

43

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆTIDE ET PRO

Revista

Diciembre 2018

43

Revista Penal

Diciembre 2018



Penal

Revista Penal

Número 43

Sumario

Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquiza* 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González* 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva* 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde* 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso* 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo* 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang* 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* 204

Sistemas penales comparados: Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

Jurisprudencia: La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde 290

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)
Monica Roncati (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales

Adrián Nicolás Marchal González

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

Ficha técnica

Autor: Adrián Nicolás Marchal González

Código ORCID: 0000-0001-8647-1214

Title: Fundamental rights affected in the use of police informants

Adscripción institucional: Profesor del Grado en Derecho, Universidad Nebrija. Doctor en Derecho y Abogado.

Sumario: I. Derecho a la prueba. 1. Contradicción. 2. La publicidad del proceso. 3. Verdad material/ verdad formal. 4. Prueba ilícita. 5. Confidente y afección del derecho. II. Derecho a no sufrir indefensión. III. Presunción de inocencia. 1. Contenido. 2. Confidente y afección del derecho. IV. Derechos de intimidad: Inviolabilidad domiciliaria y secreto de las comunicaciones. 1. Derecho a la intimidad. 2. Inviolabilidad domiciliaria. 3. Secreto de las comunicaciones. 4. Derecho a la autodeterminación informativa. 5. Confidente y afección al derecho.

Summary: I. Right to the test. 1. Contradiction. 2. The publicity of the process. 3. Material truth / formal truth. 4. Illegal test. 5. Confidence and affection of the right. II. Right not to suffer from helplessness. III. Presumption of innocence. 1. Content 2. Confidence and affection of the right. IV. Privacy rights: Home inviolability and secrecy of communications. 1. Right to privacy 2. Home inviolability. 3. Secret of communications. 4. Right to informative self-determination. 5. Confident and affection to the right.

Resumen: El confidente policial es un medio de investigación aceptado en la práctica, pero con escasa regulación. El objetivo del presente artículo es esclarecer las posibles afecciones que se pueden realizar en el uso de medios encubiertos durante la investigación criminal y posteriormente en el proceso penal. Todo ello con la finalidad de estudiar y buscar un equilibrio entre la obtención de pruebas derivadas del uso de confidentes policiales y el respeto de los derechos fundamentales, para poder servirnos de una prueba con total garantías, capaz de enervar la presunción de inocencia.

Palabras clave: Derechos fundamentales, confidente policial, derecho procesal penal, prueba ilícita.

Abstract: The police informer is an accepted means of investigation in practice, but with little regulation. The purpose of this article is to clarify the possible conditions that may occur in the use of covert means during the criminal investigation and later in the criminal proceedings. All of this with the aim of studying and seeking a balance between obtaining evidence derived from the use of police informants and respect for fundamental rights, in order to be able to use evidence with total guarantees, capable of enervating the presumption of innocence.

Key words: Fundamental rights, police informer, criminal procedural law, unlawful evidence.

Rec: 17-09-2018 **Fav:** 3-10-2018

I. DERECHO A LA PRUEBA

En y a través de la actuación del confidente pueden verse afectados una serie de derechos fundamentales de

las personas inculpas en la investigación que se trate. Buscar el equilibrio entre la eficacia en la consecución de la verdad formal y el respeto a esos derechos no siempre es fácil, máxime cuando existe una cuasi-ano-

mia en esta materia. Dado que de aportar pruebas al proceso se trata, sin duda el que podrá verse más afectado es el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 de la CE)

Pasamos a continuación a analizar las diferentes vertientes del derecho a la prueba, de cara a su incidencia por la actuación del confidente

1. Contradicción

El principio de contradicción implica que, previamente, se ha debido de poner en conocimiento del investigado la acusación contra él formulada y, la consecuente posibilidad de alegar y probar en su defensa¹. “Presupone que la acusación sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y, consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. El proceso exige la necesidad de contradicción, esto es, de enfrentamiento dialéctico entre las partes de manera que la defensa pueda conocer el hecho punible cuya comisión se le atribuye” (STC 83/1992, de 28 de mayo).

A) El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo

La información obtenida del confidente servirá en un primer momento como elemento de investigación para el policía. Sin embargo, difícilmente las afirmaciones vertidas por éste incriminando a terceros, podrán servir como prueba en el proceso ya que adolecen de la necesaria contradicción procesal: las partes no pudieron interrogar a los investigados. Este principio, es “una exigencia procesal que deriva directamente del artículo 6.3.d) del CEDH que establece que el acusado tiene el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo; y lo mismo dispone el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (vid. por todas STS de 5 de abril de 2000). Principio de contradicción que extiende sus efectos “sobre todos aquellos testigos que quieran ser traídos al procedimiento y ser considerados como prueba de cargo, incluso sobre aquellos testigos que pueden llegar a alegar una nega-

tiva ante su inclusión en el procedimiento por temor a represalias” (vid. STS de 5 de octubre de 1995).

Siendo la contradicción una regla esencial en el desarrollo del proceso, sin cuya concurrencia la idea de juicio justo es una simple quimera, pues del derecho de defensa contradictoria son manifestaciones instrumentales los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable. Además, su carácter nuclear y estructural convierten la posibilidad de contradicción en fundamento de las obligaciones judiciales de emplazamiento personal y confluencia, así como en exigencia de validez de la actividad probatoria, ya sea la sumarial preconstituida o la practicada en el juicio oral². Se trata pues de un derecho formal y por lo tanto, a la hora de realizar un pronunciamiento jurídico, solamente se podrá realizar sobre aquella prueba que ha respetado, entre otras, la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues en la práctica de las pruebas que no se haya ofrecido la posibilidad a las partes de estar presentes en la misma, estaríamos realizando una limitación del artículo 24.2 de la Constitución Española, conduciendo a la indefensión para una de las partes.

B) El derecho del acusado a estar presente en el interrogatorio

Manifestación del principio de contradicción, el acusado tiene derecho a estar presente en el interrogatorio de los testigos: intervención en el debate y posibilidad de aportar y poner de relieve aquellos hechos y circunstancias que puedan servir de descargo. Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 14 de diciembre de 1999, dijo que los medios de prueba deben ser practicados ante el acusado en audiencia pública, para poder proceder a su debate contradictorio, aunque es cierto que dicho principio presenta excepciones pero “sólo podrán ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra”³. En igual sentido, en el caso Lüdi contra Suiza de 15 de junio de

1 “Privación del derecho a *alegar y a demostrar* en el proceso los propios derechos, y tiene su manifestación más trascendente cuando el órgano judicial impide a una parte el ejercicio de este derecho a la defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que les sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias” (STC 31/1989, de 13 de febrero). “El derecho a conocer la acusación, y su correlativo de posibilidad de defenderse contra ella han de exigirse (en todo el procedimiento).” STC 135/86, de 29 de octubre.

2 Vid. RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “*La Prueba en el Proceso Penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 4ª Edición, 2008 p. 574.

3 Dichos artículos establecen el Derecho a un proceso equitativo, estableciendo el artículo 6.1 del CEDH que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable....” A su vez, el artículo 3 d) establece que el acusado tiene derecho: “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

1992⁴, el Tribunal aclaró que los derechos de la defensa se encuentran limitados por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es por ello que cuando una condena se fundamenta única y exclusivamente en las declaraciones de un testigo, se deben de establecer una serie de garantías y permitir al acusado poder interrogar a dicho testigo. Posteriormente, la STEDH de 27 de febrero de 2001 (caso Lucá), dijo que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario.”

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, entre otras muchas la STC 155/2002, de 22 de julio, que reconoce el principio de contradicción como una regla de carácter esencial para el preceptivo desarrollo del procedimiento, además subraya la necesidad de que se produzca dicha contradicción para que el derecho que le corresponde al acusado se pueda ver realizado de forma efectiva, añadiendo que “conforme a las exigencias dimanantes del artículo 24.2 de la CE, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso.”

En línea con la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo (entre otras STS de 20 de febrero de 1989), reconoce el derecho a estar presente durante el interrogatorio como un derecho inherente al acusado, rechazando la invalidez de una testifical por haberse realizado sin su presencia, llegando incluso a declarar la nulidad de lo actuado (STS de 6 de abril de 1990) al no haber estado presente el investigado durante la práctica de la prueba pericial: “el derecho a interrogar es un derecho personal del acusado y no está condicionado, a una protesta expresa del mismo, no sometido al mayor o menor acierto de su abogado en relación a sus obligaciones procesales dado que ello impondría al procesado

obligaciones jurídicas que no le son exigibles.” Por su parte, la STS de 17 de septiembre de 1990, considera nula la declaración que realiza el testigo sin estar presente el acusado, y además establece que “es absolutamente necesario que en el juicio oral se desarrolle bajo los principios de publicidad, contradicción y defensa, y, en consecuencia, las pruebas testificales que se practiquen requieren la inexcusable presencia de los procesados a fin de que convocaban los cargos que contra ellos se esgrimen.”

Las excepciones a esta regla general (declaración de un testigo, sin estar presente la parte acusada), lo son por cuestiones de orden en el estrado. Así, los artículos 687 de la LECrim y 232 de la LOPJ⁵, regulan el caso de que se el acusado produzca un altercado contra el orden público dentro de la sala. El Tribunal procederá a expulsar al acusado de la sala y se seguirá con la continuación de la vista practicándose las demás pruebas. Dicha circunstancia no produciría la nulidad de lo actuado si bien deberá dejarse constancia del comportamiento del acusado.

Concluyendo, el derecho del acusado a tomar parte del procedimiento se erige en garantía esencial de un proceso con todas las garantías, con independencia de que en el momento procesal que se trate cuente o no con la preceptiva defensa letrada.

2. La publicidad del proceso

Una de las particularidades que presenta el confidente es la colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para esclarecer hechos delictivos a cambio de una serie de beneficios, entre otros, la confidencialidad. Esta confidencialidad y/o secreto sobre la identidad del confidente podría ir contra el derecho a un proceso público. La jurisprudencia del TEDH⁶, dice que este derecho posee una doble vertiente, por un lado, en su vertiente positiva, es un derecho que promueve la confianza del pueblo en los órganos judiciales al posibilitar el acceso a todas las actuaciones y, en su vertiente negativa, radica en evitar el secretismo en la dispensa de la Justicia y que escaparía al control público.

4 Además de la Sentencia del TEDH comentada, se hace necesario recoger las SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterperthinger contra Austria; 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky contra Holanda; de 27 de septiembre de 1990, caso Windish contra Austria; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro contra Italia y 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi contra Francia. En todas las Sentencias mencionadas anteriormente, se realiza un estudio sobre el principio de contradicción inherente al acusado y sus respectivas repercusiones en el caso de que se produzca una vulneración en dicho principio.

5 El artículo 687 de la LECrim dice que: “Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia.” En el mismo sentido se pronuncia el artículo 232.3 de la L.O.P.J., que recoge que: “Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”.

6 Tomamos como análisis, la STEDH de 8 de diciembre de 1984, caso Pretto.

Este derecho se encuentra garantizado en los artículos 24.2 CE; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Nueva York y, 6 del Convenio de Roma. La finalidad de este derecho estriba “en evitar una justicia secreta, que, por serlo, escapa al control social que, sin duda, en un Estado Democrático como el nuestro, es muy importante. Es un contrasentido que se oculte a quienes son titulares de la soberanía el ejercicio de uno de los Poderes, el Judicial. La publicidad es una garantía importante” (vid. por todas STS 16 de septiembre de 1994). Tiene su norte en la interdicción y control de la arbitrariedad, protegiendo a las partes contra una justicia secreta mediante el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales (STC 96/1987, de 10 de junio).

Las características inherentes a este derecho son⁷:

1. *Es una norma jurídica* perteneciente al derecho general y por ello las excepciones, tienen que ser objeto de interpretación restrictiva como todas las de tal naturaleza.

2. *Es un derecho fundamental* de prestación, por lo que no tiene un carácter absoluto, sino que es limitable no sólo por ley. Las excepciones previstas para cada caso: en la normativa nacional y por los Pactos Internacionales

3. *Las excepciones* a este derecho deberán: estar incluidas en normas procesales, Pactos Internacionales; fundamentarse en razones de moralidad, orden público, interés de los menores o protección de la vida privada de las partes; deberán ser motivadas en todo caso (arts. 680 LECrim y 232.2 LOPJ); y, por último, lo será con la extensión y efectos de la resolución judicial autorizante.

4. *La vulneración del derecho* debe haber generado de una patente situación de indefensión, y debe real, efectiva y actual, no pudiendo alegar una vulneración a un derecho por un peligro potencial o abstracto.

Así, es posible la celebración de un juicio a puerta cerrada pues “los derechos de la víctima, el respeto debido a su honor u honra, a su dignidad, a la privacidad

de la vida, cuando se trate de ciertos delitos, como el de violación, puede aconsejar que el proceso en su fase de plenario se celebre a puerta cerrada..., sin que por ello resulte vulnerado el derecho de defensa, ya que es la sociedad la que se ve privada de un derecho, aunque incida en quienes son partes, porque puede esperar del Tribunal una mayor justicia si el pueblo presencia el juicio” (STS 5857/1994, de fecha 16 de septiembre de 1994).

