

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN. PLAN DE ESTUDIOS 1993**



**“ VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LA
INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA VIOLACION AL DERECHO A LA INTIMIDAD
EN EL PROCESO PENAL”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTADO POR:

**CARLOS HUMBERTO VALDIVIESO MARIN
HUGO ALEXANDER MARTINEZ MARTINEZ
JACQUELINE DEL CARMEN MORAN ALVARADO**

ASESOR DE CONTENIDO

LIC. JOSE DAVID CAMPOS VENTURA

San Salvador 14 de febrero de 2003

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOSE FRANCISCO MARROQUIN

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

LIC. MARIA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCIA

SECRETARIO GENERAL

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIAO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HENANDEZ

VICE- DECANO

LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO

LIC. JORGE ALFONSO BELTRÁN

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. JOSE DAVID CAMPOS VENTURA

DEDICATORIA

- A DIOS Supremo creador del universo y farol constante en mi diario vivir
- A MI MADRE Pilar fundamental de nuestra familia, fiel representativo mi amor más puro, quien con su sabiduría y sentido común fundo en mi valores y hábitos de estudio, guió mi vida por el sendero correcto; agradezco su constante apoyo incondicional y de manera especial dedico el esfuerzo plasmado en este documento; esperando que el tiempo robado de su presencia sea compensado con la satisfacción de que el sacrificio valió la pena.
- A MI PADRE Por sus constantes y atinados consejos, axiomas que fueron de gran ayuda para formar en mi la persona que hoy soy.
- A APARACIO, MARISOL Y YEIMY Por estar siempre en el momento justo cuando los necesite, por alentarme a seguir adelante, por su cariño y sinceridad, por no ser solo mis hermanos sino mis mas sinceros amigos.
- A MIS COMPAÑEROS DE TESIS a mí practico, sincero, honesto e inteligente amigo; y a la silenciosa, furtiva y omnipresente compañera; a quienes agradezco su comprensión, su tolerancia y respeto. Con quienes aprendí que aun en los momentos conflictivos, críticos y difíciles siempre existe un ápice de humor.

Carlos Humberto Valdivieso Marin

DEDICATORIA

- | | |
|--------------|---|
| A DIOS. | Por regalarme la vida, y permitirme coronar este esfuerzo |
| ANGEL MORAN | Padre, amigo y fiel consejero |
| INES | Por asistirme y aconsejare siempre. |
| A MI FAMILIA | Por estar a mi lado en cada uno de los momentos más difíciles |

A MIS COMPAÑEROS

Por tenerme la paciencia necesaria para perdonar cada una de mis inasistencias.

Jacqueline del Carmen Moran Alvarado

DEDICATORIA

A DIOS.	Por regalarnos la esperanza para seguir adelante
A PAULITA	Porque sus desvelos siempre me proveyeron de pan, de paz, de fe.
A SILVIA	Por conocerme y seguir a mi lado
A ELY	Adalid de la justicia, y paradigma de la sabiduría

Jacqueline del Carmen Morán Alvarado

INDICE

1ª PARTE

CAPITULO I

DEVENIR HISTORICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Introducción	i-vi
1.1. Edad Antigua	
1.1.1 La Intimidad en la Biblia	3
1.1.2 Concepción social griega.	5
1.1.3 Derecho romano.	6
1.2 Edad Media	
1.2.1 Pax domus.	8
1.2.2 Paz de la casa en derecho español	9
1.2.3 Paz de la casa en el derecho germánico	10
1.2.4 Influencia cristiana	10
1.3 Edad Moderna	
1.3.1 Reconocimiento del Derecho a la Intimidad en las primeras Constituciones y Declaraciones del siglo XVIII	12
1.3.2 Intimidad como bien patrimonial.	13
1.4 Edad Contemporánea	
1.4.1 Origen Doctrinal del derecho a la Intimidad “ The Right to Privacy ”	15

1.4.2.Reconocimiento del derecho a la intimidad	
por la jurisprudencia norteamericana	18
1.4.3. Concepción actual de la intimidad	20
1.4.4 Reconocimiento Constitucional del derecho a la intimidad	22
a) Constitución de 1824	23
b) Constitución de 1841.	23
c) Constitución de 1864.	24
d) Frustrada Constitución de 1885.	25
e) Constitución de 1886.	26
f) constitución de 1939.	27
g) Constitución de 1945.	27
h) Constitución de 1950.	27
i) Constitución de 1962.	28
j) Constitución de 1983.	28

CAPITULO II

INTIMIDAD Y LIMITABILIDAD

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Breve reseña histórica de los derechos fundamentales.	32
2.2 Concepto de derechos fundamentales.	34
2.3 Los derechos fundamentales como límites al poder del Estado.	37

2.4 Derecho de la personalidad como derecho fundamental	
2.4.1 Concepto.	39
2.4.2 Características.	41
a) Originarios e innatos	41
b) Subjetivos-Privados	41
c) Oponibles erga omnes.	41
d) Extrapatrimoniales	42
e) Irrenunciables e imprescriptibles.	42
2.5 La intimidad como derecho de la personalidad	42
2.5.1 Etimología de intimidad.	43
2.5.2 Concepto.	45
2.5.3 Fundamento filosófico de la intimidad	
a) Necesidad de saber	48
b) Necesidad de ocultar	49
2.5.4 Fundamento psicológico	51
2.5.5 Teorías de la intimidad.	52
a) Teorías de las Esferas.	52
i) Esfera privada. ...	53
ii) Esfera confidencial	53
iii) Esfera del Secreto.	54
b) Teorías del mosaico	55
2.5.6 Clases de intimidad	
a) Intimidad corporal	56

b) Intimidad Doméstica	57
c) Intimidad Personal o Familiar.....	58
2.5.7 Intimidad y privacidad conceptos diferentes.....	59
2.6 Limitabilidad de los derechos fundamentales	62
2.6.1 Fundamento para la limitabilidad de los derechos fundamentales	63
2.6.2 Principio de sacrificio de derechos fundamentales.....	64
2.6.3 Principio de proporcionalidad.....	66
a) Reconocimiento constitucional	68
b) Presupuestos para la restricción de los derechos fundamentales	
i) Legalidad.....	70
ii) Justificación teleológica.....	71
c) Requisitos para la limitabilidad de los derechos fundamentales	
i) Extrínsecos	
1) Judicialidad	72
2) Motivación.....	74
ii) Intrínsecos	
1) Idoneidad	78
2) Necesidad	79
3) Proporcionalidad en estricto sentido.....	82

CAPITULO III
GENERALIDADES DE LA PRUEBA Y APROXIMACIÓN
A LA PRUEBA PROHIBIDA

3.1 Actos de prueba y actos de investigación	84
3.2 Generalidades de la prueba	86
3.2.1. Elemento de Prueba	87
a) Objetividad	87
b) Legalidad.	87
c) Relevancia	88
d) Pertinencia.	88
3.2.2. Medio de Prueba.	88
3.2.3. Órgano de Prueba.	89
3.2.4. Objeto de Prueba	89
3.3. Principios probatorios para la obtención de la prueba.	
3.3.1. Principio de legalidad.	91
3.3.2 Principio de oralidad.	92
3.3.3 Principio de publicidad	93
3.3.4 Principio de Inmediación.	93
3.3.5 Principio de contradicción	94
3.3.6 Principio de celeridad.	95
3.3.7 Principio de Concentración	96
3.4. Valoración y fundamentación de la prueba	
3.4.1 Sistemas de valoración de la prueba.	96

a) Prueba tasada	99
b) Robustez moral o libre valoración.	100
c) Sana Crítica.	102
i) Lógica	103
ii) Psicología.	104
iii) Máximas de la experiencia	104
3.4.2. Fundamentación de la prueba.	105
a) Clases de fundamentación.	105
i) Fundamentación fáctica.	105
ii) Fundamentación jurídica.	106
b) Función de la fundamentación.	108
c) Presunción de Inocencia y fundamentación.	109
d) Derecho a los Recursos y fundamentación.	111

3.5. Prueba prohibida

3.5.1. Especial relevancia al principio de libertad de la prueba	112
3.5.2. Surgimiento histórico de la prueba prohibida.	114
3.5. 3. Esplendor de la prueba prohibida.	115
a) Jurisprudencia norteamericana	116
i) Weeks v. United States, (232 US. 383 1914)	117
ii) Silverthorne Lumber Co. V. United States (251 U.S. 385 1920). ...	118
iii) Nardone V. United States (308 US. 338 1939).	119
iv) Mapp v. Ohio (367 U.S 643 1961).	120
v) Escobedo v. Illinois (378 U.S 478 1964).	121

vi) Miranda V. Arizona (384 U.S 496 1966).....	122
vii) Orozco v. Texas (384 U.S 436 1969).....	123
b) Jurisprudencia Argentina	124
i) Charles hermanos	124
ii) Montenegro.....	124
iii) Fiorentino	125
3.5.4. Concepto de prueba prohibida.....	126
3.5.5.Fundamento jurídico de la prueba prohibida	129
a) Fundamento constitucional	130
b) Fundamento procesal	134
3.5.6. Regla de Exclusión	138
3.5.7. Criticas a la regla de exclusión	139
3.5.8. Argumentos a favor de la regla de exclusión.....	141
3.5.9. Doctrina del fruto del árbol venenoso.....	144
3.5.10. Excepción a la prueba prohibida.....	145
a) Prueba prohibida a favor del imputado.....	146
b) Excepción al Efecto Reflejo.....	147
1. Excepción de buena fe	148
2. Hallazgo causal	149
3. Inevitable descubrimiento	150
4. Fuente independiente	150
5. Hechos intervinientes	152
3.5.11. Prueba Irregular.....	153

CAPITULO IV
INEFICACIA PROCESAL DE LOS ACTOS VIOLATORIOS
AL DERECHO A LA INTIMIDAD

4.1. Consideraciones previas.	156
4.2. Intervención Corporal	
4.2.1. Concepto.	158
4.2.2. Clases de Intervención Corporal.	161
a) Por la intensidad en el ejecución de tal medida	163
b) Por el sujeto facultado para la restricción.	164
4.2.3. Fundamento constitucional de las intervenciones corporales.	164
4.2.4. Derechos fundamentales afectados.	167
a) Integridad física	168
b) Derecho ha no declarar contra sí mismo	169
c) Derecho a la intimidad.	171
d) Derecho a la libertad	171
4.2.5. Inspección corporal.	173
a) Concepto	174
b) Sujetos pasivos de la inspección corporal.	176
c) Uso de la vis compulsiva	178
d) Presupuestos de la Inspección corporal	182
i) Control judicial	183
ii) Sospecha razonable.	186

iii) Garantías en la ejecución.	190
1) Respeto de la dignidad	190
2) Sujeto Legitimado para ordenar la ejecución.	192
3) Ejecución por persona del mismo sexo.	196
4) Lugar apto para la ejecución del acto.	197
5) Ejecución por personal médico o sanitario.	198
6) Asistencia de tercero de confianza.	202

4.3. Allanamiento de morada

4.3.1. Concepto de morada	204
a) Noción amplia de morada	204
b) Supuestos concretos	205
i) Domicilios accidentales.	206
ii) Domicilios de personas jurídicas.	206
iii) Barcos o buques	207
c) Inexistencia del domicilio	
i) Almacenes, fabricas, talleres, oficinas y locales comerciales	208
ii) Locales abiertos al publico: bares, restaurantes, hoteles, discotecas.	209
iii) Despachos oficiales	210
4.3.2. Protección constitucional y legal	
a) Protección constitucional.	210
b) Protección legal	211
4.3.3. Excepción a la inviolabilidad del domicilio.	214

4.3.4. Tramitación y contenido de la orden de Registro

a) Especificación de la resolución judicial	216
b) Motivación y fundamentación de la orden judicial.	217
c) Desarrollo del acto	219
i) Notificación del auto.	219
ii) Empleo de la fuerza	219
iii) Pruebas de delitos distintos	220

4.3.5. Consentimiento del morador

a) Aspectos generales sobre el consentimiento.	221
i) Capacidad.	221
ii) Titularidad	222
iii) Libertad	222
iv) Objeto	222
v) Causa	222
vi) Forma	222
b) Sujeto autorizante	223
c) Vicios del consentimiento	223

4.3.6. Flagrancia 225

a) Concepto	226
b) Requisitos.	226

4.3.7. Invalidez por inexistencia de resolución judicial

a) Nulidad radical.	230
b) Insubsanabilidad	231

c) Nulidad de las pruebas derivadas	231
4.3.8. Violaciones más frecuentes en el procedimiento	
a) Ausencia de dirección funcional de la Fiscalía General de la República	232
b) Realización de allanamientos sin orden judicial.	233
c) Ausencia de motivación en la resolución habilitante	234
4.3.9. Hallazgo ocasional como excepción.	235

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES	236
2. RECOMENDACIONES	238
BIBLIOGRAFÍA	240

2ª PARTE

ANEXOS

DESCRIPTOR DE JURISPRUDENCIA

■ JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

1. **6-H-95. Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal. SALA DE LO CONSTITUCIONAL**
Detención ilegal; Prueba viciada Máxima.” La detención es ilegal al existir prueba viciada consecuencia de una diligencia ilícita en el proceso. Extracto: “esta Sala insistir en que los derechos del imputado no deben ser simples declaraciones líricas plasmadas tanto en la Constitución como en la ley, puesto que son no sólo derechos del imputado, sino garantías del proceso penal mismo. Y aún más el proceso penal no debe concebirse como un instrumento de represión del delito: es un proceso en el que se ventilan dos pretensiones diferentes, por una parte el ejercicio del ius puniendi, por parte del Estado”.
2. **258-99-2a**, TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA S.S. INSPECCION CORPORAL por agente policial sin las debidas garantías en la ejecución. Extracto: “Para salvaguardar los parámetros, respecto de la intimidad y la dignidad personal, no basta ni es suficiente que la requisa sea efectuada por un agente del sexo femenino, ni en lugar auténticamente reservado; aun en esas condiciones la requisa es ilícita, sin con ella la autoridad policial interviene ámbitos de pudicia, de la persona sometida al registro; pues la garantía no estriba en posibilitar el registro por una persona del mismo genero o en accesos reservados, la garantía lo que supone es que la intimidad y la dignidad personal no pueden ser rebasados ab initio, sino únicamente mediante un juicio de ponderación por la autoridad dispensada para ello”.
3. **P0103-40-00**, TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA S.S.. Allanamiento ilegal por falta de: motivación, dirección funcional de la F.G.R; extracto “La presunción de inocencia como verdad interina de inculpabilidad exige para poder ser destruida la concurrencia de prueba que haya sido practicada conforme a las garantías Constitucionales y Procesales, en consecuencia la prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva por tanto de la consagración Constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. Las pruebas irregularmente practicadas son pruebas de valoración prohibida, por cuanto su utilización como prueba de cargo podría vulnerar la presunción de inocencia”.
4. **34-02-2a**, TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA S.S. Allanamiento ilegal en operativo policial de registro en la comunidad el Hoyo sin orden judicial. Examen de los hechos sobre la base de las siguientes preguntas: a) ¿Qué consecuencia se genera de que la policía, al desarrollar un operativo policial, ingrese a una morada sin orden judicial?. (b) ¿Si la Policía dice haber ingresado a la morada, con el consentimiento del morador, en qué condiciones debe prestarse ese consentimiento?.(c) ¿Si la Policía tiene permitido obtener información de la persona cuya casa se va a registrar?.(d) ¿Si la Policía debe proceder en la investigación del delito, sin el control y la dirección de la Fiscalía General de la

República.(IV) La prueba ha afirmado, sin duda alguna, que los agentes de Policía: Joaquín Cruz López, Mario Eliseo Palma Gutiérrez y otros ingresaron a la casa de Ana Cecilia Morales, sin contar con una orden judicial que autorizara tal registro.

