

**DERECHOS FUNDAMENTALES E INVESTIGACION
EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS. (ESTUDIO DE LA RECIENTE
JURISPRUDENCIA DE LA SALA II DEL TS)¹**

Introducción.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 12 de julio de 1988, resolviendo las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por dos Juzgados de Instrucción,² declaró no conforme con nuestra Norma Suprema el art. 2.2 de la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1980, reguladora del enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que establecía la imposibilidad de recurrir en aplicación del motivo previsto en el n.º 12 del art. 54 Lecrim, haber sido instructor de la causa. La imparcialidad del juez es una garantía imprescindible en el proceso penal (art. 24 CE) y el instructor es un juez psicológicamente prevenido.³ Como acertadamente observa MUERZA ESPARZA,⁴ el legislador

¹ Trabajo preparado para la conferencia impartida, el día 9 de noviembre de 1994, en el Plan de Formación de Jueces y Magistrados pertenecientes al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

² J.I. nº 2 de Palma de Mallorca y J.I. nº 9 de Madrid.

³ La L.O. de 11-11-80 no hacía sino continuar el precedente establecido por la Ley de 8 de abril de 1967. Esta norma había sido objeto de fuertes críticas por la doctrina. Así, por ejemplo, FENECH (El proceso penal, 3ª ed., 1978, pág.242-243) recordaba su tesis de que "la Lecrim será derogada sin haber entrado en vigor...una gran masa de procesos por delito se ha desplazado del procedimiento ordinario para ser regulados por estos procedimientos especiales, en los que una vez más se sacrifican en el altar de la prisa las garantías tan costosamente conseguidas en los dos últimos siglos para las partes en el proceso

fue más allá del alcance de la sentencia y optó por sustituir los denominados procedimientos de urgencia y el regulado en la L.O. de 11 de noviembre de 1980 por un nuevo procedimiento, el de la L.O.7/88 de 28 de diciembre. El procedimiento abreviado, como ha puesto de manifiesto la doctrina,⁵ nace con una vocación de provisionalidad y con cierto carácter de prueba respecto de algunos de los principios fundamentales de nuestro proceso penal, al aumentar considerablemente las atribuciones del Ministerio Fiscal.

Los principios que inspiran el procedimiento abreviado son discutibles y las normas reguladoras (arts.779 y ss. Lecrim, teniendo, asimismo, en consideración la Ley 10/92, de 30 de abril) han sido objeto de numerosas críticas, planteando no pocos interrogantes como consecuencia de una defectuosa regulación. Resulta, por tanto, especialmente útil el conocimiento de la labor de unificación interpretativa realizada por el TS y el juicio de constitucionalidad que se expresa en las resoluciones del TC. Son muchas las cuestiones sobre las que recae el pronunciamiento de estos altos tribunales, pero me limitaré a examinar la doctrina mantenida respecto a algunos de los derechos constitucionales en las diligencias previas, específicamente en los actos de investigación relacionados con la limitación o restricción de los derechos fundamentales. Resulta innecesario destacar que los principios y derechos reconocidos en la Constitución han de ser respetados en todo tipo de procedimientos, por lo que muchas de las consideraciones que aquí se hacen son perfectamente aplicables tanto al proceso ordinario por delitos graves como al procedimiento abreviado.

penal(..)La crítica de la doctrina ha sido unánime y durísima...en lo que se refiere a los principios que informan el nuevo procedimiento, en el que entre otras cosas de menor importancia se vuelve al que ya creíamos superado y enterrado de que el Instructor sea al mismo tiempo Decisor...". HERCE QUEMADA (Derecho Procesal Penal, con Gómez Orbaneja, 10ª ed., 1984, pág. 384) escribía que al conferir al Juez de Instrucción la investigación y el fallo de la causa se vulneraba el principio básico de la Lecrim –en que se asiente el sistema acusatorio formal– de separación entre la instrucción y la decisión. PRIETO CASTRO-GUTIERREZ DE CABIEDES (Derecho Procesal Penal, 3ª ed., 1987, pág.369) afirmaban que el proceso de urgencia para delitos cuyo fallo compete a los juzgados de instrucción era “un tipo procesal que infringe el principio acusatorio formal que preside al resto de la Lecrim, porque un único juez, el llamado de instrucción, instruye y decide la causa, el cual entonces se dice que está ‘prevenido’, aunque no lo esté”

4 Derecho Procesal Penal (con De la Oliva, Aragonés Martínez, Hinojosa y Tomé García), 1993, pág. 602.

5 MUERZA ESPARZA, ob.cit., págs.602-603; MORENO CATENA, Derecho Procesal.Proceso Penal (con Gimeno y Cortés Domínguez),1993, pág.514; ESCUSOL,El Proceso Penal por delitos:estudio sistemático del procedimiento penal abreviado,1990, pág.77.

I. Entrada y registro en lugar cerrado.

La inviolabilidad de domicilio es uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, al más alto nivel,⁶ en su artículo 18.2.⁷ Pero no se trata de un derecho absoluto, pues, como afirmaba HERCE QUEMADA⁸ “ha de ceder ante los más generales intereses del Estado” y queda “sujeto a restricciones impuestas por las necesidades de la justicia penal”. No obstante, la Lecrim, que regula minuciosamente la entrada y registro,⁹ es especialmente cuidadosa al establecer las garantías que deben rodear esta diligencia de investigación, justamente por la limitación que supone en un bien jurídico tan importante. Consecuentemente, el art. 545 establece que nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España¹⁰ sin su consentimiento, excepto en los casos y forma expresamente previstos en las leyes.

Sobre esta diligencia de investigación han tenido oportunidad de pronunciarse el T. C. y, sobre todo, la Sala 2ª del T.S. en gran número de resoluciones. Ello ha conformado un cuerpo de doctrina, no siempre unánime, que nos proponemos seguidamente exponer.

6 Sobre los distintos niveles de protección de los derechos constitucionales, puede verse CASTILLO RIGABERT, La admisión del recurso de amparo, Murcia, 1991, págs 67 y ss.

7 Art. 18.2 C.E.: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. La inviolabilidad de domicilio está, asimismo, reconocida en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, art.8 del Convenio Europeo para protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y art.17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8 Ob.cit., pág 172.

9 FENECH, El proceso penal, 2ª ed.,1978, pág. 150, define la entrada y registro como “el acto procesal que limita las garantías normales de libertad individual, consistente en una manifestación de voluntad del Juez o Tribunal en virtud de la cual se constituye éste en un lugar distinto del de su sede propia, edificio o lugar público o privado en los que se sospecha la existencia de indicios, o que se encuentran allí la persona del imputado, efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles y otros objetos que puedan servir para el descubrimiento de su paradero y la comprobación del fundamento de la pretensión”. Como bien observa ARAGONES MARTINEZ, Derecho Procesal Penal (con De la Oliva, Hinojosa, Muerza y Tomé García),Madrid, 1993, pág 363, esta diligencia se compone realmente de dos actuaciones distintas, pues si bien el registro presupone la entrada no necesariamente ha de suceder que a toda entrada siga un registro.

10 Debe entenderse, en la actualidad, en el domicilio de cualquier persona, con independencia de su nacionalidad y de si reside permanentemente o sólo durante determinadas épocas del año. Vid., sobre los derechos fundamentales de los extranjeros, CALVO CARAVACA-CASTILLO RIGABERT, “El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, R.J. La Ley, nº 397 de 16 de abril de 1982 y CASTILLO RIGABERT, La admisión... cit, págs 105 y ss, en especial, respecto a la jurisprudencia del T.C., la nota 160.

Como el art. 18.2 protege la inviolabilidad de domicilio,¹¹ parece oportuno, en primer lugar, que delimitemos este concepto. Tanto el TC¹² como el TS¹³ entienden que el domicilio ha de ser interpretado en un amplio significado que no coincide con el concepto civil o administrativo, incluyendo tanto el fijo o habitual como el accidental o transitorio. Es, en definitiva, “cualquier lugar cerrado que sirva de habitáculo o morada a quien en él vive”.¹⁴ Por esta razón, el T.S. ha conceptualizado como domicilio las tiendas de campaña,¹⁵ chabolas,¹⁶ “roulottes”,¹⁷ pensiones, residencias u hoteles¹⁸ y locales de negocio o despachos profesionales “en los que la actividad del titular se desarrolle sin admitir libremente el acceso a terceros y formando parte de su ámbito de privacidad en intimidad”.¹⁹

Por el contrario, el TS ha negado el carácter de domicilio -no precisando

11 “El domicilio es inviolable porque en sí supone lo más íntimo y lo más sagrado de la persona. Es ese arcano secreto, sólo a su titular perteneciente, base natural para en él desenvolver al máximo la proyección de su ‘yo’, de sus intereses, de sus gustos y apetencias, de sus vivencias en suma. Es también, y en conclusión, el punto de partida en el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad jurídica en todos los sentidos” (S.TS. de 6-4-92, RA 2864). “Es un espacio limitado que el propio sujeto elige para quedar inmune a las agresiones exteriores. Su inviolabilidad garantiza el ámbito de privacidad de la persona.” (S.26-2-93, RA 1508).

