

LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LA POLICIA JUDICIAL

Por Carlos Ernesto Franco Rivero

SUMARIO: *I. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. II. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCION. III. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LA POLICIA CON CONTROL JUDICIAL. IV. CONCLUSIÓN.*

“La policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del ministerio fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.” (artículo 126 de la Constitución Española)

I. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

En la actualidad el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concreta las funciones de la policía judicial y establece la obligación de la policía judicial de asegurar el cuerpo del delito y está constitucionalmente legitimada para generar actos de prueba constituida que permitan a un tribunal fundar una sentencia condenatoria.

La prueba preconstituida es practicada por la policía judicial y el ministerio fiscal sobre hechos irrepetibles que no pueden ser trasladados al momento del juicio oral, por ello su carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba que posibilitan su introducción al juicio oral a través de la lectura de documentos públicos oficiales.

Tales medios de prueba corresponden al juez de instrucción, pero tanto la policía judicial como los el ministerio fiscal y los jueces pueden practicarla. Con el necesario control judicial y atendiendo a la autoridad que la práctica, la prueba puede sistematizarse de la siguiente manera:

A) Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención:

- a) Alcoholímetros
- b) Videos de vigilancia
- c) Análisis de estupefacientes
- d) Inspecciones corporales

B) Prueba preconstituida de la policía con control judicial:

- a) Circulación y entrega vigilada de drogas
 - b) Escuchas telefónicas
 - c) Intervenciones de datos electrónicos de tráfico
 - d) Gestión a base de datos identificadores de ADN
- C) Prueba preconstituida del juez de instrucción
- a) Recogida y conservación del cuerpo
 - b) Reconocimiento judicial
 - c) Inspecciones e intervenciones corporales
 - d) Entrada y registro
 - e) Intervención de las comunicaciones

II. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN

A dicha relación se incorporan los supuestos de entrada y registro policiales por causa de delito flagrante.

1.- METODOS ALCOHOLIMETRICOS

1.1 Concepto y regulación

Se entienden por el curso de una detención o privación momentánea de la libertad deambulatoria a través de una medición en el aliento o intervención corporal para determinar el grado de alcohol ingerido.

La policía de tráfico está autorizada a realizar controles de alcoholemias a los conductores e invítalos a someterse a los dos tipos de pruebas alcoholimétricas (control de aire espirado y análisis sanguíneos).

La prueba de aire respirado constituye una obligación y la negativa puede ser sancionada como falta grave y justifica la retención del vehículo, pero a petición del interesado o por orden de la autoridad pueden repetirse a efectos de contraste a través de análisis sanguíneos u otros análogos.

Los análisis sanguíneos los autoriza la Audiencia Provincial de Burgos de 31 de Octubre de 2006, si el imputado estuviere inconsciente a consecuencia de lesiones y existiera un auto judicial motivado, si faltare dicho consentimiento la policía no puede ordenar la prueba sobre la sangre depositada en un hospital.

1.2 Su incidencia en la constitución

Uno de los aspectos más significativos es su prolija incidencia en la Ley fundamental que ha provocado pocos recursos de amparo. En particular pueden afectar derechos fundamentales como: derecho a la libertad, a la integridad física, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional explícitamente sólo ha admitido la posibilidad de vulneración de la “presunción de inocencia”.

1.3 Métodos alcoholimétricos y “prueba prohibida”

El Tribunal Constitucional mantiene doctrinas contradictorias en cuanto a las “pruebas alcoholimétricas”. Según una primera jurisprudencia su resultado al incorporarse en un atestado judicial ha de ser considerado como una “denuncia” que exige prueba en el juicio oral a través de la testificación de los funcionarios intervinientes en dicho atestado. De acuerdo a la segunda, el atestado cuenta del carácter “irrepetible” el resultado del test alcoholimétrico y ha de gozar de los efectos de la prueba preconstituida en la que se constituye que “después de negar al test alcoholimétrico el valor de denuncia, se afirma que constituye una “prueba pericial preconstituida”.

Para que tales puedan erigirse en actos de prueba preconstituida es preciso se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual los funcionarios tienen la obligación de informar al imputado sobre las consecuencias desfavorables que puede acarrear el sometimiento a tales pruebas así como su derecho al análisis sanguíneo. Si se omiten dichas informaciones, la prueba ha de reputarse como “prohibida” excluyendo la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria.