5. **78-02-1** TRIBUNAL SEXTO DE SENTENCIA S.S. Allanamiento ilegal por ausencia en caso de urgencia como excepción prevista en el Art. 177 Pr. Pn. Extracto “En el ámbito del principio de proporcionalidad cuando las circunstancias lo permitan se requiere a los efectos de controlar el acto, por ende de evitar arbitrariedad, que un juez dictamine la necesidad y procedencia de la afectación de la morada (...) La información dada, como la ignorancia misma de la moradora de la casa donde se encontraba el objeto buscado acerca de la investigación policial, permitía que como paso previo se gestionara ante el tribunal respectivo la orden para poder registrar o allanar la vivienda (...) No existía de acuerdo a la secuencia de los hechos, una situación de urgencia para que la policía obviara la autorización judicial”.
6. **82-02-1** TRIBUNAL SEXTO DE SENTENCIA DE S.S. Violación del derecho de defensa por falta de asistencia letrada en el interrogatorio policial. Extracto: “Si bien el Estado tiene la facultad-deber de investigar-, por ende una de las formalidades inmediatas del proceso penal lo constituye la búsqueda de la verdad real; en tal actividad deben respetarse una serie de limitantes que en el fondo son la materialización efectiva de las garantías a favor de los ciudadanos. Los límites pueden estar concretados en formalidades, como lo es por ejemplo el juramento: en otros por el control judicial, en el que se ha de determinar la necesidad y procedencia de la afectación a un derecho como medio para el logro de la verdad, en un tercer nivel encontramos un ámbito en que el imputado resulta incoercible, por ende no se le puede obligar a declarar”.
7. **132-02-2**. TRIBUNAL SEXTO DE SENTENCIA S.S. Violación del derecho de defensa, Interrogatorio ilegal por la policía. Extracto “El tribunal ha tenido un criterio reiterado en jurisprudencia dada en otras sentencias, sobre el que si bien el proceso penal opera como principio rector la búsqueda de la verdad real, sin embargo, tal principio está limitado por el principio de legalidad; es decir que los entes investigadores para poder generar el ingreso de información válida en el juicio deben respetar las prescripciones legales existentes y si se irrespetan según el Art. 15 del código Procesal Penal, ésta carecerá de validez”.
8. **P0901/4-2000** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE CHALATENANGO. Inspección corporal ilegal. Extracto: "Es así que todo procedimiento esta basado en normas reguladoras para la actuación ante los organismos administrativos y jurisdiccionales y en este caso "el procedimiento Rutinario" que se argumentó fue utilizado, no tiene, en la manera tal como fue practicado, un respaldo legal, ya que se puede llegar a utilizar y dañar a través de un "*fraude de etiquetas*" como es la Requisa Personal, prevista en el artículo 178 del Código Procesal Penal, Derechos Constitucionalmente reconocidos como lo son el Artículo 2 inciso 2°, en el que garantiza el Derecho a la Intimidad Personal y el artículo 10 establece que: "La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la perdida o el irreparable sacrificio de...la dignidad de la persona...", en razón que se somete a la persona a una opción menor entre dos gravosas como son: "o someterse a la "Requisa", a través de un

procedimiento como el señalado o abstenerse definitivamente de visitar a la persona requerida", que en el caso que nos ocupa es el hijo de la procesada.

9. **P0901-26-2001**, TRIBUNAL DE SENTENCIA DE CHALATENANGO. Inspección corporal ilegal. Extracto: "Finalmente es de señalar que llama la atención el hecho que con la prueba vertida, se estableció que a la procesada se le ordenó (por la registradora del centro penal) que hiciera cinco cuclillas, encontrándose ésta sin su ropa interior, lo cual con base a la experiencia común, de haberse encontrado superficialmente la bolsa que contenía el dinero y la droga, con las cinco cuclillas, ésta hubiera caído al suelo, sin embargo no sucedió así, ya que tuvo que palpar la registradora a la incoada para detectar la presencia de un objeto extraño en la vagina, utilizando un guante para tal procedimiento, lo que lleva a este Tribunal a concluir con estos dos aspectos, que fue un procedimiento dudoso que da pie a una prueba ilícitamente obtenida". Pág.51
10. **129Z-2E1/2-99** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE ZACATECOLUCA. Allanamiento ilegal por falta de orden judicial. Extracto: "El tribunal a considerado que la realización del secuestro de las antes referidas cédulas se hizo sin que mediara una orden de allanamiento de la vivienda, asimismo, las mismas fueron secuestradas sin que haya habido una orden expresa de secuestro, tanto de la policía como de la Fiscalía, es decir que tal orden se dio en el marco de diligencias de ubicación y localización (...) Por lo que constatado lo anterior, el tribunal concluye que también se le ha violentado derechos fundamentales relativos a la presunción de inocencia y defensa a que tienen en imputado, según lo establece el Art. 12 de nuestra Carta Magna, asimismo se le violento el derecho al debido proceso, regulado en el Art. 11 del mismo supremo cuerpo de principios".
11. **P1301/4-00** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN VICENTE. Allanamiento ilegal por falta de motivación de la resolución judicial, Extracto: "La motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales, es una obligación de los jueces que pese a que no se encuentran consagrada a nivel constitucional, se deriva de los principios de seguridad material y jurídica, puesto que implican una intromisión a la morada de la persona, y por esa razón, el Juez debe exponer los motivos de hecho y de derecho por los cuales ordena tal intromisión en la vida privada de las personas, y en este caso, de la morada; esto es, hacer una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, como son la intimidad de la morada y la necesidad de violentar tal derecho fundamental".
12. **P0501-4-2001** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USULUTAN. Requisa ilegal por falta de acta policial. Extracto "Si la ley exige formalidades es porque reconoce que se limita el goce de un derecho fundamental, que ciertamente no es absoluto, pero que por su carácter de fundamental, su restricción no puede estar sujeta a la voluntad del agente, sin observar los requerimientos de forma y fondo exigidos; es a través de ellos, donde se establece la ponderación del derecho a la libertad y a la intimidad por un lado, y el interés social por descubrir y perseguir el delito".
13. **P0501-20-2001** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USULUTAN. Requisa ilegal por falta de acta policial. Extracto: "Es de hacer notar que según el Art. 178 Pr. Pn., en caso de requisa

debe levantarse un acta que deberá ser firmada por el policía o quien efectuar la requisa y por el requisado; tal deber no se puede eludir porque con la requisa se limita de manera excepcional y restrictiva el derecho a la intimidad personal y en el acta se tendría que justificar la necesidad y proporcionalidad de la requisa, así como otras circunstancias mas que se dan en el acto de la requisa”.

■ JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

14. **22/1984** de 17 de febrero. **Extracto:** “Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (Art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (Art. 18.1 de la Constitución).
15. **114/1984** del 29 de noviembre. Sobre el contenido de la garantía del secreto de las comunicaciones. **Extracto:** “Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica.”
16. **231/1988** del 2 de diciembre de 1988. Intimidad personal y familiar. **Extracto:**” Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”.
17. **37/1989** del 15 de Enero de 1989, Inspección vaginal, principio de proporcionalidad. **Extracto:** “La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno”.

18. **7/1994** del 17 de Enero. Sobre el conflicto entre el derecho a la intimidad y la investigación de la paternidad. Extracto: “En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.”
19. **85/1994** del 14 de Marzo de 1994, Intervenciones telefónicas falta de motivación de la resolución judicial. Extracto: “Desde el primer momento este Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo -añade la Sentencia-, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Y en este mismo sentido, para la STC 62/1982, a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado”.
20. **57/1994** del 28 de Febrero. Sobre el derecho a la intimidad corporal como límite a la realización de registros personales. Extracto: “De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”.
21. **207/1996** del 22 de Enero. Caso examen de pelos en las axilas, para comprobar si el imputado es consumidor de drogas y desde cuando; desarrollo del principio de proporcionalidad y sus tres juicios, idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en estricto sentido. Extracto: “La finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues, la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario -el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (vgr. SSTC 174 y 175/1985), es insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de inocencia-, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea «necesaria» a los fines del aseguramiento del ejercicio del ius puniendi, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal.”
22. **54/1996** del 26 de Marzo de 1994. Ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida. Extracto: “La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el auto analizado, junto al carácter

esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del Art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, pues, hemos de concluir en que los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida”.

23. **8/2000** del 17 de Enero del 2000. Falta de motivación de la resolución judicial que autoriza el allanamiento. Extracto: “Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el Art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente ha de partirse de que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él domicilio sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho, que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma”.

■ JURISPRUDENCIA SURAMERICANA

24. **F.140. XXXIII.** Fernández Prieto, Carlos Alberto y otros s/ Infracción de ley 23.737- causa n° 10.099. Buenos Aires 12 de noviembre de 1998. falta de sospecha razonable en registro vehicular. Extracto: “para determinar si existe "causa probable" o "sospecha razonable" para inspecciones y requisas se debe considerar la totalidad de las circunstancias del caso ("the whole picture"). Así se pronunció en "United Statesv. Cortez 449, U.S., 411, 417 (1981) y en "Alabama v. White", en las que se dijo que en supuestos como los nombrados deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que basada en aquéllas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con un hecho ilícito”.
25. **C-221/94** INCONSTITUCIONALIDAD. Colombia. Sobre el tratamiento e internamiento obligatorio de drogadictos. Extracto: “ El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.

INTRODUCCION

La constante preocupación por la forma en que algunas causas penales se resuelven aún a contrapelo, de las normas establecidas por la constitución como fuente primaria y básica del proceso penal y en especial, en lo relativo a la formación y aplicación de las normas y principios en materia de prueba, como el magno principio de legalidad, nos ha motivado, a hacer un estudio tanto desde el punto de vista sistemático como de praxis, a fin de exponer en forma sucinta los casos en que estamos frente a la prueba ilícita, las opiniones que en doctrina y la jurisprudencia nacional hemos encontrado, así como nuestro propio punto de vista, que esperamos sea de provecho al lector, ya que el desarrollo tanto del derecho fundamental de la intimidad como el tema de la prueba ilícita es de muy escasa explotación tanto doctrinal y jurisprudencial.

La investigación que en este trabajo presentamos gira en torno a dos temas de gran trascendencia como es el derecho a la intimidad y el tema relativo a la prueba ilícita, pretendimos hacer un examen del proceso penal desde el punto de vista de instrumento idóneo para la consecución de la justicia que en un sentido pleno sea: tanto para el imputado como para la sociedad, enfocado no sólo desde su idoneidad técnica para lograr ese fin, sino del buen manejo que las partes y el órgano jurisdiccional, que según el principio de supremacía constitucional reconocida en el Art. 246 y de protesta Art. 235, la constitución prevalece sobre todas las leyes y reglamentos y por tanto todo funcionario esta obligado a cumplir y hacer cumplir la misma.

Cinco son los capítulos en los que con gran esmero desarrollamos la problemática relativa a la violación del derecho a la intimidad por incorporación de prueba ilícita, por ello hemos llamado a nuestro trabajo “validez y eficacia probatoria de la información producto de la violación al derecho a la intimidad en el proceso penal”, siendo el objetivo primordial el exponer al lector la dogmática relativa al derecho a la intimidad y señalar casuísticamente la violación de este derecho, con sentencias tanto nacionales como extranjeras en las que se declara la ilicitud probataria.

Por ello esta trabajo se divide en dos partes. En la primera exponemos la teoría bajo la que se funda tanto el derecho a la intimidad como la prueba ilícita, señalando con casos trascendentales la violación del derecho a la intimidad. La segunda parte consta de una serie de sentencias salvadoreñas, españolas y suramericanas de gran trascendencia y reconocimiento, con el objetivo que el lector profundice más en la cita jurisprudencia a que hacemos referencia en la primera parte.

En el primer capítulo titulado “DEVENIR HISTORICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD” expones el desarrollo de la intimidad a lo largo de la historia, para lo cual hemos distribuido esta última en cuatro periodos que facilitan su estudio como son: edad antigua, edad media, edad moderna y edad contemporánea, en las que señalamos las diferentes manifestaciones que la intimidad como concepto tuvo en un primer momento, para concluir en su reconocimiento como derecho constitucional, enfocándonos prioritariamente en sus dos ámbitos principales: intimidad corporal y inviolabilidad de la morada, que en nuestro trabajo son los ejes rectores de la investigación a saber: inspecciones corporales, registro y allanamiento de morada.

Por ser parte el derecho a la intimidad de los derechos fundamentales hemos dedicado unas breves líneas a este tema, el lector podrá encontrar en el capítulo II titulado “INTIMIDAD, DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU LIMITABILIDAD”, el concepto de derechos fundamentales, los derechos fundamentales como límites al poder del Estado, el derecho de la personalidad como derecho fundamental en el que encontramos inmerso el derecho a la intimidad, que será tratado con ríos de tinta por ser parte medular en nuestra investigación, desarrollando su origen doctrinal o etimología, su fundamento filosófico en la que se plantea que por su misma naturaleza los seres humanos entre sus muchas necesidades se encuentran la necesidad de saber y la necesidad de ocultar, esta última característica propia del derecho a la intimidad; Además abordamos el fundamento Psicológico de la intimidad, rescatable de este tema es que el individuo no es solo una conducta sino, es primero, lo que es y que solo Dios conoce; es, en segundo lugar, el que él cree que es; es también el que los demás creen que es y, por último es el que él cree los demás creen que es, resaltando así la importancia que juega el derecho a la intimidad; desarrollando más adelante las teorías más importantes sobre las que se funda el derecho a la intimidad como son: las teorías de las esferas y la teoría del mosaico.

En la segunda parte de este capítulo el lector encontrará otro tema de gran importancia en este trabajo como es la limitabilidad de los derechos fundamentales, enfocándonos específicamente en que si bien el derecho a la intimidad forma parte de los derechos fundamentales y que en esencia son un límite a la actividad del Estado, también es cierto que puede ser limitado y para esto deben ser observados requisitos y presupuestos fundados en el principio de proporcionalidad, para que, lo que nosotros

llamamos principio de sacrificio de derechos fundamentales tenga vigencia, por ser el orden público y el interés social en la persecución de hechos delictivos parte importante en la consecución de un Estado social y democrático de derecho en el que se funda nuestra constitución.

Como ya dijimos anteriormente, parte medular de nuestro trabajo es la prueba ilícita por lo que dicho tema lo desarrollamos en el capítulo tres, pero consideramos conveniente antes de abordar el tema de la prueba ilícita referirnos de manera sucinta a aspectos generales de la prueba como son: la distinción entre actos de prueba y actos de investigación, elemento de prueba, la relevancia, pertinencia, medio de prueba, órgano de prueba y objeto de prueba, principios probatorios, valoración y fundamentación de la prueba términos que serán usados en el abordaje de la ilicitud probatoria, es así que llamamos a este capítulo “GENERALIDADES DE LA PRUEBA Y APROXIMACIÓN A LA PRUEBA PROHIBIDA”.