12 S.22/1984, de 17 de febrero.

13 S.26-2-93 (RA 1508)

14 S.16-9-93 (RA 6734)

15 SS. 9-7-93(RA 6059),16-9-93 (RA 6734),, entre otras.

16 SS.26-6-93(RA 5233), 9-7-93(RA 6059) y 16-9-93 (RA 6734), entre otras.

17 SS. 9-7-93 (RA 6059) y 16-9-93 (RA 6734), entre otras. La reciente S de 19-9-94 afirma que “la caravana, adosada a un vehículo de motor o formando parte íntegra de él, que tiene en su parte habitable todo lo necesario, más o menos, para hacer eficaz la morada de los pasajeros, es apta para constituir el domicilio de una persona como soporte básico del derecho a la intimidad personal y familiar, sin que la circunstancia de tratarse de un vehículo itinerante en movimiento excluya tal carácter. Ha de rechazarse, pues, la teoría que sólo atribuye la función domiciliaria a la caravana que se encuentre aparcada o acampada, no a la que está en movimiento, porque esta sutil distinción, por problemática, además de injusta y contraria al espíritu constitucional, crearía enorme dificultades de caso concreto. Coches-caravana que tampoco nada tienen que ver con los camiones de largo recorrido que llevan consigo un pequeño habitáculo para descanso del conductor o conductores. Estos camiones no son domicilio en ningún sentido, tampoco los vehículos de motor porque son simples objetos de investigación”. La S.30-6-94 (RA 5168) afirma que la protección del art. 18 CE no es extensible a “objetos o bienes distintos de los en tal precepto constitucional expresamente citados (...) no son aplicables a algo tan impersonal, en cuanto mero instrumento del delito, como puede ser una maleta, simple objeto de investigación”.

18 SS. 14-1-92 (RA 154), 3-7-92 (6017),5-10-92 (RA 7737) ,17-9-93 (RA 6705),26-9-93 (RA 5233) y 16-9-93 (RA 6734), entre otras. Y ello, pese al tenor literal del art. 557 Lecrim que afirma que las posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentran en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada.

19 SS. 11-10-93 (RA 7371 y 14-4-94 (RA 3291). Sin embargo, el mismo TS negó el carácter de domicilio a una oficina porque el imputado habitaba otro inmueble en la misma ciudad. Vid. S.18-6-93 (RA

por tanto “resolución judicial ni el oportuno mandamiento judicial”²⁰— a los bares, cafeterías, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, almacenes, locales comerciales y establecimientos de recreo.²¹ Asimismo, se ha pronunciado en igual sentido respecto a los cuartos trasteros de una vivienda (especialmente si se hallan en una planta distinta),²² pequeñas habitaciones integrantes del portal de la vivienda y siempre que no sean el domicilio del portero,²³ cobertizos dedicados al cuidado de animales,²⁴ lugares deshabitados que no constituyen morada de ninguna persona más allá de su transitoria ocupación,²⁵ lugares abiertos²⁶ y vehículos de motor,²⁷ que sólo están sujetos a las exigencias procesales de regularidad en la investigación policial establecidas en la legislación ordinaria.

Fuera de los supuestos exceptuados por la propia Constitución (consentimiento del titular²⁸ o flagrante delito²⁹) resulta, pues, imprescindible que se expi-

5195). “En el caso de los despachos de profesionales de la abogacía se deben extremar las garantías en cuanto que se puede poner en peligro el secreto profesional que constituye el núcleo esencial de la actuación de los letrados, por lo que el Estatuto de la Abogacía exige que la diligencia se ponga en conocimiento del Decano del Colegio de Abogados para que pueda estar presente o delegar en algún colegiado” (S.27-6-94 RA 5034).

20 S. 10-5-93 (RA 3775).

21 SS. 6-4-93 (3042),10-5-93 (RA 3775),5-6-93 (RA 4847),8-7-93 (RA 5900),9-7-93 (RA 6059),19-7-93 (RA 6152) 20-9-93 (RA 6796),20-12-93 (RA 9582),22-12-93 (RA 7947),21-1-94 (RA 85), 14-4-94 (RA 3291), 3-5-94 (3643), entre otras.

22 SS. 14-11-93 (RA 8575) y 3-7-93 (RA 5869)..

23 S.26-2-93 (RA 1508).

24 S. 23-3-94 (RA 2574).

25 SS. 26-6-93 (RA 5253) y 23-7-93 (RA 6353)-

26 S. 6-4-94 (RA 2885).

27 SS. 31-10-88 (RA 8810), 28-4-93 (RA 3293), 19-7-93 (RA 6149) y 17-9-93 (6705), entre otras.

28 Sobre la no necesidad de mandamiento en el caso de que medie consentimiento del titular pueden verse, entre otras, las SS. TS. de 21-6-93 (RA 5167), 15-7-93 (RA 6090) y 5-2-94 (RA 698). El TS., sin embargo, exige que este consentimiento no esté viciado entendiendo que se produce esta circunstancia cuando se presta estando detenido y sin consejo de Letrado: SS. 17-3-93 (RA 2323) y 2-6-93. Sí existe consentimiento, para el T.S., cuando lo presta el titular de una vivienda aunque se vaya a registrar la habitación de una persona distinta que se encuentra hospedada en ese domicilio, pero sin delimitar una zona o habitación como en los hoteles o pensiones.(Cfr. S.TS. 23-12-93 RA 9710)

29 Para el TS, la distinción en el supuesto de que exista mandamiento y que la policía actúe por propia autoridad en caso de delito flagrante es fundamental. En el primer caso, nos encontramos ante una diligencia judicial, en cuyo caso le son de aplicación los preceptos de la Lecrim en esta materia. En el segundo supuesto, estamos en presencia de una diligencia policial que forma parte del atestado y que como tal no tiene validez probatoria por sí misma, sino sólo cuando los policías o quienes presenciaron el hecho acuden a declarar al juicio oral. Vid. S. TS. 8-7-93 (RA 5896). Sobre la no necesidad de mandamiento en caso de delito flagrante, pueden verse, entre otras las siguientes SS.TS: 23-4-93 (RA 3178), 13-7-93 (RA 5920), 8-9-93 (RA 6707), 2-11-93 (RA 8390), 9-12-93 (RA 9941), 15-12-93 (RA 9564), 17-12-93 (RA 9571) y 4-2-94 (667). Una buena exposición del concepto de flagrancia se encuentra en la S. 20-7-93 (RA 6416).

da el oportuno mandamiento judicial para que pueda procederse a la entrada y registro en un domicilio particular. Siempre que exista este mandamiento, no se conculcará el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio,³⁰ infracción que se producirá ante la ausencia de resolución judicial habilitante.³¹ En este último caso, nos encontraríamos ante un supuesto del art. 11.1 LOPJ de tal forma que no surtirían efecto “las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, lo que viene interpretando el Tribunal Supremo de conformidad a la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” en el sentido de que “ni ella misma ni las otras pruebas posteriores que en la misma se apoyaran podrán ser tenidas en cuenta a la hora de estimar acreditados unos hechos constitutivos de delito o de una circunstancia de agravación de la responsabilidad criminal”.³²