En caso de que se cumpla con dicha obligación el juez puede otorgarle al acto el valor de prueba y fundar sentencia de condena. Por lo tanto “no se puede condenar únicamente con el resultado de la prueba de alcoholemia, es necesario acreditar la influencia del alcohol en el conductor reflejada en el atestado de “signos externos” de influencia etílica.

2. LAS GRABACIONES DE VIDEO-VIGILANCIA

La Ley Orgánica 4/1997 introduce la posibilidad de que las Fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, puedan instalar en lugares públicos cámaras de video para garantizar la seguridad ciudadana y la prevención de delitos. Su utilización ha de ser respetuosa con el principio de proporcionalidad, derecho a la intimidad, protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Es dudoso que las grabaciones que constituyen actos de investigación, constituyan supuestos de prueba preconstituida, dada su falta de regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que su incorporación al atestado no exonerará en principio a la policía de tener que declarar como testigo sobre su contenido y procedimiento de elaboración. Sin embargo al formar parte del atestado, constituyen un documento público oficial sobre el que existe la posibilidad de examen de oficio.

3. ANALISIS SOBRE ESTUPEFACIENTES

Los análisis sobre estupefacientes como regla general deben ser ordenados por el juez de instrucción quien remitirá tales sustancias al organismo oficial correspondiente.

La regla 6ª del artículo 796.1, introducida por la Ley 38/2002 dispone que la policía judicial “remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de medicina legal o laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Dichas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado al juzgado de guardia por el medio más rápido; si no fuera posible la remisión en dicho plazo, la policía judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis.

El Tribunal Supremo pronuncia que la remisión directa de la droga al servicio correspondiente del control de estupefacientes permanecerá siempre a disposición judicial sin necesidad de que se deposite materialmente en los juzgados.

A diferencia de la aprehensión de drogas, el análisis realizado por la policía judicial tendrá en principio el valor de acto de investigación ya que para gozar de valor probatorio es necesario que participen de la doctrina constitucional de la “prueba preconstituida” a saber: a) por la fugacidad del objeto del dictamen no puede practicarse la prueba en el juicio oral, cuyo juicio ha de practicarse en un plazo no superior a quince días. b) la defensa debe ser invitada a la ejecución de la prueba

en la que habrán de comparecer los peritos para dar las explicaciones que las partes o el juez pudieran requerir en relación con su dictamen.

En caso de aprehensión de paquetes de droga, no es necesario proceder al análisis pormenorizado de cada uno de ellos, basta con una muestra de pureza.

4. LAS INSPECCIONES CORPORALES

Se entiende como el reconocimiento por un tercero del cuerpo humano, donde la policía, dentro de las diligencias policiales de prevención, puede efectuar inspecciones corporales que no afecten el derecho a la intimidad del imputado, careciendo de legitimidad las inspecciones anales o vaginales efectuadas por la policía sin expresa autorización. No constituye inspección corporal la recogida de material genético externo del imputado, ya que corresponde a meros actos de recogida de cuerpo del delito, que ante el peligro se autorizan a la policía judicial.

La única cobertura legal que proporcionan las inspecciones e intervenciones corporales es la contemplada en el artículo 326.III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que requiere una orden expresa del juez a fin de recoger muestras de ADN debiendo respetar la cadena de custodia del material que únicamente puede ser utilizado para los fines de investigación. (de esta regla pueden exceptuarse los exámenes radiológicos y diligencias de “cacheo”)

4.1 Exámenes radiológicos y mediante ecografía

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1993 afirma que: *“la inspección del interior del cuerpo humano mediante rayos x no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal clase de reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta el pudor, al*

menos en las concepciones dominantes de la sociedad actual, por lo que entendemos que su utilización por la policía no requiere autorización judicial “.

4.2 La diligencia de “cacheo”

La diligencia de cacheo es una inspección corporal que procede al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos.

Para que la diligencia sea ejecute lícitamente debe existir una sospecha por parte de la policía de la comisión de un delito de especial gravedad que por lo menos permita autorizar la práctica de una detención.

III. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LA POLICIA CON CONTROL JUDICIAL

Los actos de prueba constituida en la actualidad se reconducen a la circulación y entrega vigilada de drogas, la intervención de datos electrónicos de tráfico y las escuchas telefónicas e intervención del correo electrónico.

1 LA CIRCULACION Y ENTREGA VIGILIDA DE DROGAS

1.1 Concepto y fundamento

El artículo 408 del Código Penal castiga la conducta de la autoridad que dejare intencionalmente de promover la persecución de los delitos. Pero la lucha contra la criminalidad organizada exige que tratándose de delitos contra la salud pública, la policía permita la entrada y/o circulación de estupefacientes por nuestro país a fin de aprehender y determinar a los integrantes de bandas relacionadas con el narcotráfico.

1.2 Sujetos

Son órganos competentes para adoptar dicha medida: el juez de instrucción competente, el ministerio fiscal, los jefes de las unidades orgánicas de la policía judicial, centrales y provinciales, y sus mandos superiores. No obstante la única autoridad legitimada para disponerla es el juez.

La Ley Orgánica 5/1999 establece tan sólo la necesidad de que la notificación se efectúe a la Fiscalía competente.

1.3 Objeto

El objeto de esta resolución lo constituye la vigilancia de “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal.

1.4 Contenido

Se circunscribe a autorizar la circulación o entrada vigilada de paquetes que contengan las referidas sustancias prohibidas, así como los bienes y ganancias; en los cuales la policía debe cerciorarse previamente de la existencia de drogas en el interior del paquete postal (equiparable a una carta), y en donde le es permitida su intervención en caso de suponerse a la policía de fronteras.

De la anterior regla pueden exceptuarse, la utilización de medios mecánicos que no ocasionen la apertura física del paquete; autorizan a la policía sin necesidad de autorización judicial a introducir en un paquete una aguja a fin de extraer una pequeña parte de droga. También se excluye de la salvaguarda los paquetes expedidos bajo “etiqueta verde” o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en cuyo envío se hace constar su contenido; asimismo las maletas o bolsos de viajes destinados a guardar y facilitar el transporte de objetos.

1.5 Resolución

La resolución que autorice la circulación y entrega vigilada ha de ser individualizada, necesaria y fundada, en la que se determine explícitamente el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate.

La adopción de esta medida no se justifica para combatir el “menudeo” de la droga ni es procedente cuando tales narcotraficantes han sido plenamente determinados o identificados; y dicha diligencia integra un acto de investigación y no de prueba preconstituida, de tal manera que no puede fundar una sentencia condenatoria por sí misma.

Finalmente si la resolución la adopta el juez de instrucción, debe dar traslado de la copia de la misma al juzgado decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

2. GESTIÓN DE LA BASE DE DATOS POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN

Reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN presenta como problema fundamental, la inexistencia de una regulación legal de las inspecciones corporales, sin reparar que dicha recogida sólo puede erigirse en prueba preconstituida si razones de urgencia derivadas de la desaparición del material genético lo indican. Tampoco es muy rigurosa la Ley Orgánica al momento de garantizar imparcialidad en la cadena de custodia, posibilidad de contradecir los análisis por parte de la defensa y exigir que las muestras sean custodiadas mínimo hasta el momento del juicio oral; todo lo anterior derivado de que la identificación no convierte a la prueba en un documento público, sino en una prueba pericial que puede ser sometida a contradicción.

3. LAS INTERVENCIONES TELEFONICAS

De acuerdo al artículo 18.3 de la Constitución Española “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

3.1 Concepto

Se entiende por intervención telefónica todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez decide medio auto especialmente motivado se proceda al registro de llamadas y/o grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

3.2 El principio de proporcionalidad en las intervenciones y sus presupuestos

Las intervenciones telefónicas deben estar sometidas al más estricto cumplimiento del principio de *proporcionalidad*, el cual reclama la observancia de presupuestos sistematizados en comunes y especiales.

3.2.1 Comunes

El principio procesal de legalidad constituye un presupuesto común para todo acto procesal limitativo del algún derecho fundamental.

El artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada esté prevista por la ley, exigiendo un ordenamiento interno, expresamente autorizando a la autoridad judicial para disponer de tales medios de investigación.