3. Verdad material / verdad formal

Nuestro proceso penal, regido por el principio inquisitivo en la fase instructora y por el principio acusatorio en la de juicio oral (STS de 22 de abril de 1993), está vertebrado en torno a la búsqueda de la verdad formal de los hechos⁸: el objeto del proceso penal son los hechos y no los delitos (*facta y no crimina*)⁹. De ambas fases y, en lo que a la intervención del confidente se refiere, cobra vital importancia la instrucción, ya que es en esta fase en la que se esclarece el hecho, se atribuyen responsabilidades, y se comienza la “construcción” y aporte de la verdad formal al proceso¹⁰; construcción que empleará como herramientas los medios contemplados en el Título V a VII del Libro II de la LECrim. Aportación de pruebas que, aun recayendo esencialmente en la figura del Juez de Instrucción¹¹, a quien corresponde su impulso mediante la encomienda de actos de investigación¹², no es menos cierto que también compete a todos los actores del proceso penal, de ese sistema de justicia penal llamado a esclarecer esos hechos que precisan de unos medios singulares de investigación. Así, el Ministerio Fiscal, la Policía Judicial¹³, las partes personadas en el proceso, podrán proponer y/o practicar —según el caso—, aquellas pruebas que consideren relevantes.

La investigación criminal está llamada a esclarecer los hechos, mediante la búsqueda escrupulosa de la verdad de lo sucedido, si bien, respetando ciertos límites, determinadas barreras que, de sobrepasarse, implicarían la vulneración de derechos de los ciuda-

7 A la hora de realizar el estudio jurisprudencial en torno a los límites del derecho a un proceso público, se han estudiado principalmente las SSTC 65/1992, de 29 de abril, y 181/1994, de 20 de junio.

8 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2004, p. 341.

9 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y V.V.A.A.; “*Derecho Procesal Penal*”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2000, p. 205.

10 Así viene recogido en nuestro artículo 299 de la LECrim.

11 A diferencia de otros sistemas judiciales, como por ejemplo el estadounidense, donde la posición del juez es absolutamente pasiva y son las partes quienes aportan la verdad material al procedimiento, pues el “prosecutor” (figura de la acusación en el Derecho estadounidense, normalmente ejercitada por el Ministerio Fiscal), mientras que el abogado defensor defenderá a su cliente. Vid. ARMENTA DEU, T.; “*Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 92.

12 Vid. DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO; “*La investigación tecnológica del delito*”, En Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 27.

13 Vid. PÉREZ- CRUZ MARTÍN, A. J.; FERREIRO BAAMONDE, X. X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. y SEOANE SPIEGELBER, J. L.; “*Derecho Procesal Penal*”, Ed. Thomson Reuters, 3ª Edición, Pamplona, 2014, p. 73.

danos afectados¹⁴. Límites que en ocasiones impedirán o dificultarán el acceso a la llamada verdad material¹⁵, ya que lo que se persigue es la verdad formal, verdad que implica que el conocimiento no estará justificado si se franquean determinados límites; esto es: su conocimiento queda condicionado al respeto de determinados intereses indisponibles¹⁶. Siguiendo a BETTIOL¹⁷, “un principio fundamental del proceso penal es el de la investigación de la verdad material o sustancial de los hechos en torno a los cuales se discute, para que sean probados su subsistencia histórica, sin rémoras, obstáculos y deformaciones. Esto comporta que el legislador tenga que eliminar del código toda limitación a la prueba y que el juez tenga que ser dejado libre en la formación del propio convencimiento.” Convencimiento que según CARDOSO PEREIRA¹⁸, deberá sustentarse en una mínima actividad probatoria, definida como “aquella actividad que razonablemente puede formar convicción en el Juez sobre la culpabilidad del imputado.” Multiplicidad de indicios cuya cantidad y calidad dependerá del caso concreto, del hecho investigado, bastando en algunos casos el aporte de un único indicio¹⁹, mientras que en otros será necesario el concurso de esa multiplicidad de indicios demandada por nuestra jurisprudencia²⁰.

4. Prueba ilícita

A) Contenido

Con la denominación de prueba ilegal, prueba ilícita, prueba prohibida, prueba de valoración prohibida, prueba ilegítimamente admitida, etc., se intitula a la prueba que es obtenida con vulneración de las necesarias garantías sustantivas y adjetivas ex artículo 11.1

LOPJ. En consonancia con el tratamiento de las pruebas obtenidas a través de la actuación del confidente, limitadoras de derechos fundamentales tal como se trató, es preciso analizar la extensión y contenido de la prohibición probatoria y analizar de qué forma alcanza a su actuación.

El término *prueba ilícita* aparece ya en la STC 55/1982, de 26 de julio de 1982: “el derecho a la presunción de inocencia consagrado por el artículo 24.2 sólo puede ser enervado por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso”, si bien de forma expresa con cita en la STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984: “la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará la infracción del artículo 24.2 de la Constitución, porque una prueba así obtenida no es una prueba pertinente”; prohibición de admisión de una prueba obtenida mediante una infracción de un derecho fundamental “se desprende ineluctablemente de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, les impone su debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas jurídicas o de su aplicación, quedan privados de toda legitimidad constitucional si transcurren al margen o sin respetar los derechos fundamentales, o si amparan sus menoscabos. Y esta exigencia derivada de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales posee una particular incidencia en los procesos penales donde su observancia debe ser aún más rigurosa y severa, si cabe, que, en los restantes, ya que dicho proceso es el cauce normal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al

14 Precisa DELLEPIANE, A.; “*Nueva teoría de la prueba*”, Ed. Temis S.A., Bogotá, 2010, p. 31, que “la ley sujeta la prueba a ciertas condiciones que consideran necesarias para determinar la certeza, de manera que, dadas dichas condiciones, el juez debe necesariamente admitir como verdadero lo que, según la ley, está por ellas demostrado” y establece en la misma línea FLORIÁN, E.; “*De las pruebas penales*”, Ed. Temis, Bogotá, 2010, p. 47, que mantiene “la exigencia de que la verdad materia y efectiva, que debe actuar como criterio vivificado en el campo del proceso penal, tenga vía libre para imponerse y no encuentre obstáculos ni tropiezos en la ley. Frente a ella se levanta la llamada verdad formal, es decir, la que se presenta por disposición o atribución de la ley y que generalmente es propia del proceso civil.”

15 Vid. GUZMAN FLUJA, V.; “*Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 241.

16 Vid. BETTIOL, G.; “*Instituciones de derecho penal y procesal*” (Traducido GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.) Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 249.

17 Vid. BETTIOL, G.; “*Instituciones de op. cit.*”, p. 250.

18 Vid. CARDOSO PEREIRA, F.; “*Agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Ed. Juruá, Oporto, 2015, p. 456.

19 Si se trata de indicios que ostenten una “singular potencia acreditativa” (vid. STS de 481/2014, de 3 de junio).

20 “La convicción judicial sobre los hechos que declara probados un Tribunal en un proceso penal, puede formarse sobre la base de una prueba indiciaria siempre que los indicios estén plenamente probados por prueba directa y sean *plurales*, que exista interrelación entre los hechos-base o indicios y el hecho principal que se declara probado y que la deducción obtenida, sea explicada en sus líneas esenciales por el órgano jurisdiccional, sin que la deducción obtenida sea críticamente contraria a las reglas lógicas y de la experiencia humana” (SSTC de 17 de diciembre de 1985, 1 de febrero de 1988; SSTS Sala 5ª, de 1 de febrero de 1990; 30 de junio de 1992; y, 7 de Junio de 1994).

usa más intenso y extremo del *ius puniendi* del Estado” (vid. por todas STC 81/1981, de 2 de abril).

Prohibición que se extiende a la valoración en la vista oral de los objetos de prueba que hayan sido obtenidos vulnerando derechos fundamentales, pues en un Estado Democrático y social de Derecho se impone la necesidad inexcusable de proteger y tutelar dichos derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales²¹, a su vez, “deberán rechazar el empleo de pruebas en los procesos de los que conozcan, obtenidas con infracción de derechos fundamentales, y muy en particular si dichas pruebas lo son de cargo en los procesos penales” (STC de 114/1984, de 29 de noviembre).

En consecuencia con lo anterior, los medios de prueba ilícitos no deben ser admitidos y, caso de haberlos sido, no deben ser tenidos en cuenta²². Supone un grave riesgo para el tráfico jurídico la utilización fraudulenta de objetos de prueba sin unas garantías mínimas, mereciendo consideración judicial únicamente las pruebas practicadas con las garantías establecidas por la norma con el fin de garantizar la igualdad efectiva de las partes²³.

En este mismo sentido, se pronuncian GIMENO SENDRA²⁴, MONTÓN REDONDO²⁵, DE MARI-

NO²⁶, QUERALT²⁷, SENTIS MELENDO²⁸, y DEVIS ECHANDÍA²⁹.

Hay posturas intermedias que sostienen que, en todo caso, habrá que realizar una debida ponderación de los intereses en conflicto. Así, PASTOR BORGONÓN³⁰, que sostiene que la “averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba (...) En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable”

Otra cuestión es que el derecho vulnerado en la obtención de la prueba no sea un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha reiterado que los requisitos formales no son derechos autónomos que tengan sustantividad propia³¹, ya que los requisitos formales son simples instrumentos que se utilizan para una finalidad legítima. El Alto Tribunal realiza una interpretación teleológica³², mediante ponderación de los bienes jurídicos por un lado, la sanción jurídica que conlleva la acción y por otro y, la entidad real del defecto (STC 180/1987, de 12 de noviembre). Se trata de la *prueba irregular* cuya valoración habrá que ponderar caso por

21 Aunque existe cierto sector doctrinal que está a favor de la admisibilidad y por consiguiente, de la apreciabilidad de la prueba ilícita, para SCHÖNKE, A.; “*Los límites de la prueba en el derecho procesal*”, Revista de Derecho Procesal, nº 3, 1995, p. 375, donde con un ejemplo práctico, justifica que los intereses contrapuestos existentes, por un lado el interés del perjudicado y por otro lado, el interés de la colectividad en que no se deje sin efectividad una acción penal, este autor se inclinaba más por “este último interés y, por lo tanto, admitir la utilización de pruebas conseguidas con defectos formales”, en esta misma línea se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ, M.; “*El derecho a la prueba en el proceso civil español*”, en el libro “*Homenaje a Jaime Guasp*”, Ed. Comares, Granada, 1984, p. 573. Afirma que “la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirado del proceso, y resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso.” Por su parte FLEMING en su libro FLEMING, M.; “*Of Crimens and Rights*”, Ed. W.W. Norton & Company, Nueva York, 1978, p. 152. Adopta una postura diferente, pues no acepta la validez de dichas pruebas, sino que además afirma que “bajo las reglas de supresión, el casto a la policía por mal comportamiento, recibe prioridad sobre el proceso criminal y su crimen” optando dicho autor por actuar con celo en la actuación del policía y, por consiguiente, no poder considerar dicha prueba como válida.

22 Vid. SILVA MELERO, V.; “*La prueba procesal*”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 71.

23 Vid. VIVES ANTÓN, T. S.; “*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*”, en la revista Poder Judicial, nº 2, 1988, p. 126.

24 Vid. GIMENO SENDRA, V. y A.A.V.V.; “*Lecciones de Derecho Procesal Penal*”, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 370.

25 Vid. MONTÓN REDONDO, A.; “*Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso: con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas*”, Ed. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 609 y 610.

26 Vid. DE MARIANO, R.; “*Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba*” en el libro “*Primeras jornadas de derecho judicial*”, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, p. 610.

27 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; “*Derecho penal español. Parte especial I*”, Ed. S.A. Atelier libros, Barcelona, 2010, p. 213.

28 Vid. SENTIS MELENDO, S.; “*La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*”, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 159.

29 Vid. DEVIS ECHANDÍA, H.; “*Compendio de derecho procesal*”, Ed. Temis, Bogotá, 2012, p. 182.

30 Vid. PASTOR BORGONÓN, B.; “*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, en la Revista Justicia: de derecho procesal, nº 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 337 a 349.

31 Vid. RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “*La Prueba en el Proceso Penal op. cit.*”, p. 158.

32 Según STORINI, en su libro STORINI, C.; “*La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 32, argumentan que las normas de interpretación objetiva nos ayudan a comprender y desvelar el verdadero pensamiento del legislador, en el caso de la interpretación teleológica, se busca determinar el sentido finalista que el legislador quería dar a dicha norma, ofreciendo un significado que tiene en cuenta el propósito del legislador.

caso. El Tribunal Supremo hace prevalecer el principio de verdad material, pues ante la irregularidad de rango inferior se debe realizar una adecuada ponderación de bienes y considerar la verdadera esencia y naturaleza de la norma violada con respecto a la sanción jurídica que se persigue. (STS de 29 de marzo de 1990).

El artículo 11. 1º de la LOPJ dispone que: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.” El efecto expansivo de dicho artículo ya ha sido establecido por el Tribunal Supremo, pues a la hora de entender qué pruebas se pueden ver afectadas por una prueba ilícita, declara “ni la prueba nula ni las otras pruebas posteriores que en la misma se apoyarán podrán ser tenidas en cuenta a la hora de estimar acreditados los hechos constitutivos del delito o de una circunstancia de agravación de la responsabilidad, a diferencia de lo que ocurre cuando la violación en el procedimiento de prueba sólo afecta a la legalidad ordinaria, y no a tales derechos fundamentales o libertades públicas, en que el hecho acreditado por la diligencia nula puede ser probado por otras pruebas distintas” (STS de 24 de marzo de 1994). Según esta doctrina, el aceptar una prueba obtenida con violación de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ, supondrá “una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio... Pues el debate en que consiste el juicio oral quedó viciado desde que se admitió en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos” (STC 114/1984, de 29 de septiembre).