³⁰ Son innumerables las sentencias del TS que se han manifestado en este sentido, partiendo de la doctrina mantenida por el TC en sus autos de 11 y 16 de marzo de 1991. Podemos citar, entre otras, las siguientes: 22-2-93 (RA 1393), 17-3-93 (2322), 11-5-93 (4069), 13-9-93 (7727), 15-10-93 (7720), 29-10-93 (8139), 14-7-93 (6077), 16-7-93 (6041), 16-7-93 (6042), 27-5-93 (4262), 9-7-93 (5904), 7-7-93 (5887), 3-7-93 (5868), 20-7-93 (6490), 28-7-93 (6445), 21-7-93 (6420), 22-7-93 (6350), 9-7-93 (6299), 22-9-93 (6854), 20-9-93 (6812), 20-9-93 (6805), 15-9-93 (7144), 9-6-93 (7124), 30-9-93 (7017); 28-9-93 (7003), 8-10-93 (7299), 20-11-93 (8651), 18-11-93 (8636), 17-11-93 (8603), 14-11-93 (8575), 10-5-93 (3775), 5-5-93 (3837), 7-5-93 (3861), 15-5-93 (3274), 17-5-93 (3312), 19-4-93 (3315), 23-4-93 (3176), 23-4-93 (3204), 15-10-93 (7225), 17-9-93 (6699), 8-9-93 (6709), 23-9-93 (6778), 7-6-93 (4849), 10-6-93 (4869), 14-6-93 (5004), 1-6-93 (4693), 30-12-93 (9821), 28-12-93 (9810), 20-12-93 (9579), 17-12-93 (9570), 16-12-93 (9473), 3-12-93 (9382), 30-11-93 (9059), 29-11-93 (8906), 23-11-93 (8715), 25-1-94 (102), 22-1-94 (93), 19-1-94 (33), 17-1-94 (19), 28-1-94 (277), 24-1-94 (272), 5-2-94 (701), 4-2-94 (695), 9-2-94 (680), 8-2-94 (673), 2-2-94 (644), 18-2-94 (1543), 17-2-94 (1422), 4-3-94 (1696), 2-3-94 (2088), 21-3-94 (2376), 17-3-94 (2334), 18-3-94 (2314), 15-3-94 (2165), 15-3-94 (2162), 28-3-94 (2664), 5-4-94 (2877), 4-4-94 (2872), 15-4-94 (3330), 11-5-94 (3688), 17-5-93 (4155), 31-5-94 (4302), 9-7-93 (6060), 29-4-94 (3315), 21-2-94 (946) y 17-1-94 (27). Vid., asimismo, los AA del TS. de 3-11-93 (9198), 14-7-93 (7134), 26-1-94 (490) y 12-1-94 (475), entre otros.

³¹ Vid, entre otras, las SS. de 2-10-91 (6977), 31-3-92 (2537), 10-7-92 (6671), 24-3-92 (2431), 27-1-92 (457), 30-4-92 (3343) y 19-10-93 (7799). Asimismo, A. de 14-7-93 (7134). El TS., en S. 24-3-94 (RA 2584), afirma que no existe auto de entrada y registro cuando se haya otorgado “autorización en forma verbal dada la urgencia del caso”, a pesar de la presencia en la diligencia del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial. Entiende nuestro más alto tribunal, excepto en materia de garantías constitucionales, que si el Juez en el acta de entrada y registro “hubiera expresado las razones a las que estimaba necesaria tal entrada, o hubiese subsanado después en otra resolución tal omisión podría discutirse si se ha cumplido o no el requisito constitucional de la motivación, aunque en todo caso habría existido violación de la legalidad ordinaria, pues la Lecrim exige auto motivado que se notificará inmediatamente o lo más tarde dentro del las veinticuatro horas de haberse dictado (art. 550)”. En la S. de 2-3-93 (RA 1895), afirma el TS que no existe Auto autorizando la entrada y registro cuando la resolución no tiene la firma del Juez y Secretario, siendo, sin embargo, un defecto subsanable inmediatamente

³² S. 26-3-94 (RA 2584). Vid, asimismo, STC 114/84 de 29-11; SSTS 29-3-90 (RA 2647) y de 23-10-91 (RA 7355).

En el plano de la legalidad ordinaria, el TS. ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones fundamentales para que la diligencia de entrada y registro se efectue de conformidad con los requisitos establecidos en la Lecrim, de acuerdo con los principios constitucionales y la interpretación que de los mismo realiza el TC.

Así, el art. 558 de la Lecrim establece que el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la autoridad o funcionario que lo haya de practicar. Por su lado, el art. 550 habla de auto motivado, que se notificará inmediatamente a la persona interesada, o, a lo más tarde, dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado.

La fundamentación de los autos de entrada y registro es un requisito esencial de los mismos, consecuencia de la necesidad de motivar las sentencias (art. 120.3 CE)³³ y exigencia, como dijimos, de la Lecrim. Como acertadamente señala el TS,³⁴ “la restricción de un derecho fundamental tan trascendente como es la inviolabilidad de domicilio, es natural que no pueda acordarse sino después de razonar y fundamentar, jurídicamente, la explicación adecuada de tan excepcional medida, pero no en función de mero formulismo rituario, antes al contrario en orden al mensaje que la resolución debe comportar porque la lógica jurídica justificativa del acuerdo ha de ir dirigida primero al Juez que adopta la resolución en tranquilidad de la propia conciencia, y en segundo lugar a la sociedad con objeto de hacerla saber el porqué de la invasión domiciliaria y el análisis ponderativo tenido en cuenta a la hora de juzgar, proporcionalmente, los distintos intereses en juego”. Debe, pues, razonarse en torno a la utilidad y proporcionalidad³⁵ de la medida a adoptar,³⁶ entendiendo el TC³⁷ que existe suficiencia motivadora cuando se dan las razones que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales tenidos en cuenta. El juez no está obligado a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido; lo que se exige es que exprese las razones por las que adopta la decisión, quedando así

33 Vid. SS. TS. 19-10-93 (RA 7793), 16-12-93 (RA 9473) y 28-12-93 (RA 9810).

34 S. 5-7-93 (RA 5872).

35 Sobre el principio de proporcionalidad, vid. GONZALEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, 1990. Vid, asimismo, el A. TS de 18 de junio de 1992 (RA 6102) y S.TC de 18 de julio de 1991. La proporcionalidad tiene como finalidad ponderar, de una lado, los intereses de la comunidad y, de otro, el perjuicio o deterioro que los ciudadanos sufren en sus derechos fundamentales.

36 STS. 28-9-93 (7009).

37 S.14/91 de 20-1.

de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.³⁸ El propio TC³⁹ distingue entre la absoluta falta de motivación y la escueta, pero concisa exposición.

No es adecuada, como muy bien expresa el TS,⁴⁰ la práctica judicial de utilizar fórmulas estereotipadas o clichés preestablecidos, debiendo redactarse una resolución judicial para cada una de las medidas que se adopten. Ello no obstante, el TS no ha sancionado el incumplimiento de estas formalidades con la nulidad total del acto, si se han cumplido los requisitos mínimos exigidos para su validez.⁴¹

En cuanto a si debe existir causa abierta para poder decretar la entrada y registro, el TS se ha pronunciado en forma negativa. A su entender, la expresión utilizada por el art. 546 (“el Juez o Tribunal que conociere de la causa...”) no debe ser interpretada en sentido estricto, sino como “genérica y equivalente a procedimiento o actuaciones judiciales”,⁴² pues “en la casi totalidad de los supuestos en los que se adopta la indicada medida arrancan de la percepción de indicios o corporeización de ciertas sospechas en busca de cuya corroboración opera el despliegue dinámico policial. Ello conlleva el que la diligencia de registro domiciliario suela situarse en el encabezamiento del proceso penal, en cualquiera de sus modalidades o de los estadios en que ésta se manifiesta”.⁴³

38 Vid. STS 15-10-93 (RA 7720).

39 A. de 10-9-86.

40 S. 28-9-93 (RA 7009).

41 “procede decir que su carácter de documento impreso -suscrito por la Autoridad Judicial- no puede ser considerado causa bastante para privarle de validez y eficacia jurídicas. La utilización de impresos y soportes informáticos constituye una exigencia de toda oficina donde ha de despacharse un elevado número de oficios sustancialmente idénticos. El Juzgado de guardia de una ciudad como Madrid es, sin la menor duda, una de esas oficinas donde la racionalización y simplificación del trabajo se impone como exigencia obvia. La autorización judicial en estos casos, asume implícitamente la justificación impuesta por los funcionarios policiales que la solicitan, que en el presente caso -y con un juicio ‘ex ante’- ha de considerarse suficiente para la medida acordada y proporcional al hecho a investigar.” STS. 14-11-93 (RA 8575). Sin embargo, en la S. de 7-2-94 (RA 702) el TS entiende que al utilizar el juez un formulario hubo una motivación más aparente que real, puesto que no existía vinculación específica con el hecho que se juzgaba. En la S. 13-9-93 (RA 7727) el TS otorga validez a un auto impreso por “la expresa remisión que se hace en la resolución judicial a la correspondiente solicitud policial que la incorpora a la fundamentación de ésta”.

42 S. 25-6-93 (RA 5221).

43 S. 16-12-93 (RA 9473). El TS. entiende, pues, que puede, por tanto, ordenarse en diligencias indeterminadas. No comparto, totalmente, esta opinión, ya que aunque las mencionadas diligencias son citadas en el art. 83 del R.D. de 2 de mayo de 1968 y en las Circulares 2/69 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y de la Presidencia del T.S. de 24 de 10 de 1977 es una expresión desconocida para la Lecrim que es la que debe regir en esta materia, aunque, como dice la S. 25-6-93, son inevitables de facto cuando por sospechas vehementes de actividades delictivas se interesa la expedición de mandamiento de entrada y registro, que, de no confirmarse luego las sospechas, no daría lugar a más actuación o diligencia que la de archivo de acta negativa.