En la parte relativa a la prueba ilícita hablamos un poco del surgimiento histórico o esplendor con casos más relevantes que en Estados Unidos de América han jugado un papel trascendental. Además por la proximidad legislativa nos referimos brevemente a casos que en Argentina también fueron de gran importancia; en el tema del reconocimiento constitucional de la prueba ilícita proponemos, que la base constitucional se encuentra en el Art. 11 en el juicio previo sustentando nuestra posición con sentencias de la sala de lo constitucional; desarrollamos además la regla de exclusión puntualizando los argumentos en contra y a favor de la misma, para luego referirnos al segundo efecto de la prueba ilícita, cual es, la doctrina del fruto del árbol venenoso, para posteriormente hablar luego de las excepciones que se encuentran

tanto en la regla de exclusión como de la teoría del efecto reflejo, y por último diferenciamos la prueba irregular de la prueba ilícita, problemática que gira en torno al debido proceso que diferencia ambas categorías en lo relativo a la prueba ilícita como medio de control procesal, toda vez que ella será quien, dada su calidad, determine contra quién, el juez inclinará la balanza y empuñe la espada, o absolverá, según el grado de eficacia y validez que las pruebas recabadas e incorporadas al proceso le merezcan.

Hemos titulado al capítulo IV “INEFICACIA PROCESAL DE LOS ACTOS VIOLATORIOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD”, en el que en esencia planteamos las constantes violaciones que por la P.N.C y los Jueces de Paz, que de manera frecuente se realizan en el proceso penal en materia de intervenciones corporales y registros o allanamientos, puntualizando con jurisprudencia el claro fraude de etiquetas que realiza en materia de inspecciones corporales, y la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, presupuesto sine quo non del principio de proporcionalidad para limitar un derecho fundamental.

Proponemos en materia de inspecciones corporales una serie de presupuestos que consideramos de necesaria observancia al momento de realizar este acto de investigación, con el objetivo que la medida sea eficaz y pueda ser valorada como prueba, y que la dignidad, integridad física y e intimidad se vean indemne, presupuestos que surgen de la misma ley si se interpreta de una forma práctica, liberal y democrática, y de jurisprudencia consultada, en las sentencias tanto del Tribunal Constitucional Español, como de nuestros Tribunales de Sentencia de nuestro país..

En materia de registro y allanamiento de morada señalamos con casos concretos como la P.N.C realiza un procedimiento defectuoso al ingresar a la morada bajo la figura del permiso del morador, que tal como lo señalamos no debe ser la regla general para ingresar a una vivienda, por ser un acto de poder el que realiza la P.N.C al ingresar a la vivienda el consentimiento del morador se encuentra viciado. También presentamos una serie de casos en los que la policía bajo la figura de la flagrancia ingresa a la morada, amparados según su criterio en los delitos permanentes los cuales le dan la permisibilidad, circunstancia que en nuestra jurisprudencia aun no se a uniformado, siendo el criterio de algunos jueces la viabilidad del ingreso de la P.N.C en los delitos de comercio trafico y almacenamiento ilícito de drogas por ser un ejemplo típico de la cuasi flagrancia negativa según resoluciones de algunos tribunales de sentencia, para otros por ser delitos de peligro en abstracto y por aplicarse disposiciones obsoletas ya derogadas no debe realizarse allanamientos sin orden judicial en estos casos.

En el ultimo capitulo el lector podrá observar las conclusiones y recomendaciones que en este trabajo se ha llegado. Esperamos, que podamos contribuir con nuestro esfuerzo a la consolidación de un Estado de derecho más democrático, en el que el juego de las libertades bajo el cual se inspira, sea respetado, en el que las instituciones desempeñen correctamente sus funciones y competencias, para que no exista esa confrontación de intereses entre orden público y derechos fundamentales, en el que hemos observado sede la intimidad y es valorada la prueba aun y cuando esta a sido obtenida con violación de la misma constitución.

CAPITULO I

DEVENIR HISTORICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Una investigación seria requiere de un estudio profundo, no únicamente de la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre el problema; sino también de los antecedentes históricos que rodean al tema en estudio. Esto permitirá al lector tener un conocimiento general del tratamiento y evolución que ha tenido el derecho a la intimidad, y es que negar la historia es condenarse a repetirla.

Para ello, consideramos que la mejor forma de abordar el estudio de un tema desde un punto de vista histórico, es delimitando la historia en periodos caracterizados por la ocurrencia de hechos trascendentales.

En esa idea, puede afirmarse que la historia se encuentra fraccionada en cuatro épocas o períodos importantes. Esto nos permite ubicar actos y hechos relevantes en un lapso determinado. Así, tenemos la Edad Antigua (que corre desde el año 4000 a. c. al 476 d. c.), primera época de la historia que abarca desde el descubrimiento de la escritura en oriente hasta la invasión de los bárbaros y la caída del imperio romano. Edad Media (476 dic. – 1453 dic.), incluye desde la caída de Roma en poder de los bárbaros hasta la toma de Constantinopla por los turcos y el fin del imperio bizantino. Edad Moderna (1453–1789 dic.), que comienza con el renacimiento, y comprende la era de los descubrimientos geográficos y de la reforma y termina con la revolución francesa. Y finalmente la Edad Contemporánea etapa de la Historia que parte de la revolución francesa hasta nuestros días.¹

Retomaremos esta división clásica para ofrecer una exposición con mayor claridad didáctica de nuestro tema.

¹ Grupo Océano. “Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno.” Ed. Trivium. Madrid, 1998. s/p.

En el devenir histórico de la humanidad, el derecho a la intimidad no se conoció como un concepto unitario, tal como hoy se encuentra plasmado en los diferentes cuerpos normativos, si no que, por el contrario, se dieron diferentes manifestaciones a lo largo de la historia de este derecho. Entre las principales tenemos: la inviolabilidad del domicilio, y la inviolabilidad de la correspondencia que fueron sus primeras expresiones, para darle paso posteriormente a otras manifestaciones de la intimidad, como son la intimidad corporal e intimidad telefónica, que como producto del avance tecnológico, se ha visto el hombre obligado a protegerlos.

El reconocimiento de los derechos es un proceso largo y no exento de transformaciones, y el derecho a la intimidad no es la excepción. Su configuración no surge de forma inmediata, sino hasta finales del siglo XVIII. El reconocimiento se realiza basándose en la conquista de la libertad a través de la conciencia social, que propugnó por necesidades, entre las que se encontró la protección de la intimidad.

La doctrina es unánime en manifestar que el derecho a la intimidad no es reconocido sino hasta en el liberalismo, cuando en la política liberal se desarrolla con profusión la intimidad como elemento importante del individualismo. En opinión de Rebollo Delgado, “es como consecuencia de la explosión demográfica que acompaña el triunfo de las ciudades occidentales que se dicta una manera nueva de relacionarse. Los habitantes de la ciudad sentían una absoluta indiferencia unos por otros; la atención ya no se dirige al vecino sino a uno mismo. El individualismo y el egoísmo van a la par de este mundo, pero será precisamente la falta de atención de unos sobre otros, lo que haga posible la emergencia de la privacidad”.²

Sin embargo en el curso de la historia se han venido dando diferentes expresiones de lo que se conoce como intimidad, y como se verá existen manifestaciones que pueden remontarse incluso hasta el derecho romano. Es

² REBOLLO DELGADO, Lucrecio. “El Derecho Fundamental a la Intimidad” Ed. Dykinson. Madrid, 2000 Pág. 40

conveniente por lo tanto estudiar las diversas formas de reconocimiento jurídico que respecto del ámbito de la intimidad han existido. Ello nos dará bases para comprender mejor la regulación jurídica actual.

1.1. Edad Antigua

1.1.1. La intimidad en la Biblia

En el primer libro de la Biblia encontramos diferentes declaraciones de la intimidad. Así el Génesis (Gen): 3,7 dice: *“Abriéndose los ojos de ambos, y viendo que estaban desnudos, cosieron unas hojas de higuera y se hicieron unos ceñidores.”* Líneas más arriba nos decía *“Estaban ambos desnudos, el hombre y la mujer, sin avergonzarse de ello”* (Gén: 2, 25).³

En diversas ocasiones la Biblia habla de desnudez. Una parte de la intimidad del hombre es la intimidad física (intimidad corporal), el poder apartar de la vista de los demás ciertas partes de nuestro propio cuerpo, que por pudor se cubren. Gen: 9, 20–23, cuenta: *“Noé, agricultor, comenzó a labrar la tierra y plantó una viña. Bebió de su vino, y se embriagó, y quedó desnudo en medio de su tienda. Vio Cam, (...) la desnudez de su padre y fue a decírselo a sus hermanos, que estaban fuera; y tomando Sem y Jaset el manto, se lo pusieron sobre los hombros, y yendo de espaldas, vuelto el rostro cubrieron, sin verla, la desnudez de su padre.”*

En otros libros la expresión desnudez es utilizada de modo literario para indicar los males que caerán sobre una determinada población, como es Babilonia en Isaías, Nínive en Nahum, o Jerusalén en Jeremías: *“Descubierta será tu desnudez y verán tus vergüenzas”* (Isaías: 47,3). *“La reina es desnudada y sacada a la luz”* (Nahum: 2, 7). *“También yo descubriré tus velos en tu parte anterior y se verán tus vergüenzas: tus*

³ FARIÑAS MANTONI, Luis María. “El Derecho a la Intimidad” Ed. Trivium, Madrid, 1986. Pág. 87

adulterios y tus gritos de lujuria, tus execrables fornicaciones (...)” (Jeremías: 13, 26-27).

En cambio, cuando en Levítico se menciona la palabra desnudez es simplemente para condenar uniones carnales entre parientes. Por ejemplo, Lev.: 20, 11 dice: *“Si uno se acuesta con la mujer de su padre, descubriendo así la desnudez de su padre, los dos serán castigados con la muerte; caiga sobre ellos su sangre.”*

La intimidad como ámbito corporal se ve plasmado en los anteriores versículos, en los cuales se observa claramente que para la persona existen ciertas partes de su cuerpo las cuales no es su deseo mostrar, que por pudor o recato personal, queda restringida su intromisión a cualquier otra persona.⁴

Otra manifestación de la intimidad de la persona la encontramos en la morada o casa, lugar donde ésta habitualmente se desarrolla. Eclesiástico: 29,28 enseña: *“Necesarios para la vida son el agua y el pan; el vestido y la casa, para abrigo de la desnudez.”* Ecles.: 29, 31: *“Triste es tener que andar de casa en casa; donde habites como extraño no osarás abrir la boca.”* Ecles.: 29, 31: *“Donde está el cubil de los leones, la que era guarida de cachorros de león, adonde el león llevaba sus cachorros y donde nadie podía perturbarlos.”*

La inviolabilidad del secreto es otra de las expresiones del derecho a la intimidad. Encontramos en la Biblia, reiteradas citas que condenan o censuran la

⁴ El cuerpo de una persona es el ámbito de la intimidad más frágil, ya que existe la posibilidad que ciertas partes de nuestro cuerpo, que por pudor o vergüenza son cubiertas, puedan ser descubiertas sin autorización. Así la jurisprudencia española en un primer momento ha declarado que el *“ámbito intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural sobre el recato corporal, de tal modo que no puede entenderse como intromisiones forzosas aquellas actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que operan, o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona”*. Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 37/1989, de 15 de enero, fundamento jurídico N° 7. Cfr. Anexo N° 17

indiscreción en ese sentido, así tenemos que del chismoso, nos dice el libro de los Proverbios que *“descubre los secretos”* (Prov.: 11, 13), que *“aparta a los amigos”* (Prov.: 16, 28), que *“no guardan los secretos”* (Prov.: 20,19) En consecuencia, aconseja *“no te entrometas con el suelto de la lengua”* (Prov.: 20,19) y lo contrapone al hombre fiel, de quien dice *“lo encubre todo”* (Prov.: 11, 13).

En Eclesiástico, de quien nos previene es de aquel que por su escasa inteligencia no sea capaz de discreción, diciéndonos: *“Con el necio no tengas consejo porque no podrá callar lo que hayas dicho”* (Ecles.: 8, 20).

1.1.2. Concepción social griega

En esta cultura no encontramos enunciación jurídica expresa de lo que hoy conocemos como intimidad. Rasgo característico es la obra de Aristóteles *“La política”* en la que el filósofo griego recoge como fórmulas de las tiranías para sostenerse el procurar que los que residen en la ciudad *“Estén siempre a la vista y pasen mucho tiempo a las puertas del palacio, de esta forma les será mas difícil ocultar lo que hacen.”* Reconoce además como actividad del tirano, *“tener espías y realizar escuchas en cualquier reunión o asamblea.”*⁵

“El Estado griego, al menos en teoría, podía intervenir en casi todo, es decir, que los mismos griegos, le reconocían una autoridad prácticamente ilimitada (...) El Estado podía intervenir en la moralidad privada de un individuo o de sus creencias religiosas (...) de modo paralelo la libertad y los derechos del individuo – y sus contrarios, la obligación y el deber político- son nociones que no existen o que aparecen solo de forma embrionaria en el pensamiento griego”.⁶

⁵ ARISTÓTELES. “La Política.” Traducción de Julián Marías. Ed. Juventud. Barcelona, 1989. Pág. 239.

⁶ LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo. “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida” Ed. Akal. Madrid, 1989. Pág.11

1.1. 3. Derecho romano

Algunos autores opinan que en el derecho romano no se conoció protección al derecho a la intimidad como hoy se conoce, sino que se incorporó en una forma muy amplia en el delito de *"Inuria"* contenido en la ley Cornelia. Se justifica esta omisión ya que en el derecho romano la principal manifestación del derecho a la intimidad era el domicilio, y los ciudadanos romanos vivían, más que en sus casas, en el foro, en las basílicas, en las ternas o en los vestíbulos y cercanías de los templos. La vida pública tenía entre ellos una importancia muy superior a la privada, ocupando su atención y su tiempo aquella más que esta otra.⁷

En cuanto a los delitos de inviolabilidad del secreto, tampoco hay ejemplos claros de que en Roma se conocieran delitos similares. Usualmente se cita la frase de Cicerón, que otorga la calidad de crimen de lesa humanidad a la violación de correspondencia ajena: *"Humanitatis expers, et vitae comunis ignarus"*. En la gama de delitos previstos en el derecho romano, encontramos el *"falsum"* que consistía en la apertura indebida de los testamentos. Se afirma que la primera forma de revelación de secretos que señalan los criminalistas y los Códigos de la época, es la revelación a un Estado extranjero de un secreto importante para la nación, realizada por un funcionario público que, por razones de su cargo se informó de ese secreto. Sin embargo, esta figura más se asemeja a la traición que a una revelación de secreto, por lo que resulta inadecuado mencionarla como antecedente de los delitos de revelación de secretos.⁸

Por otra parte, algunos juristas plantean que Roma ha legado acciones que tienden a la restauración o al resarcimiento de daños producidos en la esfera de lo privado. Uno de los ámbitos protegidos es la correspondencia. Se dio en el derecho romano la *actio furti*: cometía hurto –furtum-, no solo quien quitaba una cosa ajena para

⁷ GROIZARD, A. Citado por BARRIERO, Jorge Agustín "El allanamiento de Morada" Ed. Tecnos. Madrid, 1987. Pág. 15

⁸ TREJO, Miguel Alberto. et. al. "Manual de Derecho Penal" Tomo II. Ministerio de Justicia de El Salvador. San Salvador, 1993. Pág. 691

apropiársela, sino también quien trataba la cosa como propia contra la voluntad de su dueño. Queda claro que la idea de protección del *furtum*, alcanzaba aquellos casos en que hay un uso o una intromisión no consentida por el propietario.