Prueba ilícita que tiene un *efecto reflejo*, ya que “contamina las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta con la misma” (STS de 5 de febrero de 1994); efecto reflejo que persigue un “efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal” (STS 17 de febrero de 1999). Es por ello que la prohibición alcanza, no solamente a la prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho o libertad fundamental, sino que se extiende a todas aquellas pruebas que, aun habiéndose obtenido de forma lícita, se basan, apoyan o derivan de la prueba ilícita. Este efecto reflejo asegura que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno, ya sea de forma directa o indirecta, en el procedimiento.

Por ello, es necesario delimitar la extensión de la valoración de la diligencias de investigación que realizaron los funcionarios de policía a partir de una

confidencia, y valorar el resultado de dichas diligencias, pudiéndose haber realizado vulnerando derechos fundamentales, y por consiguiente, afectando no solamente a las pruebas que derivan de dichas diligencias de investigación, (teoría directa), afectando de forma indirecta a aquellas que tengan causa en aquel acto de investigación de valoración prohibida.

Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana de la teoría de los frutos del árbol envenenado *fruit of the poisonous tree doctrine*³³, por la que la violación de un derecho fundamental en la obtención de la prueba, produce la invalidez del resto que de ella deriven ya sea de forma directa o indirecta, ya que, aun habiendo sido obtenidas de forma lícita, su fuente es ilícita³⁴.

La doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida —doctrina de los frutos del árbol envenenado propia del derecho anglosajón— se traduce en que “la práctica de la mínima actividad probatoria ha de respetar los derechos fundamentales de la persona. No se puede dar valor probatorio alguno a todas aquellas pruebas que hubieran sido obtenidas con infracción de derechos fundamentales, por la colisión que ello supondría con el derecho a un proceso con todas las garantías y al principio de igualdad de las partes. La prueba así realizada sería radicalmente nula, como también lo sería aquella otra que aún obtenida lícitamente derivase directa o indirectamente de la ilícita, es decir, que guarde con ésta, una relación de causalidad” (vid. SSTs de 26 de marzo de 1985; y, 1 de Octubre de 1993 por todas). “Por eso es tan importante, cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta, tratando de evitar, al mismo tiempo, por una parte, la impunidad sólo porque se produjo una nulidad cuando ésta puede ser perfectamente aislada y, de otra, la total ineficacia de la declaración si de ello pueden obtenerse fehacencias que, de otra manera no se hubiesen conseguido, la cual supone la validez únicamente de aquellas que se obtienen con completa independencia de la prueba ilícita” (STS de 1 de Octubre de 1993).

Nuestro Tribunal Supremo realiza en la actualidad una aplicación restrictiva del precitado artículo 11.1º de la LOPJ, limitando la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita al invocar el principio de conservación de los actos procesales. Este principio mantiene la sanidad de los sucesivos al acto nulo cuando fueren independientes de aquél, así como también cuando su conte-

33 Vid. SCHEB, J. M. y SCHEB II, J. M.; “*Criminal procedure*”, Ed. WadsWorth, California, 5ª Ed., 2009, p. 84

34 Vid. ASENSIO MELLADO, J. M.; “*La teoría de la conexión de la antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales*” en Jueces por la Democracia, nº 66, 2009, p. 88 y siguientes. Sostiene que el efecto reflejo de la prueba prohibida tiene su fundamentación por el hecho exclusivo de encontrarse derivada de la misma y, por tanto, la prueba derivada de forma indirecta será una prueba prohibida.

nido hubiere permanecido invariable aún sin haberse producido la infracción que dio lugar a la nulidad³⁵.

Así, la STS de 4 de abril de 1994 declara que la nulidad de la prueba “afecta solo a la misma y a sus consecuencias”, por lo que, para emitir un juicio sobre el alcance de la declaración de nulidad, se deberá atender a las circunstancias concretas de cada caso, todo ello con la finalidad de estimar las pruebas autónomas de la prueba ilícita y que, por tanto, no se encuentren contaminadas por ella.

Habida cuenta la diferencia de criterios existente, el Tribunal Constitucional, en STC 81/1998, 2 de abril, estableció una doctrina sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita: la conexión de antijuridicidad, que faculta a la admisión de pruebas que han sido derivadas de pruebas ilícitas, si a su vez se hubieren obtenido de otras que no estuvieren viciadas de nulidad.

Tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones. (STC de 81/1998, de 2 de abril).

Para la doctrina científica³⁶, establecer un límite al efecto reflejo de la prueba ilícita es una medida del todo justificada, ya que una aplicación estricta de dicho efecto reflejo dejaría vacío de contenido el ejercicio del *ius puniendi*. Con la aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad, el derecho afectado era el derecho a un proceso con todas las garantías —no la presunción de inocencia—, lo que provocó un cambio en la doctrina jurisprudencial duramente criticado, entre otros, por GIMENO SENDRA³⁷, para quien la infracción anunciada incide en un vicio *in iudicando* respecto al derecho a la presunción de inocencia, pudiendo restablecer dicho derecho fundamental el propio Tribunal

Constitucional mediante una anulación de la sentencia de instancia; sin embargo, si el afectado es el derecho a un proceso con todas las garantías, nos encontraríamos ante un vicio *in procedendo*, y el restablecimiento de dicho vicio no daría lugar a una sentencia absolutoria, sino a la nulidad de lo actuado y a la retroacción de las actuaciones.

Esta doctrina de la conexión de antijuridicidad ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸, aunque matizando con una serie de requisitos a tener en cuenta por los tribunales a la hora de valorar la eficacia de la prueba:

1. *Vulneración de legalidad constitucional*. El artículo 11.1 LOPJ establece la ineficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; sin embargo y tratándose de infracciones de legalidad ordinaria, “sólo se originará la ineficacia del acto en sí y de lo que del mismo casualmente se derive, sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios” (vid. STS de 27 de octubre de 1998 entre otras). En consecuencia, para el Alto Tribunal el ámbito de ineficacia de la prueba irregular se extiende sólo a la que se haya vulnerado un precepto constitucional en su adopción o ejecución.

2. *Relación de causalidad natural y jurídica*. Es necesaria una valoración acerca de si existe una relación de causalidad natural y la conexión o desconexión jurídica entre la prueba ilícitamente obtenida y las que deriven de ella³⁹.

En lo tocante a las pruebas obtenidas mediante el empleo de confidentes —así como de las posteriores diligencias de investigación realizadas por la Policía Judicial— en las que se hayan vulnerado derechos fundamentales y lo sean derivadas exclusivamente de la confidencia recibida, se derivará la consecuente nulidad de actuaciones, a no ser que los agentes de policía realicen otras diligencias de investigación para contrastar la verosimilitud de los hechos (vid. STC 8/2000, de 17 de enero).

La solicitud de autorización judicial para la realización de diligencias limitativas de derechos debe basarse, además de en la confidencia, en otros actos de

35 Vid. RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “La Prueba en el Proceso Penal op. cit.”, p. 163, y según lo establecido por GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato” en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.); “Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 116, indica que el legislador se decantó por un criterio más extensivo a la hora de permitir la teoría refleja de la prueba prohibida.

36 Vid. DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍNEZ MORALES, R.; “La teoría de la conexión de antijuridicidad” en Jueces para la Democracia, n.º 43, 2002, p. 41.

37 Vid. GIMENO SENDRA, V.; “Derecho procesal penal” Ed. Colex, Madrid, 2ª Edición, 2002, p. 440.

38 SSTs 1203/2002, de 18 de julio y 58/2003, de 22 de enero.

39 Vid. ASENSIO MELLADO, J. M.; “La teoría de la conexión de la antijuridicidad como instrumento de limitación de los op. cit.”, p. 89.

investigación que fundamenten per se la diligencia solicitada, sin que baste la nuda confidencia.

Pero, retomando la cuestión de la necesaria conexión causal, será necesaria además la existencia de un nexo jurídico que⁴⁰, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (vid. SSTC 81/1981, de 2 de abril; 136/2000, de 29 de mayo; y, 66/2009, de 9 de marzo entre otras), exige la existencia de una doble perspectiva entre la prueba ilícita y la derivada.

La *perspectiva interna* requeriría de un análisis sobre el tipo de vulneración constitucional de la prueba originaria y, el resultado directo e inmediato producido en el procedimiento: “el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente” (vid. STC 184/2003, de 23 de octubre). Operación necesaria en aras a determinar las garantías que forman parte del derecho fundamental afectado⁴¹, con el fin de comprobar la entidad de la vulneración de derechos operados a través de la prueba originaria y, si revisten la gravedad suficiente.

Por su parte, una segunda *perspectiva externa*, exigiría la valoración de la concreta lesión producida en el derecho fundamental en atención a la intensidad de la infracción, así como los elementos del tipo subjetivo, todo ello para determinar si con la admisión de la prueba derivada de una prueba ilícita no se afectaría al contenido del derecho fundamental⁴².

Estableciendo el Tribunal Constitucional en la STC 8/2002, de 17 enero, que dicha valoración sobre el nexo de una prueba y otra es “un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada” y, por consiguiente, le corresponde a los Jueces y Tribunales la comprobación y razonabilidad de dicho juicio de experiencia.

3. Ruptura efectiva de la teoría de antijuridicidad.

Una vez constatada la relación causal y jurídica entre la prueba originaria (confidencia) y las derivadas y, con el fin de que exista la necesaria independencia entre ellas, los agentes de policía habrán de corroborar de forma periférica el contenido de la confidencia mediante otros medios de investigación válidos. De esta forma se ha-

brá producido la necesaria conexión que determinará la validez de las pruebas analizadas.

Cuestión aparte será la valoración de la prueba en atención a si la ilicitud probatoria fue cometida por un funcionario público o por un particular, en este caso, el confidente. La doctrina y la jurisprudencia se muestran reacias a admitir y apreciar una prueba ilícitamente obtenida tanto por un funcionario público como por un particular⁴³. Pero existe una corriente doctrinal que justifica la apreciación de la prueba ilícita obtenida por particulares⁴⁴, basándose en que la Constitución protege únicamente los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones de los poderes públicos con la finalidad de evitar un abuso de poder, de manera que si el ataque procede de un particular la reacción ha de ser una sanción penal, civil o administrativa, pero nunca de carácter procesal

Analizando la posición del Derecho comparado en esta materia, la doctrina alemana afirma la validez y eficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares, exceptuándose aquellos casos en los que se haya vulnerado de forma muy grave un derecho fundamental⁴⁵. En Estados Unidos se produce también esta aceptación, ya que según la IV Enmienda sólo se produce una limitación gubernamental para tutelar la *privacy* del individuo, en aquellas situaciones en las que se produzca una confrontación con el Estado; si bien se establece una compleja casuística acerca de qué ha de entenderse por agentes del Estado, distinguiendo entre agentes extranjeros, federales, estatales, detectives privados, etc.

Concluiremos que la esencia de la prueba ilícita no radica en la persona, sino en la forma y el contenido del derecho vulnerado.

B) Clases

Llegados a este punto es necesario realizar una precisión terminológica que posibilite el estudio de esta prueba, diferenciando las siguientes:

1. *Prueba irregular*: La producida con infracción de preceptos de legalidad ordinaria —no constitucional—,

40 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida” en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.); *“Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 285.

41 Vid. DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍNEZ MORALES, R.; “La teoría de la conexión op. cit.”, p. 46.

42 Vid. DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍNEZ MORALES, R.; “La teoría de la conexión op. cit.”, p. 47.

43 Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 295, que razona lo siguiente “recordar que esta garantía procesal de inadmisión de estas pruebas, se manifiesta como un mandato a los órganos jurisdiccionales y la policía a la hora de realizar una investigación, así como para los propios particulares.”

44 Vid. MONTÓN REDONDO, A.; “Los nuevos op. cit.”, pp. 197.

45 Destacan entre otros DENCKER, F.; “*Verwertungsverbote im Strafprozess*”, Ed. Heymanns, Colonia, 1978, p. 97 y ROXIN, C.; “*Strafverfahrensrecht*”, Ed. C.H. Beck, Múnich, 1995, p. 136.

que regulen los medios y formas de obtención de la prueba o su práctica⁴⁶.

2. *Prueba ilícita*. Aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental⁴⁷.

3. *Prueba prohibida*. La que es resultado directo o indirecto de una prueba ilícita ex artículo 11.1 LOPJ⁴⁸. Prueba prohibida resultado de la contaminación de “las restantes diligencias que de ella deriven, tratando causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entraña con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes” (vid. STS de 15 de diciembre de 1994). Sería lo que la doctrina ha venido en denominar como *efecto dominó*.

Con esta prohibición probatoria directa o derivada —y en relación con el confidente como medio de prueba—, se persigue dotar de la mayor protección posible a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados a través de “un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal” (vid. STS de 17 de febrero de 1999). Tolerar el aprovechamiento de las pruebas obtenidas de forma lícita que derivan de una confidencia ilícita, provocaría la utilización de procedimientos inconstitucionales intolerables en un Estado de Derecho.

“Sólo unas vías son hacederas para el descubrimiento de la verdad real, pues no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita. Se puede tratar, por consiguiente, en estos casos, de una prueba obtenida de forma lícita pero que se ha llegado a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita. Otra solución haría absolutamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya obtenibles otros resultados

contrarios al inculpado (...) cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta, tratado de evitar, al mismo tiempo, por una parte, la impunidad sólo porque se produjo una nulidad cuando esta puede ser perfectamente aislada y, de otra, la total ineficacia de la declaración si de ella pueden obtenerse fehacencias, que de otra manera, no se hubiese conseguido” (vid. ATS de 18 de junio de 1992).