El art. 559 Lecrim establece, asimismo, que el auto expresará el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse la entrada y registro, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar. De otro lado, el art. 569 expresa que el registro se hará a presencia del interesado, de donde se deduce que en el auto autorizándolo también se habrá de hacer constar quién es dicho interesado. Sobre estos requisitos ha tenido oportunidad de pronunciarse el T.S. estableciendo la siguiente doctrina:

- “No tiene mayor relevancia el error padecido al consignar alguno de los números de las calles correspondientes. .. ya que las diligencias se practicaron, en último término, en los domicilios de las personas expresamente consignados en las pertinentes autorizaciones judiciales”.⁴⁴
- No es preciso consignar en el auto el nombre y apellidos de la persona titular del domicilio si, por la naturaleza de la investigación, estos datos aún no son conocidos⁴⁵ identificándose por su nombre y apellidos al notificársele el auto. Carece de relevancia que haya un error en el nombre si el domicilio queda perfectamente identificado.⁴⁶ El error en uno de los nombres propios no tiene importancia cuando claramente se demuestra que es una simple confusión material.⁴⁷
- En ocasiones, el lugar que ha de registrarse, por las características propias del mismo y su localización geográfica, no es susceptible de ser identificado indicando la calle, número y piso, por lo que es admisible cualquier otro medio de individualización del domicilio⁴⁸
- No se priva de valor al registro realizado fuera de las horas consignadas, porque ello conllevaría una consecuencia desproporcionada a la gravedad de la infracción. No se trataría de un acto nulo de pleno derecho, según lo establecido en el art. 238 de la LOPJ, puesto que ni hay infracción de normas esenciales, ni se ha prescendido total y absolutamente del procedimiento, ni se ha producido indefensión.⁴⁹ Si la ley prefiere que los registros se realicen de día es para causar las menores molestias posibles, como consecuencia del anteriormente citado principio de proporcionali-

44 S. 13-9-93 (RA 7727).

45 S. 20-9-93 (RA 6803) y S. 24-11-93 (RA 9011).

46 S. 7-6-93 (RA 4850).

47 S. 28-1-94 (RA 592).

48 S. 5-7-93 (RA 5872).

49 S. 17-4-94 (RA 3312).

dad.⁵⁰ De otro lado, las horas diurnas son variables según la época del año y no hay que atenerse a un aspecto puramente cronológico ya que, como queda dicho, la finalidad es la de no resentir más la intromisión en la vida privada.⁵¹

- No tiene importancia el error cometido en la fecha del auto cuando claramente se infiere que se trata de una equivocación material, fácilmente subsanable.⁵²
- Carece de relevancia la mención de la fecha en la que ha de practicarse la entrada y registro, pues habrá “lógicamente que entenderse que la diligencia ha de practicarse en el mismo día que se dicta la propia resolución”.⁵³
- Respecto a la delegación a la policía para su práctica, el TS tiene declarado⁵⁴ que “han de entenderse válidas las delegaciones generales hechas en grupos de la policía judicial pues no existe razón para hacer la delegación en uno específico en cuanto desarrollan todos la misma labor y normalmente realizan varios la diligencia según las necesidades del servicio”.

El auto de entrada y registro se ha de notificar al interesado por imperativo del art. 566⁵⁵ en el momento de verificarse. Si no es habido en la primera diligencia, se notifica al encargado o a cualquier otra persona mayor de edad.⁵⁶

Hasta su modificación por la Ley 30/92, el art. 569 Lecrim había dado lugar a una rica jurisprudencia respecto a la validez de la entrada y registro efectuada sin la presencia del Secretario Judicial.

La Sala II del TS mantenía dos posturas antitéticas. La primera de ellas entendía que la ausencia del Secretario Judicial acarrea que el acta levantada en dicha diligencia no constituía prueba válida y, por lo tanto, no podía tener eficacia en el juicio oral. Ello no implicaba, al no vulnerarse derecho constitucional alguno, que los datos objetivos obtenidos pudieran ser acreditados por otros

50 Claro que, según el art. 570 Lecrim, si ha expirado el día sin haberse terminado la diligencia se requerirá al interesado o a su representante para que permita la continuación durante la noche y, si se opone, se suspende la diligencia cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se busquen. Cfr. S. 4-5-94 (RA 3656).

51 S. 28-1-94 (RA 592).

52 A. 10-3-93 (RA 2142).

53 A. 12-1-94 (RA 475).

54 S. 24-1-94 (RA 272).

55 S. 23-6-93 (RA 5210).

56 S.4-5-94 (RA 3656).

medios de prueba, normalmente por el testimonio de los mismos policías intervinientes en el acto.⁵⁷

La segunda postura⁵⁸ estimaba que la ausencia de Secretario Judicial hacía totalmente inválida e irregular tal diligencia, en aplicación del art. 238.3 de la LOPJ. Al mismo tiempo, negaba la posibilidad de que la prueba practicada irregularmente pudiera ser sanada por el testimonio de los policías intervinientes. Se afirmaba que “cuando el funcionario policial actúa como delegado del Juez instructor, su situación se transmuta, de alguna manera, en actividad judicial y la diligencia adquiere ese carácter”.⁵⁹

Finalmente, a partir de la S. de 31-3-92, se llegó a una postura en cierto sentido conciliadora cuando se afirmaba que la diligencia de entrada y registro era nula cuando no se realizaba a presencia del Secretario Judicial,⁶⁰ pero que los hechos podían ser acreditados por otros medios de prueba,⁶¹ excluyendo, desde

57 Vid., ad. ex., las SS. de 27-1-92 y 10-7-92.

58 Manifestada, por ejemplo, en las SS. de 24-3-92 y 31-3-92.

59 Vid. SS. citadas en la nota anterior.

60 Vid., ad. ex., las siguientes SS: 22-2-93 (RA 1393), 1-3-93 (1881), 29-1-93 (2169), 25-3-93 (2458), 8-3-93 (2377), 13-4-93 (3088), 11-5-93 (4069), 4-6-93 (5362), 21-6-93 (5278), 21-6-93 (5218), 23-6-93 (5210), 18-6-93 (5195), 18-6-93 (5193), 18-6-93 (5192) 27-10-93 (7885), 18-10-93 (7791), 15-10-93 (7720), 29-10-93 (8139), 15-7-93 (6088), 14-7-93 (6077), 16-7-93 (6043), 16-7-93 (6042), 16-7-93 (6041), 27-5-93 (4262), 24-5-93 (4239), 17-5-93 (4157), 16-7-93 (5937), 13-7-93 (5921), 12-7-93 (5911), 9-7-93 (5904), 7-7-93 (5887), 20-7-93 (6490), 28-7-93 (6445), 21-7-93 (6420), 22-7-93 (6850), 9-7-93 (6299), 22-9-93 (6854), 20-9-93 (6812), 20-9-93 (6805), 15-9-93 (7144), 9-6-93 (7124), 30-9-93 (7017), 28-9-93 (7003), 8-10-93 (7299), 20-11-93 (8651), 18-11-93 (8636), 17-11-93 (8603), 14-11-93 (8575), 10-5-93 (3775), 7-5-93 (3861), 15-5-93 (3274), 19-4-93 (3315), 23-4-93 (3176), 23-4-93 (3204), 15-10-93 (7225), 17-9-93 (6699), 8-9-93 (6709), 23-9-93 (6778), 7-6-93 (4849), 10-6-93 (4869), 14-6-93 (5004), 29-6-93 (8484), 1-6-93 (4693), 30-12-93 (9821), 28-12-93 (9810), 20-12-93 (9582), 20-12-93 (9579), 17-12-93 (9570), 16-12-93 (9473), 3-12-93 (9382), 30-11-93 (9059), 29-11-93 (8906), 23-11-93 (8715), 22-1-94 (93), 19-1-94 (33), 17-1-94 (19), 5-2-94 (701), 4-2-94 (695), 9-2-94 (688), 8-2-94 (673), 2-2-94 (644), 28-2-94 (1588), 18-2-94 (1543), 17-2-94 (1422), 4-3-94 (1696), 2-3-94 (2088), 21-3-94 (2376), 17-3-94 (2334), 18-3-94 (2314), 15-3-94 (2165), 15-3-94 (2162), 28-3-94 (2664), 15-4-94 (2877), 4-4-94 (2872), 15-4-94 (3330), 11-5-94 (3688), 17-5-93 (4155), 31-5-93 (4302), 9-7-93 (6060), 30-10-93 (8005) y 17-1-94 (27). Vid., asimismo, los siguientes autos: 14-7-93 (7134), 3-11-93 (9198) y 12-1-94 (475).