3.2.3 Especiales

Es imprescindible que la medida objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiéndose adoptar la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

“la resolución autorizando la escucha de las conversaciones telefónicas de una persona tiene que concederse con carácter excepcional y siempre que no exista otro medio de investigación menos incisivo que permita el desenvolvimiento de la actividad judicial sin interferirse y dañar derechos y libertades fundamentales de carácter trascendental para el libre desarrollo de la libertad y seguridad del individuo como el derecho al respeto, a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones telefónicas”. (Sentencia del Tribunal Supremo 14-6-1993, F.J.8).

3.2.2.1 Material

Desde un punto de vista jurídico una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción este constituido por un delito grave. El problema que suscita el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que no existe un listado de delitos graves que puedan autorizar la práctica de este acto instructorio y segundo que ni siquiera existe otro criterio cuantitativo que pudiera atender a la necesidad de la intervención según un “quantum” de pena a imponer. Resultado de esto el precepto suscita dos antitéticas tesis:

- 1.- Las intervenciones telefónicas tan solo se justifican para la investigación de delitos castigados con una pena privativa de la libertad superior a los nueve años.
- 2.- El término procesado es aquí sinónimo de “imputado”, por lo que debe reclamarse el ámbito de aplicación de estas medidas para cualquier clase de delito.

El Tribunal Supremo combinó ambas teorías: las intervenciones telefónicas, tan sólo se justifican para la investigación de delitos muy graves; pero las autoriza también para los ilícitos penales con trascendencia social que afecten al buen funcionamiento y al crédito de la administración del estado y los relativos a la corrupción política.

Por lo tanto la intervención de las comunicaciones telefónicas solo puede entenderse constitucionalmente legítima si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

3.2.2.2 Procesal

Las intervenciones telefónicas no pueden adoptarse ni en las diligencias policiales de prevención, en la investigación oficial o preliminar a la judicial del MP, ni en el curso de las diligencias indeterminadas, ni en el juicio de faltas. El juez puede alcanzar el convencimiento sobre la necesidad de la pena a través de la ponderación de la gravedad del hecho punible imputado y la imprescindibilidad del sacrificio del derecho contenido en el artículo 183 Constitución Española para la obtención de la prueba de tal hecho.

La sentencia del Tribunal Constitucional 24 de Octubre de 2005 confiere validez a las diligencias indeterminadas para adoptar la resolución judicial de intervención telefónica, si bien estima el amparo, entre otras causas, por la circunstancia de que, dentro de dichas diligencias, no se le notifique al Ministerio Fiscal la pertinente resolución judicial.

3.3 Requisitos Formales

Corresponde al juez de instrucción competente su adopción en el seno de una instrucción y mediante resolución motivada en la que se determine el teléfono

intervenido, el destinatario de la medida y el hecho punible investigado, todo ellos en orden de garantizar el control judicial.

El Tribunal Supremo establece los requisitos para que pueda reputarse toda intervención telefónica ajustada al paradigma de legalidad constitucional y ordinaria:

- a) Exclusividad jurisdiccional en la autorización a los funcionarios que la practiquen.
- b) Adopción de la misma en una investigación en curso y existencia de indicios suficientes de criminalidad.
- c) Respeto al principio de proporcionalidad así como un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del delito.
- d) Obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible.
- e) Extensión de la observación telefónica restringida a teléfonos de las personas implicadas.
- f) Expresión de las razones que la motivan en el auto habilitante sin perjuicio de las legítimas remisiones a los escritos petitorios de la policía judicial.
- g) Control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada.

3.4.1 El deber de motivación

Toda resolución limitativa de un derecho fundamental ha de ser minuciosamente motivada por la autoridad o funcionario que la practique a fin de que se plasme el “juicio de ponderación” sobre la necesidad de la medida.

La decisión judicial deber ser suficientemente motivada y obedecer a razones sólidamente fundadas. En dicho auto el juez habrá de plasmar el oportuno juicio de necesidad de la intervención telefónica en punto a preconstituir la prueba necesaria para la actuación del estado.

