; esto es, se trata de una resolución especialmente otorgada para ese objeto de investigación concreto, y no para otro”.

Por su parte, el principio de intervención indiciaria proscribía las intervenciones prospectivas o aleatorias, mientras que el de proporcionalidad proscribía las intervenciones desproporcionadas al fin perseguido. Así, según el principio de intervención indiciaria, si la resolución judicial se acordó por la existencia de una serie de indicios de implicación delictiva del sujeto intervenido, la pregunta a formular es cómo se podría extender dicha valoración indiciaria a un nuevo ilícito casualmente descubierto, cuando ni siquiera era conocido. Véase siguiente epígrafe.

14 Vid., STS de 2 de julio de 1994.

15 Estimamos que es indiscutible que, en ningún caso, la validez de los hallazgos casuales puede servir para dar cobertura a intervenciones de prospección; si bien ya la propia necesidad de motivación de este tipo de diligencias harían inviable tal posibilidad. Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de..., op. cit., pág. 177.

en cuyo caso no estaremos ante un hallazgo casual, sino ante una prueba ilícita, cuyas consecuencias son las previstas en el art. 11.1 LOPJ, y a las que tendremos ocasión de referirnos más adelante.

3.- EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INDICIARIA¹⁶

3.1.- INTRODUCCION: EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INDICIARIA Y SUS RESTRICCIONES

Si bien, por regla general, toda intervención de los poderes públicos se ha de fundamentar, bajo pena de inconstitucionalidad, en la existencia de previos indicios delictivos, existen supuestos de intervención carentes de tales indicios de ilicitud previa, cuya justificación constitucional, no obstante, queda fuera de toda duda. La diferenciación entre estos supuestos de intervención y los de intervención injustificada, suponen la diferencia ente lo que sería constitucionalmente admisible y lo que no.

Este principio (no formulado expresamente en la Constitución, pero sí aplicado jurisprudencialmente) adquiere su auténtico significado ante los actos de conductas ilícitas, afectando a los derechos fundamentales susceptibles de restricción en el marco de una investigación penal y estando estrechamente relacionado con los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE y con el así llamado por el TS principio de especialidad, al que ya hemos hecho referencia.

Dentro de las diversas categorías específicas analizadas por la doctrina¹⁷, y a los efectos que nos interesan, debemos resaltar la así llamada “restricción imponderada” del principio de

16 Según lo tratan y analizan DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La relevancia procesal de los descubrimientos casuales, así como MARTIN MORALES, R., en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria. Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.

17 Así, en la delimitación del contenido del principio constitucional de intervención indiciaria vamos descubriendo ámbitos modulados, constitucionalmente justificados, de intervención restrictiva carente de indicios de ilicitud previa, que se agrupan en nueve tipos distintos de intervención no indiciaria:

- 1) restricción inevitable
 - a. supuestos de proyección de la habilitación judicial sobre quienes, sin implicación indiciaria y sin haber tomado parte en el hecho investigado, participan en el acto intervenido
 - b. caso de afectación restrictiva respecto de quienes, sin implicación indiciaria, comparten habitualmente con el imputado el objeto material judicialmente intervenido
- 2) restricción imponderada
 - a. relevancia procesal de los descubrimientos casuales
- 3) restricción semi-ponderada
 - a. proyección de la habilitación judicial sobre el interlocutor copartícipe identificado en el acto intervenido

intervención indiciaria, que se produce de forma imprevista. A diferencia de la “restricción inevitable”, que aparece en los casos en que existe una evidente extensión no indiciaria de la intervención restrictiva (así, p.ej., en los casos en que la comunicación ha sido interceptada, oída o grabada, sin el más mínimo contenido indiciario respecto de la persona del interlocutor), la intervención limitativa se extiende en la restricción imponderada, al aparecer de forma repentina un nuevo objeto de investigación, por lo que no hay lugar ni para hacer la correspondiente valoración indiciaria, ni para la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que exige el principio de proporcionalidad¹⁸.

-
- 4) restricción interpuesta
 - a.intervenciones judiciales afectantes a personas intermedias sin implicación indiciaria
 - 5) restricción preventiva
 - a.reconocimiento jurisprudencial de la constitucionalidad de la obligación de sometimiento a priori de la prueba de alcoholemia
 - b.utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos para prevenir la comisión de conductas ilícitas
 - 6) restricción contextual
 - a.restricciones sin base indiciaria en los ámbitos penitenciario y aduanero
 - b.actos de colaboración obligatoria en el curso de inspecciones administrativas regulares o rutinarias
 - 7) restricción menor
 - a.ciertas restricciones de la libertad de secuencia anterior a la detención
 - 8) restricción pseudo-indiciaria
 - a.construcciones jurisprudenciales sobre validación a posteriori, en base al resultado, de registros personales carentes de contenido indiciario
 - 9) restricción semi-indiciaria.
 - a.Controles generales y redadas policiales establecidos ex post facto
 - 10) restricción disyuntiva
 - a.La tensión entre el ius permittendi y el ius prohibendi en orden a la prestación del consentimiento en el ejercicio de la libertad domiciliaria de los cohabitantes
 - 11) intervención social
 - a.restricciones en orden a la protección de la salud: restricciones de la libertad por causa de enfermedad infecto-contagiosa e internamientos en establecimientos psiquiátricos
 - b.intervenciones por causas educativas: internamientos dirigidos a la educación o tutela de menores
 - 12) restricción eventual
 - a.limitaciones a la libre circulación o permanencia en lugares públicos, por tiempo imprescindible, dirigidos al restablecimiento del orden y de la convivencia.

Todos estos tipos o subclasificaciones de intervención se encuentran en su totalidad jurisprudencialmente asumidos. Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La relevancia procesal de los descubrimientos casuales, en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria. Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, págs. 31 y ss.

18 Vid., MARTIN MORALES, R., en Teoría general del principio de intervención indiciaria, en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria. Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, págs. 31 y ss.

En estos supuestos de restricciones imponderadas, siguiendo el parecer de MARTIN MORALES¹⁹, si se concluye que este nuevo hallazgo puede ser tomado en consideración, aunque sólo sea a determinados efectos, “estaremos ante un nuevo caso de restricción con déficit de contenido indiciario, pues los indicios habilitantes de la intervención principal en nada se refieren a este nuevo ilícito. La valoración de la existencia o inexistencia de indicios respecto del nuevo delito no era posible, sencillamente, porque éste no se conocía. (...) Sería desconcertante que no pudiese servir”.

El problema, sigue afirmando este autor, radica en la argumentación, pues resulta difícil sostener lo anterior y exigir, a la vez, un juicio *ex ante* que incluya no sólo la valoración indiciaria, sino también la ponderación de los diversos bienes jurídicos en conflicto que exige el principio de proporcionalidad.

Como respuesta ofrecen la teoría de la restricción ponderada al principio de intervención indiciaria, si bien aquélla sólo ofrece solución al ámbito objetivo de los hallazgos casuales, pues para los descubrimientos inevitables referidos a sujetos que no aparecían como inicialmente imputados y respecto de los cuales se descubre a posteriori una cierta participación en el hecho delictivo, aplican la restricción semi-ponderada. Igualmente, en los supuestos del art. 579.3 LECri, al permitir la intervención judicial de las comunicaciones de las personas respecto de las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, estima el citado autor que se trata de una restricción interpuesta, quedando fuera de toda duda su constitucionalidad²⁰.

Y es que entiende que de los hallazgos casuales sólo se puede hablar, propiamente, cuando afectan objetivamente al delito investigado, al surgir nuevos hechos con trascendencia jurídico penal.

3.2.- LA RESTRICCIÓN IMPONDERADA AL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INDICIARIA.

19 Vid., MARTIN MORALES, R., en Teoría general del principio de intervención indiciaria, en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria. Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, págs. 32.

20 Para otras clases de restricciones al principio de intervención indiciaria, aconsejamos la lectura de la obra dirigida por MARTIN MORALES, R., El principio constitucional de intervención indiciaria. Grupo Ed. Universitario. Granada, 2000. Así, p.ej., es de interés destacar la restricción imperativa justificativa de la utilización de videocámaras, aún ante la existencia de un déficit absoluto de indicios de ilicitud previa, o las así llamadas restricciones menores, para justificar las retenciones policiales; la restricción semi-indiciaria a aplicar en las llamadas “operaciones jaula”, y un largo etcétera.

Como ya tuvimos ocasión de exponer, este tipo de restricciones se producen de forma repentina e imprevista en supuestos en que se carece de cualquier base indiciaria, por lo que resulta imposible una previa valoración indiciaria constitucional y ello es precisamente origen de diversas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, y lo que dificulta la posibilidad de encontrar una respuesta coherente y de unánime aceptación. Si aceptamos la constitucionalidad de estos supuestos, estaremos admitiendo un evidente –por imposible– déficit indiciario, al no haberse podido valorar su componente indiciario, pues los indicios que habilitaron la intervención principal en nada se refieren a este nuevo ilícito.

II.- SUPUESTOS MÁS FRECUENTES DE HALLAZGOS CASUALES

1.- INTRODUCCION

Por la jurisprudencia y la doctrina se ha venido distinguiendo, al tratar el tema de los descubrimientos ocasionales, entre las diferentes diligencias de investigación, ofreciéndose soluciones distintas a los hallazgos casuales, según éstos aparezcan en el transcurso de una diligencia de entrada y registro, de una intervención telefónica u otro tipo de diligencias²¹. Esta discriminación se debe a la diferente incidencia en los derechos fundamentales de una y otra diligencia, entendiéndose como considerablemente más lesiva la intromisión en el derecho fundamental a la intimidad del art. 18 CE en el caso de las intervenciones telefónicas. Es por ello que ambos supuestos se analizarán por separado.

Respecto de las escuchas e intervenciones telefónicas, a decir por el TS, y como acabamos de apuntar, la injerencia es mayor que en el supuesto de un registro domiciliario, porque, siendo en el primer supuesto el imputado la fuente de prueba, en el segundo tan sólo sería un objeto de prueba, además de porque la intervención telefónica es una diligencia que se prolonga en el tiempo, no así el registro, que se agota en un solo acto. Consecuencia de ello, en opinión de MARTIN MORALES y DIAZ CABIALE es que, “en el caso del registro domiciliario cabría admitir las nuevas fuentes de prueba con mayor flexibilidad”²². Si bien, según estos mismos autores, “parece, no obstante, enormemente arriesgado graduar de esa manera las intromisiones en la

21 Por ejemplo, en los cacheos. El TS ha admitido que se puede llevar a cabo una inspección corporal superficial como el cacheo, en función de un mero sometimiento a las normas de policía, transmutándose el necesario juicio ex ante de ponderación. Vid., BANACLOCHE PALAO, J., en *La libertad personal y sus limitaciones*, Madrid, 1996, pág. 49 y ss.

22 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en *La garantía constitucional de la inadmisión...*, op. cit., pág. 182.

intimidad. La intimidad es un derecho (...) difícilmente estandarizable, (...) particularmente casuístico. (...) Además, la intimidad no es el único bien jurídico (...) protegido por los arts. 18.2 y 3 CE. (...) Se trata de una interpretación muy forzada”. Sin embargo, al analizar lo que denominan “el criterio del acto único”, entienden que la valoración de la jurisprudencia del TS debe ser calificada como “muy positiva”, pero “no porque la intervención más dilatada en el tiempo sea, sin más, de mayor incidencia restrictiva”, sino por el hecho de que, a más tiempo de intervención, “mayor será la posibilidad (...) de que los agentes acudan en busca de la pertinente ampliación de la autorización judicial”²³.

Siguiendo este mismo criterio, la STS de 22 de marzo de 1999, ratificada por la más reciente STS de 3 de julio de 2003, ante un supuesto de hallazgo ocasional, afirmaba que: “es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas”²⁴.

2.- ENTRADAS Y REGISTROS DOMICILIARIOS²⁵

2.1.- INTRODUCCION: CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA.

23 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión..., op. cit., págs. 183 y 184. Sin embargo, estos autores ponen un ejemplo del supuesto de un delito de efectos permanentes, en el que, al no concurrir la nota de la urgencia, es posible y exigible acudir en busca de la ampliación de la autorización judicial, interrumpiendo la actuación y adoptando las medidas oportunas.

24 Cfr. STS de 28 de abril de 1995 y de 7 de junio de 1997.

25 Para un estudio en profundidad de la inviolabilidad domiciliaria y de las diligencias de entrada y registro, concepto de domicilio, etc., puede consultarse la obra de ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. I., en <<Vademecum>> de actuación policial y de instrucción: cómo evitar las nulidades en la obtención de la prueba, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1938, año LVII, 1 de abril de 2003, págs.1033 a 1059 y nº 1939, año LVII, 15 de abril de 2003, págs. 1257 a 1287.

Siguiendo el decir de la STC 22/1984, de 17 de febrero, en la expresión <<inviolabilidad del domicilio>> hay una traslación de ideas, por cuanto la protección de la vida privada está referida al espacio o lugar donde ésta se desarrolla, el domicilio²⁶, que debe verse protegido contra las injerencias, intromisiones o investigaciones arbitrarias de los poderes públicos, especialmente cuando la autoridad gubernativa pretende la búsqueda o pesquisas de personas o cosas con propósitos incriminatorios.

En la actualidad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho básico, constitucionalmente consagrado en el art. 18.2 de nuestra Carta Magna, afirmando este precepto que la entrada sólo puede realizarse si media consentimiento del titular del derecho, en caso de flagrante delito, o si media resolución motivada²⁷, dejando aparte supuestos especiales, legalmente previstos, de lo que fácilmente se deduce que no se trata de un derecho fundamental absoluto, sino relativo o limitado. La inexistencia de esa autorización, cuando no concurren los demás supuestos, supone la lesión al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, y, por lo tanto, la nulidad de la diligencia.

En cuanto al fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, éste no es otro que el de evitar injerencias arbitrarias en el domicilio de una persona, en cuanto se configura como el ámbito espacial donde se proyecta básicamente la intimidad personal y familiar, según el decir de la STC 110/84, de 26 de noviembre, que establece que la inviolabilidad del domicilio tiene como finalidad principal "el respeto de un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado".

26 El concepto instrumental de domicilio, a los efectos del art. 18.2 de la CE, debe entenderse que goza de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o administrativo, no correspondiéndose con la noción civil ni administrativa del mismo. Según el art. 554.2 LECri, domicilio es "el edificio o lugar cerrado o la parte de él destinada principalmente a la habituación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia, que no se extiende a los aledaños del mismo". <<Domicilio>> es, a los efectos que nos interesan, y según la jurisprudencia, el lugar de habitación o morada del titular por cualquier título legítimo, o, en palabras del TS "el reino de cada cual", en cuanto su titular ejerce en él una actuación cuasi-soberana y desarrolla plenamente su intimidad y sus afectos; el lugar donde el hombre desenvuelve normalmente sus actividades sociales y también donde radica su vivienda o su habitación, viniendo referido, por lo tanto, al ámbito personal donde cada persona desarrolla y fomenta su personalidad y el ejercicio de los derechos que le pertenecen, preservado del mundo exterior. Domicilio es casa, habitación, morada, estancia, sin que pueda confundirse ni equipararse a propiedad.

27 La única intervención judicial efectiva es, en principio, aquella que se adopta antes de la penetración en el domicilio, pues tal intervención debe interpretarse como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho y no a reparar su violación cuando se produzca. La intervención a posteriori se produciría una vez realizada la entrada y no evitaría el sacrificio del derecho fundamental. La ley sólo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite, y sólo en el caso del art. 55.2 CE será la intervención judicial a posteriori. En este sentido, STC 199/1987, de 16 de diciembre y 160/1987, de 18 de julio. Vid., a su vez, los arts. 553 y 348 bis LECri.

Dado que el domicilio se protege para impedir esas intromisiones injustificadas en la vida privada de las personas, sólo en defensa de superiores intereses generales de la comunidad podría sufrir una merma temporal, mediante la adopción del acuerdo oportuno adoptado por la autoridad facultada para ello. Es de resaltar que la protección del domicilio no se proyecta sobre los bienes materiales en sí, por lo que no puede esgrimirse en defensa de la propiedad (al no ser ésta el bien jurídico protegido por la inviolabilidad domiciliaria).

"Tanto en sentido etimológico, histórico y lógico no pueden equipararse domicilio y propiedad, por colindante que ésta sea con aquél y por más o menos cerrada que se encuentre". Sin embargo, de la lectura del art. 546 LECri se desprende que los posibles objetos de la diligencia de entrada y registro lo constituyen, bien la localización del procesado²⁸, bien la intervención de efectos o instrumentos del delito investigado²⁹, libros, papeles u objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación.

2.2.- LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO. NATURALEZA Y CONTENIDO.

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado³⁰ constituye una diligencia procesal de la instrucción penal judicial -no policial-, aunque pueda practicarse antes del oportuno sumario o instrucción penal. Siempre se ha estimado que se lleva a cabo en una etapa procesal y no policial y como tal acto procesal está destinado inexcusablemente a un proceso existente y eventualmente posible, sometido al principio de <<exclusividad jurisdiccional>>.

Por ello, los jueces sentenciadores, concededores del asunto, no podrán formar su convicción en torno a la autoría de unos hechos si no se han observado las necesarias garantías procesales de intermediación y contradicción en la práctica de la diligencia.

De esta manera, afirma la sentencia 1.234/90 de 28 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, que "la actitud de la policía judicial debe quedar limitada a los supuestos de prueba anticipada en los que sea imposible la intervención inmediata del Juez de Instrucción y no puede admitirse (...) que el

28 Aunque la LECri mencione exclusivamente al procesado, debemos entender se extiende al inculcado.

29 Esta precisión es importante a los efectos del estudio de los hallazgos casuales, pues de este artículo, en concordancia con los arts. 567, 569, 570, 574 y 575 LECri, se desprende con claridad que la finalidad legal de este tipo de diligencias es, entre otras, hacerse con objetos, instrumentos etc. relacionados con el delito objeto de investigación y que por tanto, justifican la diligencia de entrada y registro. Según las SSTS de 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994, el presunto delito investigado debe constituir el exclusivo objeto de la diligencia de entrada y registro "que en ningún caso debe extenderse a otras infracciones".