61 Vid., ad. ex., las siguientes SS: 26-2-93 (RA1505), 22-2-93 (1393), 2-3-93 (1896), 23-6-93 (5213), 18-6-93 (5195), 18-6-93 (5193), 27-10-93 (7985), 15-10-93 (7720), 14-7-93 (6077), 16-7-93 (6043), 16-7-93 (601), 27-5-93 (4262), 24-5-93 (4239), 17-5-93 (4157), 16-7-93 (6029), 6-7-93 (5937), 13-7-93 (5921), 12-7-93 (5911), 9-7-93 (5904), 20-7-93 (6490), 28-7-93 (6445), 21-7-93 (6420), 22-7-93 (6350), 9-7-93 (6299), 22-9-93 (6854), 20-9-93 (6812), 20-9-93 (6805), 15-9-93 (7144), 9-6-93 (7124), 30-9-93 (7017), 28-9-93 (7003) 8-10-93 (7299), 20-11-93 (8651), 18-11-93 (8636), 17-11-93 (8603), 14-11-93 (8575), 10-5-93 (3775), 15-5-93 (3274), 19-4-93 (3315), 23-4-93 (3176), 23-4-93 (3204), 15-10-93 (7225), 17-9-93 (6699), 8-9-93 (6709), 23-9-93 (6778), 7-6-93 (4849), 10-6-93 (4869), 14-6-93 (5004), 29-6-93 (8484), 1-6-93 (4693), 9-12-93 (9941), 30-12-93 (9821), 28-12-93 (9810), 20-12-93 (9579), 16-

luego, la declaración de los policías intervinientes en el acto.⁶²

La nueva redacción del art. 569.IV, de conformidad con la Ley 10/92 de 30 de abril, establece que el registro se practicará a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la policía judicial o de otro funcionario público que haga su veces. Con esta modificación, el legislador ha pretendido acabar con los problemas que se derivaban de la regulación anterior. Creo, sin embargo, que debe entenderse rectamente. A mi parecer, es el Secretario, y no el Juez, el que puede delegar en otro funcionario público, pues, de acuerdo con el art. 281.1 de la LOPJ, es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, y, por tanto, mal podría delegar el juez lo que no tiene. Lo que el juez instructor tiene que otorgar es su autorización para que tenga efectos jurídicos tal delegación.

Se ha planteado, de otro lado, el problema de si la delegación ha de hacerse en un funcionario concreto o pueden realizarse delegaciones genéricas (en la policía judicial, por ejemplo). El TS, en su S. de 4-3-94,⁶³ afirma que ello es posible puesto que si el art. 563 autoriza al Juez a delegar en “cualquier” agente de la policía judicial no va a seguirse criterio más riguroso para el que vaya a actuar como Secretario. No existe, sin embargo, unanimidad jurisprudencial en el supuesto de que se produzca la sustitución del designado individualmente por otro funcionario. La S. de 4-3-94⁶⁴ estima que la sustitución “in situ” “del designado por otro de igual condición por necesidades del servicio no tiene valor formal esencial para producir nulidad, conforme a los principios de proporcionalidad y finalidad, ni se demuestra que pueda ser causa de efectiva indefensión, por lo que no concurren los requisitos del art. 238.3 de la LOPJ para ocasionar nulidad”. Este criterio, sin embargo, no es mantenido en la S. de 3-5-94⁶⁵ que afirma

12-93 (9473), 3-12-93 (9382), 30-11-93 (9059), 29-11-93 (8906), 23-11-93 (8715), 22-1-94 (93), 19-1-93 (33), 17-1-94 (19), 5-2-94 (701), 4-2-94 (695), 9-2-94 (680), 8-2-94 (673), 2-2-94 (644), 28-2-94 (1585), 18-2-94 (1543), 17-2-94 (1422), 4-3-94 (1696), 2-3-94 (2088), 17-3-94 (2334), 15-3-94 (2162), 28-3-94 (2664), 5-4-94 (2877), 4-4-94 (2872), 15-4-94 (3330), 11-5-94 (3688), 17-5-93 (4155), 31-5-93 (4302), 9-7-93 (6060), 30-10-93 (8005) y 17-1-94 (27). Vid., asimismo, los AA: 14-7-93 (7134), 3-11-93 (9198) y 12-1-94 (475)

62 “La declaración en el acto del juicio oral de los policías intervinientes en la diligencia, carece de valor probatorio pues, como queda dicho, no pueden testimoniar sobre aquello de lo que fueron protagonistas, como sujetos de la actividad procesal que por delegación judicial realizaron” (SS. de 4-6-93 (RA 5362), 21-6-92 (RA 5279), 25-6-93 (RA 5218) y 30-6-93 (RA 5311) y 19-10-93 (RA 7799)).

63 RA 1771. Igualmente, la S.23-5-94 (RA 4485)

64 RA 1771.

65 RA 3638.

que, tras la reforma del 569 Lecrim, si se delega en un funcionario concreto no puede realizar esas funciones otro distinto.

Como es obvio, es perfectamente válida la habilitación de un oficial como secretario.⁶⁶

Según previene el art. 569, el registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido, o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad. Si no lo hubiere, se hará ante dos testigos, vecinos del mismo pueblo. Esta exigencia ha sido reiteradamente recordada por el TS,⁶⁷ aunque se encuentre detenido,⁶⁸ a no ser que la persona no sea habida o no quisiere concurrir o no nombrase representante. Tampoco es exigible la presencia del imputado cuando se haya decretado el secreto del sumario, ya que la diligencia de entrada y registro estaba sustraída por entonces a su conocimiento.⁶⁹ Si asiste el titular del domicilio, no son necesarios los testigos del párrafo III del art. 569,⁷⁰ y esos testigos tampoco tendrán que concurrir cuando no pueden encontrarse o nadie quiere serlo y “la urgencia, la naturaleza del delito y la oportunidad de la investigación dificultan cualquier intento para posponer o aplazar la diligencia”, especialmente si está presente el Secretario Judicial que “sirve para autenticar el contenido de la diligencia de tal manera que actúa a modo de subsanador de deficiencias procesales”.⁷¹

Para la práctica de esta diligencia no es necesaria la presencia de abogado porque “no deja de ser una idea de ‘lege ferenda’ sin base legal actual, toda vez que, tratándose de una diligencia investigadora...situada generalmente a la cabeza de la actuación policial...mal puede designarse a priori un letrado defensor en previsión de una futura y en aquel momento –el de la práctica de la diligencia–

66 S. 13-9-93 (RA 7727). La S. de 5-7-93 (RA 5872) afirma que “el instituto de la habilitación supone la autorización, por subrogación, para que distinto funcionario pueda legítimamente actuar en la representación del otorgante o autorizante, si así lo permite la norma jurídica. El Secretario Judicial, que ejerce la fe pública judicial, puede delegar en el Oficial para tal diligencia, la cual ha de entenderse es actuación judicial, ordenada y vigilada por la autoridad del juez (arts. 567,563 y 550 Lecrim), que puede después practicarla personalmente o por delegación, en cuyo supuesto subsiste la misma naturaleza como diligencia llevada a presencia judicial o de quien lo representa”.

67 Últimamente en S. 17-6-94 (RA 5176)

68 SS. 30-10-92 (8553), 8-6-93 (4857), 21-6-93,29-6-93 (8484), 18-10-93 (RA 7791) ,14-11-93 (9661).

69 S.8-3-94 (RA 1864).

70 S.7-3-94 (RA 1853).

71 S.21-5-93 (RA 4199).

inexistente inculpación”.⁷²

El art. 569 IV, antes de la reforma operada por la Ley 10/92, de 30 de abril, exigía también la presencia de dos testigos, además del Secretario. No obstante, el TS. ya había advertido que, a partir de la entrada en vigor de la LOPJ, dicho requisito ya no era preciso, puesto que en el art. 281.2 de dicho texto legal se dispone que la plenitud de la fe pública en los actos en la que ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos.⁷³ Estos testigos tampoco son, obviamente, necesarios tras la reforma de 1992.⁷⁴

Respecto al acta, el TS ha establecido la siguiente doctrina: a) carece de relevancia, a pesar de lo dispuesto en el art. 572, la omisión de la hora de conclusión de la diligencia “pues se trata de un dato que puede conocerse y fijarse por otras diligencias obrantes en autos, por lo que no se produjo indefensión al acusado, requisito ‘sine quae non’ exigido por el art. 238 LOPJ para que los actos sean nulos de pleno derecho, junto a la naturaleza de la norma de que se prescinde, que ha de ser esencial”;⁷⁵ b) no es fundamental que el secretario que asista al acto firme el acta, pues, en todo caso, lo que prescribe la Lecrim “es que el registro se practique a presencia del Secretario, pero no que sea imprescindible la firma de fedatario”;⁷⁶ c) no afecta a la validez de la diligencia que no firmen los intervinientes el acta⁷⁷ y d) el acta no tiene por qué realizarse en ese mismo instante.⁷⁸