Uno de las condiciones de “datos objetivos” de expresión necesaria en la motivación de los autos por los que se autorizan las intervenciones telefónicas, es la de que dicho datos sean “accesibles a terceros”. A pesar de esto la doctrina que hoy mayoritariamente permanece es la que permite autorizaciones judiciales a través de la motivación “por remisión”, que puede fundarse en meros indicios e incluso en delaciones de “confidentes”. Esta exigencia conlleva a la calificación de ilegal, por inconstitucional, de la utilización de la forma de “providencia”; conforme a la cual una intervención telefónica efectuada mediante “providencia” es “acuerdo más que suficiente para ordenar que se lleve a cabo tal medida, sin que sea preciso que la resolución adoptase la forma de auto ni que contuviese una fundamentación específica un especial”, doctrina declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 181/1995.

3.4.2 Requisitos del auto

En la parte dispositiva de la resolución judicial se observan un conjunto de requisitos, subjetivos y objetivos:

3.4.2.1 Subjetivos

Destaca la determinación del titular del derecho al secreto de las comunicaciones y quien no tiene por qué coincidir necesariamente con el dueño

del teléfono intervenido, en cuyo caso habrá la policía de abstenerse de escuchar y grabar las conversaciones ajenas al destinatario de la medida.

3.4.2.2 Objetivos

Se hace necesario reflejar en el auto, el número de teléfono objeto de la intervención y de otro, el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención; son pues inconstitucionales las denominadas “licencias de cobertura”.

En la resolución judicial en que se acuerda la medida judicial de escucha telefónica deben constar: 1) los hechos investigados, 2) la calificación jurídica de dichos hechos, 3) la imputación de dicho hecho y delito a la persona a quien se refiere la escucha, 4) la exteriorización de los indicios, 5) el teléfono del que se acuerde la escucha, 6) la relación entre el teléfono y las personas, 7) el tiempo que habrá de durar la escucha, 8) el periodo del desarrollo de la escucha, 9) la persona o autoridad que solicita la medida; 10) la persona o autoridad que llevará a cabo la intervención telefónica.

3.5 Objeto

Lo integran todas las comunicaciones, alámbricas e inalámbricas, radioeléctricas y telemáticas sin excluir a las que puedan efectuarse a través del espacio radioeléctrico. Sin embargo, no constituye intervención de comunicación la reproducción por la policía de un soporte magnético o electrónico, la cual si se persigue un interés constitucionalmente legítimo pueden ser practicadas por la policía judicial.

3.6 Procedimiento de intervención

Se describe a continuación:

En primer lugar la intervención solo puede ser acordada por el juez de instrucción objetiva, en segundo, dicho órgano judicial dispondrá que se proceda por los funcionarios de policía judicial o empleados de la compañía telefónica, se proceda durante el plazo indicado en el auto; en tercero, una vez practicadas y documentadas, la policía debe entregar en su integridad al juzgado la totalidad de los originales de los soportes magnéticos, los cuales será transcritos en un acto bajo la fe del secretario.

El resultado de la escucha telefónica, si se efectúa con estricto respeto a la Constitución y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, genera un acto de “prueba preconstituida” que se diferencia de los demás supuesto de la prueba sumarial en la que su contenido debe ser reproducido directamente ante el tribunal mediante la audición de los soportes magnéticos, garantizándose el más estricto cumplimiento de los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

Sobre la necesidad de reproducir el contenido, la sentencia del Tribunal Constitucional admite como medio de prueba las transcripciones, no impugnadas ni contradichas por nadie. Las cintas grabadas tienen que ser reproducidas en el juicio oral y en segundo lugar el tribunal debe haberlas escuchado directamente en el juicio oral en forma completa.

3.7 Plazo de duración

De acuerdo al artículo 579.3, el plazo de duración de las intervenciones telefónicas, salvo solicitud de prórroga, no puede ser superior a “tres meses”.

Sin embargo dicho plazo es más teórico que real ya que el juez de instrucción ha de verse obligado a dictar con simultaneidad a la adopción de la intervención telefónica, otra resolución de declaración del secreto instructorio.

Dicha declaración de las diligencias previas no puede extender sus efectos a un plazo mayor de “un mes” (artículo 302.2), cumplido dicho plazo, el juez debe

permitir que el imputado tome conocimiento de todas las actuaciones practicada (razón por la cual la utilidad de la practica queda reducida al plazo de un mes, sin que tenga sentido alguno solicitar prórrogas a la intervención telefónica aún cuando podrían ser estas ilimitadas.