Otra manifestación de protección de ciertos ámbitos de intimidad, en el derecho romano, es la posibilidad de ejercitar una *actio iniuriarum* (acción de injuria) dado que el concepto de injuria alcanza al ultraje del pudor de ciertas personas. Con la misma acción se protegía otra manifestación como era la violación del domicilio. Téngase en cuenta que en el derecho romano clásico, no existe norma alguna, que de una u otra manera, reconozca el derecho del Estado a privar a un ciudadano de su propiedad. La protección del domicilio, es con diferencia la manifestación más significativa, y la que con mayor claridad perdura en la regulación española y en el resto de los ordenamientos jurídicos de influencia romana, como el de nuestro país.

Pese a ello, no podemos olvidar que la protección que se dispensa al domicilio, no proviene de la idea de garantía o de respeto hacia la persona, o hacia la familia, concepto éste más institucionalizado en el derecho romano, sino más bien, por una extensión personal del derecho real de la propiedad, que será retomado con mayor propugnancia en la Edad Moderna, institucionalizando la intimidad como un bien de carácter patrimonial.⁹

Otra manifestación no menos importante, la constituyen algunos brotes de reconocimiento y respeto a la libertad religiosa y de culto.¹⁰ No puede hablarse propiamente de un derecho reconocido y garantizado como tal, pero sí de una neutralidad del Estado frente a demostraciones religiosas.

⁹ Cfr. Cap. I 1.3.2.

¹⁰ La religión es un “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de normas morales para la conducta individual o social.” Por ello, es propio de la intimidad, en cuanto subyace en el interior de las personas.

Prueba de ello, sería el edicto de Milán del año 313 establecido por los emperadores Constantino y Luciano, en el que se establece “(...) *dar así a los cristianos como a todos, la libertad de seguir la religión que cada cual quisiera.*” El emperador Constantino, dio otras muestras de reconocimiento de la intimidad, eliminando la acción pública de adulterio basándose para ello en la idea de respeto al ámbito familiar.

1.2. Edad Media

1.2.1. Pax domus

Durante la Edad Media el concepto de paz adquirió una gran relevancia, pues se trataba de reducir el uso de la violencia y garantizar la defensa de los derechos de los individuos y de sus grupos. La palabra paz comprende la paz común y las paces especiales; estas últimas eran concebidas por la ley para ciertos ámbitos, entre ellos la casa; en ese sentido aparece la “paz doméstica” o paz de la casa.¹¹

Puede decirse que bajo la salvaguarda de la paz de la casa se pretende proporcionar y hacer posible la seguridad personal de los ciudadanos frente a los ataques violentos de los particulares y de funcionarios públicos, en el espacio geográfico donde éste pernocta, convive y se relaciona con la familia.

Contrario a la paz es la molestia, incomodidad o intranquilidad que es causada por la intromisión indebida en la casa de una persona. Por lo que se pretendía restringir, a través del derecho a la paz de la casa, estas injerencias indebidas de personas no deseadas.

¹¹ BARREIRO, Jorge Agustín. Op. cit. Pág. 15

1.2.2 Paz de la casa en el derecho español

En el derecho español, la paz de la casa llevaba consigo la facultad del dueño de la casa, de prohibir a extraños la entrada en la misma sin su consentimiento, lo cual se manifestó en el derecho foral de ese entonces, prohibiendo de modo absoluto la entrada del funcionario en la casa del vecino sin su consentimiento.¹² Como ejemplo de estos fueros tenemos el de la familia León - Benavente, en los que se prohíbe con carácter general la entrada en la casa al merino; el fuero de Logroño y los de su familia (Laguardia y Victoria), en los que se permite al dueño de la casa matar al merino o sayón que entrare en casa sin permiso y para finalizar, el privilegio de "*Libertate domoum*" concedido a Japa por Alfonso II (1192) al declarar los domicilios libres, inmunes y exentos de todo registro y prohibiendo, bajo pena de incurrir en su ira e indignación y calonia de mil morabetinos, a sus oficiales o cualquier persona entrar en ellos sin consentimiento del dueño.¹³

En esa misma corriente jurídica se dio la carta del Convenio entre el Rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela en 1119 que establecía: "(...)Y no entre ningún cristiano en casa de moro ni en el huerto por la fuerza(...)". Los decretos de la Curia de León de 1118, y de forma concreta el decreto 11, dado por Alfonso IX, el cual establecía: "*También juré que ni yo ni nadie entre en la casa de otro por la fuerza, ni haga ningún daño en ella o en su heredad. Y si lo hiciere, pagará el doble del daño al señor de la casa*". A pesar que en estos textos la inviolabilidad del domicilio tenía un carácter de seguridad patrimonial, y por consiguiente un ámbito en esencia penal, en la alta edad media, surgirá un concepto fundamental en el ordenamiento jurídico español de la época. La paz de la casa fue considerada "como una seguridad del individuo que

¹² Que constituye, sin duda, un antecedente histórico de la garantía de inviolabilidad del domicilio.

¹³ BARREIRO, Jorge Agustín. Op. cit. Pág. 16

se consigue colocándola bajo la salvaguarda de una paz que ha de garantizar contra los ataques de que pudiera ser objeto, y ofrecerle una relativa seguridad.”¹⁴

1.2.3. Paz de la casa en el derecho germánico

Dentro de la específica configuración de la paz de la casa en el derecho germánico de la edad media, y con respecto a los ataques más característicos a la misma, pueden señalarse los aspectos siguientes: 1º) Ya el antiguo derecho germánico destacó la idea preponderante de la paz de la casa, que se encontraba conectada en su origen con la religión y se le concedía, por ende, un cierto carácter sagrado. La especial relevancia obedece fundamentalmente a la forma y condiciones de vida de los germanos, los cuales vivían de forma independiente y aislada. 2º) La paz de la casa se refería a la casa habitada: donde se mora, se vive. 3º) Otra característica fundamental es el desconocimiento del derecho de defensa (que legitimaban incluso hasta dar muerte al intruso). Ese derecho de defensa de la paz de la casa, que permitía con gran amplitud la conservación de la paz doméstica, dio lugar después a ciertas limitaciones (como por ejemplo, la exclusión con la muerte del invasor). 4º) El atentado a la paz de la casa aparece en el periodo en la modalidad más grave del *“Heimsuchung”* (registro), que constituye el núcleo y manifestación característica del allanamiento de morada.

1.2.4. Influencia cristiana

Será con la escolástica que por primera vez se delimite el concepto de intimidad, aislándose de otras pretensiones, que no sean las de limitar un ámbito restringido de la persona humana, y en el cual, el elemento de voluntariedad juega un papel significativo. Sobre la base de la concepción cristiana que “la persona y su fe, es

¹⁴ ORDALIS, J. “La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media”. Anuario de historia del derecho español N° XV de 1944. Pág. 107.

el centro de pretensiones de la sociedad, de esta forma la intimidad es propia de las personas y consiste en la conciencia que cada uno de nosotros tiene como sujeto irrepetible”.¹⁵

En este período tuvo gran influencia el pensamiento de Tomás de Aquino, quien individualiza el concepto de intimidad, y le atribuye los caracteres esenciales de retiro o aislamiento voluntario. Como consecuencia del pensamiento cristiano, y sobre todo, de su concepción de la persona, surgirá un nuevo elemento, que siendo característico del ser humano, consiste en que éste voluntariamente puede retrotraerse del mundo exterior y configurar una parcela de su vida independiente de los demás.

En la carta magna de Juan sin Tierra de 1215, si bien reconocía de un modo expreso las libertades de circulación, y de entrada y salida del territorio inglés de todos los comerciantes, diluye la protección del domicilio dentro de la tutela y de las garantías de la genérica libertad y seguridad personales.

Por otro lado, la intimidad se vio vulnerada gravemente en la época del Santo Oficio de la Religión Católica, conocida en la mayoría de ciencias sociales como la era del oscurantismo, por la negación de la razón por el clero. Turberville afirma que: “el acusado ingresaba a una cárcel secreta, y antes que se le notificase la naturaleza del cargo que se le hacía sufría severos interrogatorios, sobre la razón de su arresto, exhortándosele a confesar los pecados que su conciencia le acusara. Se le hacían muchas preguntas relativas a su domicilio, ocupación, familia, parientes, amigos, maestros, y lugares en donde había residido anteriormente”.¹⁶

Luego, con la Ilustración que servirá de basamento ideológico para la transformación política de la Revolución Francesa, el Marqués de Beccaria atacará el

¹⁵ DE AQUINO, Tomás. “Summa Theologica”. Citado por REBOLLO DELGADO. Op. cit. Pág. 39. Esta concepción más se asemeja a la moderna noción forense de “identidad”, que se define como la condición de ser igual a uno mismo y diferente a los demás.

mismo problema, desde una perspectiva del Estado policía. Este autor afirma: *“evidentes, pero consagrados desórdenes, y en muchas naciones hechos inevitables por la debilidad de la Constitución son las acusaciones secretas. Una tal costumbre hace a los hombres falsos y solapados. Todo el que pueda sospechar en otro un delator ve en él un enemigo. Los hombres se acostumbran entonces a enmascarar y a fuerza de ocultarlos a los demás, llegan finalmente a ocultarse a sí mismo. ¡Desdichados los hombres cuando llegan a esos extremos! (...) ¿Y de esos hombres haremos nosotros los intrépidos soldados defensores de la patria y del trono? ¿Y entre ellos encontraremos a los incorruptibles magistrados que, con libre y patriótica elocuencia sostengan y desarrollen los verdaderos intereses del soberano?”*¹⁷

1.3. Edad Moderna

1.3.1. Reconocimiento del derecho a la intimidad en las primeras Constituciones y declaraciones del siglo XVIII

La Constitución de Pensilvania de 1776, la Declaración del buen pueblo de Virginia de 1776, la Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware del mismo año, y la Constitución de Massachussets de 1780 reconocen (como primera manifestación del derecho a la intimidad) un estrecho concepto del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por el contrario, la Constitución Federal de Estados Unidos de América de 1787 en su enmienda IV, acoge un concepto más amplio que el del simple domicilio, pudiendo afirmarse que la protección se extiende y se hace radicar en esencia en la persona. Así establece que *“el derecho de los habitantes de que sus personas,*

¹⁶ TURBERVILLE, A. S. “La Inquisición Española.” Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1950, Cfr. especialmente el Capítulo IV: El Proceso Inquisitorial y las Penas. (Págs. 71-92)

¹⁷ BECCARIA, Cesare. “De los Delitos y de las Penas.” 2ª ed. aumentada y corregida. Ed. TEMIS. Bogotá, 1990. Págs. 16 y 17

domicilios, papeles y efectos se hallan a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoye en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o promesa y describan específicamente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

Por su parte, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, logro destacado de la revolución francesa, no acoge la inviolabilidad del domicilio como derecho singular, sino que por el contrario, y dentro de las tendencias de la época, lo asume como implícito dentro del artículo 7, es decir, como libertad y seguridad personales. Sí lo hará, el artículo 9 de la Constitución de 1791, que manifiesta que *“ningún agente de la fuerza pública puede entrar en casa de un ciudadano si no es para ejecutar mandamiento de policía o de justicia, o en los casos formalmente descritos por la ley.”*

Este modelo de reconocimiento será el que pase a la constitución española y el que más adelante retomemos en la constitución de nuestro país.¹⁸

En 1790, la Asamblea Constituyente Francesa declaró *“inviolable bajo ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos.”* El Código de Napoleón penalizó también la revelación del secreto.

Finalmente en 1795, en España, encontramos la declaración real de Carlos IV que regula los *“actos contra el sagrado secreto que debe guardarse inviolable en pliegos y cartas de mi servicio y del público.”*

1.3.2. La intimidad como bien patrimonial

Hasta acá hemos dicho que la intimidad ha pasado por diferentes estadios para su reconocimiento, de ahí que en un primer momento aparece adherido al derecho al

honor, pasa después a ser un derecho de la "paz de la casa y concluye en esta edad media como un bien patrimonial".

Así, las primeras formulaciones sobre la "privacy" (traducido como privacidad), aparecen vinculadas a la idea patrimonial,¹⁹ siendo un bien más del que se puede disponer (lo que se conoce como *privacy property right*), por la pertenencia de la vida privada a su titular: Es un derecho a hacer públicos aspectos de la vida privada y a ocultar otros. Propiedad y contrato son los pilares jurídicos que fundamentan esa concepción, y solo mediante intrusiones físicas puede vulnerarse la privacidad.²⁰ En palabras de Macpherson, "sólo la propiedad de la "propia persona y sus propias capacidades" hacen posible la libertad y consiguientemente la humanidad del individuo, que depende de su libertad para relacionarse, y esta capacidad depende a su vez "de que posea el control exclusivo de su propia persona y sus capacidades".²¹ Se extienden pues a la *privacy*, concebida como propiedad, las características de exclusividad y pertenencia de las relaciones de dominio: "sólo al ciudadano pertenece su vida privada, y solo cuando a él le interese podrá hacerse pública, con un derecho de exclusión sobre su conocimiento".

¹⁸ Como se verá en el punto 1.4.4. sobre el Reconocimiento constitucional del derecho a la Intimidad en la Constitución salvadoreña

¹⁹ Retomamos la opinión de De Castro y Bravo, para quien el patrimonio personal se halla constituido por la masa de bienes (activo y pasivo) *unida al titular en su condición de persona*, sin requerir otras calificaciones. Es decir, que dentro de sus haberes patrimoniales se encuentra la intimidad, de la cual dispone libremente. Cfr. De Castro y Bravo, F. "Temas de Derecho Civil" Madrid, 1972 Pág. 730. Las cursivas son nuestras.

²⁰ MORALES PRATS, Fernando. "La Tutela Penal de la Intimidad: Privacy e Informática." Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1984. Pág. 36

1.4. Edad Contemporánea

1.4.1. Origen doctrinal del derecho a la intimidad. “The Right to Privacy”

La generalización de la burguesía y su consolidación como clase social a partir de la segunda mitad del siglo XIX hacen que la concepción de la intimidad varíe, extendiendo las condiciones e intereses de ésta a toda la sociedad, lo que en el terreno jurídico lleva a formulaciones con una vocación de universalidad, única que puede satisfacer la teoría de los derechos naturales. Se separará entonces propiedad e intimidad, fundamentándola en la propia calidad humana, en la propia “personalidad” de la persona. Bajo estas ideas el significado del derecho a la intimidad tiene necesariamente que variar, ya no puede considerarse como algo perteneciente a una determinada clase social ni con un sentido patrimonial, sino que es algo inherente a la propia condición humana, el derecho que todos tienen a verse libre de injerencias en su esfera privada.²²

El derecho a la intimidad como anteriormente hemos dicho, es un derecho relativamente nuevo. En los siglos anteriores al XIX se dieron diferentes matices del derecho a la intimidad, es así como este derecho se enmarca en un primer momento dentro del derecho al honor, posteriormente como paz de la casa, para concluir dentro de la propiedad, y hasta finales del siglo XIX como derecho a la privacidad.

El derecho a la intimidad no aparece enunciado de forma expresa, como categoría independiente hasta fechas relativamente recientes y, de nuevo aquí, surge en el ámbito

²¹ MACPHERSON. “La Teoría Política del Individualismo posesivo.” Cit. Por GOMEZ PAVON, Pilar “La Intimidad como objeto de protección penal” Ed. Akal, Madrid, 1989. Pág.12

²² GOMEZ PAVON, Pilar. Op. cit. Pág. 13

anglosajón. Concretamente, cobra estado de naturaleza en los Estados Unidos a finales del siglo XIX.²³

Pero no es sino con el artículo de los jóvenes abogados estadounidenses Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis con quienes surge como tal (derecho de la personalidad), lo que hoy conocemos como el derecho fundamental a la intimidad.