Por último, el TS. se ha planteado el problema de que ordenada la entrada y registro para un delito se encuentren pruebas de otro. En caso, el TS. entiende que las pruebas obtenidas son válidas.⁷⁹

72 S. 19-4-94 (RA 3315). En el mismo sentido, S. 18-6-93 (RA 5192) , S. 13-6-94 (RA 4950) y S 25-6-93 (RA 5248).

73 SS. 18—2-93 (1368), 1-3-93 (1882), 6-6-93 (4848), 3-7-93 (RA 5868), 5-7-93 (RA 5872), 28-9-93 (RA 7009), 13-11-93 (9001), 7-3-94 (1853), 17-3-94 (RA 2334),

74 S.21-5-93 (RA 4199).

75 S.22-10-93 (RA 7947).

76 S. 12-5-94 (RA 3690) y S. 8-3-94 (RA 1864).

77 SS 22-9-93 (RA 6854) y 28-9-93 (RA 7009).

78 SS. 18-10-93 (RA 7539) y 13-9-93 (RA 7727) . Carece, asimismo, de importancia que se use o no la expresión “doy fe”. (S.7-3—94 RA 1853).

79 SS.18-10-93: “parece absurdo pensar que una diligencia de registro domiciliario acordada para encontrar objetos robados, por ejemplo, vaya a detenerse a tal motivo si allí aparecieran cadáveres o armas”; y S. 18-3-94 (RA 2314): “si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas”.

II. Secreto de las comunicaciones.

A) *Intervenciones y observaciones telefónicas.*

El art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas. Así como de las dos primeras la Lecrim, en su redacción originaria, disponía de normas concretas a aplicar, como es obvio, teniendo en consideración el año de su promulgación, no contenía precepto alguno sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas. La CE obligaba, pues, al legislador a regular esta materia para asegurar el derecho constitucionalmente garantizado. Con gran retraso, como en otras muchas cuestiones,⁸⁰ se reformó el art. 579 de la Lecrim. por LO 4/1988, de 25 de mayo. En el n° 2 del precepto se establece que el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. En el apartado siguiente, se afirma que, de igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. Por último, el n° 4 prevé que en caso de urgencia y cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el párrafo anterior podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas.

La simple lectura de las normas citadas pone inmediatamente de manifiesto una serie de interrogantes de no poca importancia: ¿es lo mismo intervención de comunicaciones telefónicas (n° 2) que observación de las mismas (n° 3)?; ¿son equivalentes los términos procesado (n° 2) que personas sobre las que existan indicios racionales de criminalidad (n° 3)?; ¿existe algún tipo de limitación respecto a los delitos por los que puede ordenarse la intervención de las comunicaciones telefónicas?, etc.

⁸⁰ Juicio por jurado o implantación de los juzgados de lo contencioso administrativo, por ejemplo.

Como ha puesto de relieve la jurisprudencia del TS,⁸¹ la reforma ha quedado a medio camino, puesto que la norma (el art. 579 Lecrim) sólo se refiere a la forma que ha de revestir la resolución en que se acuerde la intervención u observación telefónica, que ha de ser motivada; la condición o requisito de la existencia de indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas y sí a “indicios racionales de criminalidad” que son “indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir razonable, lógica y conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica”;⁸² el plazo de duración de la observación y su posible prórroga y la finalidad que se persigue con la interceptación. Todas las demás cuestiones y dudas que esta diligencia presenta han de ser integradas por la jurisprudencia que, según ella misma proclama,⁸³ habrá de tener en cuenta las siguientes normas: a) arts. 9.3, 10.1 y 2, 14, 18.3, 24.1 y 2, 55.2 y 96 de la CE; b) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, especialmente el art. 8; c) la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, especialmente el art. 12; d) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966; e) el art. 579 de la Lecrim y los preceptos concordantes en cuanto todos ellos, incluida la Exposición de Motivos, sirven de pauta para su adecuada interpretación;⁸⁴ f) los arts. 11.1, 238 y 240 y concordantes de la LOPJ; g) el art. 6.3 del Código Civil y h) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la Sala II del Tribunal Supremo.

El TS, a partir fundamentalmente del A. de 18-6-92,⁸⁵ ha ido integrando las escasas normas de la Lecrim. Parece, sin embargo, preciso que el legislador aborde nuevamente la regulación de esta materia, como se reclama por jueces, fiscales, abogados y opinión pública.

81 A. 18-6-92 (RA 6102) y S. 29-6-93 (RA 8484), entre otras.

82 A. 18-6-92 (RA 6102).

83 A. 18-6-92 (RA 6102).

84 La S. 25-6-93 (RA 5244) declara expresamente que han de tenerse en cuenta las normas de la Lecrim en lo que se refiere a la correspondencia postal

85 RA 6102. Este A. se dictó en el denominado, por un sector de la prensa y por el propio TS “caso Naseiro” (o “caso Manglano” para otro sector de los medios de comunicación).

En síntesis, el TS ha declarado:

a) Es necesario que el juez dicte una resolución motivada en la que razone sobre la existencia de los indicios necesarios para ordenar tan drástica intervención en el secreto de las comunicaciones, no siendo posible actuar con base en simples sospechas, sino que es preciso que concurren indicios de la naturaleza anteriormente expuesta.⁸⁶

b) Es indispensable que la resolución se dicte, a diferencia de la doctrina mantenida para la entrada y registro, en el curso de un proceso penal; es decir, en diligencias previas o sumario.⁸⁷ Para garantizar el buen éxito de la investigación será preciso, por tanto, decretar el secreto.⁸⁸

c) La intervención de las comunicaciones telefónicas puede ser ordenada en cualquier proceso, con independencia de la gravedad del delito, aunque el TS recuerda la necesidad de ponderar, en todo caso, la necesidad de adoptar tal medida, mediante el oportuno juicio de proporcionalidad.⁸⁹

d) Las expresiones utilizadas en los párrafos 2 y 3 del art. 579 de la Lecrim son equivalentes⁹⁰ sin que se pueda distinguir entre intervención y observación.

e) La mayor dificultad que, sin duda, lleva consigo la práctica de esta diligencia es la del control de las grabaciones que se realizan. Los juzgados carecen de los elementos técnicos imprescindibles para llevar a cabo directamente la intervención y grabación por lo que, necesariamente, se ha de delegar su práctica en las unidades de la policía judicial. Por lo tanto, es del mayor interés para la salvaguarda y garantía de los derechos fundamentales que la manipulación técnica y la selección de las conversaciones se lleve a cabo por la autoridad judicial.

⁸⁶ A. 18-6-92 (RA 6102) y SS. 25-6-93 (RA 5244), 29-6-93 (RA 8484), 5-7-93 (5875), 15-7-93 (RA6086), 22-10-93 (RA7948), 18-6-93 (RA5191), 18-4-94 (RA3340), 25-3-94 (2875).

⁸⁷ A. 18-6-92 (RA 6102) y S. 25-3-94 (RA 2875). Se rechaza expresamente la posibilidad de decretarlo mediante las denominadas diligencias indeterminadas o asuntos indeterminados.

⁸⁸ S. 25-6-93 (RA 5244). La declaración de secreto plantea el problema de la disparidad de plazos entre el art.579 y el 302 ambos de la Lecrim. Parece que sería de aplicación el primero de los preceptos citados en razón de su especialidad.

⁸⁹ A. 18-6-92 (RA 6102) y SS. 25-6-93 (RA 5244) y 29-6-93 (8484).

⁹⁰ S. 25-6-93 (RA 5244): "Compartimos la postura mantenida por el MF en su recurso sobre la homologación de los conceptos utilizados por el legislador al redactar el actual art.579 de la Lecrim. El ap.2 del mencionado art. se refiere a la posibilidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, mientras que el ap.3 contempla la observación de las comunicaciones telefónicas estableciendo un plazo de duración y una posible prórroga de este espacio inicial. Nos encontramos ante una mera distinción gramatical con objeto de evitar antiestéticas repeticiones, ya que en ambos casos lo que se pretende, tanto con la intervención como con la observación, es conocer el contenido íntegro de las conversaciones mantenidas por las personas investigadas a través del teléfono de que sean titulares".