5. Confidente y afección del derecho

En lo tocante al confidente, su incidencia en el derecho a la prueba es relevante, dado que muchas investigaciones tienen su origen en una confidencia; confidencia que en sí no podrá aportarse al proceso como testimonio directo (quizás se aluda a ella en la diligencia de informe del atestado⁴⁹, o se introduzca como testimonio de referencia por el agente colaborador), pero del que como medio de investigación se siguen una serie de actuaciones que culminarán con el aporte de una serie de objetos de prueba. Medio de investigación lejano al control judicial que deberá someterse al espíritu establecido por el principio de la verdad material, esclareciendo en la medida de lo posible el origen de dicha confidencia, materiales probatorios que ha aportado el confidente, medios de investigación que han derivado de la información obtenida, motivación íntegra de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, etc.

En definitiva, y con la finalidad de realizar una instrucción con las debidas garantías, para que pueda ser aportado a la posterior fase de enjuiciamiento, los objetos de prueba pertinentes, y que puedan convertirse en prueba apta para enervar la presunción de inocencia del acusado, será necesario despejar todo atisbo de duda con respecto al tratamiento con el confidente, informa-

46 Una de las Sentencias que ha establecido con mayor precisión el término de prueba irregular ha sido la STS de 18 de febrero de 2004, en la cual recoge que la “valoración de una confesión no será posible, por prohibición expresa del artículo 11.1 de la L.O.P.J., cuando la fuente de la investigación sea diligencias que vulneran el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario, para los supuestos en los que la irregularidad no componente el contenido esencial del derecho fundamental sustantivo y se refieren a la forma jurisdiccional de actuar, las pruebas legítimamente practicadas posteriores son, en principio, legítimas y susceptibles de ser valoradas para conformar una convicción condenatoria.”

47 Vid. RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “La Prueba en el Proceso Penal op. cit.”, p. 161. A esta definición se suman GINER ALEGRÍA, C. A.; “Prueba prohibida y prueba ilícita”, en Anales de Derecho, nº 26, 2008, p. 581. Pues establece que la prueba ilícita “es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un Derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de prueba ilícita, se asocia a la violación de los citados Derechos fundamentales.” Y también acogen esta definición SANZ MARQUES, L. y ALMENA VICH, C; “Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal”, en Actualidad Penal, nº 33, 1996, p. 9.

48 Vid. RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “La Prueba en el Proceso Penal op. cit.”, p. 161. Aunque para GIMENO SENDRA, V.; “Derecho procesal penal” Ed. Colex, Madrid, 2ª Edición, 2002, p. 677, y la prueba ilícita es aquella que se refiere a supuestos en los que se infringen normas de legalidad ordinaria, la prueba prohibida es la que surge como consecuencia de violación de normas constitucionales.

49 Aunque cada vez con mayor frecuencia, nos encontramos menos referencias a fuentes confidenciales en la redacción de los atestados, obviando dicha confidencia y arrojando el resultado de la diligencia de investigación que se llevó a cabo, gracias a la misma, todo ello con la finalidad de evitar la posible sospecha en torno a la investigación realizada, así como la controversia de someter al confidente como medio de prueba, o el policía sea preguntado sobre su confidente.

ción obtenida y uso de la misma durante la investigación. El proceso penal busca la reconstrucción de los hechos delictivos que han sucedido, pero no a cualquier precio, sino que se tendrá que hacer respetando los derechos y libertades fundamentales⁵⁰, una pasividad hacia lo comentado anteriormente sobre el confidente, supondría una aceptación tácita por parte del Estado a un medio de investigación que podría haber vulnerado derechos y libertades fundamentales.

II. DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN

El derecho a no sufrir indefensión en el procedimiento, es una vertiente negativa del derecho de defensa; derecho de defensa que “consiste en la posibilidad de la parte de alegar todo lo que convenga a sus derechos e intereses legítimos y, en su caso, probar procesalmente sus alegaciones” (vid. SSTC 1/1992, de 13 de enero; 56/1992 de 8 de abril; 162/1993, de 18 de mayo; y 25/1997, de 11 de febrero, entre otras muchas).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido configurando los requisitos para el efectivo ejercicio del derecho de defensa. Así, la STS 6/1990, de 18 de enero, establece como primera condición, la posibilidad de someter a contradicción la prueba que deberá ser realizada en condiciones de igualdad con el resto de las partes, formulando las alegaciones que se consideren oportunas, proponiendo las pruebas que favorezcan sus intereses. Se producirá indefensión cuando, por causas ajenas a la parte se haya privado de forma total o parcial de la posibilidad de alegar y probar los derechos e intereses legítimos; ahora bien, tal y como establece la STC 145/1990, de 1 de octubre⁵¹, estas vulneraciones han de haber sido alegadas en el momento procesal oportuno, y que no sean imputables a la pasividad, desinterés o negligencia de la dirección letrada.

El derecho a no sufrir indefensión en ningún tipo de procedimiento que, consagrado como derecho instrumental del derecho a la TJE en el artículo 24 CE, significa que en todo proceso debe respetarse el principio de contradicción y el derecho de defensa de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a alguna parte⁵². Para que una situación de indefensión tenga re-

levancia constitucional, se debe haber incumplido una norma procesal que haya supuesto la privación total o parcial del derecho de defensa de la parte, así como la posibilidad de proponer pruebas para acreditar lo que a su derecho convenga⁵³.

La STC 140/1997, de 22 de junio, señala que “la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, si no que es necesario que tenga una significación material o que produzca un efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa como consecuencia directa de la acción u omisión de los órganos judiciales”; en el mismo sentido la STC 186/1998, de 28 de septiembre, subraya que “La indefensión a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución Española es tan sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e interés legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional”.

Siguiendo a MARTÍN GARCÍA, diferenciamos los actos que producen una situación de indefensión trascendente, en cuanto apta para tener la condición y calidad de presupuesto de la nulidad de actuaciones, y que así se diferenciaría de aquella otra aparente, formal e ineficaz a tal efecto y que, por ello, podría calificarse de intrascendente⁵⁴. Un claro ejemplo de indefensión, lo tenemos cuando se acude al testigo de referencia, prescindiendo de forma total y absoluta de la declaración del testigo directo que conoce los hechos, produciendo una vulneración al principio de inmediación y contradicción en la prueba. Según los principios que informan la prueba penal, se exige que en el acto del plenario el órgano enjuiciador examine los medios de prueba más directos y que, en el caso de la testifical, obliga a escuchar al testigo directo y no los simples relatos efectuados por quienes no vivieron los hechos directamente⁵⁵. En este sentido, la STS de 29 de octubre de 1993 indicó que “Sustituir sin más la declaración del testigo directo, que puede estar a disposición del Tribunal, por las referencias de los testigos no presenciales del hecho, rompe el principio de inmediación y obliga a sustituir la crítica del testimonio y la inmediación del Tribunal por la propia valoración que tales declaraciones hace el testigo indirecto (...) Trasladándose así a la cabeza del testigo de referencia una función que es

50 Vid. TORRES MORATO, M. Á. y URBANO CASTRILLO, E.; “La prueba ilícita penal: Estado jurisprudencial”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 33.

51 Así como las SSTC 82/1996 de 20 de mayo y 140/1997 de 22 de julio.

52 SSTC 112/1987, de 2 de julio; 251/1987 de 2 de octubre; 114/1988 de 10 de junio; y, 56/1992, de 8 de abril, entre otras muchas.

53 Así viene recogido en el artículo 11 de la LOPJ.

54 Vid. MARTÍN GARCÍA, P. y OTROS; “La prueba en el proceso penal” Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 2000, pp. 23 y ss.

55 Vid. MARTÍN GARCÍA, P. y OTROS; “La prueba en op. cit.”, pp. 276 y ss.

propia del juzgador.” Sólo la imposibilidad de obtener ese testimonio directo es lo que posibilitaría la utilización del testimonio de referencia, pudiendo acudir a él únicamente en el caso de que nos encontramos ante una situación excepcional de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (vid. STS 9 de diciembre de 1997).

Como hemos señalado, acudir a esta práctica supone una vulneración al principio de contradicción y al derecho que todo acusado tiene de interrogar a los testigos, debido a la posibilidad de otorgar validez a lo manifestado por un testigo directo que no comparece en el acto de la vista oral, no pudiendo la defensa hacerle las preguntas que crea conveniente para ratificar los hechos, siendo nuestra jurisprudencia muy estricta con el uso de testificales de referencia, pues solamente podrán tenerse en cuenta, dentro de los casos comentados en el artículo 710 de la LECrim, y como establece la STS 15 de junio de 1992, la declaración de los testigos de referencia, en aquellos casos que se haya podido obtener la declaración del testigo directo, no tiene eficacia enervatoria, pues estamos ante una manifestación que se remite a lo alegado por un testigo que no comparece ante el Tribunal.

Ahora bien, alegar en fase de recurso una falta de contradicción en alguna de las pruebas admitidas sin que se hubiere propuesto prueba de contrario: “No es conforme con la buena fe procesal alegar falta de posibilidad de contradicción sobre tal prueba, cuando quien hace tal alegación pudo proponer la discusión contradictoria sobre el resultado de las pruebas o análisis y al no hacerlo, tácitamente admitido que constituyera prueba” (STS, de 3 de diciembre de 1995).

Si el confidente no comparece en el proceso y su declaración se realiza mediante referencia del agente colaborador, se estaría produciendo una patente vulneración del principio de contradicción procesal. Una posible solución es que el confidente declarase mediante la protección de la figura de testigo protegido, no obstante dada la posible identificación, sumada a ese deseo de confidencialidad por su parte, esta testifical podrá “quemar” a este confidente para futuras operaciones policiales.

Por ello, la utilización del confidente como medio de investigación es indiscutible; sin embargo, habrá que valorar su introducción en el proceso como medio de prueba y parangonar los derechos en liza con el éxito de la investigación.

III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Contenido

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra proclamado en los artículos 24.2 CE; 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 6.2 del Con-

venio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y, en el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contra) que juega a favor del acusado por la que es inocente hasta que no se demuestre lo contrario. “El principio constitucional de presunción de inocencia, como verdad interina o provisional que acompaña a todo acusado, es una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, subsistente hasta que por medio de una mínima actividad probatoria al menos, se pueda tener por destruida tal presunción” (vid. SSTC 107/1983, de 29 de noviembre; 31/1981, de 28 de julio; y 84/1990, de 4 de mayo; y, STS de 19 de septiembre de 1991). El contenido esencial de este derecho implica:

a) Que la condena se fundamente en base a prueba de cargo practicada con todas las garantías: “No ha de presumirse la culpabilidad del sujeto, sino que esta ha de ser demostrada y probada, pues por el artículo 24.2 CE, aquél principio teórico del derecho construido a través del axioma in dubio pro reo, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, ha pasado a convertirse en un amplio derecho fundamental, al constitucionalizarse su existencia en el mencionado artículo, haciéndose vinculante para todos los poderes públicos, representando una insoslayable garantía procesal que determina la exclusión inversa de culpabilidad hasta en tanto no se demuestre y pruebe en el expediente sancionador” (STS Sala 3ª, de 15 de Julio de 1.988).

La presunción de inocencia debe ser destruida por una mínima actividad probatoria de cargo, produciéndose su quiebra tan solo si existe un auténtico y total vacío probatorio, por lo que el no practicar todas y cada una de las pruebas propuestas por el encartado en un procedimiento, no significará una conculcación de este principio si se ha realizado una mínima actividad probatoria: “Acoge a todos los ciudadanos, establecida en el artículo 24.2 CE, no se quiebra y por tanto no existe conculcación de tal derecho fundamental cuando concurre un mínimo de actividad probatoria que sea de cargo que desvirtúe tal presunción” (SSTC 31/1981, de 28 de julio, 13/1982, de 1 de Abril, 36/1983, de 11 de mayo, 107/83, de 29 de noviembre, 124/1983, de 21 de diciembre, 9/1984, de 30 de enero, 24/1984, de 23 de febrero, 108/84, de 26 de noviembre, 37/1985, de 8 de marzo, 100/1985, de 3 de octubre, 174/1985, de 17 de diciembre, 4/1986, de 20 de enero, 49/1986 de 23 de abril, 105/1986, de 21 de julio, 126/86, de 22 de octubre, 44/1987, de 9 de abril o 177/1987, de 10 de noviembre, entre otras muchas). “Para que exista conculcación del citado derecho constitucional es preciso un auténtico y total vacío probatorio así como que dicha presunción queda destruida o enervada si existe una mínima actividad probatoria, directa o de cargo, o simplemente indiciaria, con suficiente fiabilidad y aptitud incriminatoria, de la que deducir el hecho delictivo y constatar la culpabilidad del acusado, entendida no en su sentido normativo, sino como autoría material del hecho

reprobado“ (SSTS de 25 de marzo de 1991; 2 de febrero de 1993; y, 9 de septiembre de 1993)

b) Que dichas pruebas sean legítimas.

c) Que la valoración de la prueba lo sea de acuerdo a criterios lógicos, no arbitrarios o irracionales.

d) Que el ámbito de la presunción de inocencia se contrae a los hechos: “El ámbito en que la presunción de inocencia desenvuelve sus efectos es el de los hechos, de suerte que la prueba idónea para desvirtuar dicha presunción es la que sirve para demostrar la realidad del hecho delictivo y la participación que en el mismo ha tenido la persona a la que el hecho se imputa. Los elementos subjetivos del delito caen fuera del campo que es propio de la presunción de inocencia y que no cabe vulneración de la misma como consecuencia del proceso deductivo que lleva al juzgador a afirmar la existencia, en el hecho enjuiciado, de una u otra forma de dolo o culpa” (STS de 11 de noviembre de 1995). “(...) diferencia entre el iudicium facti y el iudicium iuris, quedando la presunción de inocencia incardinada en el primero de los ámbitos señalados, como ya declarara el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 25 septiembre 1989, al afirmar que la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, sin que elementos como la antijuridicidad, que no es sino una calificación de la acción desde la óptica jurídica, puedan ser objeto de prueba, de donde hemos de concluir que, al afirmarse en el recurso que no existen pruebas de la antijuridicidad de la conducta, tal y como con acierto se señala en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida y en el escrito de oposición del Ministerio Fiscal, se está intentando extender el derecho fundamental alegado a ámbitos inadmisibles” (STS de 24 de Febrero de 1997).