En 1890 Warren (joven abogado que hacía tiempo no ejercía, por dedicarse a los negocios) y Louis D. Brandeis, (él cual si ejercía la abogacía, y quien había sido compañero de estudios en Harvard de Warren y, que pasado el tiempo llegará a ser miembro del Tribunal Supremo de Estados Unidos) publicaron el 15 de diciembre, el artículo titulado “The right to privacy” que podemos traducir como “El derecho a la privacidad”.

La motivación de estos abogados fue que la prensa local y de forma específica el periódico Saturday Evening Gazette, especializado en asuntos de alta sociedad, venían realizando una divulgación constante de las fiestas sociales que acostumbraban a dar en su casa de Boston, el matrimonio Warren. En éstas crónicas, se ofrecían detalles sumamente personales, desagradables y de forma genérica con la intención de infundir en el lector una imagen de reproche, y en cierta medida la relajación de la moral de una determinada clase social. Quizás lo que colmó la paciencia de Warren fueron las informaciones que algunos medios de comunicación realizaron de la fiesta celebrada en honor de la boda de su hija.

En el artículo los autores parten de “que el individuo debe tener una completa protección de su persona y sus propiedades. Para esto hay que definir la exacta naturaleza y alcance de esa protección. El nuevo derecho, dicen los autores, no es producto del derecho a la propiedad o una nueva configuración de ella ampliada, la

²³ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas “El derecho a la intimidad” Cuadernos del Poder General Judicial de España (en adelante CDGJ) Madrid 1999. Material inédito, en Disco Compacto (en adelante CD). s/p

privacidad por lo tanto debe desgajarse del derecho a la propiedad y de la estricta protección del honor. El principio que protege escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones, es el derecho a la privacidad y la ley no tiene porqué formular un nuevo principio cuando extienda esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos, y las relaciones personales, domésticas o cualesquiera otras”.²⁴

El objeto de los autores no es simplemente realizar una aportación doctrinal, si no que su verdadera pretensión radica en evidenciar la necesidad del reconocimiento de un nuevo derecho: el derecho a la privacidad.

El derecho a la privacidad no prohíbe la publicación de cualquier materia de interés público o personal, y hay que matizar según las personas a las que afecte: “hay personas que pueden razonablemente reclamar como un derecho la protección de la notoriedad que conlleva convertirse en víctimas de la empresa periodística. Hay otros que, en diversos grados, han renunciado al derecho a vivir apartados de las observaciones públicas. Materias que hombres de la primera clase pueden pretender

²⁴ Además los autores fundamentan su tesis en las siguientes posturas: "Inventos y métodos comerciales recientes llaman la atención sobre el próximo paso que es preciso dar para la protección de la persona y para asegurar a los individuos lo que el juez Cooley llama el derecho a *que nos dejen en paz*. Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica, y numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer buena la predicción según la cual lo que se susurra en el gabinete será proclamado desde lo alto de las casas (...) En consecuencia, examinan los distintos remedios que el common law ofrece para afrontar tales amenazas consistentes de que: (...) la intensidad y complejidad de la vida originadas por la creciente civilización han hecho necesaria una cierta retirada del mundo, y el hombre, bajo la influencia del perfeccionamiento de la cultura se ha vuelto más sensible frente a la publicidad de manera que la soledad y la intimidad han llegado a ser más esenciales para el individuo (...). Los artífices de nuestra Constitución (...) reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto, sabían que solamente una parte del dolor, del placer y satisfacciones de la vida proceden de las cosas materiales. Trataron de proteger a los americanos en sus creencias, pensamientos, emociones y sensaciones. Les confirieron, frente al Gobierno, el derecho a estar solos, el más amplio o apreciado entre los derechos por los hombres civilizados". Cfr. WARREN, Samuel D, y BRANDEIS, Louis D.: "The right to privacy". Volumen IV, N° 5 de la Harvard Law Review. Pág.193

con justicia que les conciernen solo a ellos, pueden en los de la segunda ser objeto de legítimo interés de sus conciudadanos”.²⁵

1.4.2. Reconocimiento del derecho a la intimidad por la jurisprudencia norteamericana

La jurisprudencia norteamericana ha tenido gran protagonismo en el reconocimiento del derecho a la intimidad, tanto es así que la primera manifestación como derecho de lo que conocemos como intimidad ocurre en los tribunales norteamericanos como producto del clamor social por restringir las injerencias en la vida privada de personas socialmente reconocidas, motivados además por la publicación del artículo de “Warren y Brandies”.

Tres años después de la publicación de “The right to the privacy”, un tribunal utilizó por primera vez la expresión acuñada por los dos abogados. Se trata del caso “Marks vrs. Joffa” fallado por el tribunal de New York. El demandante (un actor y estudiante de leyes) había visto su retrato publicado en un periódico propiedad del demandado (Der Wächther), formando parte de un concurso de popularidad al que se oponía. La sentencia estimó la demanda y declaró su derecho a ser dejado en paz. La sentencia estableció que: “(...) ningún periódico o institución, prescindiendo de su importancia, tiene el derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para tal propósito (compararlo con otro para que los lectores voten por el que les parezca mejor) sin su consentimiento. Un individuo tiene derecho a protección tanto en lo que se refiere a su persona como a su propiedad, y actualmente el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar de la vida, sin la publicidad o molestia de una encuesta organizada sin autoridad. Los tribunales asegurarán, en tales casos, que el individuo tenga lo que muy bien ha sido definido como “derecho a ser dejado en paz”.

²⁵ HERRERO TEJEDOR, Fernando. “Honor, Intimidad y Propia Imagen”. Ed. Colex. Madrid,

Los derechos íntimos han de ser respetados igual que los deseos y sensibilidades de la gente. Cuando uno infringe la ley, invoca su ayuda o se pone como candidato para el apoyo público, entonces justifica la crítica y no debería quejarse de ella. Pero cuando uno está satisfecho con la intimidad de su hogar, tiene derecho a la paz de ánimo, y no se le puede poner en la parrilla, que la prensa calienta, de una rivalidad excitada, ni se puede votar por él en contra de su voluntad y sus protestas”.²⁶

Lo anterior provocó una reforma en la legislatura del Estado de Nueva York incluyendo dos artículos 50 y 51 en la Ley de Derechos Civiles, estableciendo que el uso del nombre, figura o retrato de cualquier persona sin autorización escrita con fines publicitarios, constituye un ilícito que da derecho a indemnización. Como puede comprobarse, el surgimiento y reconocimiento de derechos se produce paso a paso y delimitando de forma muy concreta los contenidos del mismo.

El caso “Roberson vrs. Rochester Box Co.” es precisamente un caso en el que se manifiesta un problema de uso comercial de la imagen. Abigail Roberson era una joven que alegaba que el demandante había utilizado su fotografía en un anuncio de harina; a consecuencia de ello, Abigail se sintió humillada, ya que todo el mundo la reconocía. El justice Parker, por la mayoría, se negó a reconocer un derecho no regulado y sin precedente que podría provocar un gran número de litigios. Los jueces disidentes lo admitieron con analogías con el hecho de evitar la apropiación de los productos de la mente: *si su cara o su retrato tiene un valor este le pertenece de manera exclusiva hasta que el titular lo ceda voluntariamente al público*. Aceptado el reto, el juez Parker recogió el derecho al uso comercial de la imagen en el Estado de New York en 1903.

1994. Pág. 38

²⁶ Ibídem. Pág. 41

En 1905 la Corte Suprema de Georgia admite este derecho, en el asunto “Pavesich vrs. New England Life Insurance Co.”²⁷ El demandante pretendía una indemnización por el uso indebido de su nombre y fotografía, del demandado, una compañía de seguros. El tribunal acepto las tesis de Warren y Brandeis y reconoció el derecho a la intimidad dentro de la vida privada.

Concluyó de esta forma la Corte diciendo que: *“el derecho a la intimidad nace de las leyes llamadas a veces inmutables, porque son naturales, que se dan en todo tiempo y lugar, y que ninguna autoridad puede cambiar o abolir. La libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad”*.²⁸

1.4.3. Concepción actual de la intimidad

Actualmente la institución de la intimidad se ha enriquecido grandemente, debido a la fuerte posibilidad de interferir en la vida de los demás. Y esto es así, entre otras razones, por el desarrollo tecnológico, el cual ha motivado una evolución jurisprudencial y doctrinaria del objeto de nuestro estudio.

Así, veremos que según Bajo Fernández: *“la intimidad constituye el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad”*.²⁹ Por otro lado, Cabezuelo Arenas propone una definición más completa: *“en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera*

²⁷ AMAT LLARI, Eulalia. “El derecho a la propia imagen y su valor publicitario” Citado por CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. “Honor, Intimidad e Imagen”. Ed. Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 25

²⁸ Corte Suprema de Georgia, Estados Unidos de América. Caso Pavesick vrs. New England Life Insurance Company. 1905

²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Manuel. “Protección del Honor y de la Intimidad” Pág. 101 citado por CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “Derecho a la Intimidad”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1998. Pág. 3

privada, sin contemplarla, al propio tiempo como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto".³⁰

De igual forma, la jurisprudencia española ha dicho que: *"el derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"*.³¹

Y lo ha configurado como un derecho de la personalidad: *"El derecho a la intimidad personal consagrado en el Art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el Art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana"*.³²

También ha destacado su limitabilidad, al afirmar *"como ya ha sostenido este Tribunal, el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho"*.³³

³⁰ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Op. Cit. Pág. 6

³¹ Sentencia 209/1988 Tribunal Constitucional español, fundamento jurídico N° 3.

³² Sentencia 231/1988 del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico N° 3 Cfr. Anexo N° 16; 179/1991, fundamento jurídico N° 3, y 20/1992, fundamento jurídico N° 3.

³³ Sentencia 57/1994 del Tribunal Constitucional español, fundamento jurídico N° 5. Cfr. Anexo N° 20

1.4.4. Reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad

Siendo la Constitución la ley fundamental de la organización de un Estado, la que impone un orden jurídico fundamental en la comunidad, cuyo cometido básico es la formación de la unidad política, y su fin primordial es integrar a los distintos grupos dentro del Estado, ésta no es simplemente un mero conjunto de reglas de convivencia, sino una norma jurídica superior garantizadora de la libertad del hombre.

Entre los derechos fundamentales que protegen las normas garantistas, encontramos en la Constitución la vida, la integridad física y moral, la libertad y sus implicaciones: intimidad, honor, propia imagen, expresión, difusión del pensamiento, entre otros. Con relación a la libertad y sus diferentes ámbitos, es necesario delimitarla a la parte que en este trabajo nos referimos, y que confiere a un ámbito relacionado con la represión del delito, como es el área de intimidad que se consagra como una tutela jurídica a la vida privada de la persona: el honor la intimidad personal y familiar, la propia imagen (Art. 2 inc. 2º Cn.), su morada (Art. 20 Cn.), su correspondencia y sus comunicaciones (Art. 24 Cn.).

Es pues la intimidad una de las primeras fórmulas del derecho de libertad señaladas con anterioridad y que se torna en uno de los límites a los medios de investigación y de obtención de la prueba: área de la libertad de la intimidad, y una de sus principales expresiones es la morada (Art. 20 Cn.).³⁴

Así en las diferentes constituciones salvadoreñas se ha utilizado indistintamente las expresiones casa, domicilio y morada, como primera manifestación de nuestro tema de estudio.

³⁴ Considerando al domicilio como una entidad física, como una prolongación espacial de la personalidad donde se desarrolla la vida privada o íntima de la persona.

a) Constitución de 1824

El término casa fue utilizado por primera vez en la Constitución de 1824, dentro del Capítulo XX relativo al crimen, en su artículo 66 el cual rezó de la siguiente forma:

Art. 66.- La casa de todo ciudadano y sus libros y correspondencia serán un sagrario, y no podrán registrarse sino como ordena la ley.

Se observa que los objetos de protección son: la casa, los libros y la correspondencia de los ciudadanos, los cuales son considerados con un gran respeto y veneración, como templo dentro del cual se reservan o se guardan las cosas más sagradas, por eso en esta Constitución se denominan como “sagrario” cuando establece “(...) serán un sagrario (...)”,³⁵ probablemente producto de la influencia germana de la *paz de la casa*³⁶ se visualiza además en este artículo una manifestación del principio de legalidad, al referirse como requisito para poder irrumpir en el ámbito de la intimidad y sus expresiones, la necesaria orden judicial (*Y no podrán registrarse sino como ordene la ley*), una vez cumplido este imperativo se puede registrar cualquiera de los tres sagrarios que establece el artículo. Se observa que la Constitución protege en forma extensiva, ya que además de la casa encontramos regulados otros supuestos (libros y correspondencia).

b) Constitución de 1841

La Constitución de 1841 en el artículo 77 se torna un tanto restrictiva, en cuanto al ámbito personal de aplicación, puesto que en la anterior Constitución, es aplicable a todo ciudadano. En cambio en esta Constitución, se aplica solamente a los salvadoreños y regula que éstos tienen el derecho a estar protegidos contra

³⁵ Para mayor ilustración en los artículos que en este apartado citaremos Cfr. GALLARDO, Miguel Ángel “Cuatro Constituciones Federales de Centro América y las Constituciones Políticas de El Salvador”. Sin Ed. San Salvador, 1945.

³⁶ Cfr. Cáp. I 1.2.3. número 1

indagaciones, averiguaciones, búsquedas, con el fin de descubrir con mayor o menor cautela un hecho delictivo dentro de su casa, en sus papeles y en su persona; además está protegido en forma tal que no puede ser obligado a hacer algo en contra de su voluntad, dentro de los ámbitos anteriormente mencionados. Establece como condición de intromisión de estos ámbitos, el artículo citado, en su segunda parte, que la ley establezca mediante valoración de la misma el procedimiento que se utilizará para visitar los lugares sospechosos, buscar en las casas para comprobar delitos y detener delincuentes, así también para someterlos a un juicio.

Art. 77.- Todo salvadoreño tiene derecho a estar al abrigo de inquisiciones, pesquisas y apremios en su persona, en su casa, en sus papeles, familia y en todas sus posesiones. La ley calificará la manera de visitar lugares sospechosos, registrar casa para comprobar delitos y aprehender delincuentes, para someter a juicio, y ningún individuo será juzgado en otra jurisdicción de aquella en que se comete el delito, sino en caso de insurrección, y á juicio de sus jueces naturales.

Nótese que esta Constitución plasma en este artículo los fines que persigue el allanamiento de morada regulados en el Art. 173 del Código Procesal Penal (en adelante Pr. Pn.), que en esencia son dos: 1) El registro en la vivienda con el objetivo de buscar elementos o objetos relacionados con el delito; y, 2) La captura del imputado. Si nos ubicamos en el tiempo en el que se promulgó esta Constitución se verá que fue un gran paso, ya que se venía saliendo de una corriente procesal penal de corte inquisitivo, en que las practicas inquisidoras eran muy frecuentes.

c) Constitución de 1864

La Carta magna de 1864, en su artículo 83 traslada casi de forma literal lo establecido por el artículo 77 de la Constitución de 1841. Decimos casi de forma literal pues posee algunas variaciones, como por ejemplo, ya no hablamos del derecho de

protección hacia los salvadoreños en cuanto al ámbito personal de aplicación el cual era bastante restringido, ahora se habla de habitantes.