30 Al igual que el registro de libros y papeles, y la detención y apertura de la correspondencia.

resultado de un registro policial -y menos sin las debidas garantías procesales- (...) goce de autenticidad, (...) aunque la policía judicial está legitimada para realizar la entrada en los supuestos de flagrancia o cuando actúa por delegación”.

Por último, y respecto del contenido del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, GOMEZ COLOMER³¹, sobre la base de la STC 11/1981, de 8 de abril, distingue y reconoce un triple contenido, a saber: 1º.- El derecho a la protección estable del domicilio; es decir, que el domicilio se encuentra jurídicamente tutelado siempre, esté habitado o no, y siempre que tenga la categoría de tal; 2º.- El derecho a la protección estable del domicilio con carácter limitado; es decir, el derecho no es de carácter absoluto, pues cede o puede ceder ante las limitaciones fijadas en el propio texto constitucional; y 3º.- El derecho a que la ejecución de la entrada y registro domiciliario se realice con todas las garantías restantes constitucional y legalmente exigibles; es decir, el acto debe realizarse con todas las garantías adyacentes y ejecutarse cumpliendo las disposiciones de la LECri que no se opongan a la CE.

2.3.- REQUISITOS Y PRESUPUESTOS.

A) Requisitos generales

Para la ejecución de la diligencia, debemos recordar que existen una serie de normas de aplicación, según expone GOMEZ COLOMER³², que resumiremos y que básicamente vienen referidas a:

- medidas de aseguramiento del acto, para que no se frustre el fin de la misma, ya sea antes de su comienzo o en los casos de suspensión temporal de la diligencia
- presencia necesaria de ciertos órganos y personas: el Juez de Instrucción, o el que resultare competente³³; el Secretario Judicial, como depositario de la fe pública judicial³⁴, y el interesado, y, subsidiariamente, la persona que legítimamente le represente la forma y momento de realización del acto, así como su documentación (art. 572 LECri.).

31 En Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español. Revista de Derecho Procesal. Año 1993, nº 3, pág. 567 y ss.

32 En Concreciones en torno al registro domiciliario..., op. cit., pág. 567 y ss.

33 Cabe la delegación en otra Autoridad judicial, o en un funcionario de la Policía Judicial. La autorización se realizará por medio de auto motivado.

34 O, si así lo autoriza el Juez de Instrucción, un funcionario de la Policía Judicial u otro funcionario que haga sus veces. Es necesaria la posterior documentación del acto. Si no consta la voluntad contraria a la entrada domiciliaria, no es tampoco exigible la presencia del Secretario Judicial en la diligencia.

B) Presupuestos básicos validantes de la entrada y registro: el consentimiento del titular, la situación de flagrancia y la existencia de mandamiento judicial³⁵

a) El consentimiento del titular

En el caso de la voluntad conforme del titular o legítimo ocupante de la vivienda³⁶, y según el principio volente non fit iniuria, no rigen las precauciones normativas que sí regirían en caso contrario, como se deduce del art. 545 LECri. Se entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar el registro, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que pueda tener efecto, sin poder entonces invocarse la inviolabilidad que la Constitución reconoce, problema que, en todo caso, ha de ser interpretado de manera ciertamente restrictiva, <<in dubio pro libertatis>>.

De esta manera, el consentimiento expreso de una persona permite la entrada en su domicilio (art. 545 LECri), y si ello es así, no hay quebranto del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

En cuanto al consentimiento tácito, se admite como suficiente para proceder a la diligencia, interpretándose la falta de oposición como tal consentimiento presunto³⁷.

b) La flagrancia³⁸

35 “La autorización judicial se concede para investigar determinados delitos previa valoración del juez de la necesidad y proporcionalidad de la medida, y la policía no puede extender su actuación a hechos delictivos diferentes sin que para ello se haya pronunciado de nuevo el juez para autorizar otra actuación distinta, previa otra valoración judicial al respecto. Así se deduce del precepto constitucional que protege la inviolabilidad del domicilio y sólo permite la entrada y registro en el mismo en caso de flagrante delito, consentimiento del titular o autorización judicial, y de las normas procesales al respecto”. Vid., STS de 3 de diciembre de 2002.

36 Se conviene en que sólo el <<morador>> puede dar un consentimiento eficaz para eliminar la tipicidad del delito, entendiendo la expresión <<morador>> como una situación de hecho. Se entiende, pues, que titular es aquella persona que efectivamente desarrolla su vida privada dentro del lugar en el que se pretende entrar. Si el sujeto que vive efectivamente en el lugar en el que se pretende penetrar no coincide con quien ostenta la titularidad jurídica sobre el bien (poseedor de hecho/propietario), debe primar la decisión del primero en cuanto lo que se defiende en este caso no es la propiedad u otro derecho real, sino el derecho a que se respete la vida privada. Ante la pluralidad de moradores, la doctrina española mantiene el criterio de otorgar mejor derecho al que prohíbe <<melior est conditio prohibentis>>.

37 <<Qui siluit cum loqui debuit, et notuit, consentire videtur>>”.

38 La palabra <<flagrante>> viene del latín <<flagrans-flagrantis>>, participio de presente del verbo <<flagrare>>, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego en llamas.

Flagrante es el delito o infracción penal que se está cometiendo, en un determinado instante y en un determinado lugar, constituyendo una excepción al contenido de un derecho fundamental. Por ello, al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, la aplicación y el propio concepto de <<flagrancia>> o <<delito flagrante>> han de ser objeto de una interpretación restrictiva en aras al máximo respeto posible al derecho fundamental.

El antiguo art. 779 de la LECri³⁹, que definía los delitos flagrantes a los efectos procesales, ha sido de enorme utilidad para nuestros tribunales, en su misión de interpretar tal concepto. Dicho artículo refería este concepto a los casos en que se estuviere cometiendo el delito o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes fueran sorprendidos. De este modo, para que haya delito flagrante, tiene que sorprenderse al delincuente cuando está cometiendo el delito, o inmediatamente después en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización, que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo.

Actualmente, y en el concepto usual de la palabra, entendemos por delito flagrante aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito, porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que ese mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia para capturar al delincuente.

Es importante tener en cuenta que no será así en los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes (los que se cometan por la tenencia de objetos de tráfico prohibido), pues desde el momento en que quedaron consumados ya no requieren, normalmente, una urgente intervención de los agentes de policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en solicitar y obtener una autorización y mandamiento judicial.

En conclusión, el concepto de <<delito flagrante>> viene delimitado por tres notas características:

1ª.- Inmediatez temporal o <<inmediatez de acción>>; es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

39 Recuperado su texto en el actual art. 795 LECri, dentro de las normas para el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, según redacción dada por la LO 38/2002, de 24 de octubre.

2ª.- Inmediatez personal; consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3ª.- Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes, se vea impelida a intervenir inmediatamente, con el doble propósito de poner fin a la situación existente impidiendo en la medida de lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

c) El mandamiento judicial

La falta de mandamiento judicial (y no existiendo flagrante delito o consentimiento del titular) se trata de una irregularidad inadmisibles, que deja a la diligencia huérfana de todo valor probatorio, tal y como la práctica unánimidad de la doctrina y jurisprudencia han venido sosteniendo.

La ausencia de resolución judicial para la entrada y registro del domicilio implica la inexistencia de la condición legitimante de la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La diligencia de entrada y registro que se practique sin la misma y las pruebas resultantes de la diligencia devienen ilícitas, sin que puedan surtir efecto alguno en el proceso, contaminando las restantes diligencias que de ella deriven directa o indirectamente⁴⁰.

La Fiscalía General del Estado ha estimado incluso la nulidad de la diligencia de entrada y registro realizada en ausencia de mandamiento judicial y de los testigos, a pesar del consentimiento del titular. El auto que acuerde la diligencia de entrada y registro, según el art. 550 de la LECri y 558 del mismo cuerpo legal, debe ser motivado⁴¹ y fundado, porque si no, de nada valdría la exigencia legal de su existencia, que ha de producirse antes de la decisión de la que son causa, y no después.

40 Vid. art. 11. 1 LOPJ.

41 La jurisprudencia ha señalado de forma reiterada la insuficiencia de motivación cuando, para dictar auto habilitante de entrada y registro, se utilicen impresos que carezcan de toda referencia al caso concreto. Sin embargo, tal exigencia de motivación no tiene por qué ser exhaustiva ni agotar la expresión de todos los posibles argumentos, bastando con que exprese los elementos individualizantes del caso y las líneas generales del razonamiento, teniendo en cuenta, además, que la medida se adopta antes del descubrimiento de un delito, por lo que la expresión y descripción de las sospechas policiales será suficiente para fundar la decisión de entrada y registro y la remisión en el auto al oficio policial, conteniendo las razones para pedir la autorización habilitante, se ha de estimar como una incorporación del contenido del oficio a la motivación de la decisión judicial.

2.4.- LOS DESCUBRIMIENTOS CASUALES Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO: VALOR DE LAS PRUEBAS HALLADAS COMO DESCUBRIMIENTO HALLAZGO O INEVITABLE EN EL TRANCURSO DE UNA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

Sin duda, la diligencia de entrada y registro es la diligencia instructora donde más frecuentemente se ha presentado el tema de los hallazgos casuales.

Antes de entrar a considerar las diversas soluciones jurisprudenciales y doctrinales, debemos hacer una breve referencia a los preceptos de aplicación recogidos en la LECri:

- art. 546 LECri: tal y como tuvimos ocasión de apuntar, este precepto establece que los posibles objetos a intervenir en la diligencia de entrada y registro serían los que puedan servir para descubrir y comprobar el delito objeto de la causa; es decir, los que guarden **relación con el delito investigado**
- art. 567 LECri: nuevamente habla de los efectos del delito que hayan de ser objeto de registro (por tanto, el objeto viene predeterminado)
- art. 569 LECri: en su párrafo sexto, indica que la autorización de entrada y registro debe haber determinado con claridad su objeto
- art. 570 LECri: en su párrafo primero, hace la misma consideración que el artículo anterior, si bien con referencia a las personas
- art. 574 LECri: en su primer párrafo, establece que sólo se procederá a la recogida de instrumentos y efectos del delito, o de los que fuesen necesarios para el resultado del sumario. A sensu contrario, en una interpretación muy restrictiva, no se podría proceder a la recogida de cualesquiera otros
- art. 575 LECri: en su párrafo primero, establece la obligación a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, por lo que no se estará obligado a la exhibición de los que no guarden esa relación.

A la vista de estos preceptos de nuestra ley procesal penal, parece que la autorización para entrada y registro domiciliario lo debe ser siempre para un objeto determinado, preciso, concreto; en relación con un determinado delito, y con una determinada persona, por lo que los hallazgos casuales no están siquiera contemplados, al menos en un plano legislativo⁴². Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia e ir analizando resoluciones en las que nuestros tribunales hayan tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

42 Una de las primeras sentencias que encontramos con relación al tema que nos ocupa, es la sentencia 493/1989, de la AP de Barcelona, que, al no encontrar cobijo legal a este tipo de hallazgos, declaraba la nulidad de los mismos, al amparo de la inviolabilidad domiciliaria. Así, salvo que concurriese ampliación del auto de entrada y registro, o, en su defecto, consentimiento del titular, los objetos hallados quedarían fuera del proceso.

2.5.- LA LICITUD DE LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS DILIGENCIAS DE ENTRADA Y REGISTRO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.

Antes de entrar a analizar la jurisprudencia del TS, conviene puntualizar que, según el propio TS ha llegado a reconocer, existe una falta de homogeneidad en sus resoluciones que dificulta la posibilidad de apuntar unas líneas decisorias maestras. Así, mientras en algunos supuestos se ha admitido como prueba de cargo la aprehensión de objetos correspondientes a delitos distintos de los investigados, en otras, y sobre la base del principio de especialidad ya mencionado, se había negado tal eficacia⁴³.

A) La legalidad de los hallazgos casuales y el principio de proporcionalidad

Partiendo de la mencionada STS de 7 de junio de 1993, el TS ha tenido ocasión de mantener la licitud de los descubrimientos casuales en otros supuestos.

Ejemplo de ello es la STS de 18 de octubre de ese mismo año, que sostenía que sería absurdo que una diligencia de entrada y registro acordada para la investigación de un determinado delito, tuviera que detenerse al encontrarse, de forma inesperada, pruebas o indicios de la comisión de un delito distinto⁴⁴. No obstante, para MARTIN GARCIA⁴⁵, dicho argumento del TS no ofrece una respuesta adecuada la tema de los hallazgos casuales, pues, a juicio de este autor, el problema no es si la diligencia de entrada y registro debe o no detenerse como consecuencia de ese hallazgo casual (que, obviamente, según MARTIN GARCIA, debe continuar), sino únicamente si las pruebas halladas casualmente deben considerarse lícitas o no, y la calificación jurídico-procesal que debería dársele a la prueba inesperada. “Es cierto”, afirma el autor, “que existe una autorización de entrada y registro (...), pero debe tenerse presente que lo que se discute no es la licitud probatoria de los objetos y efectos para los que específicamente se autorizó la diligencia de entrada y registro, sino el calificativo que debe darse a las pruebas obtenidas al margen de aquélla para cuya eventual aprehensión se restringió expresamente el derecho constitucional a la inviolabilidad domiciliaria, y cuya ignorancia previa a la práctica de la diligencia hubiera imposibilitado incluso la solicitud policial al respecto y, en todo caso, la expedición de autorización judicial alguna”.

43 Vid., STS de 8 de marzo de 1994, y, por el contrario, SSTs de 21 de enero y de 2 de julio de 1994.

44 Jurisprudencia seguida en otras sentencias, tales como la STS de 4 de octubre de 1996, o de 27 de abril de 1997.

45 MARTIN GARCIA, P., en Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita. En TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales. Ed. Aranzadi, año 2000, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, 1ª ed., pág. 395 y ss.

Posteriormente, las SSTs de 4 y de 18 de febrero de 1994⁴⁶, establecían que si las pruebas que se hallaron de forma casual “hubieran podido ser encontradas mediante el procedimiento en el que se las encontró”, nada impedía que pudieran ser valoradas.

MARTIN GARCIA⁴⁷ es extremadamente crítico con este parecer del TS, al decir que, a su juicio, este argumento “no resuelve (...) el tema planteado, ya que es evidente que concurriendo los presupuestos constitucionales y legales puede procederse a la restricción de cualquier derecho fundamental (...), pero es obvio que, con relación a los efectos u objetos hallados casualmente no concurrían a priori tales presupuestos”, por lo que, en ningún caso, podría haberse autorizado la entrada y registro domiciliario a tales efectos.

Una opinión similar a la sostenida por el TS en las referidas sentencias, es la que sostiene una sentencia de la AP de León del año 2003⁴⁸, en la que se viene a decir que cuando durante la investigación de unos hechos delictivos se produzca el hallazgo casual de elementos o indicios de la comisión de un delito distinto al investigado⁴⁹, ello no impedirá la validez y el valor probatorio de los elementos encontrados.

Con cita de la STS de 1 de febrero de 1999, se señalaba, en relación con el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, que la doctrina más reciente del TS había establecido, respecto de los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpliera con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajustaran a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

46 Que sigue la STS de 27 de abril de 1998.

47 MARTIN GARCIA, P., en *Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro...*, op. cit., pág. 395.

48 Sentencia 00021/2003. Los hechos fueron los siguientes: durante el curso de un registro efectuado en virtud de mandamiento judicial por la investigación de un delito de homicidio, aparecieron sustancias presuntamente estupefacientes, suspendiéndose entonces las diligencias y solicitándose del Juzgado de Guardia correspondiente, autorización de entrada y registro en el domicilio en busca de sustancias y efectos relacionados con el tráfico de drogas, expidiéndose por dicho juzgado mandamiento habilitante de dicha actuación.

49 Vid., a su vez, STS de 20 de junio de 2003, y Auto de 29 de diciembre de 2000 de la Sección 1ª de la AP de Pontevedra.

“Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente, en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (...) que justificaría automáticamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido el Secretario Judicial, con lo que quedan salvadas las previsiones de la ley procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez”. De esta manera, el principio de proporcionalidad se respetaría por cuanto:- las pruebas se refieren a otro delito grave que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas⁵⁰

- existe una resolución judicial que autoriza la entrada y registro, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno, y
- se cumplen las previsiones legales en su práctica (asistencia del Secretario Judicial).

En similares términos, la STS 1149/1997, de 26 de septiembre, que, referida a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, admite su validez siempre que se observe el principio de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales.

Esta doctrina se reitera en diversas sentencias⁵¹, declarándose favorables a la licitud de la investigación, por casual que sea el hallazgo de indicios materiales de otro delito distinto al investigado, pues “ello no obliga a guardar silencio en cuanto a los vestigios o evidencias que pudieran aparecer de actividades delictivas diferentes”.

B) La conexión

El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de septiembre de 1997⁵², que recoge a su vez la opinión sustentada en la STS de 3 de octubre de 1996⁵³, añadía un nuevo criterio a tener en cuenta y al que ya tuvimos ocasión de referirnos al analizar el concepto del hallazgo casual: el de la posible

50 Lo que no se plantea esta sentencia es qué ocurriría si viniera referido a un delito no grave.

51 Así, SSTS de 7 de junio de 1997, 1 de diciembre de 1995, 4 de octubre de 1996, y 30 de marzo de 1998, entre otras muchas.

52 STS 1149/1997, y a la ya que hemos tenido ocasión de referirnos.

53 Con relación a las intervenciones telefónicas, vid., STS de 15 de junio de 1993.

conexidad de los delitos⁵⁴. Según esta sentencia, “se ha impuesto una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado⁵⁵. (...) El delito nuevo es algo añadido al delito investigado (...) aplicándose las normas de conexión de los arts. 17.5 y 300 de la LECri, por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adicción a éste”.