Junto al derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia se erige en un derecho fundamental básico y referente de los demás del proceso, que exige la consideración de inocencia del imputado hasta que no recaiga en su contra sentencia condenatoria firme. Presunción de inocencia que al igual que el resto de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución vinculan a todos los poderes públicos y, en consecuencia y en atención a su naturaleza, tiene una especial proyección en aquellas instituciones públicas que por su finalidad tienen encomendada la tarea de depurar las responsabilidades derivadas de la comisión de un hecho ilícito, imponiendo una consecuencia jurídica en virtud del supuesto de hecho quebrantado. Así, la presunción de inocencia encuentra una especial

vinculación respecto de los órganos judiciales del orden penal, pues es a estos a quienes les corresponde de forma exclusiva la represión de los actos ilícitos de mayor trascendencia social, ya que en virtud de la intervención mínima penal les corresponde la facultad de castigar o imponer penas cuya facultad le corresponde exclusivamente al Estado, y en específico, al orden jurisdiccional penal⁵⁶.

Siguiendo a MARCHENA GÓMEZ, implica que toda persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que se acredite el hecho delictivo y su participación ante un Tribunal independiente, imparcial, previamente establecido por la Ley, tras un proceso celebrado con plenitud de garantías⁵⁷. De esta definición se extrae:

1º) Que en un primer momento este derecho o era tan sólo respecto a personas físicas, no así en referencia a personas jurídicas, pues, según reiterada doctrina jurisprudencial: “La presunción de inocencia es el reverso de la culpabilidad y ésta es un reproche que se realiza a una persona física por su actuar doloso o culposo en relación con un acto previamente declarado típico por la Le. Las personas jurídicas o morales no delinquen, sin perjuicio de las medidas que contra ellas pudieran tomarse por razón de la actividad delictiva llevada a cabo en su seno o con motivo u ocasión del ejercicio de sus actividades. En España no existe, al menos por ahora, un derecho penal relativo a las personas jurídicas al estar este construido sobre el principio de culpabilidad, y al no ser capaces de actuar con inteligencia y voluntad nada más que las personas físicas, excluyéndose, así, pese a determinadas e importantes corrientes doctrinales y el criterio de Instituciones Internacionales en sentido contrario” (vid. por todas STS de 16 de septiembre de 1992). Esta doctrina decayó al incorporarse posteriormente al acervo normativo determinados ilícitos penales cuyo sujeto activo podría ser una persona jurídica, pasando a convertirse en posibles sujetos imputables titulares de este derecho.

2º) El necesario juicio emitido en el auto de procesamiento no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, dado que se trata “sólo una resolución judicial de imputación formal y provisión, que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, falta el presupuesto previo para poder considerar conculcado este derecho” (STC 127/1998, de 15 de junio). Igualmente consideración merece el auto de prisión, ya que “la presunción de inocencia es compati-

⁵⁶ También denominado “última ratio penal”, y tomando como definición la ofrecida por MIR PUIG, S.; “*Introducción a las bases del Derecho Penal: Concepto y método*”, Ed. Iustel, Madrid, 2011, página 365. Establece que dicho principio fundamental que no todas las ofensas que realizan los ciudadanos pueden ser consideradas como un ilícito penal, sino que solamente aquellas ofensas que atenten de forma grave, es entonces cuando se tendrá que acudir al Derecho Penal para proceder a una protección adecuada de los bienes jurídicos vulnerados.

⁵⁷ Vid. RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “*La Prueba en el Proceso Penal op. cit.*”, p. 41.

ble con la aplicación de medidas cautelares (...) tienen que cumplirse una serie de requisitos, pues siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, basada siempre en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad y las circunstancias concurrentes” (STC 71/1994, de 2 de marzo).

3º) Que el derecho a la presunción de inocencia subsiste hasta que ha recaído sentencia condenatoria en la instancia: “La sentencia dictada en apelación o en casación puede revocar, sin duda, la sentencia condenatoria, librando al condenado de la tacha de culpabilidad, pero mientras tal revocación no se produce, la sentencia condenatoria destruye la presunción de inocencia y la trueca en presunción de culpabilidad. Cosa bien distinta es que la sentencia penal no deba cumplirse mientras la condena no es firme y deba, en consecuencia, considerarse también como prisión provisional la que se decreta después de recaída una condena recurrible” (ATC 325/1988, de 4 de julio). Presunción de inocencia que exige: a) Como regla de juicio. Solamente procede la condena del acusado cuando se ha llevado a cabo una mínima actividad probatoria de cargo; y, b) Regla de tratamiento. La persona investigada en el proceso penal debe ser tratada durante el procedimiento como inocente mientras no haya sido condenada⁵⁸. Presunción de inocencia que opera en los procesos que se enjuician acciones delictiva, y que exige la existencia “de una prueba de cargo suficiente, realizada a través de medios de prueba que merezcan un enjuiciamiento favorable desde el punto de vista de su legitimidad constitucional” (STC 105/1988, de 8 de junio de 1988).

La presunción de inocencia se traduce en el derecho de toda persona acusada de un delito a ser considerada inocente hasta que su culpabilidad haya sido reconocida mediante sentencia, definición de la que —siguiendo a VEGAS TORRES⁵⁹—, pueden derivarse las siguientes exigencias:

1ª. Los Tribunales penales deben considerar inocente al inculcado hasta que su culpabilidad haya sido declarada conforme a la Ley⁶⁰. En nuestro ordenamiento, la culpabilidad no puede reputarse legalmente declarada hasta la sentencia de instancia, por lo que, hasta ese momento, en todas las resoluciones que se dicten durante la sustanciación del proceso los Tribunales pe-

nales han de partir de la inocencia del inculcado. Esta exigencia se proyecta básicamente sobre las resoluciones que afectan a la situación personal del inculcado durante el proceso, más aún, en aquellas que acuerden la prisión provisional.

2ª. Los Tribunales penales no deben declarar la culpabilidad del acusado si no puede considerarse probada conforme a la Ley⁶¹. Esta exigencia se proyecta directamente sobre la sentencia penal de primera o única instancia, ya que es la resolución en la que se produce por vez primera un pronunciamiento definitivo sobre culpabilidad o inocencia del acusado. La apreciación de la culpabilidad ha de recaer en auténticas pruebas que tienen que ser lícitas, ya que de no practicarse una mínima prueba válida de cargo que demuestre la culpabilidad del acusado, procederá dictar una sentencia absolutoria⁶².

3ª. Cuando una resolución de los órganos jurisdiccionales del orden penal (ya sea una resolución que afecte a la situación personal del inculcado o la propia sentencia de instancia), lesione injustamente el derecho a la presunción de inocencia del inculcado, procederá la reparación del daño generado por la resolución que se trate a través de los recursos establecidos por las leyes procesales.

Es por ello que, para que una sentencia pueda declarar la culpabilidad del acusado sin vulnerar ningún derecho fundamental, en concreto, el derecho a la presunción de inocencia, es necesario que dicha culpabilidad sea probada conforme a la ley, y como bien señala VEGAS TORRES⁶³, la culpabilidad no es objeto de prueba *per se*, pues la culpabilidad no es un hecho, sino un concepto jurídico, y por lo tanto los objetos de prueba son los hechos. Así que cuando se refiere la culpabilidad de un sujeto en relación a unos actos delictivos, no es sino una forma de referir la certeza de unos hechos que encajan en un tipo penal y la consecuente participación del acusado debido a la prueba practicada.

Para formar el convencimiento del juzgador sobre la certeza de la culpabilidad del acusado, se tiene que practicar aquella prueba que sirva para obtener plena certeza, positiva o negativa, sobre los hechos y de esta manera, no fundamentar la sentencia en el conocimiento intuitivo de los hechos, sino que dicho convenci-

58 Vid. MORENO CATENA, V. “Los elementos probatorios obtenidos con afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en *Prueba y Proceso Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 83.

59 Vid. VEGAS TORRES, J.; “Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”, Ed. La Ley, Madrid, 1993, p. 41.

60 Así viene recogido en las SSTs 217/2008, de 24 de abril; 633/2008, de 20 de octubre; y 1140/2010, de 29 de diciembre.

61 Tiene que haber practicado una actividad probatoria válida sobre todos los elementos del delito, y que haya quedado aclarada tanto la autoría de los hechos, como la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, como así establecen las SSTC 300/2005, de 21 de noviembre; 347/2006, de 11 de diciembre; 245/2007, de 10 de diciembre; y 70/2010, de 18 de octubre.

62 Vid. GIMENO SENDRA, V.; “Manual de Derecho Procesal Penal”. Ed. Colex, Madrid, 2014, p. 72.

63 Vid. VEGAS TORRES, J.; *op. cit.*, p. 43.

miento debe alcanzarse de forma racional. Y es que siguiendo a VEGAS TORRES⁶⁴, para poder alcanzarse dicha certeza de forma plena, es necesaria la observancia de una serie de garantías legales y constitucionales: “para llegar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales” (STC 31/1981, de 28 de julio).

2. Confidente y afección del derecho

El confidente se infiltra o ya está previamente infiltrado en una organización criminal con el fin de obtener: a) datos que permitan el inicio o la prosecución de la investigación; y, b) material probatorio con el que destruir la presunción de inocencia de los sometidos a la pesquisa policial. A tal fin, adoptará una identidad supuesta (ya sea formal o material), con una cobertura específica (motivación figurada mostrada a la organización). A lo largo de su actuación, el confidente hablará con los investigados, extraerá información, obtendrá declaraciones, etc.; acervo probatorio incriminador que el investigado aportará desconociendo que lo está siendo, sin garantías, sin derechos. Evidentemente se produce en este caso una quiebra de la presunción de inocencia dado que no se puede determinar a nadie a suministrar prueba alguna que pueda perjudicarla⁶⁵.

En consecuencia, para evitar la vulneración de este derecho, deberá usarse el confidente:

1. *Como medio de investigación.* Habrá que observar los derechos y garantías inherentes en los investigados, el mínimo tiempo imprescindible (derivado del subprincipio de idoneidad); deberá emplearse con carácter excepcional al incidir en la esfera de los derechos de terceros (subprincipio de necesidad); y, deberá valorarse si la información obtenida merece del medio empleado y de los derechos limitados con su actuación (subprincipio de proporcionalidad en estricto). La intervención del confidente como medio de investigación sólo estará justificada si se ajusta a este filtro de proporcionalidad.

Existe “una vía de amparo legal al uso de confidentes y una compatibilidad al principio de presunción de inocencia, cuando se hayan visto agotados todos los medios de investigación posibles para conseguir la misma finalidad que se pretende conseguir con el confidente, aunque la gran carencia que nos encontramos entre el agente encubierto y el confidente, es que la doctrina jurisprudencial exige

un análisis a la autoridad competente sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad del uso del agente encubierto como medio de investigación, no encontrándonos el mismo razonamiento jurídico para el confidente, cuando debería ser de obligación que la autoridad que está coordinando la infiltración de un confidente, valore la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de esta técnica policial y a su vez se someta dicho medio de investigación a un control judicial o fiscal, con la finalidad de que toda prueba obtenida o derivada del confidente, no vulnere los derechos fundamentales inherentes de los investigados” (vid. STS 99/2009, de 2 de febrero).

2. *Como objeto de prueba.* El confidente no se identifica como tal y, en consecuencia, aquellos objetos de prueba que se obtengan de su actuación estarán viciados de nulidad por quiebra de la necesaria presunción de inocencia al desconocer el investigado que lo está siendo⁶⁶. Por lo tanto, cualquier objeto de prueba que se obtenga de su actuación (ya sea directa o indirectamente), deberá ser obtenido a través de otro medio de prueba válido desconectado de aquel, de forma tal que se rompa la conexión de antijuridicidad.

IV. DERECHOS DE INTIMIDAD: INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El artículo 18 de la Constitución Española consagra como derecho fundamental, entre otros, el derecho a la intimidad (18.1 y 18.4 C.E.), la inviolabilidad domiciliaria (18.2 C.E.) y el secreto de las comunicaciones (18.3 C.E.). Pasemos a analizar el contenido de cada uno de ellos con el fin de estudiar posteriormente la incidencia de la actuación del confidente en aquéllos.

1. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad encuentra reconocimiento en el ordenamiento internacional; así, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques.” De igual forma, el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humana-

64 Véase SSTC 5/2000, de 17 de enero de 2000, 34/2006, de 13 de febrero, 230/2007, de 5 de noviembre, 91/2008, de 21 de julio, 102/2008, de 28 de julio, 149/2008, de 17 de noviembre de 2008, entre otras.

65 Vid. MUÑOZ CONDE, F.; “De las prohibiciones al Derecho Procesal penal del enemigo” en Revista penal, nº 23, 2009, p. 75. El precitado autor matiza dicho razonamiento, aplicando el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

66 El principio *pro civitate* limita la presunción de inocencia para una adecuada eficacia procesal. DAGDUG KALIFE, A.; “La prueba testimonial ante la delincuencia organizada”, Ed. Porrúa, México, 2014, p. 336.

nos y las Libertades Fundamentales dice⁶⁷: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la Autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral o protección de los derechos y libertades de los demás”.