Art. 77.- Todo habitante tiene derecho a estar al abrigo de inquisiciones, pesquisas y apremios en su persona, en su casa, en sus papeles, familia y en todas sus posesiones. La ley calificará la manera de visitar lugares sospechosos, registrar casa para comprobar delitos y aprender delincuentes, para someter a juicio, y ningún individuo será juzgado en otra jurisdicción de aquella en que se comete el delito, sino en caso que determine la ley y a juicio de la Corte de Justicia.

Además se observa la preocupación del constituyente por plasmar en este artículo la garantía del juicio y de forma implícita la del juez natural (*ningún individuo será juzgado en otra jurisdicción de aquella en que se cometió el delito*)

Es importante resaltar que las constituciones analizadas anteriormente utilizaron la expresión casa como manifestación de la intimidad, y que tanto éstas, como las que vamos a analizar a continuación, utilizan indistintamente la expresión casa, domicilio y morada.

d) Constitución frustrada de 1885

No es hasta la frustrada Constitución de 1885, en la cual el término “registro y pesquisa” fue utilizado por primera vez, en el Art. 22, estableciendo que las personas podían ser sometidas a intervención corporal con el fin de saber si llevan armas, objetos, documentos en otras cosas que sirvan para prevenir, averiguar delitos o faltas, así como también podían ser investigadas. En su segunda parte hace referencia a la inviolabilidad del domicilio, se protege esta manifestación del derecho a la intimidad, mediante el establecimiento de formalidades que no se pueden obviar al momento de llevar a cabo un allanamiento para averiguar los delitos o cuando se trata de la persecución de delincuentes, cuyas formalidades son: 1) Que esté determinado en la

norma en qué casos procede; 2) Que la orden de allanamiento provenga de autoridad judicial competente.

Art. 22.- Solo podrá practicarse el registro o pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas. El domicilio es inviolable; y no podrá decretarse el allanamiento sino para la averiguación de los delitos y persecución de los delincuentes en la forma y en los casos determinados por la ley y por orden escrita de autoridad judicial competente.

e) Constitución de 1886

En la ley fundamental de 1886, específicamente el Art. 21, se estableció un gran avance en materia de protección de la intimidad corporal, ya que se reguló por primera vez en una Constitución, lo que conocemos hoy en día como intervenciones corporales y, específicamente el cacheo o pesquisa, estructura normativa que se mantendrá hasta nuestra actual Constitución y que dada la interpretación progresista y práctica servirá de base para las inspecciones corporales.³⁷

En cuanto a la protección de la morada se retoma casi en su totalidad lo regulado por la anterior, en ésta se regula en el inciso segundo, además se deja de hacer mención de una de las formalidades que consiste en “(...) Orden escrita de autoridad judicial competente” frase que en esta Constitución se omite.

Art. 21 Solo podrá practicarse el registro o la pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas.

El domicilio es inviolable; y no podrá decretarse el allanamiento, sino para la averiguación de los delitos o persecución de los delincuentes, en la forma y en los casos determinados por la ley.

³⁷ Cfr. Cáp. IV 4.2.3.

f) Constitución de 1939

La Constitución de 1939 regula casi de forma idéntica, a la persona en el ámbito de la intimidad en su Art. 38, cuando hace alusión al allanamiento en el domicilio, el cual únicamente puede llevarse a cabo en los siguientes casos: a) Para la averiguación de los delitos; b) Para la persecución de los delincuentes; c) Para fines sanitarios, siendo esto último la gran innovación del artículo.

Los *fines sanitarios* de que habla esta Constitución es una manifestación de lo que nuestra constitución actualmente regula en el Art. 20 en su parte final como: *grave riesgo de las personas*, que faculta la intromisión sin orden judicial de la autoridad administrativa, obsérvese que el reconocimiento de la intimidad es paulatino, y dependiendo de la técnica legislativa aplicada, se va magnificando.

Art. 38.- Solamente podrá practicarse el registro o la pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas.

El domicilio es inviolable; únicamente podrá decretarse el allanamiento, para la averiguación de los delitos, persecución de los delincuentes o para fines sanitarios, en la forma y en los casos determinados por la ley.

g) Constitución de 1945

Ya para 1945 la Constitución se vuelve al mismo número de artículo de la de 1886, Art. 21 inciso segundo, y no solamente en el número sino también en su contenido, pues es la copia textual de dicha Constitución notándose el poco avance de la regulación y protección a la intimidad, sino por el contrario, es un visible retroceso.

h) Constitución de 1950

Durante el proceso de evolución, siempre se dan acontecimientos que marcan la historia y que dan vida a nuevas regulaciones jurídicas, tal es el caso las reformas hechas en la Constitución de 1950, en la que las derogaciones al artículo 21 de la

Constitución de 1945 son claras, pudiendo notarse de la simple lectura del Art. 165, deja de utilizarse el término domicilio y se comienza a utilizar el término *morada* fijando: “(...) La morada es inviolable (...)” agregando un elemento que anteriormente ya había sido tomado en cuenta como factor por el cual se permitiera el allanamiento, regulando que: “únicamente podrá efectuarse el allanamiento en caso de incendio y otros análogos”, agregándose además la autorización del allanamiento para fines sanitarios; factor que se contempló por primera vez en la constitución de 1939 en el artículo 38.

Art. 165.- Solamente podrá practicarse el registro o la pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas.

La morada es inviolable; únicamente podrá decretarse el allanamiento, en caso de incendio u otros análogos, para la averiguación de los delitos y persecución de los delincuentes, y para fines sanitarios, en la forma y circunstancias determinados por la ley.

i) Constitución de 1962

Para 1962 en la Constitución los constituyentes consideraron únicamente copiar en forma exacta tanto el número de artículos como su contenido, puesto que lo regula de igual forma que la constitución anterior. Esto debido a que dicha constitución fue elaborada de forma fugaz, como producto de un golpe de Estado.

j) Constitución de 1983

La vigente Constitución de 1983 da un giro radical a lo regulado por las anteriores constituciones. No solo en cuanto innovaciones, sino también en lo referente a estructura o contenido de la misma, ya que en las anteriores constituciones se visualizaba la supremacía del Estado sobre el individuo y es así que se iniciaban su articulado con la parte orgánica (Órganos del Estado, Sistema Electoral, Hacienda Pública, etc) y posteriormente plantea su parte dogmática (compuesta por los principios

y derechos fundamentales). La actual Constitución inicia con su parte dogmática y concluye con su parte orgánica.³⁸

El Art. 20 Cn. retoma nuevamente el término *morada* consagrándolo como un derecho inviolable, y estableciendo ciertos elementos que anteriormente no aparecían, como el hecho que depende de la voluntad de quien habite en la morada (ya sea como propietario o por cualquier otro título: inquilino, arrendatario, poseedor, comodatario, etc) el permitir que alguien ingrese a ella, establece el mandato judicial como otro de los requisitos para poder ingresar a la morada y por excepción, no va a ser necesaria la orden de un juez o un tribunal para entrar sin su consentimiento en la morada de una persona, cuando: a) Haya peligro inmediato de que se cometa un delito o se esté cometiendo en flagrancia; y b) Cuando las personas que se encuentran en su interior se hallen en grave peligro, ya sea por un incendio u otros similares que no les permita salir.

En este orden de ideas es que se innovó en el Art. 2, y se reconoce el derecho a la intimidad de manera autónoma, ya que anteriormente se le incluía dentro del derecho a la libertad, si bien es cierto es una manifestación de este derecho, también es cierto que por su gran importancia se le dio autonomía y relevancia a tal grado ubicarlo al inicio de los derechos fundamentales (Capítulo I de la Constitución).

Otra gran innovación fue la separación de las intervenciones corporales de la inviolabilidad del domicilio. Como se observó, las anteriores Constituciones, reconocían

³⁸ La Constitución de 1950, reproducida casi íntegramente en 1962, estructuró las disposiciones constitucionales de manera tal, que la parte orgánica, esto es aquella relativa a los llamados poderes públicos, se colocó al inicio de la misma, dejando para los títulos finales aquellas otras relativas a los derechos individuales y sociales. Sin duda esta estructuración respondió a las ideas predominantes en la época de otorgar cierta preeminencia al Estado, como una reacción a las ideas del individualismo filosófico y del liberalismo económico, consagrados así como dogma de fe en nuestro país desde la constitución de 1886. Cfr. La exposición de motivos de la constitución punto 3 ESTRUCTURA DEL PROYECTO.

en un solo precepto estos dos derechos; la constitución de 1983 hace la separación y ubica a este primer derecho en el Art. 19 y la inviolabilidad de la morada en el Art. 20.

El constituyente fue prudente y observó que el avance de la ciencia y la tecnología cada día es más vertiginoso y plasmó en el Art.24 la protección de la correspondencia y prohibió la interferencia e intervención de las comunicaciones telefónicas, creemos que si bien se dio un ligero avance no se previó (tal como lo hizo la Constitución de España de 1978 en el Art. 18) el regular la intimidad informática.

En resumen la Constitución de 1824, 1841 y la de 1864 utilizan el término casa como expresión del derecho a la intimidad el cual no era único, pues dicha protección se hizo extensiva hacia otros ámbitos; luego en la constitución de 1886 se utiliza por primera vez el término domicilio, el cual dejó de utilizarse con la Constitución de 1950 y que hasta la fecha no se ha dejado de utilizar. Muchos han sido los cambios que han tenido las constituciones respecto a la protección al derecho a la intimidad, pero lo cierto es que nunca no se perdió de vista el objetivo primordial de dar protección jurídica a este derecho fundamental.

Se observa que se ha abordado en su mayoría, solo una manifestación del derecho a la intimidad como es la inviolabilidad del domicilio y correspondencia, esto obedece primordialmente a que en sus orígenes el constituyente asimiló la intimidad únicamente dentro de estos ámbitos, dado el momento histórico no se podía hablar de intimidad telefónica, intimidad corporal (en caso de A.D.N), Intimidad física (propia imagen) ya que el avance de la ciencia no lo permitía.³⁹

³⁹ El Tribunal Constitucional Español ha resuelto que la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento

Para concluir diremos que respecto a la evolución del derecho a la intimidad conviene precisar, de acuerdo con Ruiz Miguel que la intimidad puede ser contemplada desde una triple perspectiva como *fenómeno*, como *idea* y como *derecho*. La intimidad como *fenómeno* o como hecho ha existido en todas las épocas, puesto que si es consustancial al ser humano no puede surgir en la modernidad. En los pueblos antiguos existía cierta intimidad, pero no se denominaba de esa forma y no se tenía conciencia de ella. La intimidad como *idea* significa la realización por parte de los hombres de ciertos actos que pueden calificarse de íntimos, sin que todavía halla mostrado conciencia de los mismos en el sentido de considerarlos como jurídicamente protegibles. Finalmente aparece la intimidad como *derecho* que surge en la modernidad y es a la que nos referimos en este trabajo (...) el derecho a la intimidad como tal es de reciente creación, siendo considerado, por tal motivo, un derecho fundamental de nueva generación.⁴⁰

Siendo la intimidad un derecho fundamental, se encuentra rodeado de un garantismo que prohíbe la injerencia injustificada en este derecho, sin embargo su radio de ejercicio no es absoluto y subyace en determinados casos que previstos en la ley hacen de este derecho limitable.

Pasaremos a continuación a desarrollar la teoría relativa al derecho a la intimidad, la limitabilidad de los derechos fundamentales, no sin antes realizar una breve reseña histórica de lo que son los derechos fundamentales.

de aspectos de la vida privada. Sentencia 110/1984, del 26 de noviembre. Fundamento jurídico N° 3

⁴⁰ RUIZ MIGUEL, C. "La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad". Pág. 3-4 citado por NOYA FERREIRO Lourdes María. "La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 24

CAPITULO II

INTIMIDAD, DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU LIMITABILIDAD

Los derechos fundamentales son el pilar bajo el cual se cobija el Estado Constitucional de Derecho, piedra angular de la democracia, que tiene como principio y fin en la sociedad el desarrollo integral de la persona, velando por el respeto de los derechos y garantías, entre los cuales figuran en un primer plano el derecho a la intimidad.

Por lo que no puede decirse: *“frente a ningún delito: todo está permitido. El juez, garante esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que la acompañan y decidir, si valorando los objetivos legítimos de la investigación merecen en ese supuesto concreto el sacrificio de un bien jurídico, especialmente valioso como es la dignidad, la intimidad (...).”*⁴¹

Desde este punto de vista se vislumbra la importancia de los derechos fundamentales, como garantes de bienes jurídicos, por lo que se hace insoslayable el estudio de este tema, y comenzaremos con una breve reseña histórica, con el objetivo de que el lector se forme un juicio de valor sobre la importancia y vinculación con el derecho a la intimidad.

2.1. Breve reseña histórica de los derechos fundamentales

El término derechos fundamentales, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789. Dicha expresión

luego alcanzó especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación de los “*Grund rechte se*” ha articulado de modo especial tras la constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la actual Grundgesetz de Bonn, la Ley fundamental de la República Federal Alemana promulgada en el año de 1949.⁴²

Pero en esencia, el origen de los derechos fundamentales está estrechamente ligado con el constitucionalismo. Nacen con la constitución y se acaban con ella. Son pues, una categoría dogmática del derecho constitucional. Consiguientemente, en aquellos países donde no existe Constitución no tiene cabida hablar de derechos fundamentales. Podrá hablarse de derechos humanos, derechos de la personalidad, o de otras categorías similares, pero nunca de derechos fundamentales.⁴³

Es conveniente recordar que la protección de los derechos fundamentales posee una larga historia, la cual podemos reseñar así: Una primera etapa en la que el esfuerzo de los gobernados se concreta en consagrar los derechos fundamentales en una norma legal. Una segunda consistió en incorporar tales derechos, no ya a la ley, sino a una norma de superior jerarquía, la Constitución. Y una tercera etapa la constituye la labor de estipular esos derechos y las garantías de su cumplimiento, al acuerdo o la convención internacional, puesto que se ha reconocido que aquellos no son exclusivamente una preocupación doméstica, sino también mundial.⁴⁴

⁴¹ Caso Naseiro Cit. por COLLADO PAULÍ, Francisco Javier “La prueba ilegalmente obtenida” Plan de Girona, Derecho penal II, en CDGJ Madrid. 1993. Pág. 1268

⁴² PEREZ LUÑO, Antonio E. “Los derechos fundamentales. Temas clave de la constitución española”. Ed. Tecnos. Madrid, 1988. Pág. 29

⁴³ CRUZ VILLALÓN, P. “Formación y evolución de los derechos fundamentales” citado por NOYA FERREIRO, Lourdes María. “La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 24

⁴⁴ GUTIERREZ CASTRO, Gabriel Mauricio. “Catálogo de Jurisprudencia. Derecho Constitucional Salvadoreño.” Publicación de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 1993. Pág. 119

2.2. Concepto de los derechos fundamentales

La reseña hecha anteriormente nos muestra que los derechos fundamentales tanto en su formulación, alcance y contenido, como en su sistema de protección han estado en constante evolución y desarrollo; pues, como manifestación de un orden cultural, son resultado de un proceso que involucra multiplicidad de factores. Y es que los derechos fundamentales adquieren sentido en atención a coordenadas de tiempo y lugar, esto es, según exigencias, valores y necesidades (entiéndase condiciones antropológicas, sociales, económicas, políticas e históricas) de un conglomerado social.⁴⁵

La noción de derechos fundamentales se entiende aludir a aquellos derechos humanos garantizado por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de tutela reforzada.⁴⁶

La tutela reforzada, en palabras de Pérez Luño, se ve preservada por las garantías procesales que la propia Constitución establece para su protección, véase por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el recurso de amparo, dada la esenciabilidad de dichos derechos.