Este nuevo criterio ha sido sustentado por parte de la doctrina y se ha estimado como la pauta a seguir para determinar la licitud de este tipo de descubrimientos. De esta manera, si en el transcurso de la práctica de la diligencia se hallaren indicios u objetos de otros posibles delitos, el juez deberá valorar si son conexos con la presunta comisión del delito que dio origen a la autorización y práctica del registro. En caso de estimarse la conexión, nuevamente el órgano judicial deberá considerar si procede extender el mandamiento y, por ende, el objeto del registro, con cuantas prevenciones correspondieran en derecho⁵⁶. A decir del propio TS, esta solución intenta aunar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria con el derecho a una justicia eficaz del art. 8 del CEDH.

Sin embargo, esta solución no resultó pacífica, y el propio TS ha mantenido diferentes criterios según qué casos. Así, en STS de 7 de junio de 1993⁵⁷, afirmaba la constitucionalidad del descubrimiento casual, dándole cobertura legal por la mera existencia del mandamiento de entrada y registro, sentencia duramente criticada por otras resoluciones posteriores del propio TS⁵⁸. Aún así, esta opinión, que ampara la licitud de los hallazgos casuales, se mantuvo en otras sentencias posteriores, pero sin que tuviera la consideración favorable de gran parte de la doctrina, de modo que el propio TS se apartó de ella, considerando que la ilicitud de los hallazgos casuales se produce de forma sobrevenida, salvo que se obtenga el consentimiento del titular o la ampliación del auto de entrada y registro.

54 De hecho, como iremos viendo a lo largo de la presente exposición, tanto la jurisprudencia del TS como la del TC, van dando poco a poco pasos cada vez más decididos a admitir los resultados de los descubrimientos casuales. Sin embargo, los argumentos utilizados hasta la fecha no son satisfactorios, pues no han llegado a ofrecer una solución integral para estos supuestos, sino más bien fragmentarias y casuísticas.

55 STS de 7 de febrero de 1994; de 22 de noviembre de 2001, con cita de las SSTS de 18 de junio de 1999; de 25 de abril y 3 y 4 de octubre de 1996.

Vid., STS 465/98, de 30 de marzo, que afirma que la doctrina mantenida en estas sentencias ha impuesto “una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado”.

56 Vid., SSTS de 28 de octubre de 1992; de 18 de octubre de 1992 y de 21 de enero de 1994.

57 Y otras posteriores, tales como las SSTS de 18 de octubre de 1993, y de 25 de abril y 4 de octubre de 1996.

58 Vid., STS de 3 de octubre de 1996, que consideraba a aquélla “carente de argumentación jurídica”.

MARTIN GARCIA⁵⁹ afirmaba su “completo y radical disenso” con la postura sustentada en la mencionada sentencia 1149/1997, que viene determinada “por el hecho palmario de que las normas que regulan la conexión procesal, y cuya eficacia se resuelve en establecer la norma general sobre la determinación cuantitativa del proceso y sus excepciones nada tienen que ver, ni pueden ser, lógicamente y conceptualmente, parámetros de licitud o ilicitud constitucional”, y esta sentencia, “ni siquiera solucionaría con carácter general el tema litigioso”, pues cuando se diere la absoluta falta de conexión entre los delitos, sería obvia la ilicitud del hallazgo casual, por lo que “toda solución que no resuelva satisfactoriamente, y con carácter general, todos los supuestos conflictivos (...) no puede considerarse ni aceptarse como solución jurídicamente aceptable”.

No obstante, según el TS, la aplicación de esta teoría no supone quiebra del principio de especialidad cuando el acto de investigación logra los resultados pretendidos y, además, se descubren indicios de un nuevo delito⁶⁰. Sin embargo, en este caso es difícil afirmar la legitimidad de la intervención, pues se le daría tal validez en función de que la diligencia arrojara un resultado positivo; es decir, se buscaría post facto y no ex ante⁶¹.

C) La flagrancia

59 MARTIN GARCIA, P., en Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro..., op. cit., pág. 397.

60 Este supuesto es distinto al de la novación, pues en la novación hay una sustitución, refiriéndose los resultados a un delito distinto del investigado.

61 ¿Y qué ocurrirá si el hallazgo casual se refiere a un delito de menor gravedad que aquél para cuya investigación se concedió la autorización judicial? ¿Cómo se podrá asegurar que también para este nuevo ilícito se hubiera otorgado la autorización para la práctica de la diligencia? Si acudimos a la teoría de la gravedad de los ilícitos, sólo podrá producir efectos el hallazgo casual si el delito ocasionalmente descubierto es más grave que el que dio cobertura a la diligencia. Es lo que DIAZ CABIALE denomina “el principio de proporcionalidad en primera secuencia”. La segunda secuencia vendría referida, no a la proporcionalidad respecto del momento decisorio, sino a la intervención material en sí; es decir, la posibilidad de que se exigiera una menor intensidad restrictiva en la investigación de la que exigía en la de la ilicitud primigenia, con independencia de la mayor o menor gravedad de los ilícitos.

Debemos tener presente, no obstante, que se parte de la preexistencia de una autorización para la investigación de la comisión de un determinado delito y que, en ese mismo acto, se realizan dos descubrimientos referidos a hechos elictivos diferentes. De este modo, podemos sostener que si era necesaria la mayor intensidad restrictiva para la investigación del delito a investigar, resultaría indiferente que el nuevo delito hubiera podido requerir una intromisión menor, si ya se requería la intromisión mayor para el delito que se investigaba. Incluso se podría sostener que la autorización judicial supone un plus de garantías, y aplicar el principio de que “quien puede lo más, puede lo menos”.

Nuevo giro, con la introducción de una nueva idea, lo da la sentencia de 30 de marzo de 1998⁶², al acudir al concepto de flagrancia para ofrecer un margen de legalidad a los hallazgos casuales. La cobertura de la flagrancia permitiría entender que la situación fáctica que se produce de forma inesperada en un hallazgo casual, excusaría la necesidad de la autorización judicial, pues el delito se percibe por la evidencia encontrada, exigiendo de manera inmediata la intervención policial. Para MARTIN GARCIA⁶³ “es evidente que el concepto de flagrancia no puede colorear de licitud probatoria el hallazgo casual y ello, por la elemental razón de que no existirá flagrancia alguna”. También DIAZ CABIALE⁶⁴, analizando la jurisprudencia del TC sobre la flagrancia⁶⁵, se muestra crítico con esta teoría, pues, por lo general⁶⁶, entiende que no surgirá la necesidad imperiosa (entiéndase, la urgencia), por lo que nada impediría que se paralizara el registro, tras la adopción de las precauciones oportunas.

Empero, y a pesar de las reticencias doctrinales, lo cierto es que la nota de la flagrancia ha sido una referencia constante para la jurisprudencia en el tema de los hallazgos casuales. De hecho, se ha llegado a sostener que, en caso de no existir flagrancia, los descubrimientos o hallazgos casuales entrarían de lleno en el art. 11.1 LOPJ, invalidando las pruebas halladas. Ejemplo de esto es la STS de 20 de septiembre de 2006 que absolvía a los condenados por un presunto delito contra la salud pública, al considerar, en un hallazgo casual, que no existía flagrancia⁶⁷.

Para la Sala de instancia se estaba ante un hallazgo casual, pero no así para el TS, que entendía que quebraba el presupuesto fáctico de los descubrimientos fortuitos, pues, dado cómo se habían desarrollado los hechos, una vez los bomberos habían sofocado el incendio de la vivienda, no resultaba necesaria la intervención de los agentes municipales para indagar sobre la presencia de alguna víctima, que, de existir, ya debería haber sido detectada por los primeros. Con todo, afirmaba el TS,

62 Se pueden consultar otros referentes jurisprudenciales. Así, SSTS de 20 de abril, 17 de junio y 18 de octubre de 1993; 4 de octubre de 1994, 1 de diciembre de 1995, 25 de abril de 1996 y 7 de junio de 1997.

63 MARTIN GARCIA, P., en *Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro...*, op. cit., pág. 398.

64 DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en *La garantía constitucional de la inadmisión...*, op. cit., pág. 182.

65 Vid., STC 341/1993.

66 Así, en el frecuente supuesto de los delitos de efectos permanentes.

67 En este supuesto, se efectuó un registro sin autorización judicial al producirse un incendio en una vivienda. Avisada la Policía Local por los bomberos al detectar la presencia de un laboratorio para la elaboración de cocaína, éstos acudieron a la vivienda una vez sofocado el incendio, sin solicitar la preceptiva autorización judicial, alegando que fueron para cerciorarse de que no había otras personas en el inmueble. Tras comprobar los extremos apuntados, avisaron a la Policía Nacional cuyo responsable, al parecer, habría obtenido autorización telefónica de la Juez de Instrucción para registrar la vivienda.

podría incluso hallarse cierto fundamento a la inicial intervención de los agentes municipales. Pero éstos, en ausencia de víctimas, y teniendo en cuenta la sospechosa naturaleza de lo hallado, y de que no había ninguna acción delictiva en curso que fuera preciso abortar, deberían haberse limitado a trasladar estos indicios al juzgado para la realización de un registro autorizado, estableciendo mientras tanto alguna vigilancia, a fin de preservar la genuinidad del escenario.

“El tribunal de instancia no puede aplicar la doctrina del hallazgo casual, para dar un imposible marchamo de regularidad a la actuación policial, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tomado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular. Dado que ello no fue así, debe aplicarse el tenor del art. 11.1 LOPJ, de modo que las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, no pueden surtir efectos en el proceso, haciéndolas rigurosamente inutilizables”.

Sigue diciendo esta sentencia que “el tribunal de instancia habla a su vez de flagrancia, pero es una afirmación insostenible según el criterio del TS, pues la flagrancia se reserva para acciones que son vistas por un tercero mientras acaecen, de tal manera que concurre una relación de sincronía⁶⁸. Para poder apreciar la flagrancia, es necesario que el delito sea percibido por alguien mientras se halla en vía de ejecución y que, precisamente, la salvaguarda del bien jurídico que se halle amenazado, exija una intervención inmediata sobre esa realidad en curso, aunque para ello tenga que sufrir menoscabo un derecho como el representado por la intimidad domiciliaria. Es por ello que en el supuesto examinado no se puede decir que la invasión de la intimidad domiciliaria se pudiera considerar justificada y legítima, careciendo el registro policial de la vivienda abiertamente de justificación. Ello se hubiera salvado si, dada la situación de emergencia y tras lo observado en la vivienda, se hubiera dado traslado al juzgado de lo advertido, dando así lugar a una actuación ajustada a la legalidad”.

Por consiguiente, y al no existir una información de cargo procedente de una fuente diversa, e invocando el principio de la presunción de inocencia, el TS absolvía a los condenados, al fundarse la condena en una actividad investigadora que se reputaba ilegítima desde la óptica constitucional, al no poder hablarse de flagrancia⁶⁹.

68 Vid., SSTS 39/2004, de 14 de enero y 534/1994, de 14 de marzo.

69 Creemos que este hubiera sido el correcto modo de proceder: parar la diligencia, comunicar la incidencia al juzgado, ampliar la diligencia de investigación y la autorización judicial, y, cumplidos todos estos requisitos, reconocerle pleno valor a lo hallado de forma ocasional (siempre dando por sentado que la diligencia se practicó legalmente). Es lo que vendría a reconocer la teoría norteamericana de la <<plain view>>, a la que tendremos ocasión de referirnos más adelante.

Por contra, la STS de 7 de junio de 1997, cuyo dictum recoge literalmente la posterior sentencia del TS de fecha de 3 de julio de 2003⁷⁰, ya había señalado que, “si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquél para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia, por lo que, producida tal situación, la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general del art. 286 de la Ley Procesal”⁷¹. Esta tesis se repite en otras sentencias del TS, recogidas en la STS de 5 de julio de 2004⁷². En palabras del TS:

“que el dictado del auto habilitante lo fuera por delito distinto, no comporta necesariamente la nulidad de la prueba”, reafirmando la teoría de que “si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva y, además, que los objetos hallados (...) se hayan introducido en el plenario mediante la declaración testifical de los intervinientes en el registro practicado con todas las garantías”. Para el TS, la flagrancia delictiva es suficientemente ilustrativa, palpable y evidente, que da sobrada cobertura al auto judicial del registro, con el que fue practicada la diligencia.

Sin embargo, estos supuestos son distintos al anterior, planteado por la citada STS de 20 de septiembre de 2006, dado que existía una primera autorización judicial habilitante de la diligencia de entrada.

Por tanto, aunque el tribunal revisor afirme que el hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia, entendemos que la validez de los hallazgos casuales no se instala tanto en la nota de la flagrancia, sino en la habilitación judicial de la diligencia; es decir, si el juzgado proporciona un mandamiento de entrada y registro, obteniéndose efectos que podrían constituir el objeto de un delito distinto, la intervención de los mismos se enmarcaría en una correcta actuación por parte de los funcionarios de la policía judicial, toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad constitucional y procesal; existió la debida proporcionalidad, y los efectos intervenidos lo fueron

70 La sentencia de 3 de julio de 2003 casaba la decisión de la Audiencia, que no otorgaba eficacia probatoria, declarando la nulidad de la diligencia de registro domiciliario, dictada en la investigación de un delito contra el patrimonio, y en cuya práctica los funcionarios descubren una determinada cantidad de sustancias estupefacientes.

71 Establece el art. 286 LECri lo siguiente: “Cuando el Juez de instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquiera autoridad o agente de la policía; debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese”.

72 Así, SSTS de 18 de junio de 1999, y de 29 de noviembre de 2002.

casualmente⁷³. Finalmente, también podemos encontrar sentencias en las que se sostiene que los nuevos hechos descubiertos casualmente sólo tienen el valor de la *notitia criminis*, idea seguida por parte de la doctrina⁷⁴.

2.6.- LA LICITUD DE LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS DILIGENCIAS DE ENTRADA Y REGISTRO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TC.

En la jurisprudencia del TC el tratamiento de los hallazgos casuales es prácticamente idéntico al recibido en el TS. Así, v.gr., la STC 41/1998, de 24 de febrero, afirmando que “el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención”. En consecuencia, el hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un nuevo objeto delictivo obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación, y, en su caso, a los funcionarios de la administración de justicia, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución⁷⁵.

Si bien son muchas las sentencias de nuestro máximo intérprete constitucional, consideramos de interés citar la opinión del TC sostenida en el auto 188/2004⁷⁶, en la que el recurrente en amparo

73 En el mismo sentido, la STS de 1 de febrero de 1999, que expone la posibilidad de validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, “siempre que se cumpla con el requisito de proporcionalidad y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales”.

74 STS de 15 de junio de 1993.

75 Vid., Sentencia de la AP de León 21/2003.

76 Los hechos fueron los siguientes:

Por el juzgado de instrucción se había autorizado la entrada y registro en una serie de domicilios, al efecto de encontrar pruebas materiales de varios presuntos delitos de robo con fuerza en las viviendas, falsificación documental, tenencia ilícita de armas, asociación ilícita y, según el auto autorizante, “posibles delitos conexos”.

Con ocasión de la diligencia de entrada y registro en una de las viviendas, los agentes de la policía advirtieron que los habitantes ocupaban también un estudio ubicado en la planta inmediata superior, lo que le hicieron saber al Secretario Judicial, presente en la ejecución de la diligencia, al objeto de recabar la oportuna autorización y así extender la práctica de la diligencia al registro de ese inmueble. El fedatario público dio, a su vez, cuenta de ello al titular del Juzgado, que acordó ampliar el mandamiento dictando la oportuna resolución.

Practicado el registro, los agentes encontraron una determinada cantidad de sustancias estupefacientes, hallazgo éste que fue puesto en conocimiento del juzgado, cuyo magistrado titular también acordó la ampliación de la

denunciaba infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que la entrada y registro fue practicada en un estudio anexo a su vivienda, pero respecto del cual el inicial mandamiento no contemplaba su registro, y, aunque el órgano judicial amplió aquél, la resolución dictada no fue notificada a los interesados y únicamente fue incorporada a las actuaciones cuando la diligencia ya había sido realizada. Además, la primigenia autorización judicial incluía otros hechos delictivos distintos y el hallazgo casual de las sustancias en la habitación del estudio únicamente fue autorizado de modo verbal por el juez cuando las mismas ya habían sido aprehendidas.

Consideraba el fiscal que la carencia de notificación a los interesados del auto ampliatorio podría constituir, en su caso, una mera irregularidad procesal que no rebasaba los límites de la mera legalidad ordinaria.

No obstante, para el TC el motivo de amparo carecía de toda “eficacia suasoria”, por las siguientes razones:

- porque el registro se llevó a cabo en el estudio ocupado por el actor luego de haber obtenido los agentes policiales la necesaria ampliación del inicial mandamiento judicial; es decir, después de que el juez instructor autorizara mediante auto motivado la entrada en el inmueble

- porque las sustancias estupefacientes aprehendidas en la habitación del estudio lo fueron con la cobertura de la ampliación del inicial auto judicial, tratándose de un hallazgo casual y por ello totalmente imprevisible, cuya evidencia no podía ser negada en ningún caso (pues así obró en el momento de llevarse a efecto)

- además, cuando hallaron las sustancias que podían constituir posibles piezas de convicción de otro delito que hasta aquel momento no era investigado, instaron del juez instructor la oportuna autorización judicial, quedando constancia documental en el acta de la diligencia de entrada de la autorización concedida por el órgano judicial

- la carencia de notificación a los interesados del auto ampliatorio autorizando la entrada y registro podría constituir, en todo caso, una mera irregularidad procesal que no rebasaba los límites de la legalidad ordinaria, pero sin relevancia constitucional⁷⁷.

diligencia a la investigación de un delito contra la salud pública que, hasta el momento, no se seguía contra el demandante de amparo, comunicándolo verbalmente al Secretario Judicial presente, quien procedió a dejar constancia de tal decisión en el acta de entrada y registro que documentó. Remitidas las diligencias al juzgado de instrucción, procedió a la apertura de nuevas diligencias por un presunto delito contra la salud pública. El demandante en amparo interpuso recurso de reforma, alegando la nulidad del registro, por haberse extendido a un objeto no previsto en el mismo. El juez desestimó el recurso, razonando que el segundo registro y la extensión del objeto venían amparados por la ampliación del auto de entrada y registro. Se formalizó recurso de queja ante la Audiencia, que lo desestimó íntegramente.