El derecho a la intimidad es un concepto amplio cuya delimitación resulta complicada; según el Tribunal Constitucional, constituye el “núcleo central de la personalidad, que es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos” (STC de 22 de abril de 1993); siendo así que “la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad” (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que “la delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente delimite el ámbito de la protección” (STS 4 de noviembre de 1986).

Para RUEDA MARTÍN⁶⁸, “el derecho a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana.”

Siguiendo a MARCHAL ESCALONA⁶⁹, intimidad deriva del latino *intimus*, que significa: “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.” Intimidad como aquella parte reservada o más particular de los pensamientos, afectos, asuntos interiores de una persona, familia o colectividad que ha recibido diferentes denominaciones a lo largo de la historia: “vida privada”⁷⁰, “esfera privada”, “ámbito íntimo” o “privado” o, la cada vez más común “privacidad” (derivado del término inglés “*privacy*”; o de la “*reservatezza*” italiana)⁷¹. Intimidad que encuentra su mejor definición en la atribuida al juez norteamericano Cooley, que en 1873 en “The elements of Torts” la definió como el “derecho a ser dejado en paz” (“The right to be let alone”)⁷².

El contenido de la intimidad —siguiendo la doctrina alemana— parte de la diferenciación de tres ámbitos representados en tres esferas concéntricas que, de mayor a menor amplitud serían⁷³:

- a) Esfera privada, que comprende aquellos comportamientos o noticias que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público y que no deben ser conocidos sino por quienes se encuentran en contacto con él.
- b) Esfera confidencial, que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza
- c) Esfera del secreto, que corresponde a noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás. Estas esferas se comunican y pueden pasar a formar parte unas de otras de modo que constituyen una espiral, en la que por medio del

67 Vid. MURILLO DE LA CUEVA, P. L.; “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales” en Azpilicueta: Cuadernos de Derecho, n.º 20, 2008, p. 28.

68 Vid. RUEDA MARTÍN, M. Á. “Protección penal de la intimidad personal e informática: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal”, Ed. Atelier, Barcelona. 2004, p. 61.

69 Vid. MARCHAL ESCALONA, A. N.; “El atestado. Inicio del Proceso Penal”. Ed. Thomson. Reuters Aranzadi. 9ª ed., Pamplona, 2015, p. 329 y 330.

70 En 1970, la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, precisó a modo descriptivo lo que debe entenderse por vida privada al decir: “consiste esencialmente en poder conducir su vida como se la entiende con un mínimo de injerencias: concierne a la vida privada, a la vida familiar y a la vida del hogar, a la integridad física y moral, al honor y a la reputación, al hecho de no ser presentado bajo una falsa apariencia, a la no divulgación de hechos inútiles o embarazosos, a la publicación sin autorización de fotografías privadas, a la protección contra el espionaje y las indiscreciones injustificables o inadmisibles, a la protección contra la utilización abusiva de las comunicaciones privadas, o la protección contra la divulgación de las informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular, sin que puedan prevalerse del derecho de protección de su vida privada las personas que por sus propias actividades han alentado las indiscreciones de las cuales se van a quejar posteriormente.”

71 En lo que sí hay plena coincidencia es al referirse al “derecho a la intimidad” para aludir a los medios que el sistema constitucional español pone para la protección judicial de la vida privada. Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.; “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional”. Ed. Civitas. Madrid. 1993, p. 28.

72 Esta expresión admite otra traducción, seguida por otros autores: “Derecho a ser dejado solo y tranquilo.” Nosotros, al igual que la fuente citada, optamos por la primera por ser más clara y contundente que ésta. Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.; “La intimidad... op. cit.”, p. 30.

73 Vid. HERRERO TEJEDOR, F.; “Honor, intimidad y propia imagen”. Ed. Colex. Madrid 1990, pp. 80 y 81. Vid. GALLARDO RUEDA, A.; “Tutela Penal del derecho a la intimidad”. En revista Cuadernos de Política Criminal n.º 52, p. 132. Vid. LÓPEZ DÍAZ, E.; “El Derecho al Honor y el Derecho a la Intimidad”. Ed. Dykinson. Madrid. 1996, p. 198.

consentimiento de su titular los componentes de la zona del secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza o bien de ésta a la esfera privada.

Dentro de la esfera de protección del derecho a la intimidad, entrarían la inviolabilidad domiciliaria; el secreto de las comunicaciones; la intimidad corporal; la propia imagen; el propio cuerpo⁷⁴; la salud⁷⁵; la sexualidad, la procreación y las relaciones conyugales y paternofiliales⁷⁶; los recuerdos personales⁷⁷; la propia muerte⁷⁸; pudiendo considerarse igualmente como parte de la intimidad a las convicciones morales o religiosas que ya encuentran protección en el derecho fundamental a la libertad de conciencia⁷⁹.

La intimidad no es un derecho absoluto, ya que “ni el derecho a la intimidad ni el derecho a la propia imagen son absolutos, por lo que se dan casos en los que éstos ceden cuando entran en conflicto” (STC 18/2015, de 16 de febrero); derecho, “que en definitiva es el derecho de toda persona a su intimidad, no tiene un carácter absoluto, sino relativo si tenemos en cuenta que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar su limitación, entre los que se encuentran la prevención del delito que incluya su investigación y castigo” (STS 17 de septiembre de 2003).

Respecto a los requisitos para limitar el derecho a la intimidad, la doctrina del TS ha establecido los siguientes⁸⁰:

a) Fin constitucionalmente legítimo. La diligencia practicada debe serlo en el curso de una investigación de un delito y orientada a la averiguación del mismo y a la recogida de instrumentos, efectos y pruebas de aquél.

b) Habilitación legal. Esta habilitación viene conferida, dado el objetivo de la prevención e investigación de actividades criminales que la Ley encomienda a la Policía Judicial, por el artículo 282 LECrim; artículo 11.1 de la LFCS, y, el artículo 14 de la LOSC.

c) Respeto de las exigencias de proporcionalidad, en atención a la necesidad de la medida como de la idoneidad de la misma para la investigación del delito.

El derecho a la intimidad protege el ámbito de lo privado de cada persona del conocimiento de terceros,

de forma tal que ese ámbito privado se torna secreto para esos terceros no autorizados por la persona titular del derecho. “Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que les escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico” (vid. SSTs 178/1996 y 286/1998 entre otras).

2. Inviolabilidad domiciliaria

La inviolabilidad domiciliaria es un derecho básico constitucional consagrado en el artículo 18.2 de la Carta Magna, no pudiéndose efectuar ninguna entrada o registro en el mismo sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 proclama en su artículo 12 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio.... Toda su persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques”. Con parecida fórmula se pronuncia el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Por su parte, la Convención de Salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (Roma, 1950) dispone en su artículo 8.1 que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, y en el apartado 2 que “no puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática para el mantenimiento de la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”⁸¹.

74 En este sentido Vid. STC 37/1988, de 15 de febrero, entre otras muchas.

75 Vid. artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril).

76 Vid. STC 197/1991, de 17 de octubre.

77 STEDH de 7 de Julio de 1989 (*Caso Gaskin*).

78 SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/91; y, 20/92.

79 Vid. MURILLO DE LA CUEVA, P. L.; “*El derecho a la ...*” *op. cit.*, pp. 44 y 45. El TC en sentencia 691/1989, de 13 de marzo, dijo a este respecto: “El patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero sí, hacer referencia a todos aquellos datos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de un apersona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos.”

80 En relación con la apertura de una agenda del detenido, su examen y la lectura de los papeles que se encontraban en su interior. STS de 27 de junio de 2002.

81 Al igual que el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria no es absoluto e ilimitado. Es un “derecho relativo, que limita con los demás derechos y los derechos de los demás... la propia Constitución autoriza su restricción en su-

Su objeto material consiste en la protección de cualquier lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad, a la vida familiar o a la privacidad del ciudadano⁸²: “el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido, es el espacio que constituye la morada de las personas físicas y reducto de su intimidad personal y familiar” (STC 69/1999, de 26 de abril). Este derecho, habilita a toda persona a prohibir o impedir la entrada o permanencia en ese espacio reservado, pudiendo entrar en el domicilio de una persona, siempre que exista consentimiento, resolución judicial motivada o lo sea ante la comisión de un delito flagrante⁸³.

Con nuestra decimonónica legislación procesal penal en la mano, es tarea poco menos que imposible el delimitar qué ha de entenderse por domicilio constitucional, qué espacios son los protegidos por el artículo 18.2 CE, debiendo acudir al análisis de cada caso concreto —siempre a la luz de la jurisprudencia—, para poder determinar si nos encontramos frente a un domicilio o no. La jurisprudencia ha brindado fórmulas genéricas que completan ese análisis; así, lo ha definido como “cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun ocupada temporal o accidentalmente” (STS 1020/2002, de 15 de febrero). Siguiendo a MARCHAL ESCALONA⁸⁴, podemos definirlo como: “Todo espacio cerrado al servicio de una persona, en el que en un momento dado desarrolla

su vida íntima, su privacidad, y del que puede excluir a terceros.” Así tenemos: Chabolas o infraviviendas⁸⁵; Viviendas accidentales o segundas residencias⁸⁶; Edificación ruinosas, abandonada y carente de condiciones mínimas de habitabilidad⁸⁷; Roulottes o autocaravanas⁸⁸; Furgonetas⁸⁹; Tiendas de campaña⁹⁰; Habitación de un hotel⁹¹; Habitación arrendada⁹²; Rebotica de una farmacia⁹³; Lugar destinado a reunión⁹⁴; Aseos y lugares públicos⁹⁵; Jardín de una vivienda⁹⁶; yate⁹⁷; velero amarrado en un muelle⁹⁸.

Cuando se produzca la entrada en un domicilio sin causa legal que lo habilite, podríamos estar ante un delito de allanamiento de morada ex artículo 202 CP; delito que siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA⁹⁹, “se agota con el quebrantamiento de la prohibición, esto es, realizando el acto contrario a la voluntad del ofendido.”

3. Secreto de las comunicaciones

El derecho al secreto de las comunicaciones está garantizado en el plano internacional, en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 17 del PIDCP: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en... su correspondencia. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”; y en el artículo 8.1 del CEDH y de las libertades fundamentales: “Toda persona tiene derecho al respeto de su corresponden-

puestos contemplados por la Ley, aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto, salvo en los casos de flagrante delito” STC 199/87, de 16 de diciembre y, SSTS, de 3 de febrero y 3 de abril de 1992.

82 Vid. GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal op. cit.*”, p. 450.

83 Como establece el artículo 545 de la LECrim: “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.”

84 Vid. MARCHAL ESCALON, A. N.; “*El atestado. Inicio del op. cit.*”, p. 184.

85 ATC 371/1991; y SSTS, de 5 de febrero de 1992; 12 de febrero de 1993; 25 de febrero de 1994; 7 de abril de 1995 entre otras muchas.

86 STS, de 19 de enero de 1995. En igual sentido STEDH de 24 de noviembre de 1986 (caso *Gillow*).

87 STS, de 19 de Mayo de 1999.

88 SSTS de 17 de marzo de 1993; 8 de Julio y 19 de septiembre de 1994; 24 de enero y 15 de abril de 1995; 18 de octubre de 1986, entre otras muchas. Sin embargo, el artículo 16 de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, dice: “En los recintos aduaneros, los servicios de aduanas podrán efectuar el reconocimiento y registro de cualquier vehículo, caravana, paquete o bulto.” Este precepto, que no es de carácter orgánico, habilita a los servicios de aduanas (policía judicial genérica), al registro sin mandamiento judicial. Concluyendo, en atención al fin perseguido.

89 SSTS, de 24 de enero y 15 de Noviembre de 1995; y, de 29 de enero de 2001.

90 SSTS, de 30 de abril de 1996; 8 de Julio de 1994; 15 de febrero de 1997; y, 18 de noviembre de 2005 entre otras.

91 SSTS, de 13 de diciembre de 1993; 8 de Julio de 1994; 16 de mayo de 2000; y, 6 de junio de 2001, entre otras. La duda acerca de la consideración de domicilio de las habitaciones de los hoteles, era planteada por el artículo 557 LECrim. Este artículo fue declarado inconstitucional por STC 10/02, de 17 de enero.

92 STS, de 25 de abril de 1996

93 STS, de 3 de Septiembre de 2002.

94 STS, de 11 de Julio de 1996.

95 STS, de 7 de Julio de 1998.

96 STC 22/84, de 17 de febrero; y, SSTS, de 19 de marzo de 2001; y, de 4 de noviembre de 2002.

97 STC 219/2006, de 3 de Julio

98 STS de 13 de marzo de 1999

99 Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; “*Derecho penal español, parte especial*”, Ed. Dykinson, 18ª Ed, Madrid, 1995, p. 321

cia”¹⁰⁰. De igual manera, en el ordenamiento interno, el artículo 18.3 de la Constitución establece: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

La jurisprudencia ha delimitado los caracteres de este derecho (vid. por todas la STC 281/2006, de 9 de octubre):

1. *Autonomía respecto al derecho a la intimidad.* “Diferenciación que se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex artículo 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente hemos admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre; y 70/2002, de 3 de abril), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (STC 70/2002, de 3 de abril).”

2. *Objeto.* “El objeto directo de protección es el secreto de la comunicación, de modo que el secreto, constitucionalmente protegido, se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre el contenido de la misma, aunque éste no quede en la esfera de lo íntimo (STC 114/1984, de 29 de noviembre).”