Según dispone la S. 25-6-93,⁹¹ es preciso que:

1. El sistema de escuchas y la técnica empleada deben ser conocidos por el Juez de Instrucción.

2. El juez debe advertir, a los encargados del seguimiento, la obligación de respetar íntegramente las cintas en las que consta la grabación, con objeto de que puedan ser posteriormente oídas y proceder a su selección con audiencia de todas las partes interesadas.

3. La grabación debe ser permanente y afectar a todas las conversaciones que se desarrollen a través del número intervenido.

4. Una vez producida,⁹² sería conveniente emplear algún procedimiento técnico que dificultase o impidiese su manipulación posterior.

5. Estas grabaciones, así obtenidas, se registrarán especificando a qué días o periodos de tiempo corresponden. El juez dispondrá de la totalidad de las comunicaciones efectuadas con objeto de que la parte afectada pueda utilizar en su descargo pasajes o diálogos en los que puedan existir datos para justificar o explicar razonablemente otras conversaciones más comprometedoras.

6. En la transcripción del contenido de las cintas debe, pues, intervenir el juez, que debe ser el mismo que autoriza la intervención telefónica,⁹³ y el Secretario Judicial,⁹⁴ y debe realizarse con audiencia y presencia de todas las partes y, por supuesto, de la persona que ha sido objeto de la investigación “para que pueda establecerse un debate contradictorio que conceda posibilidades de defensa a la persona afectada, todo ello sin perjuicio de que pueda negar la autenticidad de las grabaciones”.⁹⁵

f) El principio de proporcionalidad exige, igualmente, que si en el curso de la escucha se descubrieran indicios de criminalidad por delito distinto para el cual fue autorizada o por persona diferente, se comunique inmediatamente a la autoridad judicial, para que proceda a resolver lo que estime pertinente.⁹⁶

g) Las prórrogas no pueden ser concedidas automáticamente y sin mayor razonamiento, sino que, de nuevo, es preciso que el juez, aunque sea escuetamente, realice una motivación sobre su necesidad, no siendo posible una prórro-

91 RA 5244.

92 La S.15-7-93 (RA 6086) especifica que han de entregarse los soportes íntegros originales.

93 En el mismo sentido, S.25-3-94 (RA 2592).

94 S. 15-7-93 (RA 6086).

95 S. 25-6-93 (RA 5244). Vid., ad. ex., asimismo, las SS. 25-6—93 (RA 5243), 27-10-93 (7872), 7-7-93 (RA 5941), 11-10-93 (RA 7331), 15-11-93 (8588) y 15-7-93 (RA 6086).

96 A.18-6-92 (RA 6102) y S.18-6-93 (5191).

ga inmediata e indefinida.

B) Detención y apertura de correspondencia.

La CE, en el art. 18.3., como antes dijimos, garantiza igualmente el secreto de las comunicaciones postales y telegráficas, salvo resolución judicial. Se trata de un medio de investigación que, a diferencia de lo que ocurre con las intervenciones telefónicas, está regulado con cierta minuciosidad en la Lecrim, donde se establecen una serie requisitos para el desarrollo de esta diligencia(arts. 579 y ss).

Es posible que, como consecuencia de esta explícita regulación, los problemas que se planteen en la práctica sean menores, pues la ley es fuente de certeza y seguridad jurídicas. Ello no obstante, el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintas resoluciones en las que, de nuevo, y como no podía ser menos tratándose de la limitación de un derecho fundamental, insiste en la necesidad de fundamentación, necesidad y proporcionalidad de la resolución en las que se ordene la detención y apertura de correspondencia.

Debe recordarse que, de acuerdo con el Reglamento de los Servicios de Correos⁹⁸ afectan a la inviolabilidad de la correspondencia distintos actos: detención arbitraria o contra derecho, intencionado curso anormal, apertura, destrucción, sustracción, retención u ocultación y, en general cualquiera de los actos de infidelidad en su custodia.

El TS,⁹⁹ en un primer momento, pareció querer distinguir entre correspondencia y paquete postal, pero es una diferenciación que no ha prosperado, pues recientemente la ha calificado de “desorientadora”¹⁰⁰ y, más concretamente, ha afirmado que “bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no solamente las cartas o correspondencia personal, sino todo género de correspondencia postal...ya que a su través se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial que están asimismo bajo la salvaguarda del derecho fundamental. En un paquete postal o envío semejante se pueden incluir objetos que excediendo del volumen de lo que es una carta o misiva tengan una connotación personalísima e íntima que no puede ser investigada si no es con la previa auto-

97 Cfr. S. 25-3-94 (RA 2592).

98 Aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964.

99 S.10-3-89 (RA 2601).

100 S.23-2-94 (RA 1111).

rización judicial”.¹⁰¹

La correspondencia postal se refiere a los envíos que se realicen tanto por Correos como, por extensión, por entidades privadas que ofrezcan análogos servicios.¹⁰² Es preciso, asimismo, que el interesado esté presente en el acto de apertura de la correspondencia, pues se trata de un imperativo legalmente establecido,¹⁰³ e, incluso, si se trata de un paquete interceptado por el servicio de aduanas, que sólo podrá inspeccionar directamente los paquetes abiertos o con etiqueta verde.¹⁰⁴

III. Rueda de reconocimiento.¹⁰⁵

En el Capítulo III del Título V del Libro II de la Lecrim se regula, bajo la rúbrica “De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales”, como acto de investigación, la rueda de reconocimiento –rueda de presos en terminología ya algo arcaica–, arts. 368 y ss Lecrim. Es propia de la fase sumarial o de diligencias previas,¹⁰⁶ y, en sí misma, carece de valor probatorio, siendo necesario que, posteriormente se realice la identificación en el acto de juicio oral,¹⁰⁷ excepto que ello no sea posible por encontrarse la persona que debe proceder al reconocimiento en ignorado paradero, en el extranjero o supuestos semejantes en cuyo caso resulta necesario, para que pueda apreciarse por el tribunal sentenciador y destruir la presunción de inocencia que se actúe tal y como dispone el art. 730 Lecrim.¹⁰⁸

El reconocimiento debe hacerse a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario Judicial¹⁰⁹ y del letrado defensor.¹¹⁰ Debe cuidarse, pues así lo ordena

101 S.25-6-93 (RA 5368).

102 S.25-6-93 (RA 5368).

103 Art.584 Lecrim y S.22-2-94 (RA 1092).

104 Según la S. de 8-10-93, no será precisa la presencia del interesado cuando se trate de un paquete del que “el sujeto se desprende y hace entrega en el centro penitenciario para que se hagan llegar al interno destinatario, sabedor el remitente del ejercicio de control y registro de los paquetes destinados a los internos encomendado a los funcionarios de prisiones” (art.103 del Reglamento Penitenciario)

105 La vulneración de las normas que regulan esta diligencia ha sido frecuentemente puesta en relación con los derechos constitucionalizados en el art.24.1 y 2.

106 Vid, ad. ex., la S.4-II-94 (RA 660), y la jurisprudencia en ella citada, en la que se niega el carácter de prueba a practicar en el juicio oral.

107 Vid. SS. 4-6-93 (RA 4815), 21-6-93 (RA 5173) y 7-5-94 (RA 3673).

108 SS. 4-6-93 (RA 4815) y 4-2-94 (RA 660).

109 SS. 4-6-93 (RA 4815) y 7-5-94 (3673).

110 SS. 23-4-93 (RA 3180), 4-6-93 ((4815), 25-6-93 (5241) y A.2-4-94 (RA 761). Ello no obstante,

el art.369 Lecrim, que la persona que vaya a ser reconocida comparezca con otras de características semejantes, aunque sobre este particular habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso cuando sea difícil encontrar esa similitud de apariencia.¹¹¹

No debe confundirse con este diligencia de investigación el reconocimiento que la víctima o los testigos realicen a la vista de las fotografías que se les muestren en las dependencias policiales, ya que en tal caso lo que se hace es iniciar una línea de investigación que tendrá que ser sometida posteriormente al control y garantías propias del proceso.¹¹²

IV. Derechos de asistencia, defensa y conocimiento de la acusación.

El art. 17.3 CE garantiza, entre otros, el derecho de asistencia letrada al detenido. De otro lado, el art. 24.2 de nuestra Norma Suprema proclama y establece el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado.

Es necesario distinguir –como así lo hacen el TC¹¹³ y el TS¹¹⁴– entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales (art.17.3 CE), que es una manifestación del derecho a la libertad personal, y la asistencia letrada al imputado o acusado (art.24.2 CE) que se establece en el marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido. De ahí que “esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre esta materia (así, el art.5 Convenio Europeo de Derecho Humanos y arts.9y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados arts.17.3 y 24.2 de la Constitución”.¹¹⁵

La Lecrim contiene sobre estos derechos diversos preceptos. Así, el art.118 establece que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde

y por excepción, la S.9-10-93 (RA 7304) da por bueno un reconocimiento hecho ante el juez, sin letrado, cuando previamente se había realizado el mismo reconocimiento policialmente con la presencia del defensor.