77 Por todas, STC 171/1999, de 27 de septiembre.

Por otra parte, afirmaba el TC que “el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que <<no fue hallada la droga>>. Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías”⁷⁸.

La doctrina del TC ha admitido asimismo la posibilidad de que, en ciertos casos, y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, sea posible complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida⁷⁹.

Es de interés el ATC 161/2004, en el que el hallazgo casual de un arma en el transcurso de una diligencia de entrada y registro para la investigación de un delito distinto, no aparecía viciado, a juicio del TC, de ilicitud alguna, si bien más que indicios, el juez realmente había tomado en consideración elementos de convicción que constituían algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia de un delito.

En este caso, los agentes que practicaron el registro pusieron en conocimiento del juzgado el inesperado hallazgo del arma, solicitando la oportuna autorización para ampliar el ámbito de su investigación al nuevo hecho delictivo. Es importante destacar, según el TC, que la ampliación del auto subsiguientemente dictado afectaría, en todo caso, a lo que en el posterior registro pudiera haberse encontrado en relación con este nuevo hecho delictivo, pero no a lo ya encontrado. Según nuestro máximo intérprete constitucional, el auto ampliatorio extiende la investigación al nuevo hecho delictivo y tutelaré lo que, en relación con este nuevo hecho descubierto, pueda obtenerse de la subsiguiente entrada y registro, pero no a lo ya hallado, casualmente, bajo la cobertura de un auto anterior. No es por tanto, admisible, desde la perspectiva constitucional, que la aprehensión del arma, en cuanto hallazgo casual que era, se repute viciada de nulidad porque el inicial auto hubiera autorizado en exclusiva la incautación de elementos probatorios relacionados con otro delito, y no con el de tenencia

78 ¿Male captum, bene retentum? Entendemos que entraría en juego el art. 11.1 LOPJ sobre ilicitudes probatorias con vulneración de derechos fundamentales. Puntualiza MARTIN GARCIA, con un criterio quizás excesivamente garantista, que “es claro que el hallazgo casual existe materialmente (...), pero no existe jurídico-procesalmente, por lo que no podrá tampoco servir de base para diligencias de investigación posteriores que tuvieran como único motivo el referido hallazgo casual”.

79 SSTC 49/1999, de 5 de abril y 139/1999, de 22 de julio.

ilícita de armas, pues se trató de un descubrimiento casual. Y tampoco es posible sostener que los efectos de la eventual ilicitud de un posterior auto puedan retrotraerse a un momento procesal anterior al de su dictado, cuando el acto anterior se ha realizado a cubierto de un mandamiento judicial que obliga a la policía judicial a actuar y a poner en conocimiento del órgano judicial, no sólo la recogida de todos los elementos probatorios relacionados con el delito hasta entonces investigado, sino también todo lo que guarde relación con el descubrimiento de un nuevo delito.

El TC tenía en consideración las siguientes notas:

- existía una investigación judicial en marcha y el propio juez instructor había acordado ya el registro de dicho domicilio, por medio de resolución judicial no discutida por el demandante en amparo, registro que se estaba llevando a cabo en ese mismo momento
- la comparecencia policial daba conocimiento cierto y concreto del hallazgo en el domicilio de los objetos y cuerpos de un delito
- la evidencia del hallazgo del arma y munición en el domicilio hacía innecesaria una motivación exhaustiva y un análisis detallado de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, y lo mismo en relación con la necesidad de la medida, ponderando lo fundado o no de la sospecha de que pudieran encontrarse pruebas o de que pudieran éstas ser destruidas, así como la existencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: sencillamente, los objetos y cuerpo del delito ya habían sido encontrados.

El descubrimiento casual estaba, por tanto, debidamente cubierto y amparado por aquel mandamiento judicial, que obliga a la policía a poner en conocimiento de la autoridad judicial, no sólo todos los efectos e instrumentos relacionados con el delito hasta ese momento investigado, sino también todo lo que guardara relación con el descubrimiento de un nuevo delito⁸⁰. Y aún cuando el auto ampliatorio hubiera estado viciado de nulidad por falta de motivación, lo que no es el caso, en ningún modo podría afectar a lo hallado casualmente durante la realización del registro inicial, amparado en un auto distinto que no había sido impugnado. Sólo si la obtención de esos efectos se hubiera producido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio (lo cual tampoco era el caso), hubiera sido posible cuestionarse su posterior utilización como medio de prueba en el proceso.

80 Criterio de la relevancia del descubrimiento como *notitia criminis*.

2.7.- LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO Y LA ILICITUD PROBATORIA.

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, con relación a la diligencia de entrada y registro, es indiscutible que sólo por mandamiento judicial, en caso de delito flagrante, o por consentimiento de los interesados, puede dejar de ser inviolable el domicilio. El TS ha afirmado que la falta de resolución judicial y, consecuentemente, del mandamiento judicial, implica la inexistencia de la condición legitimante de la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que la diligencia de entrada y registro que se practique sin la referida resolución y las pruebas resultantes de la misma devienen ilícitas y no pueden surtir efecto alguno en el proceso, contaminando las restantes diligencias que de ella se deriven, trayendo causa directa o indirectamente de la misma.

En este sentido se expresa la STS de 29 de febrero de 1996 al afirmar que es preciso distinguir entre el registro domiciliario -constitucionalmente protegido por el art. 18.2 CE-, para el que es preciso, a falta de consentimiento del interesado o situación de flagrancia, la pertinente autorización judicial, de las exigencias legalmente previstas en la LECri para la realización de tal diligencia. La falta de autorización judicial, en el primer caso, implicaría, a juicio del TS, una vulneración constitucional con las consecuencias del art. 11.1 LOPJ, pero el incumplimiento de las exigencias legales sólo implicaría la nulidad de la diligencia (arts. 238 y ss. LOPJ)⁸¹, mas no impediría la prueba de los hechos por otros medios probatorios. Tras la importante STC 114/1984, de 29 de noviembre, y de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, ya no puede existir ninguna duda en nuestro derecho de que, en los casos en que se realice alguna diligencia de forma contraria a la CE, la prueba obtenida en su consecuencia es radicalmente nula y carente de todo valor probatorio⁸².

Siguiendo el decir de numerosas sentencias del TS, tradicionalmente la doctrina, en este tipo de supuestos, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquél de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva

81 Así, p. ej., con relación a la presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro. Recordemos que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS se ha producido con una cierta discordancia al respecto, pues unos fallos declaran para el caso de ausencia del requisito de la presencia del Secretario Judicial, la nulidad de la diligencia (así, SSTS de 29 de enero, 4 de octubre, 12 de noviembre, 3 y 16 de diciembre de 1991) en tanto que otras resoluciones, en lugar de hablar de nulidad radical de la diligencia de entrada y registro no acompañada por la presencia del Secretario Judicial, estiman que se trata de una irregularidad procesal que priva de autenticidad y veracidad a la diligencia, pero que no impide que sí existan otros datos objetivos reflejados en el acta que puedan servir de pruebas complementarias. La última jurisprudencia parece orientarse en este último sentido (así, SSTS de 18 y 19 de octubre, y 30 de noviembre de 1990; 8 de marzo de 1991, y 3 de abril de 1992).

82 STS de 13 de marzo de 1992. Vid., entre otras, la STS de 29 de marzo de 1990, de 13 de marzo de 1992 y de 9 de julio de 1993.

respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual.

Sin embargo, cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados, de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica, entonces la perspectiva cambia, y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos, cuya protección adquiere, incluso, un rango de carácter internacional por el deber contraído por algunos países, como España, por convenios pactados con otros, en aras a conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores, a fin de impedir que una violación de este tenor pueda, en definitiva, prevalecer, se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, y, por tanto, sin eficacia ninguna en el proceso.

Así pues, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de la verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada, su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.

Según el TS, el problema ha de analizarse desde la doble perspectiva de la legalidad constitucional y de la legalidad ordinaria, pues el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se verá directamente afectado cuando el registro se haya practicado fuera de los supuestos del art. 18.2, mientras que si la diligencia se desarrolla únicamente con la infracción de otros requisitos procedimentales, por muy trascendentes que sean, se propiciarán otros efectos distintos de la vulneración del derecho. Hay que distinguir por tanto entre los casos en los que por faltar la autorización judicial se perturba de alguna manera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito legitimante, no se lesiona de manera grave el derecho constitucional aún cuando en la realización del acto judicial se incumplan normas procesales reguladoras de la forma en que la diligencia ha de llevarse a efecto. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita la prueba obtenida, porque se ha vulnerado un derecho constitucional. En el segundo, el acto es irregular y nulo, sin efecto probatorio alguno. En la ilicitud del acto procesal, como contrario a la Constitución, tal ilicitud se comunica a todo el proceso y fundamentalmente a todos los actos que del acto ilícito traigan causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta

ni puede ser convalidada por diligencias posteriores. En cambio, cuando el acto es irregular, como quiera que se desenvuelve dentro de lo que son infracciones de legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí, mas sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, dentro del contexto de lo que al principio de este razonamiento se dijo, incluso de <<sanar>> aquel efecto negativo con la práctica de otras diligencias de la instrucción o del plenario. Por ello resulta de especial trascendencia determinar si los hallazgos casuales se instalan en la nota de la flagrancia, o bien se entienden amparados por la autorización inicial de entrada y registro que propicia ese encuentro inesperado; o, por el contrario, no pudiéndose hablar ni de flagrancia ni de cobertura habilitante, nos encontramos en una ilicitud probatoria del art. 11.1 LOPJ, con las consecuencias inherentes a ello: la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no sólo en sí misma, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas, pues así lo exige la doctrina de los <<frutos del árbol contaminado>>.

"Los requisitos que ha establecido el legislador para una mayor garantía de los actos procesales de obtención de pruebas no están a disposición de los funcionarios que los realizan, sino que deben ser cumplidos por éstos aunque no estén impuestos directamente por la Constitución. En efecto, también las leyes ordinarias son obligatorias y su infracción debe tener consecuencias jurídicas tanto procesales como personales para quienes las infringen. (...) La irregularidad procesal de la diligencia de entrada y registro determina la imposibilidad de valoración de la prueba obtenida en ella, lo que -como es claro- no impide que los hechos sean probados por otros medios independientes"⁸³.

Como hemos visto, el TS ha venido distinguiendo entre la ilicitud de la diligencia y su irregularidad procesal, debiendo provenir el efecto invalidante de la entrada y registro de la vulneración de derechos fundamentales y no del incumplimiento de normas ordinarias. La licitud sólo se realizaría cumpliendo alguna de las condiciones previstas en el segundo inciso del apartado 2 del art. 18 CE (consentimiento del titular, flagrancia o mandamiento judicial, además de otros supuestos excepcionales). Su inexistencia supondría la ilicitud de la diligencia, y por ende, su nulidad radical. Pero, además de ello, la diligencia procesal debe cumplir una serie de requisitos formales, cuya ausencia determinará la irregularidad e incluso la falta de valor probatorio que la Ley otorga genéricamente a tal diligencia. Pero, por lo mismo, esta última irregularidad no impide, según el TS y el TC, acudir a otros medios para acreditar lo que tal acto por sí mismo ya no puede probar.

"La doctrina de esta Sala se ha decantado en la distinción, puesta de relieve en la sentencia de 28-1-1993 (RJ 1993, 213), entre los supuestos en que por faltar el elemento imprescindible de autorización

83 Así, STS de 10 de febrero de 1992. Vid., asimismo, SSTS de 25 de mayo de 1992 y de 6 de octubre de 1994 y de 24 de enero de 1995.

judicial para invadir el domicilio de una persona, el derecho a su inviolabilidad, consagrado en el art. 18.2 CE es lesionado, de aquellos otros en que, existiendo tal elemento legitimante, no se causa aquella lesión a un derecho constitucional, pero se produce en la realización del acto el incumplimiento de normas procesales reguladoras del mismo⁸⁴. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita es también la prueba obtenida en el mismo; en el segundo caso, el acto es sólo irregular y, por ende, nulo procesalmente, por lo que no puede, por lo mismo, producir los efectos probatorios que le serían propios de haberse cumplido todas las formalidades procesales. Las consecuencias de esa diferente naturaleza son trascendentes, por cuanto en el caso de ilicitud del acto procesal como contrario a normas constitucionales, tal ilicitud se comunica a todo el proceso y, fundamentalmente, a los futuros actos procesales que del acto ilícito traigan causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tomada en cuenta ni puede ser sanada por actos posteriores con ella relacionada, ni sobre la misma, en consecuencia, puede fundamentarse una condena (ATS de 18 de junio de 1992 [RJ 1992, 6102]. En cambio, el acto irregular afectado por infracciones de legalidad ordinaria sólo pierde la probanza que de su ejecución pudiera deducirse, pero no suprime las futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios o de sanar aquel efecto negativo de prueba pre-constituida, practicando en el juicio oral otras clases de pruebas que acrediten lo que per se el registro irregular no puede acreditar⁸⁵.

Siguiendo la letra de la STS de 28 de octubre de 1992, es evidente que las pruebas obtenidas ilícitamente son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso; que no surtirán, pues, efecto alguno las logradas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales; que la doctrina <<de los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida>> ha de ser entendida en sus justos términos, cuando de nulidad absoluta se trate, no en casos de anulabilidad o nulidad relativa; y que, como no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad, ha de rechazarse cuanto se interfiere en los derechos fundamentales de la persona, porque las intromisiones que sobre éstos tengan lugar, han de tener una inequívoca legitimidad de origen y de desarrollo.

No debe entenderse tan sólo aquella que no se acomode a las exigencias constitucionales de no atender, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también cualquiera que no cumpla las garantías concretas que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria.

84 La cursiva es nuestra, para resaltar lo que parte de la doctrina entiende como el supuesto de los hallazgos casuales.

85 SSTs de 18 de marzo y de 2 de noviembre de 1993.

La vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE puede producirse tanto por la falta absoluta de prueba de cargo, como porque la existente haya sido practicada sin las debidas garantías legales o constitucionales.

Ello no obstante el pleno valor probatorio de aquellas pruebas que se hubieren realizado y obtenido de forma completamente desconectada de la diligencia tachada de nula y no contaminada por la misma, por haberse roto el nexo de causalidad. Así, afirma la STS de 9 de julio de 1993, que: "no ofrece ni puede ofrecer la menor duda que una prueba ilícita no puede servir de plataforma a la convicción de culpabilidad de un acusado. Ello significaría nada más y nada menos que entronizar el principio de que todo vale para probar una infracción penal, lo que es absolutamente incierto. Sólo sirve aquella prueba que se lleve a efecto de acuerdo con los principios constitucionales y procesales correspondientes, esto es, que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio".

Teniendo en cuenta esta doctrina del TS, determinar si la utilización de los hallazgos casuales en el proceso supone alguna vulneración de la doctrina de las ilicitudes probatorias, aparece como de suma importancia. ¿Debemos entender que entra en juego el art. 11.1 LOPJ? ¿O bien que se trata de una mera irregularidad, que no extiende sus efectos más allá del acto viciado, sino que se agota en el mismo? ¿O acaso ni siquiera se trataría de una irregularidad, sino de un hecho que aparece de forma inesperada e inevitable? Lo analizaremos más adelante.

3.- LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS DILIGENCIAS DE ESCUCHAS E INTERVENCIONES TELEFONICAS.

3.1.- INTRODUCCION.

La STS de 2 de abril de 1996, las conceptuaba como "unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comuniquen, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios".

Las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave respecto de la vida privada y de la correspondencia de las personas, al ser un acto directamente encaminado a interferirse en las comunicaciones ajenas con objeto de conocer su

contenido, siendo, por ello, de carácter eminentemente doloso, al suponer la puesta en marcha de mecanismos o artificios que sirvan expresamente para los fines perseguidos. En consecuencia, no basta con la mera u ocasional escucha producida cuando el usuario oye casualmente una conversación debido a defectos técnicos⁸⁶.

El art. 579 LECR, que nació ya con deficiencias, es el que regula las intervenciones y escuchas telefónicas. Este precepto fue introducido, en su actual redacción, aprovechando la promulgación de la LO 4/1988⁸⁷, y sus críticas fueron inmediatas, pues faltó la visión necesaria para recoger y regular los requisitos de esta diligencia, obviándose muchos aspectos, incluso básicos, de control y utilización posterior de la información obtenida. Se criticó especialmente que el legislador no estableciera limitaciones para la realización de las intervenciones en razón a la naturaleza de los posibles delitos o de las penas asociadas. Según el Auto del llamado caso Naseiro, sólo los delitos graves pueden tolerar esta injerencia y únicamente en períodos de tiempo razonables. Si no existe un catálogo cerrado de delitos, el juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales. En todo caso, las diligencias probatorias siempre han de venir referidas al “núcleo de la acción”, es decir, a hechos fundamentalmente unidos al delito o delitos investigados⁸⁸.

Por ello, es necesario, para estudiar el tema de las intervenciones telefónicas y los hallazgos casuales, partir del examen de los requisitos establecidos por el auto del caso Naseiro, cuyo cumplimiento se deberá observar para respetar la legalidad de la medida. Sólo si estos requisitos se respetan, podremos entrar a considerar la validez de los descubrimientos fortuitos.