3. *Ámbito material.* Respecto al ámbito material de protección de este derecho, se plantea la cuestión de qué ha de entenderse por comunicaciones. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, se pueden interpretar por tales a todo tipo de medios que permitan una comunicación privada¹⁰¹. “La protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar (STC 137/2002, de 3 de junio), siempre que sea apta para desvelar bien la existencia misma de la comunicación, bien los elementos externos del proceso de comunicación, bien su propio contenido (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo).”

4. *Ámbito subjetivo.* El titular de este derecho puede ser una persona física (nacional o extranjera) o una persona jurídica, dado que, este derecho, por su naturaleza, puede ser ejercido por las mismas¹⁰². El derecho alcanza, además a los comunicantes, a terceros ajenos a estos (STC 114/1984, de 29 de noviembre; 56/2003, de 24 de marzo).

Derecho que protege lo que se predique o comunique a terceros con indiferencia de su contenido, haciendo que permanezca en la esfera de lo personal o secreto¹⁰³. Comunicación protegida frente a terceros como “proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos” (STC 281/2006, de 9 de octubre), por lo que el núcleo fundamental del derecho que protege la CE es la impenetrabilidad de su contenido por terceros ajenos a la comunicación.

El derecho al secreto de las comunicaciones no es en modo alguno un derecho absoluto, habiendo previsto expresamente el artículo 18.3 su limitación mediante resolución judicial. “La inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas cede ante determinados valores que en una sociedad democrática hacen necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones (artículo 8.2 del Convenio de Roma) como puede ser la investigación de los hechos delictivos, siempre bajo la tutela y garantía del Poder Judicial, debiendo ser un órgano jurisdiccional independiente quien, de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, acuerde la intervención de las comunicaciones”¹⁰⁴.

Sin embargo “no hay *secreto* para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje” (STC 114/1984, de 29 de noviembre). “El artículo 18 C.E. no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro” (STS de 11 de mayo de 1994), ya que “si se impusiera

100 “El secreto de las comunicaciones telefónicas se encuentra comprendido en las nociones de vida privada y correspondencia, por lo que está amparado por las referidas normas internacionales, como lo está, de una manera expresa por nuestra Constitución” SSTS de 1 y de 15 de marzo de 1996 entre otras.

101 SSTEDH de 18 de Junio de 1971 (caso *De Wilde*); de 25 de marzo de 1983 (caso *Silver*); de 20 de Junio de 1998 (caso *Schönenberg*); y, de 30 de Agosto de 1990 (caso *Mc. Callum*).

102 Vid. MONTAÑÉS PARDO, M. A.; “La Presunción de inocencia”. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 273. El TC reconoce la titularidad de ciertos Derechos Fundamentales a las personas jurídicas, siempre que sean derechos que puedan ser ejercitados por éstas (SSTC 137/1985, de 17 de octubre; y, 64/1988, de 12 de abril). El TS se pronuncia del mismo tenor al afirmar que del derecho garantizado en el artículo 18.3 CE, “son titulares las personas físicas y jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad” (SSTS, de 4 de febrero, 8 de febrero y 2 de diciembre de 1997; y, de 22 de abril de 1998).

103 De forma muy acertada establece la STC 140/2003, de 14 de julio, que el objeto directo de protección es “el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público.” Según RIVES SEVA, A. P.; “La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia penal”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 24. Tiene como finalidad “la protección de la intimidad y el respeto de la vida privada personal y familiar.”

104 SSTs de 1 y 15 de marzo de 1996.

un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido” (STS 114/1984, de 29 de noviembre).

4. Derecho a la autodeterminación informativa

También denominado como principio del consentimiento, tiene como principal virtualidad la prestación de autorización consciente e informada del tratamiento de los datos personales obtenidos del afectado, todo ello con la finalidad de que dicho el tratamiento de los datos —aun con excepciones— pueda ser considerado lícito (SAN 1945/2007, de 20 de abril). Con este derecho se protege la libre decisión de elección de los testigos y destinatarios de determinadas conversaciones y aspectos de la vida privada, formando parte del derecho que tiene todo ciudadano a saber quién, qué, cuándo y de qué manera se dispone de información sobre uno mismo¹⁰⁵. Con la autodeterminación informativa se protege la confianza de los ciudadanos entre sí y para con el sistema frente al uso indebido de estos¹⁰⁶.

Paralelo a este derecho a la autodeterminación informativa discurren el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Se trata de derechos de garantía que protegen al ciudadano de las posibles injerencias de terceros en su privacidad o intimidad, por lo que su delimitación competirá a cada ciudadano singular¹⁰⁷.

5. Confidente y afección al derecho

En lo referente al cómo puede afectar la actuación del confidente en la esfera de los derechos de intimidad

del investigado, la clave hay que buscarla en el consentimiento. El investigado establece unas relaciones de “confianza” con el confidente en la creencia de que pertenece a su organización y, en consecuencia, no va a revelar ni divulgar lo que conociere. Es precisamente esta confianza la que le hace participe a través del consentimiento del investigado de escenarios de su intimidad: datos, declaraciones, domicilio, comunicaciones, etc.; pero este consentimiento ha sido prestado a una persona que resulta no ser quien dice, por lo que se trata de un consentimiento viciado¹⁰⁸.

Analizando la extensión del consentimiento a cada una de las parcelas del derecho a la intimidad afectadas tenemos:

A) Intimidad

Concebida la intimidad como ese conjunto de esferas concéntricas, el paso de una a otra (privada, confidencial y secreto), vendrá de la mano del consentimiento del sujeto investigado que, en base a una relación de confianza, dará acceso al contenido de cada una de las “esferas” al confidente. Sin embargo, este consentimiento está viciado al desconocer a quién se le otorga, dado que la pretendida relación base de confianza es inexistente.

Son diversos los ámbitos de la intimidad del investigado a los que tiene acceso el confidente, de los que no dispondría de no mediar ese vicio del consentimiento. Así tenemos el supuesto de grabación de imágenes del investigado contando con su anuencia¹⁰⁹; las posibles injerencias en la intimidad corporal¹¹⁰; privacidad de los datos personales¹¹¹.

105 Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F.; “Infiltración policial y agente encubierto”, Ed. Comares, Granada, 2016, p. 94 a 99.

106 Vid. MURILLO DE LA CUEVA, L.; “Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)” En Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 33. Define la autodeterminación informativa como “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”.

107 Así se han pronunciado las SSTC 134/1999, de 15 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; y 170/1987, de 30 de octubre.

108 Vid. PERALS CALLEJA, J.; “El agente encubierto: La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia” en fiscal.es (Consultada el 11 de enero de 2017). Establece una justificación que hace ver la necesidad de regular la figura del confidente con la mayor celeridad absoluta, pues la justificación que utiliza para demostrar que no existe vulneración al derecho a la intimidad, en el caso del agente encubierto es que “toda infiltración policial realizada cumpliendo estos requisitos, a pesar de que inevitablemente puede afectar a la intimidad de los investigados, se verá amparada por la previa autorización judicial y la previsión legal”, siendo en el caso del confidente inexistente la autorización judicial y previsión legal del mismo.

109 Pero además, al margen de los considerados, tampoco se podrán instalar videocámaras que registren lugares en que se pueda vulnerar el derecho a la intimidad por sus especiales circunstancias. STS de 5 de Mayo de 1997.

110 Por tales hay que entender todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento y, por medio de la coacción física si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él. Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales ...” op. cit., p. 290. Las “Reglas de Mallorca” (reglas mínimas del proceso penal), redactadas en febrero de 1992, por una Comisión de Expertos de Derecho Penal para las Naciones Unidas, indican el artículo vigésimo tercero que “Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado”.

111 Una garantía elemental del derecho al honor y a la intimidad sea que el ciudadano pueda controlar el flujo de sus datos personales, decidiendo sobre el uso y difusión de sus datos de carácter personal. Por esa razón, el ciudadano debe poder controlar las cesiones que se hagan de sus datos mediante el otorgamiento o no de su consentimiento para ese flujo (vid. STC 290/2000, de 30 de noviembre).

En cualesquiera de los casos debe exigirse “que el consentimiento sea expreso, libre y no viciado” (STC 234/1997, de 18 de diciembre), lo que no sucede en el caso del confidente. En este supuesto, el medio de investigación y su resultado guardan una relación de proporción inversa con la violación a la intimidad¹¹², por lo que la injerencia deberá ser en todo caso proporcionada¹¹³.

B) Inviolabilidad domiciliaria.

Cuando el investigado otorga su consentimiento a una persona para que entre en su domicilio, es precisamente a ésta a la que permite el paso, por lo que si no resulta ser quien dice el consentimiento estará viciado.

Partimos de la base de que el consentimiento de una persona permite la entrada en su domicilio sin por ello quebrantar el derecho a la “inviolabilidad” domiciliaria (arts. 18.2 de la Constitución, entre otros)¹¹⁴. Así, dispone el artículo 551 de la LECrim: “Se entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio

el artículo 18.2 de la Constitución.” Consentimiento que en todo caso posibilitaría la entrada no así el registro de documentos y otros datos, a no ser que el investigado otorgara su consentimiento expreso para ello¹¹⁵.

Siguiendo a MARCHAL ESCALONA¹¹⁶, los requisitos que debe aglutinar este consentimiento para que pueda presumirse válido son¹¹⁷:

1. *Deberá ser prestado por el titular del derecho.* Titular lo serán todas y cada una de las personas que convivan en ese domicilio¹¹⁸, bastando la autorización de uno solo de ellos¹¹⁹, sin que sea necesario obtener la autorización de todos y cada uno de los moradores¹²⁰. Por contra, la negativa de uno solo impediría la entrada aun contando con el consentimiento del resto.

2. *Solicitud.* El consentimiento se debe solicitar de manera expresa y formal, con independencia que lo sea de forma oral o escrita¹²¹.

3. *Debe prestarse de forma consciente y libre*¹²². Debe estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño¹²³. El consentimiento no puede ser viciado¹²⁴. No es válido, entendiéndose que concurre engaño¹²⁵; engaño que habrá de interpretarse siempre de la manera más favorable para su titular¹²⁶. En el caso del confidente estaríamos ante un consentimiento viciado por desconocimiento de la identidad de

112 Vid. NEBRERA GONZÁLEZ, M.; “Intimidad y seguridad: dos conceptos y un conflicto” en NEBRERA GONZÁLEZ, M. (Coord.), “Intimidad y seguridad”, Ed. Instituto de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad: Asociación de Directivos de la Seguridad Integral, Barcelona, 2002, p. 13 y 14.

113 Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital” en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.); “Prueba y proceso penal op. cit.”, p. 231. Define la utilidad de la entrada en un espacio reservado con la finalidad de “lograr la aprehensión de datos o fuentes de prueba útiles para la investigación y la prueba, así como la ocupación de los objetos, instrumentos o efectos del delito que, con independencia de su virtualidad probatoria, habrán de ser restituidos a su propietario o decomisados”.

114 STS, de 5 de octubre de 1992.

115 Como ha establecido las SSTs 3 de julio de 1993 y 18 de abril de 1994.

116 Vid. MARCHAL ESCALONA, A. N.; “El atestado. op. cit.”, pp. 182 y ss.

117 Vid. MONTAÑÉS PARDO, M. A.; “La Presunción de ...” op. cit., pp. 310 y ss. El consentimiento debe ser prestado por el morador y no por el dueño de la vivienda. STS, de 24 de enero de 1998.

118 STS, de 27 de noviembre de 1992.

119 SSTs de 23 de Diciembre de 1993; y, de 9 de Noviembre de 1994.

120 Vid. LORCA MARTÍNEZ, J.; “Una aproximación al artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana”. En Revista La Ley, T-3-92. p. 988. HERRERO HERRERO, C.; “Dos instituciones básicas en el quehacer policial: detención y entrada y registro en lugar cerrado. Facultades ordinarias y extraordinarias”. En Revista de documentación del Ministerio del Interior nº 12. p. 23. STC 384/93, de 21 de diciembre.

121 STS de 23 de abril de 1992.

122 SSTs de 18 de febrero y 19 de septiembre de 1994.

123 “Pues si tales rigurosas exigencias son requeridas para las relaciones contractuales, mucha más severidad habrá de aplicarse cuando se trata de renunciar a un derecho fundamental del individuo.” STS, de 11 de diciembre de 1998.

124 Vid. FRANCO ARIAS, J.; “La entrada en lugar cerrado”. En Justicia 88-III. pág 591. Destaca este autor que cuando la diligencia afecte a menores e incapaces (en exclusiva), el requerimiento deberá dirigirse a sus representantes legales, encargados de prestar en su caso el oportuno consentimiento.

125 Vid. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.; “El policía infiltrado op. cit.”, p. 199. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.; “Criminalidad organizada op. cit.”, p. 217. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F.; “Infiltración policial op. cit.”, p. 244. No obstante, la STS 575/2013 hace ver “La necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable.” CARDOSO PEREIRA, F.; “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos” [Tesis doctoral]. Salamanca. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho; 2012, p. 301.