Si la interceptación telefónica se practica después de expirar el plazo de la autorización y antes de que se autorice la prórroga esta se entiende por nula y por ello las conversaciones grabadas durante esos días no podrán desplegar efectos probatorios.

3.8 Valoración de la prueba

Debe tenerse muy en cuenta que las sentencias condenatorias sustentadas en escuchas telefónicas inconstitucionales infringen la “presunción de inocencia” o el derecho “a un proceso con todas las garantías” del artículo 24.2, ya que una de sus garantías consiste en no ser condenado mediante una prueba obtenida con violación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

Para determinar si la infracción conlleva también a la del derecho fundamental, es preciso indagar la extensión de los efectos de la primera infracción; ya que cabe la posibilidad de que una sentencia penal no se sustente, ni en la cinta magnetofónica inconstitucionalmente obtenida, ni en pruebas que deriven de ella.

3.8.1 La teoría “refleja” y el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La ilegítima intromisión no solo ocasiona la violación del artículo 18.3, sino también la del artículo 24.2 de la Constitución Española, pues los soportes magnéticos y las pruebas que se deriven de ellos habrán servido al tribunal sentenciador para fundamentar una sentencia de condena, con lo que al momento de valorar se le impone al tribunal de instancia la misión de dilucidar los límites de la valoración prohibida.

Aunque en algunas resoluciones la jurisprudencia del Tribunal Supremo consagra la teoría de la eficacia indirecta, la doctrina mayoritaria es la de la eficacia directa, de tal forma que la nulidad de la intervención telefónica no impide la prueba del hecho a través de otro medio probatorio.

3.8.2 La teoría refleja en la doctrina del Tribunal Constitucional: en la sentencia 85/1994

Concluye que *“todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria”* (artículo 18.3 de la Constitución Española)

3.8.3 La vuelta a la teoría directa

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo quizás motivados por la desprotección social que ocasiona la suscripción de la tesis, volvieron a suscribir, no sin ciertas excepciones, la doctrina de la prueba directa.

3.8.4 La conexión de antijuricidad

La construcción del Tribunal Constitucional hasta esta fecha descansa sobre la “conexión de antijuricidad” que la sentencia del Tribunal Constitucional resume: el Tribunal Constitucional establece un criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas pueden ser valoradas o no, que cifro en determinar si, además de estar conectadas desde una perspectiva natural, entre unas y otras existe lo que se denomina conexión de antijuricidad.

Para determinar si esa conexión existe o no, se ha de analizar primeramente “la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, materializadas en la prueba originaria; así como su resultado con

el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; considerándose también las necesidades esenciales de tutela que realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Ambas perspectivas son complementarias, de manera que es posible que la prohibición de valoración de pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, no existe relación natural o no se da la conexión de antijuricidad.

El juzgador tendrá que acreditar que el hecho punible se ha probado con independencia de la prueba ilícita obtenida con infracción de la Constitución.

4. LAS INTERVENCIONES DE LOS DATOS DE TRÁFICO Y DEL CORREO ELECTRONICO

Las intervenciones de los correos electrónicos vía internet también se encuentran ayunos de regulación procesal penal que exige una nueva y minuciosa previsión legislativa.

Es importante distinguir entre la intervención de la comunicación telemática y de los datos de tráfico, entendiéndose estos últimos como aquellos datos de identificación de los medios de comunicación electrónica emisores y receptores. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 2008, debido a la circunstancia de que el suministro del contenido de la información del IMSI (Mobile Subscriber Identity) requiere la intervención del operador, la policía debe recabar la pertinente autorización judicial, pero si no existiera servidor, la policía puede efectuar dicha intervención.

IV. CONCLUSIÓN

Por lo que consideró que las labores de investigación policial deben contar con un marco jurídico preciso y una interpretación jurisprudencial clara, para evitar que los

jueces ante la anomia legislativa conduzca a anular pruebas obtenidas y coarte el empleo de la policía de las posibilidades que la tecnología proporciona, toda vez que la ciencia esta en continúa evolución.