Sin embargo, adelantamos que ni siquiera la posibilidad de partir del análisis de este asunto es admitido por la jurisprudencia y doctrina de forma unánime, pues esta resolución no aborda propiamente el tema de los hallazgos casuales, sino el de los efectos derivados o reflejos de la actividad probatoria ilícita. Realmente, sólo se podría entrar a debatir el hallazgo casual, si éste se produjera en el curso de una diligencia de intervención telefónica lícitamente obtenida y ejecutada.

86 Vid., STS de 8 de julio de 1992.

87 Que, en principio no tenía como objeto la regulación de la medida de intervención telefónica, sino lo que pretendía, exclusivamente, era introducir la legislación especial antiterrorista en la ley procesal. Sin embargo, una vez presentado el proyecto legislativo se constató la falta de una regulación específica y sistemática de las intervenciones telefónicas, por lo que se aprovechó el momento para incluir el, en su día, nuevo artículo 579 LECri.

88 Así, STS de 1 de diciembre de 1992.

3.2.- LAS INTERVENCIONES Y ESCUCHAS TELEFONICAS Y LA ILICITUD PROBATORIA.

Es necesario analizar los requisitos establecidos para la validez de este tipo de diligencias, no sólo en la ley, sino por la jurisprudencia, y, muy especialmente, en el auto del así llamado caso Naseiro. El auto del caso Naseiro, estimaba la nulidad de la prueba de las escuchas realizadas, sobre la base de las siguientes consideraciones: 1º.- No exteriorización de indicios y falta de motivación efectiva: El TS estimaba una ausencia de indicios que pudieran justificar una medida excepcionalmente restrictiva de derechos fundamentales, y sin que se pueda considerar suficiente la simple sospecha policial de que se esté cometiendo un delito para acordar una medida tan limitativa de derechos constitucionalmente amparados y protegidos. Esa sospecha policial no basta, pues, y en principio, como cobertura de la resolución judicial previa, siendo necesaria la existencia de indicios (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento); es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste de suficiente entidad, por lo que quedan prohibidas las interceptaciones prospectivas o en busca genérica de infracciones penales (predelictuales o de prospección). De esto se deduce la necesidad de que haya un proceso en curso, por lo que sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso y dentro de él. Esta nota resulta de gran interés respecto del tema de los hallazgos casuales, pues en este tipo de descubrimientos, es evidente que no existe ni puede existir una motivación inicial o ex ante, dado lo inesperado del resultado. La existencia de indicios se deberá producir respecto del delito que se está investigando, pero no del que aparece como casual en el transcurso de esta diligencia. Se tendrá que considerar si esos indicios respecto de ese otro tipo delictivo primigenio, suponen razón bastante para no considerar ilícitos los resultados inesperados.

Respecto a la motivación de los autos, éstos han de ser dictados por el órgano jurisdiccional instructorio, exteriorizando de manera suficiente, razonada y razonable, el proceso de reflexión interna, los motivos existentes que justifiquen la adopción de una medida tan agresiva para con los derechos fundamentales, especialmente para con un derecho fundamental de tanta repercusión e incidencia sobre los aspectos íntimos de la persona como es el derecho al secreto de las comunicaciones, requiriendo que la autoridad judicial examine detenidamente la petición policial, y sin que resulte válida una autorización judicial genérica. Para MORENO CATENA⁸⁹, esta primera limitación supone, en cuanto que la autoridad judicial está sujeta a la interdicción de la arbitrariedad, la imposibilidad de que adopte esta medida de forma caprichosa o irrazonable.

89 MORENO CATENA, V., en Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. Poder Judicial. Número especial II, 1986, págs. 131 y ss.

En la actualidad queda fuera de toda duda que la forma que estas resoluciones deben adoptar es la del auto⁹⁰, al ser éste fundado y motivado, estimándose indispensable la motivación para toda resolución judicial limitativa de derechos fundamentales, y debiendo satisfacer "las exigencias mínimas de fundamentación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida". Sin embargo, la doctrina del TC ha ido matizando:

- a) Que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de la misma, ni acarrea nulidad.
- b) Que lo determinante es que en la resolución se haga expresa manifestación de que la solución adoptada responde a una concreta manera de entender qué hechos han quedado acreditados y cómo se interpreta la norma jurídica que se dice aplicable.
- c) Que por tanto será motivación suficiente aquella que permita conocer la razón de decidir.
- d) Que incluso cabe exigir una intensidad mayor o menor en la expresión de los fundamentos fácticos y jurídicos según el tipo de resolución dictada, el momento en que se dicta y la naturaleza del derecho afectado.

Llama la atención la STS de 27 de junio de 1994 que, calificada como de desacertada en ciertos sectores jurídicos, afirmaba que, si bien una reiterada jurisprudencia venía diciendo que la resolución judicial en la que se acuerde una medida de esta trascendencia debe fundamentarse de manera específica y atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, entendían que este defecto formal no invalidaba la decisión adoptada, quedando subsistente la cobertura judicial que es necesaria exigir para la intromisión en un derecho fundamental⁹¹.

Esta sentencia resulta importante con relación al tema que nos ocupa, pues si la falta de motivación no invalida la autorización habilitante, subsistiendo la cobertura judicial, si lo llevamos al tema de los descubrimientos casuales, podremos sostener que, existiendo esa autorización, es suficiente para entender que se cumple con la legalidad constitucional, lo cual supondría que en ningún caso sería de aplicación el art. 11.1 LOPJ.

90 Art. 18.3 CE, y 579.2 LECri, en concordancia con el art. 141 de este mismo texto legal, y 248 LOPJ.

"ningún derecho es absoluto y la restricción de éste consagrado en el art. 18.3 de la CE ha de apoyarse en la proporción de la injerencia. (...) Aunque lo correcto es que los fundamentos de tal medida se expresen en el auto en que se acuerde, no se puede negar la existencia de tal motivación cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el porqué del acuerdo". Vid., en este mismo sentido, las SSTS de 5 de julio de 1993 y de 11 de octubre de 1994.

Otra sentencia, también del TS, de fecha 11 de octubre de 1994, parte de diferenciar la finalidad que pudiera tener este tipo de medidas para así reconocerle distintos efectos a las posibles ilicitudes que pudieran aparecer en su desarrollo y ejecución: "puede tener la interceptación una doble finalidad: servir de fuente de investigación o utilizarse como medio de prueba, en cuyo último caso ha de reunir unas condiciones de certeza y credibilidad que sólo el estricto cumplimiento de las normas procesales puede darle. Razón por la que no cabe confundir la ilicitud constitucional de la medida, que sólo requiere la existencia de una autorización judicial válidamente emitida, con el plano inferior y de legalidad ordinaria de su regularidad procesal y validez dentro del proceso, así como de su fuerza probatoria, las que han de valorarse conforme a las reglas que regulan la eficacia de los actos procesales (en especial de las pruebas) y el incumplimiento de las formas y requisitos precisos para tal eficacia", por lo que, al menos, o como mínimo, y teniendo en cuenta esta sentencia, el hallazgo casual podría servir, en todo caso, como noticia criminis. En resumen, en términos generales podemos afirmar que la carencia de la motivación implicaría lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art 24.1 CE, según sostiene el TC⁹². Tal jurisprudencia insiste repetitivamente en que el derecho a una resolución motivada consiste en el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales sin que sea exigible una extensión determinada, y sin que el Juez o Tribunal esté obligado a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, siendo suficiente el que tales razones expresen el porqué de lo resuelto.

En todo caso, se trata de un requisito esencial, y su ausencia supondría una infracción grave de las normas procedimentales, siendo su inmediata consecuencia la nulidad de pleno derecho de todo elemento probatorio derivado de las intervenciones telefónicas acordadas sin suficiente motivación judicial, conforme al art. 238.3º LOPJ.

Pero, además de la motivación, el auto que acuerde la medida tendrá que explicitar su objeto de investigación, el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas-observadas, quiénes han de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere, y ello, al igual que el objeto de la investigación, resulta nuevamente de interés respecto de los descubrimientos ocasionales, pues en estos supuestos resulta evidente que van a aparecer elementos, ya sean de carácter subjetivo (novación o adición de sujetos implicados) u objetivo (nuevo tipo delictivo no objeto inicial de investigación), no recogidos en la autorización originaria.



92 Vid., SSTC 14, 122 y 199/1991; 27, y 175/1992, entre otras muchas.

2º.- La carencia de control judicial de la intervención telefónica (examen puntual de las conversaciones grabadas para constatar, según el curso de las investigaciones, la necesidad o no de continuar con la medida restrictiva, para prolongar la intervención, para ampliar ésta o reducirla...).

Es necesario un adecuado control jurisdiccional, directo y riguroso, y un seguimiento judicial de las interceptaciones telefónicas para que éstas se realicen con respeto a las garantías constitucionales, y siempre bajo la inexcusable vigencia del principio de proporcionalidad, decidiendo el órgano judicial todo lo relativo a las escuchas (duración, prórrogas, números de teléfonos interceptados, etc.).

El control de la intervención telefónica ha de hacerse no sólo respecto de su iniciación, sino, como ya se ha indicado, también del desarrollo y cesación de la medida, rigor, especial y doblemente exigible, teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar el vigilado, por razones obvias, de la vigilancia a que es sometido.

"El control judicial no es un fin en sí mismo, sino una fórmula para garantizar que las intervenciones se realizarán conforme a los dictados legales. Si los juzgadores devinieran en meros expendedores de permisos y vigilantes puramente formales, el derecho al secreto de las comunicaciones quedaría absolutamente desamparado".

Este requisito tiene nuevamente una enorme importancia respecto de los hallazgos casuales, pues cumpliendo con este control periódico, podrá el Juez decidir, desde el mismo momento en que, a partir de unas escuchas por un determinado delito se aprecian indicios de la comisión de un delito distinto al que motivó la intervención de las comunicaciones, las medidas a adoptar, ampliando la autorización o valorando la posible conexidad. En otro caso, entendemos que sí estaríamos ante un supuesto del art. 11.1 LOPJ.

3º.- Periodicidad del control:

Los controles a los que antes aludíamos no sólo deben realizarse, sino que deben ser hechos con periodicidad. En este sentido, afirmaba el auto del caso Naseiro que, una vez grabadas las conversaciones, el Juez deberá proceder periódicamente a su examen en presencia del Secretario Judicial y decidir lo procedente, ordenando la continuación o no de la intervención y fijando, en su caso, las oportunas pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida. Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo, para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle. Sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue, aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación.



4°.- Disociación entre autorización e investigación:

Este requisito entra de lleno en el tema de los descubrimientos casuales, pues, según el auto objeto del presente análisis, sí existiría vulneración del derecho a la intimidad si en el transcurso de las interceptaciones aparece como posible un delito o unos posibles delitos nuevos, y la policía no lo pone en conocimiento del Juez que autorizó u ordenó la intervención, a los efectos de examinar su propia competencia y la exigencia de la proporcionalidad, "pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento común y general de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable." Es necesario tener presente la incorrección que suponen las autorizaciones genéricas y el mantenimiento de las escuchas cuando aparece un nuevo tipo delictivo (independiente del que fue objeto de la inicial autorización) sin que se dé conocimiento de ello al juez instructor, para que acuerde lo legalmente procedente. El juez debe valorar individualmente las presuntas infracciones y decidir lo que estime oportuno en su consecuencia. "Tales situaciones, si no son controlables y controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo desconocimiento del principio de proporcionalidad, que no se sabrá nunca si existe o no. (...) Da lo mismo la naturaleza de las respectivas infracciones, lo decisivo es que el juez las valore individualizadamente".

Sin embargo, lo que no se llegaba a plantear, es el supuesto concreto del hallazgo casual; es decir, dando por sentado que existe una autorización judicial válida para la intervención de las comunicaciones telefónicas, y cumpliéndose con todos los requisitos legales y los que los propios tribunales han estimado de aplicación, ¿bastaría con que al juez se le informara inmediatamente de la aparición de un nuevo tipo delictivo o de un nuevo sujeto involucrado, para admitir la validez de esta novación?

3.3.- LAS ESCUCHAS TELEFONICAS Y LOS HALLAZGOS CASUALES.

Teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el auto del caso Naseiro, con relación a las intervenciones telefónicas, podemos entender que quiebra, en primer lugar, el requisito de la necesaria motivación del auto que acuerde estas medidas. Recordemos que si ni siquiera basta la mera sospecha policial para acordar su práctica, ¿qué ocurrirá en el caso de un hallazgo casual a resultas de una interceptación telefónica? La premisa básica, es, evidentemente, considerar la licitud de tal escucha

inicial, pues, caso contrario, y a tenor de la letra del art. 11.1 LOPJ⁹³, los resultados logrados carecerían de virtualidad probatoria. Por ello, dando por sentado que la inicial diligencia practicada lo fue conforme a ley, ¿qué hacer con la información obtenida de forma casual al proceder a tal intervención, que lo era por un delito distinto del que motivó la escucha inicial? Porque, de lo que tampoco cabe duda, es de que es necesaria la existencia de indicios (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento); es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste de suficiente entidad, por lo que quedan tajantemente prohibidas las interceptaciones prospectivas o en busca genérica de infracciones penales (predelictuales o de prospección), siendo, pues, necesaria, la existencia de un proceso en curso.

Ante la aparición de un descubrimiento casual, y según el Auto de 18 de junio de 1992, sólo el Juez habrá de decidir si los nuevos delitos son o no conexos, y si procede la extensión de la medida (respecto del objeto de investigación, el número o números de teléfono, así como sujetos afectados por la medida, períodos de control, etc.).

De hecho, son los controles periódicos los que cobran especial relevancia, pues son los que permiten al juez ordenar o no la continuación o no de la intervención, o fijar las oportunas pautas de comportamiento para los llamados a ejecutar la medida.

Hace hincapié el auto del caso Naseiro en la disociación entre autorización e investigación, afirmando que hay vulneración del derecho a la intimidad si en el transcurso de las interceptaciones aparece como posible un delito o unos posibles delitos nuevos y la policía no lo pone en conocimiento del juez que ordenó o autorizó la intervención, a los efectos de examinar su propia competencia y la exigencia de la proporcionalidad, pues “en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento común y general de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual es inaceptable”.

En este sentido, PAZ RUBIO, sobre la base de una de las primeras sentencias que analizan el tema de los descubrimientos casuales⁹⁴, afirma que, al no encontrar cobijo legal a este tipo de hallazgos, se debe declarar la nulidad de los mismos⁹⁵.

93 Que recordemos que establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, con violación, directa o indirecta, de los derechos fundamentales.

94 La sentencia 493/1989, de la AP de Barcelona, ya citada.

Para LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ⁹⁶, en atención a la naturaleza de medida restrictiva de un derecho fundamental de las medidas de intervención telefónicas, “el aprovechamiento de estos hallazgos fortuitos, sobre la base de los arts. 579 y 11.1 LOPJ”, sólo serán utilizables en aquellos casos “en que el grado de conexión objetiva/subjetiva entre el hecho descubierto y el investigado posea un mínimo determinado”, rechazando toda interpretación extensiva o analógica que suponga o vaya encaminada a la restricción o suspensión de derechos fundamentales. Ahora bien, “la limitación de utilizabilidad de los descubrimientos casuales ha de referirse a la función probatoria y no al significado investigador de la medida”. Por ello estima que los hallazgos casuales no podrán utilizarse como fuente de prueba de un proceso distinto de aquél en que se obtienen, salvo para el caso de los delitos conexos del art. 17 LECri. “Esto no significa”, según este mismo autor y recogiendo parte de la doctrina alemana al respecto⁹⁷, “que la adquisición de estos descubrimientos no pueda tener ninguna consecuencia jurídica. Podrá tenerla, pero (...) tendrá que limitarse a la adquisición de una noticia criminis”, de tal manera que dará lugar al nacimiento de “un nuevo proceso penal, mediante la apertura de un sumario o de unas diligencias previas, sobre la base de los arts. 308 y 262 LECri”, si bien estima que este deber de denuncia “es insuficiente, siendo la limitación excesivamente rigurosa si la actuación se ha producido con respeto a todas las garantías y presupuestos”.

De este modo, según LOPEZ-FRAGOSO, “los descubrimientos casuales únicamente podrán servir para fundar una sospecha necesaria para incoar un sumario o unas diligencias previas, pero no para fundamentar, por sí solos, no ya la posible condena, sino tampoco la imputación”, es decir, tan sólo puede dar lugar a unos efectos puramente investigadores, o a una labor de adquisición y aseguramiento de pruebas sobre el hecho investigado.

Si analizamos la jurisprudencia anteriormente citada, tanto del TC como del TS, al igual que una gran parte de la doctrina, dos son, básicamente, las soluciones propuestas y admitidas: bien entender que el nuevo delito, de cuya existencia se tiene conocimiento casual, es conexo, en cuyo caso de forma prácticamente unánime se ha admitido la validez de estos hallazgos; bien entender que no lo es. Queda fuera de toda duda, que, desde el mismo momento en que aparecen nuevos tipos delictivos en

95 Que PAZ RUBIO extrapola a las intervenciones telefónicas, aunque el supuesto lo era de un descubrimiento casual durante la realización de una diligencia de entrada y registro domiciliario. Vid., PAZ RUBIO, J. M^a., en La prueba en el proceso penal, en Cuadernos de derecho Judicial, 1992.

96 LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., en Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, 1999, págs. 92 y ss.