Llamamos derechos fundamentales, en sentido técnico, a los que garantiza expresamente la Constitución sustrayéndolos a la libertad del legislador (esto es lo que el legislador puede o no hacer dentro de su límite). Lo cierto es que tales derechos suelen ser efectivamente fundamentales, en sentido ordinario y también filosófico, pues son instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, aquellos que son requisito y presupuesto de su desarrollo integral como persona capaz de autodeterminarse. *Son derechos básicos, por cuanto son la base y fundamento de la integración jurídica impersonal del individuo en la sociedad.* Por eso los operadores

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. Op. cit. Pág. 46

jurídicos tienen especial deber de respetar los derechos fundamentales, que está además reforzado normativamente debido a la posición privilegiada y el blindaje que tales derechos disfrutan en el ordenamiento.⁴⁷

Así, contemporáneamente la doctrina constitucional alemana establece diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales, entendiendo por los primeros “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos con su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. En otros términos, los derechos humanos tienen una connotación más axiológica que jurídica pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades básicas de la vida humana y que, por diversas razones no se encuentran positivizadas en los ordenamientos jurídicos. En cambio, los derechos fundamentales tienen un sentido jurídico preciso y exacto, por cuanto se refieren al conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizados por el derecho positivo.”⁴⁸

De ahí que es conocido que los llamados derechos individuales, derechos del hombre, garantías individuales o garantías fundamentales de la personas, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados. O mejor dicho, *es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades a concurrir por medio de sus representantes a formar la constitución. El propósito jurídico político de tales derechos*

⁴⁷ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Principios, Fines y Derechos Fundamentales.” Ed. Dykinson. Madrid, 2000. Pág. 122

es, pues, garantizar contra toda intromisión arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad no sólo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no solo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice. Desde el prisma de la técnica jurídica, los llamados derechos del hombre se nos presentan como limitaciones a la actividad del Estado, y establece una relación jurídica Hombre-Estado, en el cual el primero en su carácter de gobernado, es el sujeto activo de la misma, siendo el sujeto pasivo el Estado y concretamente sus actividades. Esos derechos ocupan el primer lugar en la escala de valores del régimen jurídico del mundo occidental, y en lo que se refiere al nuestro, no obedece a una casualidad el que en nuestra Constitución se reconozcan a partir del artículo 2, inmediatamente después de los fines del Estado.⁴⁹

Por derechos fundamentales debemos entonces entender el *conjunto de normas jurídicas protectoras y garantes de bienes jurídicos que, por su naturaleza, son esenciales para el fiel desarrollo de una sociedad democrática y la plena vigencia del Estado democrático de Derecho.*⁵⁰

Así, nuestra Constitución reconoce una serie de derechos esenciales que deben ser efectivos en un Estado de Derecho, que catalogados en el Título II como los derechos y garantías fundamentales de la persona, son indispensables para la convivencia pacífica y armoniosa, constituyendo los presupuestos del consenso sobre

⁴⁸ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “La Tutela de los Derechos Fundamentales.” Citado por BERTRAND GALINDO, Francisco, et. al. “Manual de derecho constitucional salvadoreño.” Tomo II Ed. UCA. San Salvador, 1992. Pág. 695

⁴⁹ GUTIERREZ CASTRO, Gabriel Mauricio. Op. cit. Pág. 118

⁵⁰ La idea de democracia tal como señala la Dra. Aronette Díaz “*es más que elecciones periódicas, es más que libre juego de idea política, significa el respeto a los derechos fundamentales del ser humano. Sólo a partir de ello es posible llegar a concretizar la paz y la armonía social entre los miembros de la sociedad.*” En SMUTT, Marcela, y MIRANDA,

el que debe edificarse cualquier sociedad democrática, valores que deben ser respetados y garantizados en todo momento por un Estado que tiene como principio y fin a la persona.

Es por ello que a la hora de limitar un derecho fundamental y sobre todo el que ahora es objeto de este trabajo, deben atenderse ciertos criterios que más adelante detallamos, pero que de manera general responden al respeto sobre la vida privada de una persona, de su domicilio, y de su comunicaciones, que subyacen necesariamente ante exigencias que en una sociedad democrática son necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, es decir la protección de los derechos y libertades de los demás.

2.3. Los derechos fundamentales como límites al poder del Estado

Desde la aparición del derecho, en sentido moderno, uno de los factores que han servido para descubrir su significado ha sido el de los límites. El derecho se presenta como uno de los instrumentos destinados a organizar las relaciones sociales y por tanto regulador de las conductas de los hombres en la sociedad. No es así extraño que se haya llegado a proclamar que esencialmente, *el derecho es un sistema de límites*. Nos encontramos dentro de él con normas que obligan, prohíben o permiten realizar una determinada acción, que otorgan competencias y facultades, que reconocen pretensiones, que satisfacen necesidades, que resuelven conflictos etc (...). Una de las notas comunes a todas estas normas es la del establecimiento de límites (...). Esta caracterización es compartida, en mayor medida cuando se hace referencia

a los derechos fundamentales y se plantea su relación con el poder, pero también cuando se aborda su significado, su concepto o sus funciones.⁵¹

Desde este punto de vista los derechos fundamentales nacen como un límite frente a la soberanía del Estado, y constituyen el ámbito de derechos que se reserva el individuo ante la autoridad del Estado. Tal soberanía estatal se traduce, entre otras manifestaciones, en la monopolización de la persecución de los hechos delictivos (*ius puniendi*) principio que en esencia limita la actividad represiva del Estado, habida cuenta de las aberraciones y arbitrariedades ocurridas en el pasado.⁵²

Véase por ejemplo el juicio previo como derecho fundamental, que nace como un límite a la acción punitiva encomendada al soberano, y parafraseando a Binder, expresaremos que *“la idea de un poder limitativo también nace en la edad media(...), ya sea como una imposición de los barones al rey, ya sea como un privilegio de la burguesía o como un derecho inalienable del hombre que surge de su propia naturaleza(...) lo cierto es que la idea misma del poder limitativo estuvo siempre intrínsecamente ligado al principio que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo”*.⁵³

De ahí que si se observa el origen histórico de los derechos fundamentales, su génesis arranca con la lucha por limitar la actuación del poder político y religioso que afecta a determinados ámbitos de libertad del ser humano; pero además, la consideración de los derechos como límites al poder aparece claramente también en el

⁵¹ DE ASIS, Rafael. “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”. Ed. Dykinson. Madrid, 2000. Pág. 15

⁵² Donde la confesión era la reina de las pruebas y su obtención a cualquier precio habilitaba el uso de la tortura y de otros tratos degradantes propios de la Inquisición.

⁵³ BINDER BARZZIZA, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal” Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1993. Pág. 113

origen de la idea de la Constitución. Esta surge como instrumento para limitar la actuación del poder político.⁵⁴

Todas las obras que, desde una perspectiva general, se dedican al estudio de los derechos fundamentales, coinciden en considerarlos como figuras que limitan la acción de los poderes públicos. Una parte importante del derecho, al organizar y racionalizar el poder, lo está limitando, y por tanto regula el uso de su fuerza.⁵⁵

Es tal el valor de los derechos fundamentales que hoy en día es prácticamente aceptada su calidad de *Ius Cogens*; esto es, derecho internacional necesario, no disponible por la voluntad de los Estados, y que constituye un límite objetivo a la soberanía de los Estados.⁵⁶

Siendo la intimidad un derecho fundamental, también se presenta como un límite al poder del Estado; este límite se ve plasmado en los diferentes ámbitos de la intimidad como son: intimidad física (no pudiendo realizarse inspección corporal sin la debida orden judicial, y además deben concurrir determinados supuestos como una sospecha razonable); lo mismo ocurre con el allanamiento de morada, y las intervenciones corporales en los que deben además fundamentarse la medida en base al principio de proporcionalidad que más adelante desarrollamos.

2.4. Derecho de la personalidad como derecho fundamental

2.4.1. Concepto

La intimidad como derecho fundamental lo encontramos dentro del derecho a la personalidad, donde concurre con otros derechos como el honor o la propia imagen,

⁵⁴ DE ASIS, Rafael. Op. cit. Pág. 17

⁵⁵ Ibídem. Pág. 16

⁵⁶ GUTIERREZ CASTRO, Gabriel Mauricio. Op. cit. Pág. 118

por lo que se hace necesario referirnos brevemente al derecho a la personalidad para luego abordar a profundidad el derecho a la intimidad.

Todo el derecho existe por causa del hombre, y es éste el sujeto primario e indefectible tanto del derecho privado como del derecho público. Los derechos de la personalidad son innatos y se adquieren por el simple hecho del nacimiento.⁵⁷

De ahí que se les ha definido como aquellos derechos que, a diferencia de los patrimoniales “garantizan al sujeto el señorío de una parte esencial de su propia personalidad” o bien “aquellos que tiene por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona”.⁵⁸

Beltrán de Heredia indica que todas las definiciones formuladas vienen a coincidir en el fondo, aunque de mayor relieve a uno u otro, de los elementos que integran la relación. Si se tiene en cuenta el poder o facultad del sujeto podrán ser considerados como aquellos derechos que atribuyen el goce de las facultades corporales y espirituales que son atributos esenciales de la naturaleza humana, condición fundamental de su existencia y actividad o simplemente el goce de nosotros mismos, y de lo que con nosotros está unido indisolublemente; algo así como el derecho de la persona a ser fin en sí misma, y a afirmarse y desarrollarse como tal. Si por el contrario se da más importancia al reconocimiento que el derecho objetivo atribuye a aquella titularidad podrá hablarse de “derecho a exigir que el hombre sea reconocido como plena personalidad ética y espiritual.” Y finalmente, si lo que se destaca es el objeto al que afectan y las cualidades inherentes al mismo “puede decirse que son derechos que nacen con el hombre y viven con él inseparablemente,

⁵⁷ SÁNCHEZ AGESTA, N. “Sistema político de la Constitución española” citado por HERRERO TEJEDOR, Fernando. “Honor, intimidad y propia Imagen”. Op. cit. Pág. 25

⁵⁸ CASTAN TOBEÑAS. “Los derechos de la personalidad” En RGLJ, VII-VIII citado por NOYA FERREIRO Lourdes María. Op. cit. Pág.51

que en este sentido son esenciales, pues constituyen el mínimo indispensable de contenido de la personalidad.”⁵⁹

2.4.2. Características

Siguiendo a Gómez Pavón “las características de los derechos personalísimos reseñados por la doctrina son: a) originarios e innatos; b) subjetivos-privados; c) oponibles erga omnes; d) extrapatrimoniales; e) intransmisibles; f) irrenunciables e imprescriptibles”.⁶⁰

a) originarios e innatos: se destaca en esta característica su esencialidad; la técnica jurídica empleada en su reconocimiento es la de los llamados conceptos jurídicos individuales determinados, mediante la cual se protegen realidades históricamente variables, sin perfiles definidos, tales como la dignidad, el honor, que permiten ir concretando su protección en el tiempo a los tribunales. Se ha destacado también su carácter *inherente e inseparable* de la persona lo que comporta el que constituyan derechos individuales y personalísimos, existentes en toda persona, con alcance diferente basado en el interés de cada uno en mantener un determinado ámbito de protección y su extinción a la muerte de la persona.

b) subjetivos- privados: en cuanto permiten el goce de los propios bienes personales, su tutela va dirigida frente a otros particulares, aún cuando esto no entre en contradicción con su reconocimiento constitucional.

c) oponibles erga omnes: se consideran también derechos absolutos, lo que ha llevado a equiparlos en determinadas épocas con el derecho de propiedad, aún cuando pueda limitarse si se produce un conflicto con otros de igual rango, de ahí que son oponibles contra cualquier persona.

⁵⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, J. “Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad” citado por HERRERO TEJEDOR, Fernando. Op. cit. Pág. 51

d) Extrapatrimoniales: es decir que no son valorables en dinero y se encuentran fuera del comercio.

e) Irrenunciables e imprescriptibles: irrenunciables ya que no puede abdicarse de su titularidad, a este respecto cuando la intromisión sea consentida no debe hablarse de renuncia, sino de falta de ilegitimidad. Inalienables en el sentido de que no son susceptibles de enajenación, por ello mismos son inembargables e inexpropiables. Por último son imprescriptibles en el sentido de que el derecho no puede extinguirse por inactividad o silencio de su titular (prescripción extintiva).⁶¹

2.5. La intimidad como derecho de la personalidad

La intimidad “es uno de los derechos fundamentales de la personalidad y como tal son aplicables las mismas características de este a saber: esencial, oponible erga omnes, extrapatrimonial, intransmisible, no susceptible de previa intervención estatal, bien al contrario esta sólo existirá en caso de vulneración, y en base a las garantías establecidas puede considerarse un derecho fundamental en plenitud.”⁶²

La intimidad se perfila como un derecho que permite el desarrollo de la personalidad, es así que debe ser restringida solo en la medida de lo necesario. Bajo este argumento ha resuelto la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia al establecer que “El legislador no puede validamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la

⁶⁰ GOMEZ PAVON, Pilar. Op. cit. Págs. 19 y 20

⁶¹ Ibidem. Pág.19-20

⁶² GOMEZ PAVON, Pilar. Op. cit. Pág. 21

medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen solo por ella deben ser decididos”.⁶³

El señalar el carácter de derecho de la personalidad tal y como hace la mayoría de la doctrina, no es más que una primera aproximación a la delimitación de que debe entenderse como derecho a la intimidad.

En conclusión diremos que siendo la intimidad un derecho de la personalidad (es decir inherente al hombre por su misma naturaleza de persona) es tan aferrada a su condición de ser voluble a las condiciones sociales históricas imperantes en que se desarrolle, que se le ha dado la categoría de bien jurídico indeterminado, esto es que ofrece la ventaja de permitir adaptarlos a los momentos históricos, véase para el caso las intervenciones telefónicas, hace cien años no se hablaba del tema por que no existían teléfonos, lo mismo ocurre con la intimidad corporal en el caso de A.D.N. y últimamente la intimidad informática.

2.5.1. Etimología de la Intimidad

Para González Gaytano la raíz de la palabra intimidad la encontramos en *Intimus* (a, um), se traduce del latín por íntimo, el más íntimo. “Su procedencia la encontramos en el adverbio *intus*, traducido “por dentro”, o “hacia adentro”. Así, íntimo

⁶³ Continúa la sentencia diciendo “Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que sobre ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras esta no interfiera con la autonomía de las otras es parte del vital interés común en una sociedad personalista, como ha pretendido conferir la carta política que hoy nos rige.” Cfr. Sentencia C-221/94 Sala plena de la Corte Constitucional de Colombia, del 5 de Mayo de 1994. Cfr. Anexo N° 25

cabe traducirlo al término latino, como lo más interior, “lo que tiene a demostrar la máxima interioridad”. De esta forma, la lengua latina establece que *a interior*, le corresponde el superlativo *intimus*. Como recuerda este autor “la palabra *intestinus* deriva de *intus*, cuyas substantivaciones (...) y su plural femenino más usado *intestina* (los intestinos) acogen el mismo significado, en tal caso para designar una parte interior del cuerpo, las entrañas.”⁶⁴

Así, como primer idea tenemos que la palabra intimidad deriva de interior, es decir aquello que nosotros nos reservamos a los demás en lo más profundo de nuestro ser, lo oculto, lo que no queremos dar a conocer por discreción, prudencia, pena o vergüenza o por simple reserva, resaltando como primera característica de la intimidad la ausencia de difusión, de conocimiento para con los otros con los que convivimos.