111 La S. 23-4-93 (RA 3180) acepta el reconocimiento efectuado sin que todas las personas tengan las mismas características, tan sólo algunas, dada la elevada estatura de quien iba a ser reconocido.

112 Vid., por ejemplo, el A. de 2-2-94 (RA 761) y la S. 22-4-94 (RA 3151).

113 SS. 186/87, 188/91 y 206/91.

114 S. 11-6-93 (RA 5105).

115 STC 188/91.

que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acodado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. Para ejercitar este derecho la personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubieren nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo. Si no los hubiesen designado -continúa el precepto- se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a un estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

Por otro lado, y por lo que se refiere a los detenidos y presos, el art. 520 establece el derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervengan en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.¹¹⁶

En el procedimiento abreviado, el art. 788 Lecrim establece que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio, sino lo hubiere nombrado ya el interesado.¹¹⁷

De la lectura conjunta de estos preceptos, se extrae el principio general de que la presencia de letrado es indispensable cuando, en palabras del art. 118 Lecrim, la causa llegue a estado en que necesite el consejo de la asistencia letrada.

Esta expresión no ha sido siempre interpretada de la misma forma por el TS respecto a la necesidad de asistencia en las declaraciones judiciales. Es obvio, que, por imperativo del art.520 Lecrim, si el imputado estuviera ya detenido se hace imprescindible la asistencia de abogado; pero no resulta evidente que tal intervención sea necesaria cuando no exista privación de libertad. Así, el TS no lo exige en las SS. de 12-1-94¹¹⁸ y 27-4-93,¹¹⁹ mientras que en la de 16-

¹¹⁶ Respecto a los reconocimientos así los exige la doctrina del TC y las SS. del TS de 15-2-93 (RA 1137) y 5-11-93 (RA 5105).

¹¹⁷ Es interesante resaltar, por su frecuente inaplicación práctica, que el art. 788.2 exige que el Abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso. Vid. S. 30-10-93 (RA 8490).

¹¹⁸ RA 476.

¹¹⁹ RA 3227.

4-94¹²⁰ parece que se puede deducir lo contrario, puesto que se afirma que “el derecho a no declarar y a no hacerlo contra sí mismo...sólo puede ser ejercido plenamente con la asistencia de un letrado”.¹²¹

Por lo que respecta a la asistencia al detenido, ya hemos dicho que el art.17.3 CE exige la presencia de abogado en la detención para que no pueda sufrir coacciones o tratos no compatibles con su dignidad, así como fidelidad de lo transcrito en el acto con la declaración que se somete a su firma. Entiende el TS¹²² que el legislador “en defensa de los derechos fundamentales precisamente, ha querido convertir a los Letrados, cuando su presencia se hace exigible, en fedatarios de legitimidad constitucional con todas sus consecuencias. Estima nuestro más alto Tribunal,¹²³ con la excepción de la S. de 14-2-94,¹²⁴ que se consiguen tales fines tanto con un letrado de la confianza del detenido como con el designado de oficio. Por último, ha declarado el TS que la falta de asistencia letrada en la declaración policial sólo podrá ser relevante en la medida que hubiera provocado la indefensión posterior y,¹²⁵ que no es necesaria la presencia del defensor en las declaraciones de los testigos en la investigación.¹²⁶ Tampoco es imprescindible la presencia del abogado en la audiencia que se ha de dar al imputado antes de decretar la prórroga de la prisión provisional.¹²⁷

120 RA 3333.

121 Continúa la sentencia diciendo que “así lo entendió en principio el Juez de Instrucción, cuando al inicio del acto le hizo las advertencias legales pertinentes y enfáticamente ‘su derecho a ser asistido para su defensa’, mas quiebra en la prestación de las ‘garantías debidas al acusado’, cuando al manifestar éste ‘que desea declarar voluntariamente sin la asistencia de letrado’, en vez de suspender el acto y posponer su práctica hasta que estuviese presente el Abogado designado de oficio, oyó la declaración al acusado”.

122 S.23-2-94 (RA 1111).

123 SS. 7-10-93 (RA 8703) y 26-3-94 (RA 2601).

124 RA 1276.

125 S.14-12-93 (RA 9445).

126 SS. 29-4-91 (RA 2979) y 11-6-93 (RA 5105).

127 SS TC 118/91 y 206/91: “en el trámite de audiencia previo a la prolongación de la prisión provisional previsto en el art. 504.4 Lecrim, no exige, como presupuesto necesario para la validez del mismo, la preceptiva asistencia letrada al inculpado, afirmación que hemos de reiterar pues la norma procesal es clara y terminante de que a quien se le ha de prestar audiencia es al ‘inculpado’, en tanto que parte material, a fin de que pueda ejercitar su defensa privada o autodefensa con anterioridad a la adopción de la decisión de prórroga de la prisión provisional, y ello, como consecuencia de la proyección del principio general del Derecho de que ‘nadie puede ser condenado sin ser previamente oído’ que se manifiesta en esta fase procesal en la necesidad de que nadie pueda ser sometido a prisión provisional o se pueda decidir acerca de su prolongación sin concederle previamente su derecho de audiencia. Ciertamente, la Constitución no prohíbe, sino, antes al contrario, garantiza la asistencia del Abogado en todas las diligencias policiales y judiciales, y, dentro de ellas, en la que nos ocupa; pero de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios. En la práctica,

Íntimamente relacionado con el derecho de defensa está el derecho a ser informado de la acusación.¹²⁸ Ello exige que el Juez ponga en conocimiento de la persona que aparece como sospechosa la existencia de una imputación y le informe de manera clara y suficiente de sus derechos y, sobre todo, de la posibilidad de utilizar la asistencia letrada para permitirle una más efectiva defensa.¹²⁹ El TC¹³⁰ y el TS¹³¹ han perfilado la posición jurídica del imputado en el procedimiento abreviado sobre las siguientes bases: a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (299 Lecrim); b) nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción, con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal por la supresión del auto de procesamiento, y que exige que no pueda terminarse la instrucción sin haber puesto en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia contemplada en el art. 789.4 Lecrim; c) no se puede someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente entenderse que existe sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá lo estrictamente necesario, dado que el nacimiento del derecho de defen-

este Tribunal tan sólo ha tenido ocasión de reclamar dicha intervención en la detención y en la prueba sumarial anticipada, actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes. Pero, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que haya de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia de Abogado defensor”.

¹²⁸ El derecho a ser informado va, a su vez, ligado al derecho a ser asistido por intérprete, reconocido en el art. 520.2.e) Lecrim, como recuerda el TC en la S.188/91 y el TS en las SS. de 23-2-94 (RA 1557) y 28-2-94 (RA 1571).

¹²⁹ S.5-3-94 (RA 1847).

¹³⁰ SS. 135/89,186/90,128/93,129/93 y152/93.

¹³¹ SS. 20-9-93 (RA 6797), 17-5-94 (RA 3923) y 17-6-94 (RA 5177).

sa está ligado a la existencia de imputación.¹³²

Respecto al art.790.1 Lecrim,¹³³ la doctrina del TC¹³⁴ y del TS¹³⁵ establecen que: a) el precepto debe ser interpretado en el sentido de que los imputados en el procedimiento abreviado no deben quedar colocados en situación de desigualdad respecto de las partes acusadoras, por lo que también ellos podrán tomar conocimiento de lo actuado e instar a lo que a su derecho convenga en relación a la apertura del juicio oral, el sobreseimiento o la práctica de diligencias complementarias; b) esta norma no puede erigirse en obstáculo a la intervención previa del imputado en el proceso, de modo que no obliga a que aquella intervención se produzca sólo después de haberse acordado la apertura del juicio oral, sino que, por el contrario, presupone tal intervención previa; y c) de conformidad con lo prevenido en el art. 270 LOPJ la resolución que el Juez dicte conforme al art. 789.5 habrá de notificarse a las partes, incluido el imputado, esté o no formalmente constituido en parte, informándole de los recursos procedentes y garantizando el principio de contradicción.

132“ De no respetarse esta triple exigencia, la correspondiente actuación procesal habría de estimarse contraria al art.24 CE y, por ende, acreedora a la sanción procesal de la ‘prueba prohibida’ (art.11.1 LOPJ)” S.20-9-93 (RA 6797).

133 “Si el juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este Capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas, para que en el plazo común de cinco días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de las diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente.”

134 S.15-11-90.

135 SS 17-9-93 (RA 7146), 20-9-93 (RA 6797) y 17-5-94 (RA 3923).