97 Opinión de parte de la doctrina alemana que el autor recoge “frente al desmesurado entendimiento de la utilizabilidad de los descubrimientos casuales”.

el curso de unas escuchas telefónicas, se le debe comunicar de forma inmediata al juez que las autorizó, para que amplíe el auto habilitante en caso de conexidad. Pero cuando no se da esa conexidad, es cuando realmente se cuestiona la validez de ese descubrimiento fortuito, debiendo el juez aplicar la solución que estime como más correcta: bien darle valor de noticia criminis, sin efectos probatorios, bien darle tales efectos, entendiendo que la intromisión en el derecho a la intimidad ha quedado salvada por la inicial autorización judicial, ampliando, lógicamente, también en este supuesto, la autorización para intervenir las comunicaciones. Por último, sólo nos resta indicar que el TS ha destacado, en relación con las intervenciones telefónicas, que no se vulnera el principio de especialidad si no hay novación, sino simple adición o suma, si bien los nuevos hechos sólo tendrían el mero valor de noticia criminis⁹⁸.

4.- LOS HALLAZGOS CASUALES EN LA PRUEBA GENETICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL⁹⁹.

Respecto de la viabilidad de la constitución de bancos de datos de patrones de bandas de ADN para uso forense, nos planteamos la posibilidad de digitalizar los perfiles de ADN y almacenarlos en bases de datos informatizadas para así constituir una base de datos con los perfiles genéticos extraídos de los vestigios biológicos de determinados delincuentes, a los efectos de comparar de forma sistemática los distintos perfiles obtenidos para clarificar la posible participación de los sujetos en los delitos investigados. No cabe duda de la eficacia de tal método, y por ello algunos ordenamientos, entre otros, el español, han optado por su admisibilidad¹⁰⁰.

El problema de los descubrimientos casuales y las muestras genéticas viene propiciado por el hecho de la inclusión de las muestras y sus correspondencias en esas bases de datos, de modo que, en el transcurso de la investigación de un determinado hecho delictivo, pueda darse el caso de que, al cotejar un vestigio biológico con los incluidos en la base de datos, nos pueda dar, no ya la identidad o la correspondencia de la muestra, que es lo esperado y, al fin y al cabo, el sentido de las bases de datos, sino, v.gr., la de un familiar directo, o la relación con otro hecho delictivo distinto del que se guardan muestras de ADN para su cotejo y búsqueda de coincidencia genética.

98 Así, STS de 15 de julio de 1993.

99 Para un estudio en profundidad de esta materia, vid., ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. I., en La prueba de ADN en el proceso penal, Ed. Comares, Granada, 2008.

100 Vid., LO 10/2007.

Así, MORENO VERDEJO se plantea si debe un perito comunicar al juzgado y, en tal caso, puede éste hacer uso, del descubrimiento no específicamente buscado a través de una prueba genética del entorno familiar del sospechoso, para los casos en que la prueba arroje como resultado que el muestreado no es el autor, pero indique que lo es una persona de ese entorno familiar. Para este autor, el perito (en el ámbito de un proceso penal, que no civil, en cuyo caso la solución sería la opuesta), sí tiene obligación de comunicar este dato al juez, por ser un hallazgo casual¹⁰¹.

Todo ello conllevaría, por ende, a plantearse si los análisis de muestras o vestigios permanecerán de modo indefinido configurando estas bases, o debieran ser suprimidas, y qué se hará con estos análisis autorizados judicialmente, una vez concluida la investigación¹⁰². Es lógico establecer la eliminación de los análisis de los vestigios una vez prescriba el delito o se hubiesen cancelado los antecedentes penales. Asimismo, es necesario aclarar si cabe utilizar los datos de las bases de datos de perfiles genéticos para buscar coincidencias entre familiares o, incluso, del propio perfil genético del autor, pero cuya inclusión en la base de datos se refiere a un delito concreto, y no a cualquier otro que se pudiera investigar.

La LO 10/2007 únicamente establece al respecto que los antecedentes genéticos tengan fecha de caducidad: la prescripción del delito, para los casos en que los procesos terminen con auto de sobreseimiento provisional, o la de la cancelación de los antecedentes penales, para los supuestos en que exista sentencia firme condenatoria.

Cuestión distinta es la posible cesión de datos. El art. 2 c) de la LO de Protección de Datos de Carácter Personal permite prescindir del consentimiento del interesado para la cesión de datos cuando ésta deba efectuarse al Ministerio Fiscal o a los jueces y tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas. La duda surge si esto, a su vez, permite que tras haberse obtenido el perfil genético de una persona de forma válida, puede ser utilizado en otro procedimiento por resolución motivada del órgano judicial. El art. 18.4 de la CE exige que la creación de toda base de datos se realice con pleno respeto de los derechos fundamentales y sin afectarles más que lo estrictamente imprescindible. Los arts. 22 y ss. de la citada ley de protección de datos, limitan la recogida de datos sin consentimiento de las personas a los que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad

101 Vid., MORENO VERDEJO, J., en ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Ed. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Publicaciones año 2006; en página web www.cej.justicia.es, pág. 1820.

102 Antes de la promulgación de la LO 10/2007, la práctica habitual era la no destrucción de los mismos, puesto que ningún precepto disponía que aquélla se llevara a cabo, lo cual debía ser relacionado con lo establecido en la Ley de Protección de Datos.

pública o para la prevención de infracciones penales, cancelándose dichos datos cuando no sean necesarios para las investigaciones que provocaron su almacenamiento.

Por otra parte, con relación a las bases de datos de ADN realizadas a nivel de grupos de personas, es donde pueden tener una singular importancia e incidencia los hallazgos casuales. Sin duda, la realización de la prueba genética a un cierto número de individuos más o menos amplio (por el mero hecho de pertenecer a determinado colectivo), puede suponer que se vean implicados en la investigación¹⁰³ y que, por ende, aún careciéndose de una sospecha inicial, se pueda determinar su posible participación en el hecho delictivo. Se trata de la llamada “teoría del mosaico”, referida a los supuestos en que los análisis practicados, que no deben aportar información sobre las características biológicas de la persona analizada (puesto que se realiza sobre el ADN no codificante), y que son, en sí mismos, por lo apuntado, irrelevantes, pueden no obstante llegar a ser significativos si se ponen en relación con otros datos, por lo que entonces sí podría verse afectada su esfera de intimidad y la de personas de su entorno familiar. Es decir, se trataría del encruzamiento de datos de forma tal que, aisladamente considerados no aportan información personal e íntima significativa, pero sí cuando se

103 Así, MORENO VERDEJO y GUILLEN VÁZQUEZ al recoger el caso de la violación y asesinato de Eva B. en Algete (Madrid). Para ayudar en la investigación de este caso, el alcalde de la localidad promulgó un bando por el que solicitaba la colaboración de los jóvenes para someterse voluntariamente a un análisis de ADN. Más de 2.000 jóvenes firmaron estar dispuestos a ello. El Juez instructor inadmitió dicha prueba. Numerosas voces de prestigio se alzaron para criticar este tipo de pruebas de generalizada sospecha. Vid., MORENO VERDEJO, J., y GUILLEN VÁZQUEZ, M., en ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos: necesidad de superar la actual situación de anomalía, en Revista de Derecho Penal – Práctica Penal, Ed. SEPIN (Penal), nº 1, enero-febrero 2.003, pág. 60 y bibliografía citada por los autores indicados.

Sin embargo, en el reciente caso del “crimen del alcalde de Fago”, la policía no dudó en solicitar muestras de ADN de prácticamente todos los varones del pueblo, así como del pueblo vecino, Ansó, para avanzar en la comprobación de los hechos. Sin embargo, desconocemos los criterios para la toma de estas muestras. Lo que es indiscutible es que, de esta manera, todos los vecinos (37 personas censadas) se sienten “bajo sospecha”. Debería plantearse si, de nuevo, el principio de proporcionalidad se ve ignorado por este proceder, o si la gravedad de los hechos y el que el número de vecinos hombres sea ciertamente pequeño, mitiga lo anterior.

De hecho, es interesante el parecer de uno de estos vecinos, principal “enemigo político” del alcalde asesinado (y uno de los primeros a quien se le tomaron muestras de ADN, posteriormente inculpado de los hechos), al decir que, en un pueblo tan pequeño, con las casas abiertas, “cualquiera puede coger cosas mías, desde un martillo a ropa, o dejar pelos de mi perro o fibras de mi jersey. A veces dejo las botas de agua tiradas, fuera... Imagine que las cojan y que dejan huellas de ellas en el entorno del crimen, por ejemplo”. Este sentir refleja claramente la inquietud que provoca una prospección indiscriminada de muestras de restos de ADN, sin que exista previamente un título de imputación bastante, y sólo a los fines de avanzar en la investigación. Vid., La Voz de Galicia, de 19 de enero de 2007, pág. 20. Curiosamente, el Daily Mirror, con relación a este suceso, publicaba unas líneas bajo el título “Village has 37 murder suspects” (un pueblo tiene 37 sospechosos de asesinato).

unen todos ellos. Por consiguiente, también en relación con estos datos debe defenderse que se asuman y adopten, en su caso, garantías de protección¹⁰⁴.

Aunque en nuestro país aún no se ha llegado a permitir tal práctica, ni parece que la reforma¹⁰⁵ permita este tipo de análisis para un grupo amplio e indeterminado de personas, en otros países como Inglaterra¹⁰⁶, Francia o Alemania sí han sido ya utilizadas este tipo de pruebas.

En estos supuestos, y en opinión de MORENO VERDEJO, el resultado obtenido sí se podría utilizar, siempre y cuando quien se hubiere prestado voluntariamente a la diligencia hubiere prestado un consentimiento informado, y sabiendo que con esa prueba podría estar revelando o desvelando la participación criminal de un familiar¹⁰⁷.

Finalmente debemos resaltar que si encontramos un vestigio en una escena de un crimen y procedemos al cotejo con la base de datos configurada de este modo, a nivel poblacional general, encontrándonos con que coincide con uno de los análisis que se encuentran en dicha base, cabría plantearse la validez de esta prueba como hallazgo casual, y es que absurdo sería que para la toma inicial se informase al individuo sujeto al análisis de la acusación que se formula, se exija un determinado grado de vinculación, se dicte una resolución judicial motivada para el análisis si el propio sujeto no da su consentimiento, y una vez adoptadas todas estas garantías, esta muestra se pudiese utilizar durante años sin consentimiento, sin información y sin resolución de ningún tipo.

III.- EL ART. 11.1 LOPJ

104 Vid., ROMEO CASABONA, C. M^a., en Perfiles de ADN en el ..., op. cit., págs. 432 y ss.

105 Vid., nueva redacción dada al art. 363 LECrim, que únicamente hace referencia al “sospechoso”, amén del principio de proporcionalidad.

106 MORENO VERDEJO analiza el caso Pitchford del Reino Unido, que por su interés nos permitimos recoger según lo expone este autor. Entre los años 1983 y 1986 se produjeron en el condado de Leicestershire (Reino Unido) una serie de violaciones. Tras analizarse los restos de semen hallados en las diversas escenas de las violaciones, todos resultaron ser coincidentes entre sí; es decir, provenían de la misma persona, y se dedujo que el autor debía tener entre 13 y 30 años. Habiéndose requerido voluntariamente por la policía a todos los hombres de la zona entre esas edades a someterse a un análisis de ADN, se llevaron a cabo más de cinco mil análisis, pero el resultado fue negativo. El autor había presentado documentación de otra persona que se presentó voluntariamente al análisis. Todo ello se descubrió posteriormente al declarar unos testigos cómo el autor se había jactado públicamente de la suplantación. Vid., MORENO VERDEJO, J., en ADN y proceso penal..., op. cit., pág. 1822. Para un estudio en profundidad de las diversas soluciones en derecho comparado, puede consultarse ROMEO CASABONA, C. M^a., en Perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español, en la obra colectiva, Las reformas Procesales, Ed. CGPJ, Estudios de Derecho judicial, n^o 58, págs. 441 y ss.

107 Vid., MORENO VERDEJO, J., en ADN y proceso penal..., op. cit., pág. 1824.

Como ya tuvimos ocasión de indicar con anterioridad, este precepto establece que las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, no surtirán efectos en el proceso. Por lo tanto, cualquier tipo de diligencia realizada sin observar las debidas garantías va a devenir nula de pleno derecho, y, en consecuencia, no podrá ser utilizada como elemento probatorio¹⁰⁸. Esta concepción de las ilicitudes probatorias es la que, a su vez, secundan los diversos sistemas jurídicos de nuestro entorno continental. La forma de adquisición del conocimiento de la verdad debe ser una de las principales garantías jurídicas del debido proceso¹⁰⁹.

Mas si nosotros sostenemos que ciertas irregularidades procesales sí pueden suponer, por ende, violación del derecho fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, constitucionalmente recogido y amparado, no es menos cierto que para que la vulneración se produzca, ésta ha debido traducirse en términos de indefensión, precisamente porque la ratio del 24.2 de la CE es evitar la indefensión del justiciable. Así lo reconoce parte de la jurisprudencia, al sostener que la vulneración de la normativa procesal adquiere sentido constitucional solamente cuando produce indefensión y, consecuentemente, ataque al derecho fundamental a un proceso justo, debido legalmente o con las debidas garantías, con el consiguiente perjuicio y defecto material de indefensión, quedando así menoscabado el real y efectivo derecho de defensa¹¹⁰.

Por ello, es primordial determinar si los hallazgos casuales entran dentro de la esfera de la ilicitud probatoria, es decir, con vulneración de las previsiones legales y constitucionales, o no, pues en éste último caso, no sólo lo hallado como descubrimiento casual podría tener virtualidad probatoria, sino, en consecuencia, toda la restante actividad probatoria que deviniera de la anterior. Si sostenemos que el auto de entrada y registro, de la interceptación telefónica, etc., da cobertura a la diligencia, entonces los hallazgos casuales vendrían protegidos por esa esfera garantista y no se

108 Afirmación ésta, que, a tenor de la jurisprudencia, debe ser matizada. Debe distinguirse entre la ilicitud constitucional de la diligencia de intervención por no ampararse en ninguno de los requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, por no cumplir las normas impuestas para su ejecución, valorables en el plano de la legalidad ordinaria y trascendente sólo a efectos procesales. SSTS de 24 de noviembre de 1997, de 23 de septiembre de 1998, entre otras.

109 Vid., ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, en *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. Ed. C.F. Müller, UTB, 4ª ed., pág. 122. De ahí toda la teoría general de las prohibiciones probatorias y de valoración del derecho alemán (en aras a lograr la adquisición de la verdad formalizada); los así llamados *Beweisverbote* y *Beweisverwertungsverbote*, cuyo fin último es el de lograr la protección de los derechos de la personalidad de los imputados.

110 La búsqueda de la verdad no es en sí misma un fin, sino un mero fin mediato, para lograr la paz jurídica. "Die Wahrheitsfindung ist nicht Selbstzweck, sondern blosses Zwischenziel". Vid., ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, en *Einführung in das Strafrecht und...*, op. cit. pág. 118.

produciría una indefensión real. Si, por el contrario, y atendiendo al objeto que permite y motiva esa autorización, quizás pudiéramos hablar de una extralimitación y, por ende, de un resultado ilícito. La disyuntiva no es fácil. Mas si entendemos que el descubrimiento casual es imprevisible, y que se produce como consecuencia de la ejecución de una determinada diligencia, amparada por la correspondiente autorización judicial, entonces se puede estimar que el derecho fundamental no ha sido vulnerado, si bien, desde el mismo momento en que se produce tal descubrimiento casual, se debe detener la diligencia, ponerlo en conocimiento del órgano judicial y solicitar la ampliación del auto, con el indicio cierto de la comisión de un nuevo delito, asimilable a una notitia criminis material. Esta solución no acarrea una indefensión mayor que la que acarrea el desconocimiento del propio imputado de que una determinada diligencia se va a practicar, y permite conciliar el interés de la justicia penal y el de la propia sociedad en que no resulten impunes conductas delictivas, quedando amparados los derechos del justiciable por ese mandamiento que da cobertura constitucional a las diligencias de investigación.

MARTIN GARCIA se muestra completamente contrario a esta tesis, afirmando que “los hallazgos casuales constituyen pruebas ilícitas, no pudiendo siquiera servir de punto de partida para investigaciones posteriores, debiendo así resolverse el contencioso entre las exigencias de la justicia material y la protección del marco jurídico de garantías del individuo a favor de éste, pues nos parece fuera de toda duda, en el marco de un Estado democrático, que no puede haber justicia material al margen del respeto y protección del marco constitucional y legal de garantías del ciudadano”¹¹¹.

Nosotros no secundamos esta opinión por los motivos expuestos. Sólo en el caso de que se siguiera adelante con la diligencia, sin poner en conocimiento del órgano judicial el hallazgo casual, podríamos hablar de ilicitud, no así en caso contrario, debiéndose velar, en cualquier caso, por que las autorizaciones en ningún caso sean genéricas o de prospección. Quizás esta solución parezca demasiado simplista, pero entendemos que es la única que aunúa los intereses de la sociedad en perseguir los hechos delictivos, y los de la administración de justicia y del propio administrado en que se cumplan los postulados constitucionales de interdicción de la arbitrariedad. Pues un hallazgo casual no lo es a resultas de una conducta arbitraria del llamado a investigar y perseguir el hecho delictivo, sino un suceso imprevisible que ocurre en el transcurso de una diligencia debidamente motivada y autorizada, en cobertura de los derechos fundamentales que pudieren verse afectados.

111 MARTIN GARCIA, P., en Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita. En TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales. Ed. Aranzadi, año 2000, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, 1ª ed., pág. 401.

En todo caso, parece comúnmente admitido que la sentencia se podrá basar siempre en otra actividad probatoria de cargo, si ésta es distinta e independiente de la tachada nula, de carácter incriminatorio y eficiente (la llamada ruptura de la relación de causalidad de la prueba ilícitamente obtenida).