126 STS, de 8 de marzo de 1991.

la persona a la que se otorga, en cuyo caso sería ineficaz¹²⁷, pudiendo calificarse como allanamiento de morada¹²⁸: “Existe el delito de allanamiento de morada, dado que la simulación de que se valió el procesado para penetrar en la morada de la ofendida, vició el consentimiento prestado por ésta dejándolo sin efecto, lo que tanto quiere decir como que realizó la acción sin la anuencia de la dueña, que de haber sabido la realidad de la situación no le hubiera franqueado la entrada” (STS de 2 de febrero de 1988). “Es patente que no medió voluntad libre de los moradores para franquear el acceso de la vivienda (más bien presumiblemente contraria) al ser objeto de un burdo y premeditado engaño. No puede por tanto reputarse consentimiento válido el emitido a consecuencia de una falacia urdida con toda clase de detalles para embaucar a los moradores, haciéndoles creer que actuaba con propósito lícito” (STS 692/2014, de 29 de octubre).

4. *Debe serlo en relación a una concreta finalidad* del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos¹²⁹.

5. *Puede ser expreso o tácito*. El consentimiento o conformidad, implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procesal. Consenti-

miento que puede ser expreso o tácito; esto es, no oponiendo la inviolabilidad a la entrada¹³⁰.

6. *Revocabilidad*. El consentimiento, al ser un acto unilateral de voluntad, es revocable en cualquier momento¹³¹.

C) *Secreto de las comunicaciones*

El secreto de las comunicaciones protegido constitucionalmente ex artículo 18.3 CE garantiza la impenetrabilidad de terceros ajenos al proceso comunicativo¹³²: “El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados” (STC 114/1984, de 29 de noviembre); protección que no opera entre dos personas que se comunican porque media el consentimiento en el conocimiento de lo comunicado¹³³: “no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje” (STC 114/1984, de 29 de noviembre). Lo que sí es reclamable es que el consentimiento esté exento de vicios que lo invaliden¹³⁴.

Si el confidente tiene conocimiento de las comunicaciones del investigado (con independencia del medio que las realice), lo es en base a un consentimiento que, como resulta viciado por error en la identidad del comunicante, supone una vulneración del derecho

127 Vid. ROXIN, C.; “*Derecho penal. Parte general*” Ed. Civitas, Pamplona, Tomo I, 2015, p. 545 y 546.

128 Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRARO, M.; “*Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos*” en Diario La Ley, nº 6142, Sección Doctrina, 7 de diciembre de 2004, p. 11. Vid. PORTILLA CONTRERAS, G.; “*El Derecho penal y procesal penal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*” en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coord.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; “*Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*”, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 709.

129 “Es claro que la autorización dada por la cotitular de un vivienda para permitir el acceso a la misma de la policía con una finalidad concreta no puede extenderse, ni por tanto cubre la entrada de otros policías por otra investigación independiente de la primera, la autorización dada lo fue en el marco y con la finalidad para la que fue solicitada —las gestiones con el hijo menor de la pareja, no fue un cheque en blanco— ahí agotó toda su potencialidad legitimadora de la entrada.” STS, de 6 de junio de 2001.

130 STS, de 27 de mayo de 1993. La STS, de 12 de Septiembre de 1994 se pronunció a este respecto del siguiente tenor: “El consentimiento en general, como equivalente a conformidad, implica un estado de ánimo concreto y definido en virtud del cual la persona, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede porque soporta, porque permite, porque tolera o porque otorga inequívocamente (anuencia, aprobación, aquiescencia, asentimiento, permiso, asenso, licencia, venia, etc.), por lo que la apreciación de si hubo o no consentimiento ha de hacerse interpretando a su vez el comportamiento del interesado antes, durante y después del registro domiciliario, resultando realmente incomprensible que quien ha sufrido un agravio tan importante como es el de penetrar por la fuerza en su domicilio, nada en absoluto diga ni entonces ni después, cuando presta declaración ante la policía o ante el Juez de Instrucción.”

131 Vid. ESTRELLA RUIZ, M.; “*Entrada y registro, interceptación de las comunicaciones postales, telefónicas, etc.*” En Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales. Vol. 12, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 364.

132 Vid. MONTAÑÉS PARDO, M. A.; “*La Presunción de ...*” op. cit., p. 272. En igual sentido STC 114/1984, de 29 de noviembre.

133 A modo de ejemplo, la STC 90/1992, de 11 de junio, establece que toda persona goza de libertad para contar algún hecho, sin que pueda verse afectado el secreto a las comunicaciones con independencia de quien sea el interlocutor de dicha comunicación. La STS de 1 de marzo de 1996, considera que “Una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírselo a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético, pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto”

134 Vid. SSTS, de 19 de Noviembre de 1992; y 23 de febrero de 1994.

al secreto de las comunicaciones¹³⁵. En cualquier caso lo que estará vedado a la actuación del confidente es la divulgación de comunicaciones en las que no haya sido ni emisor ni destinatario, pues para realizar dicha intervención sería precisa resolución judicial previa¹³⁶.

D) Autodeterminación informativa.

Cuando un investigado se relaciona con un confidente la transmite datos e informaciones desconociendo su destino y tratamiento y, que podrán ser empleados en su contra. El investigado no podrá articular el sistema de derechos fundamentales que le serían de aplicación como investigado porque desconoce que lo es, lo que le genera una patente situación de indefensión¹³⁷.

Toda persona tiene derecho a la denominada autodeterminación informativa, derecho que plantea las siguientes exigencias:

1. *Identidad*. Una comunicación libre con la persona que se elija, lo que exige conocer la identidad del interlocutor. El proceso comunicativo libre exige de dos personas que se comunican información con conocimiento de la persona a la que va dirigida la información, por lo que no será tal si ésta se desconoce o es fingida como sucede en el caso del confidente.

2. *Tratamiento de los datos*. Al transmitir información se participan una serie de datos personales merecedores de especial protección que, comunicados a persona desconocida o no deseada, generan una patente

vulneración del derecho a esa autodeterminación informativa.

3. *Derechos*. Al desconocer que está siendo investigado ignora/no acciona sus derechos, entre ellos el derecho a no declarar en su contra, por lo que por el juego del artículo 11.1 LOPJ los objetos de prueba así obtenidos devendrán nulos por vulneración de un derecho fundamental¹³⁸.

En cualquiera de los casos analizados de injerencia en los llamados derechos de intimidad, la clave para el desarrollo de este singular medio de investigación habrá que buscarla en el justo equilibrio, en la exigida proporcionalidad entre derecho a la intimidad y resultado de la investigación¹³⁹, entre el *ius puniendi* que le corresponde a un Estado de Derecho, y las garantías constitucionales de los ciudadanos¹⁴⁰. Según CABEZUELO ARENAS¹⁴¹, cabría hablar de una infracción del Ordenamiento Jurídico cuando la intromisión no responde a un interés informativo socialmente relevante.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. M.; “La teoría de la conexión de la antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales” en Jueces por la Democracia, nº 66, 2009.

135 La utilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad en la grabación de todos los partícipes o contertulios; ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para la fijación en un soporte de la conversación... Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes ni de la autoridad judicial convierte en inutilizable ese medio probatorio (vid. STS 298/2013, de 13 de marzo)

136 Vid. GIMENO SENDRA, V.; TORRES DEL MORAL, A.; MORENILLA ALLARD, P. y DÍAZ MARTÍNEZ, M.; “Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 159. Además, establece que la obtención de dichas pruebas produciéndose una violación en este derecho, supondrá la nulidad de las mismas.

137 En este punto nos referimos a lo ya expuesto en confidente y presunción de inocencia de este mismo capítulo.

138 Vid. GALINDO CAMACHO, M.; “Teoría del Estado”, Ed. Porrúa, 4º Ed, México, 2001, p. 354. Establece que, ante dicha actuación, estaríamos derivando la actuación policial de un Estado de Derecho a un Estado totalitario, pues con el uso del confidente, se llega a doblegar la confianza del investigado para que realice declaraciones inculpativas, como sucede en aquellos Estados que promueven la violencia, tortura u otras medidas para obtener una declaración inculpativa del investigado.

139 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.; “El policía op. cit.”, p. 157. Establece la precitada autora a que dicho ejercicio, la disyuntiva entre un medio de investigación eficaz y el debido respeto de los derechos fundamentales, le denomina “zona de equilibrio”, siendo dicha zona de equilibrio donde deberá actuar el confidente infiltrado.

140 Vid. VIVES ANTÓN, T. S.; “El ius puniendi y sus límites constitucionales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 1. Establece respecto a la ponderación que se tiene que realizar entre el *ius puniendi* y la investigación criminal que “ni puede convertirse en el mero uso de la fuerza contra el delito, sino que consiste en y ha de ejercerse como un poder jurídico.” Vid. NAVAJAS RAMOS, L.; “Límites a la legalidad de la prueba penal en la actuación de la policía judicial”, Revista Eguzkilore, nº 11, 1997, p. 66. Establece que “Para servir adecuadamente al fin que están llamadas a cumplir, las diligencias de investigación penal, con alta frecuencia, han de suponer intromisiones más o menos intensas en la esfera de los derechos fundamentales de las personas, con el consiguiente recorte de su ámbito de protección. por ello y en estos casos debe realizarse una ponderación de los intereses en conflicto: de un lado, el interés social en la persecución de los delitos y de otro el interés individual de mantener en toda su amplitud y extensión los derechos y libertades que la constitución reconoce; del resultado de dicha confrontación aparecerá la legitimidad de la medida o diligencia que se pretenda llevar a cabo, o, por el contrario, su desajuste con las normas constitucionales.”

141 Vid. CABEZUELO ARENAS, A. L.; “Derecho a la intimidad”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 81

- BETTIOL, G.; “*Instituciones de derecho penal y procesal*” (Traducido GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.) Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.; “*Derecho a la intimidad*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CARDOSO PEREIRA, F.; “*Agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Ed. Juruá, Oporto, 2015.
- DAGDUG KALIFE, A.; “*La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*”, Ed. Porrúa, México, 2014.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y V.V.A.A.; “*Derecho Procesal Penal*”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2000.
- DE MARIANO, R.; “*Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba*” en el libro “*Primeras jornadas de derecho judicial*”, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1983.
- DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO; “*La investigación tecnológica del delito*”, En Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- DELLEPIANE, A.; “*Nueva teoría de la prueba*”, Ed. Temis S.A., Bogotá, 2010.
- DENCKER, F.; “*Verwertungsverbote im Strafprozess*”, Ed. Heymanns, Colonia, 1978.
- DEVIS ECHANDIA, H.; “*Compendio de derecho procesal*”, Ed. Temis, Bogotá, 2012.
- DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍNEZ MORALES, R.; “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*” en *Jueces para la Democracia*, n.º 43, 2002.
- FLEMING, M.; “*Of Crimens and Rights*”, Ed. W.W. Norton & Company, Nueva York, 1978.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.; “*Infiltración policial y agente encubierto*”, Ed. Comares, Granada, 2016.
- GIMENO SENDRA, V. y A.A.V.V.; “*Lecciones de Derecho Procesal Penal*”, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V.; “*Derecho procesal penal*” Ed. Colex, Madrid, 2ª Edición, 2002.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.); “*Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUZMAN FLUJA, V.; “*Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- HERRERO TEJEDOR, F.; “*Honor, intimidad y propia imagen*”. Ed. Colex. Madrid 1990.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2004.
- MARCHAL ESCALONA, A. N.; “*El atestado. Inicio del Proceso Penal*”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 9ª ed, Pamplona, 2015.
- MARTÍN GARCÍA, P. y OTROS; “*La prueba en el proceso penal*” Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 2000.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.; “*El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*”. Ed. Cívitas. Madrid. 1993.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “*Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MONTÓN REDONDO, A.; “*Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso: con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas*”, Ed. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977.
- MORENO CATENA, V. “*Los elementos probatorios obtenidos con afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal*”, en *Prueba y Proceso Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F.; “*De las prohibiciones al Derecho Procesal penal del enemigo*” en *Revista penal*, n.º 23, 2009.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L.; “*El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales*” en *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, n.º 20, 2008.
- PASTOR BORGONÓN, B.; “*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, en *Revista Justicia: de derecho procesal*, n.º 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- PÉREZ- CRUZ MARTÍN, A. J.; FERREIRO BAA-MONDE, X. X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. y SEOANE SPIEGELBER, J. L.; “*Derecho Procesal Penal*”, Ed. Thomson Reuters, 3ª Edición, Pamplona, 2014.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; “*Derecho penal español. Parte especial I*”, Ed. S.A. Atelier libros, Barcelona, 2010.
- RIVES SEVA, A. P.; MARCHENA GÓMEZ, M. y OTROS; “*La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*”, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 4ª Edición, 2008.
- ROXIN, C.; “*Strafverfahrensrecht*”, Ed. C.H. Beck, Múnich, 1995.

- RUEDA MARTÍN, M. Á. “*Protección penal de la intimidad personal e informática: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal*”, Ed. Atelier, Barcelona. 2004
- SCHEB, J. M. y SCHEB II, J. M.; “*Criminal procedure*”, Ed. WadsWorth, California, 5ª Ed., 2009.
- SCHÖNKE, A.; “*Los límites de la prueba en el derecho procesal*”, Revista de Derecho Procesal, nº 3, 1995.
- SENTIS MELENDO, S.; “*La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*”, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.; “*El derecho a la prueba en el proceso civil español*”, en el libro “*Homenaje a Jaime Guasp*”, Ed. Comares, Granada, 1984.
- SILVA MELERO, V.; “*La prueba procesal*”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- STORINI, C.; “*La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TORRES MORATO, M. Á. y URBANO CASTRI-
LLO, E.; “*La prueba ilícita penal: Estado jurisprudencial*”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.
- VEGAS TORRES, J.; “*Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*”, Ed. La Ley. Madrid. 1993.
- VIVES ANTÓN, T. S.; “*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*”, en la revista Poder Judicial, nº 2, 1988.
- VIVES ANTÓN, T. S.; “*El ius puniendi y sus límites constitucionales*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.