IV.- LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DE LA PLAIN VIEW

Esta teoría va más allá de los descubrimientos ocasionales, llegando incluso a operar como uno de los supuestos excluidos de la necesaria autorización judicial para el registro o la intervención. Sobre la base de esta doctrina, si un objeto es descubierto por un agente de policía desde un lugar en el que se encuentra legalmente, ese descubrimiento no queda viciado por ilegalidad alguna¹¹² y su resultado podrá ser utilizado como prueba en el acto del juicio. Lo que se exige, en todo caso, es que el objeto encontrado tenga por sí mismo la suficiente fuerza incriminatoria; es decir, debe existir causa probable de que el objeto es el fruto, instrumento o prueba del delito, sin que se pueda consentir la más mínima actividad investigadora sobre el mismo para alcanzar ese estándar de causa probable. En ningún caso puede ser utilizada esta doctrina para ampliar órdenes de entrada y registro “generales” o de prospección¹¹³.

Parte de la doctrina ha llegado a sostener que la “plain view” no constituye realmente un registro, no pudiéndose considerar este supuesto como una excepción a la necesaria autorización para la práctica de dicha diligencia (salvo consentimiento del titular y flagrancia), pues el objeto del registro no fue propiamente buscado, es decir, no hubo búsqueda de ese específico elemento probatorio-incriminatorio, por lo que no resultaría necesaria la –de otro modo- preceptiva autorización judicial. El agente de policía, de forma inesperada y accidental, simplemente se encontró con algo no buscado¹¹⁴.

Con relación a la plain view y las escuchas telefónicas casuales, en el caso *Katz v. US*¹¹⁵, se afirmó por el Tribunal Supremo norteamericano que el domicilio de una persona es, por múltiples razones, un lugar del que se espera intimidad, pero objetos, actividades, declaraciones, etc., que se exponen a la plain view de terceros, no están protegidas, porque no ha habido intención de guardarlas para sí. Así, el contenido de conversaciones en un entorno abierto o público, no se verán protegidas frente a terceros,

112 Vid., del CARMEN, R. V., en *Criminal Procedure. Law and Practice*. 4th ed., pág. 256 y ss.

113 Vid., *Harris v. United States*, 390 U.S., 234 (1968) y *Coolidge v. Hampshire*, 403 U.S., 443, 466, 91 (1971), S.Ct. 2022, 2038, 29 L.Ed 2d 564.

114 Vid., del CARMEN, R. V., en *Criminal Procedure. Law and Practice*. 4th ed., pág. 256 y ss.

115 389 U.S. 347, 88 S. Ct. 507, 19 L. Ed. 2d 576 (1967).

pues sería irrazonable tener en estos casos una aspiración de privacy, por lo que su contenido no estaría amparado por la protección del derecho a la intimidad.

En el mismo sentido, en *Payton v. New York*¹¹⁶ el Tribunal Supremo norteamericano aseveró que el registro de la propiedad en plain view no supone invasión de la intimidad, máxime cuando es razonable asumir que existe causa probable para asociar la propiedad con una actividad criminal.

Es igualmente de interés citar el caso *U.S. v. Johns*¹¹⁷, que afirmaba que la doctrina de la plain view permite el registro de objetos ilegales o incriminatorios visibles para un agente de policía, cuyo acceso al objeto ha tenido algún tipo de justificación basada en la IV Enmienda, y que tiene la necesaria causa probable para sospechar que ese objeto está relacionado con alguna actividad criminal. La doctrina de la plain view se fundamenta, así, en la constatación de que, una vez que los agentes de policía se encuentran legalmente en una posición desde la que pueden observar el objeto directamente (de primera mano), el interés del propietario en preservar su derecho a la intimidad sobre tal objeto se pierde, pues aunque siga teniendo el título y la posesión, deja de tener ese derecho a la intimidad.

No obstante lo anterior, en *Coodlidge v. Hampshire*¹¹⁸, el Tribunal Supremo afirmó que la extensión de la justificación original sólo se legitima en los casos en que la percepción de la evidencia es inmediata para las autoridades; la doctrina de la plain view no se puede utilizar para ampliar el registro de unos objetos a otros, mientras no surjan evidencias incriminatorias. De este modo, el Tribunal Supremo sentaba una nueva e importante premisa: que la doctrina de la plain view no puede tornar un registro inicialmente válido en una suerte de diligencia de registro general o de prospección, por mucho que las pruebas encontradas fueran de signo incriminatorio.

De este modo, en el contexto de entradas y registros (también extensible a las escuchas e intervenciones telefónicas), aquellos objetos, evidencias, etc., que se pueden observar a simple vista por la autoridad policial que está legalmente amparada para encontrarse en el lugar desde el cual puede ver tales elementos incriminatorios, son susceptibles de registro, aún sin expresa autorización judicial, por lo que se pueden introducir como prueba en el proceso¹¹⁹. Por lo tanto, y a modo de resumen, al amparo de esta doctrina, el hallazgo casual de piezas de convicción de carácter

116 445 U.S. 573,, 100 S.Ct. 1371, 63 L.Ed. 2d 639 (1980).

117 469 U.S. 47, 105 S.Ct. 881, 83 L.Ed. 2d 890 (1985).

118 Ya citado, 403 U.S. 443, 91 S. Ct 2022, 29 L.Ed. 2d 564 (1971).

119 Vid., Black's Law Dictionary, Ed. West, 6ª ed. Vid., caso *Harris v. U.S.*, 390 U.S. 234, 236; 88 S. Ct. 992, 993, 19 L.Ed. 2d 1069.

incriminatorio, en el transcurso de un registro a los fines de investigación de un delito distinto, se justifica y se permite, cuando la policía está realizando legalmente un registro en un área específica, si:

- 1.- se puede establecer que la policía disponía de una autorización anterior para la entrada y registro de ese lugar (las policía se encuentra legalmente en el lugar),
- 2.- si la policía se encuentra de forma imprevista e imprevisible las nuevas piezas de convicción de la comisión de un delito distinto, y
- 3.- si esta evidencia se muestra de forma notoria e inmediata¹²⁰.

V.- CONCLUSIONES

En nuestra opinión, negar la evidencia de un hallazgo fortuito, y no darle ninguna virtualidad procesal, conduciría al absurdo de negar la propia evidencia material de la comisión de un ilícito penal, que contravendría el principio de persecución de los hechos criminales y el interés general en evitar la impunidad de conductas delictivas. Y si, además, se considerara ilícitamente obtenido el hallazgo, nada de lo que proviniera del mismo, por el efecto dominó o en cascada del art. 11.1 LOPJ, podría llegar a alcanzar eficacia probatoria. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se muestran unánimes en sus conclusiones, y lo cierto es que, a día de hoy, sigue sin existir un cuerpo doctrinal sólido que justifique la legalidad y la validez de estos hallazgos casuales.

Son muchas y muy dispares las soluciones doctrinales posibles, y nosotros vamos a exponer algunas de ellas, intentando, a su vez, encontrar los puntos débiles de tales soluciones pues, como hemos indicado, carecemos de una doctrina sólida y coherente que aplicar al tema que nos ocupa.

Sostiene MARTIN GARCIA¹²¹ que si el hallazgo que se produce lo es de forma casual, ello supone que, con anterioridad a dicho hallazgo, no existía base alguna previa para haber ordenado la diligencia, afirmando que la real aprehensión del hallazgo casual “bien se produzca penetrando en el domicilio sin autorización judicial, bien mediante autorización inmotivada, determinaría automáticamente su ilicitud constitucional, siendo esta situación de análoga naturaleza a la que se produce en el hallazgo casual, en que la aprehensión del mismo se hace en virtud de una autorización judicial que no prestaba cobertura legal específica”.

120 Vid., *Washington v. Chrisman*, 455, U.S. 1, 5, 102 S.Ct. 812, 816, 70 L.Ed. 2d 778.

121 MARTIN GARCIA, P., en *Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro...*, op. cit., pág. 399 y ss.

A nuestro juicio, es necesario distinguir entre la existencia o no de esa base previa, y el desconocimiento de la misma. Es decir; la base existe por el mero hecho de la comisión de un delito grave, si bien lo que sucede, en los hallazgos casuales, es que el conocimiento de las pruebas de la comisión de un hecho delictivo se hallan en el transcurso de una determinada diligencia, que se produce –valga el término- de forma sobrevenida.

Por ello estimamos que es un error equiparar estos supuestos tal y como lo hace el citado autor: no es lo mismo la falta de autorización que, salvo flagrancia o consentimiento del afectado determinaría en todo caso la nulidad de la diligencia, que la falta de motivación, en cuyo caso deberemos estar al supuesto concreto para determinar el alcance de esta insuficiente motivación, y, por último, el hallazgo casual, el cual se produce, cierto es, en virtud de una autorización judicial que no prestaba cobertura legal específica para ese delito concreto (pues, por la propia naturaleza del descubrimiento ocasional ello no es posible), pero sí para la diligencia en sí, no produciéndose, a nuestro juicio, indefensión.

Es evidente que debemos rechazar todo tipo de diligencias de prospección o pre-delictuales, cualquier especie de “caza de brujas” penal, por lo que el legislador exige la concreción de los objetos a registrar en relación con un ilícito penal grave. Sin embargo, no es menos cierto que los hallazgos casuales se apartan de la inquisición general, pues son hallazgos que se producen en el transcurso de una determinada diligencia, acordada judicialmente, lo que, a nuestro juicio, entendemos da suficiente cobertura a la quiebra de la inviolabilidad domiciliaria, intimidad telefónica, etc.¹²²

Sin embargo, MARTIN GARCIA insiste en la idea antes apuntada, al mantener que “la aceptación de la tesis de la licitud constitucional del hallazgo casual comportaría, de hecho y en la práctica, el vaciamiento de contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 18 CE, pues la expedición de un mandamiento judicial de entrada y registro supondría, además de la autorización concreta para un determinado objeto, una a modo de autorización general y en blanco para la investigación de cualesquiera actividades presuntamente delictivas, aún ignoradas por las autoridades policiales y judiciales, (...) que además podría provocar y amparar actividades fraudulentas de la autoridad gubernativa”.

Para refutar esta posición, podemos acudir a la doctrina norteamericana de la plain view, a la que hemos tenido ocasión de referirnos. No se trata de investigar cualesquiera posibles actividades criminales, bajo el manto protector de una autorización judicial para la investigación de un determinado

¹²² Por ello, la opinión sustentada por MARTIN GARCIA, sin dejar de estar en lo cierto, no soluciona el tema de los hallazgos casuales, a salvo, claro está, de que los consideremos en todo caso nulos e ilícitos, con las consecuencias previstas en el art. 11.1 LOPJ, y que ya hemos rechazado.

delito, sino sólo de aquella actividad criminal cuya comisión se percibe de forma directa, ostentosa, evidente. DIAZ CABIALE y MARTIN MORALES¹²³ plantean los hallazgos casuales intentando conjugar los dos intereses contrapuestos que nos encontramos en el proceso penal, proponiendo dos conclusiones básicas a extraer:

1º.- Impedir la utilización del hallazgo casual por aplicación de los principios de proporcionalidad y de intervención indiciaria. Así, si en el curso de un registro aparecen otros efectos distintos del delito que se investiga, la policía deberá suspender la diligencia, solicitando la correspondiente ampliación de la autorización judicial, adoptando las medidas oportunas para evitar la desaparición de tales efectos. Del mismo modo, si en una intervención telefónica surgen indicios de la comisión de un delito distinto al que se investiga, se deberá comunicar inmediatamente al juez este extremo, para que amplíe el contenido de la habilitación judicial inicial.

2º.- Caso contrario, aplicar la doctrina de la prueba ilícita derivada. Es decir; caso de incumplirse por los agentes las exigencias constitucionales “pudiendo no hacerlo”, ya no estaríamos ante un descubrimiento casual, sino ante una prueba derivada ilícitamente obtenida, que no podrá producir efecto procesal alguno¹²⁴.

Siendo, a nuestro juicio, la más acertada de las opiniones, lo cierto es que, sin embargo, no resuelve ciertos interrogantes que los propios autores se plantean, pues no da solución para todos los supuestos (incluso relativamente factibles). Así, v.gr., cuando consta que la policía entró lícitamente en el domicilio y encontró casualmente, aunque luego no solicitara la ampliación mencionada, restos de cuerpos humanos asesinados, o un depósito de explosivos, etc., ¿debe olvidarse de lo que ha visto y de la persecución de ese delito? “Resultaría desconcertante”, afirman estos autores, “entender que eso es lo que exige la Constitución”. Podemos proponer como solución para estos casos utilizar los hallazgos casuales como noticia criminis, pero no como fuente de prueba. Sin embargo, siguiendo a estos autores, esta solución plantearía dos problemas (que sí solventaría la aplicación de la doctrina norteamericana de la plain view):

- si se diferencia técnicamente entre el distinto fundamento jurídico de la admisión del hallazgo casual como noticia criminis y como fuente de prueba, “no se obtiene ningún resultado”, pues este intento de diferenciación partiría de que, al no haber existido lesión de derecho fundamental en la obtención de la fuente de la prueba, el art. 11.1 LOPJ no sería de aplicación. Por lo tanto, nada

123 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, págs. 192 y ss.

124 Así, STC 49/1996.

impediría que la policía, a partir de ese hallazgo ocasional, iniciara una investigación, lograra nuevas fuentes de prueba y se presentaran ante el juez. Si éste no utilizase lo descubierto, no habría lesión alguna de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Sin embargo, estimamos que no debe ser así, pues en el hallazgo casual pasaríamos a la ilicitud de la prueba por vulneración de los postulados legales

- si sólo padece quebranto el principio de especialidad cuando el juez utiliza procesalmente el hallazgo casual, deberemos plantearnos qué ocurrirá si la policía lo utiliza como notitia criminis. También en este supuesto se emplearía lo descubierto sin la previa valoración judicial, por lo que podría entenderse afecta a los principios constitucionales. Según DIAZ CABIALE y MARTIN MORALES¹²⁵ “sólo se podría responder negativamente si se concluye que el principio de exclusividad (...) se refiere exclusivamente a la actuación propiamente procesal. (...) Pero llegar a esta solución es tanto como afirmar que dicho principio no está dirigido a los poderes públicos en general, sino sólo a los órganos jurisdiccionales, lo que en modo alguno es cierto”.

“La diferenciación entre el fundamento jurídico de la utilización del hallazgo casual como notitia criminis y como fuente de prueba se sostiene (...) con demasiada dificultad. (...) Si se llega a la conclusión de que la utilización de los hallazgos casuales como notitia criminis no es inconstitucional, nos quedamos sin apenas argumentos para mantener la tesis contraria a la hora de su admisión como fuente de prueba. (...) Cuando distinguimos entre ambos tipos de utilización (...) no estamos (...) sino haciendo depender del principio de proporcionalidad la diferencia entre la utilización como notitia criminis y la utilización como fuente de prueba (...), en el sentido de que aquélla sería proporcionada y ésta desproporcionada. Pero el problema llega ya resuelto (...), pues tanto el principio de intervención indiciaria como el de proporcionalidad en anteriores secuencias operan de plano.

(...) Aún asumiendo el criterio de la notitia criminis, siguen sin desaparecer las reconducciones al absurdo. (...) Así, si los agentes que intervienen una comunicación telefónica ven sorprendido su rutinario seguimiento por la aparición espontánea, súbita e impredecible de un nuevo ilícito, quedando todo conservado en soporte magnético, ¿por qué no debe servir como fuente de prueba esa grabación?

(...) La distinción entre la utilización del hallazgo como notitia criminis y como fuente de prueba contemporiza más que soluciona.

125 Vid., DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., en La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, págs. 192 y ss.

Pero volvamos a la pregunta inicial: ¿acaso debe olvidarse la policía y el resto de la sociedad de la persecución y depuración de un delito del que se ha tenido casualmente conocimiento? (...) La utilización del hallazgo casual puede estar constitucionalmente justificada.

¿Qué es, entonces, lo que falla? Que el punto de partida no es el correcto, porque existen determinados ámbitos de restricción imponderada (principio de proporcionalidad) y de restricción con déficit indiciario (principio de intervención indiciaria) cuya justificación constitucional debe quedar fuera de toda duda. No se trata, técnicamente, de excepciones, sino de modulaciones (...). Ni tampoco estamos ante el único supuesto de tales características que se puede encontrar en la teoría general de los derechos fundamentales (...).

De esta manera, y según estos mismos autores, sólo en el caso de las hipótesis de restricción imponderable, pueden ser utilizados los hallazgos casuales como fuente de prueba o en su caso, como noticia criminis; es decir, se trataría de los supuestos en que no haya habido “una persistencia restrictiva que desborde el contenido de los principios constitucionales involucrados”. Ejemplo de ello serán los casos en que sí hubiera podido existir una ampliación de la resolución judicial habilitante, sin merma de la investigación. En este supuesto, el hallazgo casual no podrá surtir efecto procesal alguno y nos encontraríamos, por el contrario, ante una ilicitud probatoria del art. 11.1 LOPJ.

Por su parte, TORRES MORATO apunta dos posibles interpretaciones al respecto del tema que nos ocupa:

1º.- la nulidad, ciñéndose a que el objeto de las diligencias de entrada y registro no se puede extender a otras infracciones distintas de las que supusieron la habilitación. En este sentido, las SSTC de 29 de noviembre de 1986 y de 17 de febrero de 1984, al decir que el mandamiento de entrada y registro debe reflejar las actividades que una vez dentro del domicilio se pueden realizar, por lo que, en todo lo que se extralimite la diligencia, el registro será nulo e inexistente, y las pruebas se considerarán de ilícita obtención, por lo que serán inutilizables en el proceso

2º.- la validez: tanto de los objetos como de las pruebas obtenidas, al entender que no hay infracción del art. 5.4 LOPJ, al existir un mandamiento judicial dando cobertura a la diligencia¹²⁶. El propio TS ha reconocido que sería absurdo detener una diligencia de entrada y registro por el hecho de que aparezcan pruebas de la comisión de un delito distinto al investigado¹²⁷. En opinión de TORRES

126 SSTC de 28 de octubre de 1992 y de 7 de junio de 1993.

127 Vid., SSTC de 18 de octubre de 1993 y de 8 de marzo de 1994.

MORATO¹²⁸, haciendo suya la de GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, los datos o resultados encontrados casualmente relativos a hechos punibles que no guarden relación con los finalmente descubiertos, si la medida se hubiera adoptado legalmente, deberán gozar de plenos efectos probatorios, “siempre que la gravedad de los hechos descubiertos pudieran haber justificado la adopción de la medida, sin que quepa hablar en esos casos de prueba prohibida, incluso en aquellos supuestos en los que las informaciones incriminen a personas distintas de las inicialmente investigadas”.

Esta se configura como otra de las teorías con relación a los hallazgos casuales: la de la comparación de la gravedad de los ilícitos, que sería de aplicación en los supuestos en que la ilicitud del nuevo delito fuera de igual o mayor gravedad que el que dio origen a la diligencia. Es decir; si se otorgó la autorización para investigar lo menos grave, tanto más se hubiera obtenido para la investigación de lo más grave. Evidentemente, esta teoría no sirve para justificar la ilicitud de los hallazgos casuales, pues, caso contrario, quedarían fuera los supuestos en que se encontraran elementos de delitos de menor gravedad al investigado (principio de proporcionalidad).

Claro está que en todo caso el juez deberá controlar la ampliación del inicial objeto investigado, tal y como se apuntó en el auto del llamado <<caso Naseiro>>, ya citado, de modo que exista una cobertura suficiente para la persecución de los nuevos hechos delictivos hallados de forma fortuita.

La STS de 4 de mayo de 1994¹²⁹, afirmaba que:

“una cosa es que se cierren todas las puertas a la más mínima vulneración de un derecho fundamental y que se elimine cualquier manifestación de indefensión, y otra que se haga imposible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior enjuiciamiento de los delitos que en cada caso correspondan. (...) Cuando en la diligencia se descubre algo que nada tiene que ver con la autorización judicial, lo procedente es ponerlo de manera inmediata en conocimiento del juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa”.

Para el TS¹³⁰, estas son las conclusiones a extraer de este tema: lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal¹³¹

128 Vid., TORRES MORATO, M. A., y DE URBANO CASTRILLO, E., en La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. Ed. Aranzadi, Madrid, 1977, págs. 247 y ss.

129 Vid., asimismo, STS de 9 de diciembre de 1993.

- a) una vez cumplido tal requisito, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal
- b) por ello, cualquier hallazgo que se produzca en tales circunstancias, no puede ser tachado de irregular, vista la legalidad en la que la diligencia discurre
- c) si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, y, por último,
- d) tan sólo si se advirtiera que todo ello puede responder a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al juez autorizante el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada ilegal.

Por consiguiente, el hecho de hallar en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de tener valor probatorio.

La misma solución debe darse, a nuestro entender, en los supuestos de descubrimientos ocasionales en el curso de una intervención telefónica, debiéndose, eso sí, poner inmediatamente en conocimiento del juez competente, la aparición de estos indicios de un nuevo y diferente hecho delictivo, para que sea aquél quien decida las medidas a adoptar y la ampliación de la autorización inicial.

Por el contrario, para MARTIN GARCIA, “es obvio que el hallazgo casual constituye un supuesto de prueba ilícita, pues no puede aceptarse (...) que pueda constituir una prueba lícita lo que es el resultado de una conducta delictiva”¹³², por lo que se muestra contrario a las tesis de nuestros tribunales que sostienen la licitud constitucional del descubrimiento casual, al considerar amparados por la autorización judicial la “práctica de actos extralimitadores del objeto para el que se expidió aquella”. Y aún va más allá, analizando el tipo penal del art. 534 apt. 1 del Código Penal, que recoge los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad¹³³.

130 STS de 3 de julio de 2003.

131 También de aplicación a las escuchas telefónicas.

132 La cursiva es nuestra.

133 Esta norma penal sanciona las conductas de las autoridades o de los funcionarios públicos que, mediando causa por delito, y sin respeto de las garantías constitucionales o legales, bien entren en el domicilio del morador sin su consentimiento (que no sería el caso de los hallazgos casuales, pues la autorización judicial protege el derecho a

Nuevamente discrepamos con MARTIN GARCIA, pues sería un sinsentido entender que lo descubierto de forma involuntaria o accidental y no pretendida, y bajo el amparo de una orden judicial, pueda constituir una conducta delictiva. Ello dando por sentado de que se pone en conocimiento del órgano judicial, de forma inmediata, el hallazgo casual.

Finalmente, y con relación a las muestras genéticas, recordemos que con la actual ley de base de datos de perfiles de ADN, la LO 10/2007, parece que encontramos cobertura legal que ampararían estos descubrimientos casuales.

Entendemos que estas son las soluciones más correctas, en la búsqueda permanente en el proceso penal del equilibrio entre los derechos del justiciable, y los de la sociedad en perseguir conductas criminales.

No obstante lo anterior, existen una serie de supuestos problemáticos, a los que las expuestas conclusiones no ofrecen una respuesta satisfactoria, a salvo la aplicación del principio de intervención indiciaria, pues son casos en los que se produce un hallazgo casual, pero sin que preexista una autorización judicial que proteja los derechos fundamentales afectados y que, aún así, son conductas amparadas legalmente¹³⁴:

1.- los supuestos en que el hallazgo casual conlleva una nueva dimensión subjetiva; es decir, cuando aparece como imputado una tercera persona no investigada por el delito que originó la diligencia. Este tipo de casos pueden darse tanto en el curso de una intervención judicial de las comunicaciones, como en el cotejo biológico de una muestra de ADN, y más difícilmente, en una diligencia de entrada y registro

2.- en las llamadas “operaciones jaula”¹³⁵, en las que no se precisa de una autorización judicial particular, sino que se trata de operaciones genéricas e indiscriminadas, legalmente admitidas, y que, sin embargo, pueden dar lugar al descubrimiento de fuentes de prueba relacionadas con un delito distinto

3.- otro supuesto que puede resultar problemático es el caso de delitos casualmente captados por cámaras de videovigilancia (para, p.ej., vigilar el tráfico), supuestos en los que tampoco se necesita

la inviolabilidad domiciliaria), bien proceda al registro de documentos, papeles u objetos que se encuentren, salvo consentimiento libre del dueño.

134 Recordemos las diversas clases de restricciones al principio de intervención indiciaria apuntadas en la obra dirigida por MARTIN MORALES, R., El principio constitucional de..., op. cit., que pretenden ofrecer solución a estos supuestos problemáticos.

135 Frecuentes tras la comisión de un atentado terrorista.

autorización judicial para instalación de las cámaras a los efectos de represión de un delito concreto. La jurisprudencia no ha vacilado en aceptar estas imágenes como prueba de los hechos delictivos, sin que se llegaran a tratar como hallazgos casuales

4.- el caso de que, durante la práctica de rutinarios controles de alcoholemia, casualmente se encuentren efectos o fuentes de prueba reveladores de ilícitos totalmente ajenos a la conducción bajo los efectos del alcohol

5.- supuestos de hallazgos casuales aparecidos en el curso de intervenciones restrictivas no necesitadas de resolución judicial, p.ej., entrada en domicilio por la policía en caso de flagrancia delictiva, o de fuerzas de intervención en casos de emergencia, etc.

En estos casos partimos de premisas distintas a las analizadas, pues no hay autorizaciones judiciales previas para la investigación de un delito concreto (aún distinto del que se encuentran evidencias). ¿Implica esa falta de autorización judicial la nulidad de lo hallado, aún cuando la ley permite esas conductas? ¿Debemos estimar la vulneración de derechos fundamentales, y, con ello, la aplicación del art. 11.1 LOPJ? ¿Qué efectos debemos reconocer? ¿Efectos probatorios? ¿Mera notitia criminis? ¿Podemos aceptar los postulados de la doctrina norteamericana de la plain view, de manera que si los agentes se encontraban legalmente en el lugar en que se produce el hallazgo casual, sí se le puede dar fuerza probatoria a éste?

Es evidente la importancia de este tema, y evidente es igualmente la necesidad de formar un cuerpo doctrinal consolidado, más allá de considerar la posible conexión entre los delitos y superada la teoría de la flagrancia. Recordemos que tanto por la Fiscalía, como por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la solución ha pasado, en el supuesto de delitos conexos, por la necesidad de otorgar una orden judicial ampliatoria del ámbito de la primera y proseguir la investigación en la misma causa. Por el contrario, si se trata de delitos no conexos, el juez será quien, tras examinar nuevamente las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, deba dictar una expresa autorización judicial permitiendo la continuación de la medida o de la diligencia, incoando la oportuna causa prosiguiendo una investigación distinta de la que ha sido punto de arranque.

Pero son éstas soluciones parciales, que no dan respuesta a otras situaciones que se pueden producir en el transcurso de una investigación penal, y que requiere de una doctrina y de una jurisprudencia coherentes, que ofrezcan unas pautas claras a seguir y a aplicar en esta materia.

BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA CITADA

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. I., La prueba de ADN en el proceso penal, Ed. Comares, Granada, 2008.
- ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. I., <<Vademecum>> de actuación policial y de instrucción: cómo evitar las nulidades en la obtención de la prueba, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1938, año LVII, 1 de abril de 2003, y nº 1939, año LVII, 15 de abril de 2003.
- ASENCIO MELLADO, Prueba prohibida y prueba preconstituida. Ed. Trivium, Madrid, 1989.
- BANACLOCHE PALAO, J., La libertad personal y sus limitaciones, Madrid, 1996.
- BLACK, Black's Law Dictionary, Ed. West, 6ª ed.
- BUENO ARUS, F., La cancelación de antecedentes penales, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2006.
- CASTIÑEIRA, Mª T. y FELIP, D., Secreto de las comunicaciones y derecho penal. Revista Jurídica de Catalunya, nº 1, año LXXXVIII. Barcelona, 1989.
- Circular de la Fiscalía nº 1/1999 de 29 de diciembre sobre Enjuiciamiento Criminal. Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Seno de los Procesos Penales.
- CORTES DOMINGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia 2008.
- DIAZ CABIALE, La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. Cuadernos del CGPJ, nº 20. Madrid, 1991.
- DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas.
- DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., La restricción imponderada. Relevancia procesal de los descubrimientos casuales, en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria. Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, págs. 31 y ss.
- ETXEBERRIA GURIDI, La admisibilidad de los tests masivos de ADN en la investigación de hechos punibles, en AP, nº 28, año 2001.
- GOMEZ COLOMER E., Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español. Revista de Derecho Procesal. Año 1993, nº 3.
- JIMENEZ CAMPO, La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, en la obra colectiva, Comentarios a la legislación penal. Ed. EDERSA, Madrid, 1986.
- LLEDO YAGÜE, La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas, en la obra colectiva, El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. IV, Ed. Fundación BBVA, Deusto, 1994.

- LOPEZ FRAGOSO-ALVAREZ, T., Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal, Ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994.
- LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1999.
- MARTIN GARCIA, P., Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita. En, TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales. Ed. Aranzadi, año 2000, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, 1ª ed.
- MARTIN MORALES, R., Teoría general del principio de intervención indiciaria, en la obra colectiva El principio constitucional de intervención indiciaria. Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.
- MORENO CATENA, V., Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal, Revista del Poder Judicial, nº especial II, marzo de 1987.
- MORENO CHAMARRO, I., Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Ed. Facultad de Derecho de la UNED, año 1989. Tomo II.
- MORENO VERDEJO, J., ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Ed. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Publicaciones año 2006; en página web www.cej.justicia.es.
- MORENO VERDEJO, J., y GUILLEN VÁZQUEZ, M., ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos: necesidad de superar la actual situación de anomalía, en Revista de Derecho Penal – Práctica Penal, Ed. SEPIN (Penal), nº 1, enero-febrero 2.003.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, A., Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal. Revista del Ministerio Fiscal, nº 1, enero-junio de 1995.
- PAZ RUBIO, J. Mª., La prueba en el proceso penal, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1992.
- RODRIGUEZ RAMOS, Intervenciones telefónicas, en la obra colectiva, La prueba en el proceso penal, CGPJ, 1992.
- ROMEO CASABONA, C. Mª, Perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español, en la obra colectiva, Las reformas Procesales, Ed. CGPJ, Estudios de Derecho judicial, nº 58.
- TORRES MORATO, M. A., y DE URBANO CASTRILLO, E., La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. Ed. Aranzadi, Madrid, 1977.
- VICENTE REMESAL, J., Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos, en Poder Judicial, nº 17.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 29 de marzo de 1990
- STS de 18 de octubre de 1990
- STS de 19 de octubre de 1990
- STS de 30 de noviembre de 1990
- STS de 29 de enero de 1991
- STS de 8 de marzo de 1991
- STS de 4 de octubre de 1991
- STS de 3 de diciembre de 1991
- STS de 16 de diciembre de 1991
- STS de 10 de febrero de 1992
- STS de 13 de marzo de 1992
- STS de 3 de abril de 1992
- STS de 25 de mayo de 1992
- STS de 8 de julio de 1992
- STS de 18 de octubre de 1992
- STS de 28 de octubre de 1992
- STS de 1 de diciembre de 1992
- STS 28 de enero de 1993
- STS de 18 de marzo de 1993
- STS de 20 de abril de 1993
- STS de 7 de junio de 1993
- STS de 14 de junio de 1993
- STS de 15 de junio de 1993
- STS de 17 de junio de 1993
- STS de 18 de junio de 1993
- STS de 28 de junio de 1993
- STS de 2 de julio de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 9 de julio de 1993
- STS de 18 de octubre de 1993
- STS de 20 de octubre de 1993
- STS de 2 de noviembre de 1993

- STS de 3 de noviembre de 1993
- STS de 18 de octubre de 1993
- STS de 9 de diciembre de 1993
- STS de 21 de enero de 1994
- STS de 18 de febrero de 1994
- STS de 8 de marzo de 1994
- STS de 14 de marzo de 1994
- STS de 4 de mayo de 1994
- STS de 27 de junio de 1994
- STS de 2 de julio de 1994
- STS de 27 de septiembre de 1994
- STS de 4 de octubre de 1994
- STS de 6 de octubre de 1994
- STS de 11 de octubre de 1994
- STS de 31 de octubre de 1994
- STS de 23 de enero de 1995
- STS de 24 de enero de 1995
- STS de 6 de febrero de 1995
- STS de 24 de febrero de 1995
- STS de 25 de marzo de 1995
- STS de 28 de abril de 1995
- STS de 1 de diciembre de 1995
- STS de 22 de enero de 1996
- STS de 29 de febrero de 1996
- STS de 2 de abril de 1996
- STS de 25 de abril de 1996
- STS de 3 de octubre de 1996
- STS de 4 de octubre de 1996
- STS de 27 de abril de 1997
- STS de 4 de marzo de 1997
- STS de 26 de mayo de 1997
- STS de 7 de junio de 1997
- STS de 26 de septiembre de 1997
- STS de 24 de noviembre de 1997
- STS de 30 de marzo de 1998
- STS de 27 de abril de 1998

- STS de 23 de septiembre de 1998
- STS de 1 de febrero de 1999
- STS de 22 de marzo de 1999
- STS de 18 de junio de 1999
- STS de 12 de noviembre de 1999
- STS de 1 de febrero de 1999
- STS de 29 de noviembre de 2002
- STS de 3 de diciembre de 2002
- STS de 20 de junio de 2003
- STS de 3 de julio de 2003
- STS de 14 de enero de 2004
- STS de 5 de julio de 2004
- STS de 20 de septiembre de 2006

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 11/1981, de 8 de abril
- STC 26/1981, de 17 de julio
- STC 62/1982, de 15 de octubre
- STC 22/1984, de 17 de febrero
- STC 110/84, de 26 de noviembre
- STC 114/1984, de 29 de noviembre
- STC 13/1985, de 31 de enero
- STC 174/1985, de 17 de diciembre
- STC 175/1985, de 17 de diciembre
- STC de 29 de noviembre de 1986
- STC 55/1987, de 13 de mayo
- STC 160/1987, de 18 de julio
- STC 199/1987, de 16 de diciembre
- STC 37/1989, de 15 de febrero
- STC 14/1991, de 28 de enero
- STC 122/1991, de 3 de junio
- STC 199/1991, de 28 de octubre
- STC 159/1992, de 26 de octubre
- STC 175/1992, de 2 de noviembre

- STC 341/1993, de 18 de noviembre
- STC 85/1994, de 14 de marzo
- STC 49/1996, de 26 de marzo
- STC 94/1996, de 28 de mayo
- STC 207/1996, de 16 de diciembre
- STC 41/1998, de 24 de febrero
- STC 81/1998, de 2 de abril
- STC 49/1999, de 5 de abril
- STC139/1999, de 22 de julio
- STC 171/1999, de 27 de septiembre.

OTRAS SENTENCIAS Y AUTOS

- sentencia 493/1989, de la AP de Barcelona
- sentencia 1.234/90 de 28 de diciembre, de la AP de Madrid
- sentencia 00021/2003, de la AP de León
- Auto de 29 de diciembre de 2000 de la Sección 1ª de la AP de Pontevedra
- Auto del TS de 18 de junio de 1992
- ATC 161/2004
- ATC 188/2004

INDICE DE CASOS DE DERECHO NORTEAMERICANO

- *Coolidge v. Hampshire*, 403 U.S. 443, 91 S. Ct 2022, 29 L.Ed. 2d 564 (1971)
 - *Harris v. U.S.*, 390 U.S. 234, 236; 88 S. Ct. 992, 993, 19 L.Ed. 2d (1968)
 - *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 88 S. Ct. 507, 19 L. Ed. 2d 576 (1967)
 - *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 100 S.Ct. 1371, 63 L.Ed. 2d 639 (1980)
 - *U.S. v. Johns*, 469 U.S. 47, 105 S.Ct. 881, 83 L.Ed. 2d 890 (1985)
- Washington v. Chrisman*, 455, U.S. 1, 5, 102 S.Ct. 812, 816, 70 L.Ed. 2d 778 (1982)