Siguiendo con la raíz latina intimidad, observamos en las lenguas que tiene o bien su origen, o bien significativas influencias de aquella como el término *pervive*. De esta forma, vemos como el idioma alemán, *Intimitat* conserva la idea de lo más interior extendiendo otros vocablos como *Vertraulichkeit* (familiaridad), *Gemütlichkeit* (comodidad en lo anímico o interior), e *Intimsphäre* (esfera íntima, en el sentido figurado interioridad).⁶⁵

En Francia, la significación de intimidad y las diversas acepciones, también son de destacar. La primera acepción de vida privada hace referencia al carácter interior y profundo. La segunda matiza en el sentido estrecho y profundo de un lazo. Por último, una tercera acepción entiende lo íntimo como lo privado. La lengua francesa define íntimo en base a “*lo que se sitúa en el nivel más profundo de su vida psíquica, que permanece generalmente escondido bajo las apariencias, impenetrable a la observación externa, a veces también al análisis del sujeto mismo. Esta última es la*

⁶⁴ GONZALEZ GAYTANO, Norberto. “El deber del respeto a la intimidad”. Universidad de Navarra, Pamplona, 1990. Pág. 17

*que se ha utilizado en la significación jurídica de intimidad (traducible por vie privé), si bien la acepción original es la de vida privada por que la vida íntima se desenvuelve en ámbitos privados”.*⁶⁶

2.5.2. Concepto

El derecho a la intimidad como derecho fundamental es ha nuestros días uno de los bienes jurídicos más preciados, ya que por su misma naturaleza permite el desarrollo de la persona y de su familia, es por ello que se encuentra entre los primeros bienes jurídicos que reconoce nuestra constitución Art. 2 inc. 2 “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*”; dada la importancia de este derecho es que el Tribunal Constitucional español ha referido que “*estrechamente vinculado a la propia personalidad, derivado sin duda de la dignidad humana; que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás (necesario según las pautas de nuestra cultura) para mantener una calidad mínima de vida humana. Se muestran esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo*”.⁶⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en igual posición ha dicho que “el derecho a la privacidad e intimidad, en relación directa con la libertad individual protege un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o

⁶⁵ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. Op. cit. Pág. 36

⁶⁶ Ibidem.

potencial para la intimidad. En rigor el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o físicas de las personas, tales como la integridad corporal, la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar las áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.”⁶⁸

Estrechamente ligado a la idea de intimidad se encuentra la idea de reserva como poder del individuo de excluir de su vivencia a aquellas personas que no merecen su confianza. Así, el sentido que ha de darse a la idea de intimidad es el que ésta implica un control sobre las propias experiencias, sentimientos conocimientos, y sobre la información que nosotros mismos queremos dar a los otros individuos e incluso al Estado”.⁶⁹

Del derecho a la intimidad nos dice Meján, habrá que decir en primer término que es un derecho, de los que deben catalogarse entre los derechos fundamentales del ser humano (...) que regula el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quien le da acceso al mismo, según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que solo puede ser

⁶⁷ Sentencia 231/1988 del Tribunal Constitucional español, de 2 de diciembre. Cfr. Anexo N° 16

⁶⁸ Fallo Ponzetti de Balbín contra Editorial Atlántida S.A., del 11 de diciembre de 1984

⁶⁹ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág. 38

obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita.⁷⁰

Obsérvese que el autor resalta la idea de reserva que puede girar en torno a: cosas (comunicación escrita, soporte informático, documento o efecto personal, fichero o cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado Art.188 C. Pn), *experiencias y sentimientos*, las experiencias son el conjunto de vivencias acumuladas por las personas de las cuales han sido protagonistas principales, que son producidas por el contacto con la realidad y, se pueden dilucidar como un determinado hecho, que interiorizado por esa persona, solo ella conoce por ejemplo los acontecimientos personales, el secreto compartido a su mejor amigo de tal o cual hecho; los sentimientos son sensaciones de carácter emocional, véase para el caso las relaciones de carácter familiar, sexuales, noviazgos etc., en el que la afinidad juega un papel primordial, es así, que es facultad de la persona el decidir a quien participa estas cosas, emociones, sentimientos y conductas, además tiene la potestad de restringir a otras de su conocimiento categorías estas que permiten el desarrollo de la personalidad.

En ese mismo orden de ideas es que De la Válgoma señala que la idea de intimidad está sujeta a la idea de exclusión. Se trata de una esfera propia, reservada donde los demás no tienen cabida. Hay un claro matiz individualista, de protección de la personalidad en cuanto tal. Por ello la intimidad es aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la persona misma.⁷¹

⁷⁰ MEJÁN C., Luis Manuel. "El derecho a la intimidad y la informática" Ed. Porrúa. México, 1994. Pág. 5

2.5.3. Fundamento filosófico de la intimidad

Todas las disciplinas del saber humano encuentran su fundamento último en la filosofía, como actividad propia del intelecto. Así resulta indispensable para los efectos de este trabajo, plantear un análisis serio sobre las bases filosóficas de la intimidad.

De ello, Meján opina: *“Dentro del hombre hay muchas necesidades e inclinaciones que se dan polarizadas, así en materia de información, la íntima naturaleza del ser humano presenta una dualidad de tendencias instintivas: por un lado el ser humano tiene necesidad de saber; y por el otro, necesidad de ocultar”*.⁷²

a) Necesidad de saber

El conocer es mandato de la naturaleza humana, es peculiar del hombre, a diferencia de otros seres (...); paralelamente a esta necesidad humana de saber, de conocer, el hombre ha desarrollado toda una tecnología que le permite saber, almacenar y conocer más. Todas las técnicas de investigación tienen su fundamento en la satisfacción de la necesidad de conocer. No habría metodología de las ciencias, no habría microscopios o sondas de observación espacial, no habría bibliotecas o laboratorios, no habría universidades si el hombre no tuviera esa íntima esencia de la necesidad de conocer.⁷³

La necesidad de saber ha llevado al ser humano a crear instrumentos tecnológicos⁷⁴ que permiten conocer hasta el más íntimo secreto de éste, ahondar en

⁷¹ DE LA VALGOMA. “Comentario de la ley orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen” citado por HERRERO TEJEDOR, Fernando. Op. cit. Pág. 81

⁷² MEJÁN C., Luis Manuel. Op. cit. Pág. 5

⁷³ Ibídem. Pág.6

⁷⁴ B.F. Skinner en su libro “Las ideas conductuales” establece que “el avance tecnológico cambia al hombre de vencedor a víctima. Pero el hombre sigue siendo lo que siempre ha sido, y su logro más notable ha sido el diseño y la construcción de un mundo que le ha

su vida privada a través del examen poligráfico o suero de la verdad, detectar cualquier enfermedad con la prueba de A.D.N., ligar a una persona con la escena del delito con la toma de huellas dactilares, escuchar y grabar sus más íntimos secretos por medio de las intervenciones telefónicas. Pero esta facultad de saber no es absoluta y está limitada a ciertos presupuestos y requisitos que más adelante se detallan.

Es así que en la impartición de la justicia para asignar a cada quien lo que le corresponde es menester desarrollar una labor de investigación y valoración. El juez, antes de decir la verdad jurídica, antes de asignar los derechos y obligaciones que se debaten ante él, antes de impartir justicia, debe pasar por un período de establecimiento y prueba de los hechos, un periodo de instrucción, de probanzas, un periodo, en suma, de información, de saber. El conocimiento precede necesariamente a la justicia.⁷⁵

b) Necesidad de ocultar

Paralelamente y paradójicamente a la necesidad de saber también es propio de la naturaleza humana, el conservar determinados espacios de información ocultos a todos o algunos de los seres con los que se convive (...); todos tenemos un reducto donde acumulamos cosas, las que no permitimos jamás que lleguen a los ojos de otros, o lo hacemos solo en casos y circunstancias muy peculiares.⁷⁶

Existe para la persona esa necesidad de ocultar cosas, sentimientos, experiencias, conductas que por pena o vergüenza no desea comunicar o que se sepan. La restricción en muchos casos se vuelve indispensable hasta el punto de llegar a defender ese secreto con su propia vida. De ahí que la intromisión morbosa en la

librado de impedimentos y ha extendido ampliamente su dominio". En "Enciclopedia Autodidáctica Océano" Tomo IV. Ed. Tecnos. Madrid, 1990. Pág.496

⁷⁵ MEJÁN C., Luis Manuel. Op. cit. Pág. 7

⁷⁶ Ibídem. Pág.8

intimidad de una persona sea objeto de protección penal, que tipificadas las intromisiones del Art. 184 al 190 del Código Penal desarrollan ese ámbito de intimidad constitucionalmente regulado en el Art.2 de la Constitución.

Ya anteriormente hemos expuesto que lo que caracteriza en esencia al derecho a la intimidad, es la idea de reserva y consecuencia de ella es el derecho al silencio, de ahí que tal como lo ha resaltado Daniel Uicich *“el hombre así como necesita de comunicación necesita de soledad. En ella desarrolla sus virtudes y asume sus errores. En ella medita y concluye, reza y promete, se castiga o se premia (...) el hombre tiene derecho a que los demás no se entrometan en su vida privada. Es un derecho personalísimo. Por otra parte se debe considerar que así como la libertad religiosa, el secreto profesional o el secreto fiscal son facetas de la intimidad, el silencio y el secreto lo son también (...) el derecho al silencio es la contracara del derecho a la libertad de expresión. Es la facultad de reservar para sí y no exponer al conocimiento de terceros los sentimientos, ideas, conocimientos”*.⁷⁷

Para concluir el aspecto filosófico de la intimidad citaremos la autorizada opinión de Méjan, para quien: “la necesidad del ser humano, aun las más básicas, deben encontrar una respuesta en el mundo del derecho, si el hombre tiene necesidad de alimentarse, debe tener derecho a ello y los demás seres deben respetarlo; si un hombre tiene necesidad de reproducirse debe tener derecho a ello; si el hombre tiene necesidad de vestirse y habitar al abrigo, debe tener derecho a ello. Por ello si el hombre tiene necesidad de saber y conocer, el derecho lo debe reconocer; si el hombre tiene la necesidad de mantener discreta cierta información, debe tener derecho a ello.

⁷⁷ UICICH, Rodolfo Daniel. “Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad”. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1999. Pág. 31

2.5.4 Fundamento psicológico

La psicología, como ciencia que estudia la conducta de los seres vivos, se propone analizar la compleja estructuración del comportamiento humano tomando como punto la razón de índole subconsciente que dinamizan dicho comportamiento.⁷⁸

Desde este punto de vista se pretende exponer las razones por las cuales la intimidad resulta para el individuo una categoría tan fundamental para su pleno desarrollo tanto social como personal y familiar, tomando como punto de partida lo que ésta disciplina entiende por intimidad.

Para Bates la intimidad se fundamenta en “la idea de retirada, reclusión y evitación, de la interacción. En concreto este autor entiende que el término puede definirse como el sentimiento que una persona tiene de que los demás deben ser excluidos de algo que solo a él concierne, así como el reconocimiento que los demás tiene el derecho a hacer lo mismo.”⁷⁹

La psicología ha demostrado la realidad del ocultamiento de aspectos relacionados con lo íntimo, y dentro de éstos, con lo que pensamos y sentimos. Muchos sentimientos, sensaciones, ideas o vivencias, quedan ocultas, incluso para aquellas personas con las que tenemos una relación más íntima (...) queda claro que la intimidad se constituye como un aspecto psicológico ya que se identifica con la personalidad, que es un concepto con su raíz en la burguesía, y que en origen atiende a las apariencias, dado que estas definen lo que realmente es. A ello, hay que añadir el control de la voluntad. De ello extraemos una concepción de la intimidad, como elemento diferenciador, es singular, personaliza, es subjetiva, y tiene una configuración

⁷⁸ “Enciclopedia Autodidáctica Océano”, Tomo 4, Barcelona, 1990. Pág. 494

⁷⁹ BATES, A. P “Privacy: A aseful concept?” Cit. Por REBOLLO DELGADO, Lucrecio. Op, cit. Pág.26

en gran medida psíquica, en definitiva, la intimidad desde esta perspectiva psicológica se constituye en una conducta.⁸⁰

La conducta como manifestación de la voluntad humana requiere, en la mayoría de los casos que la persona analice y luego actúe, y es que tal como lo ha desarrollado Meján: *“un individuo no es uno solo. Es primero, lo que es y que solo Dios conoce; es, en segundo lugar, el que él cree que es; es también el que los demás creen que es y, por último es el que él cree los demás creen que es.”*⁸¹

2.5.5. Teorías de la Intimidad

Como ya anteriormente se dijo, la intimidad entendida como concepto jurídico indeterminado dio lugar a la difícil tarea de definir este derecho fundamental y, es así como de los intentos de definición del concepto de intimidad se han elaborado diversas teorías. Básicamente se puede decir que existen dos grandes grupos de doctrinas o tendencias en la explicación del concepto de intimidad: las teorías de las “*esferas*” y las del “*mosaico*”.

a) Teoría de las Esferas

Tradicionalmente, nos dice Bajo Fernández, se ha venido empleando la denominada teoría de las esferas, consistente en dividir o distinguir la vida privada en tres esferas o zonas diferentes, según que el núcleo sea más o menos restringido. Aunque en algunos casos estas denominaciones hayan sido utilizadas, indistintamente

⁸⁰ Ibídem. Pág. 27

⁸¹ MEJÁN C., Luis Manuel. Op. cit. Pág. 73

existe o pueden existir diferencias entre ellas así: por ejemplo, no todo secreto tiene que afectar a la intimidad o vida privada.⁸²

De ahí que para Herrero Tejedor, la doctrina alemana intenta profundizar el contenido de la intimidad distinguiendo en él tres esferas. Constituirían a modo de círculos concéntricos, representativos de una triple graduación de la vida privada, desde el más permisivo al más restringido.⁸³

Conforme a esta teoría, nos manifiesta Luis Meján, el ser humano es un centro de actividades del cual se desarrollan varios círculos concéntricos, los más unidos al individuo son los más íntimos y los más externos son los menos privados.⁸⁴

Henkel, distingue tres grados o esferas concéntricas: la esfera *privada* en sentido estricto, la esfera de la intimidad *confidencial*, y la esfera del *secreto*, las que pasaremos a desarrollar a continuación.⁸⁵

i) Esfera privada: o (*privatsphäre*), es la más amplia, comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que lleguen al conocimiento público. Se incluye aquí la imagen física de la persona y su comportamiento aun fuera del domicilio, que no deben ser conocidas sino por quienes se encuentran en contacto con él.⁸⁶

ii) Esfera confidencial: (*vertrauenssphäre*) que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar, aquí se incluyen

⁸² BAJO FERNÁNDEZ, Manuel "Protección del Honor y la Intimidad" En Comentarios a la legislación penal, Tomo I. Madrid, 1982. Pág. 97

⁸³ HERRERO TEJEDOR, Fernando. Op. cit. Pág. 84

⁸⁴ MEJÁN C., Luis Manuel. Op. cit. Pág. 73

⁸⁵ HENKEL, "Der strafschutz der privatlebens gegen indiskretions", Cit, por GOMEZ PAVON, Pilar. Op. cit. Pág. 39

⁸⁶ NOVOA MONREAL, Ernesto. Op. cit. Pág. 47

correspondencia, memorias, etc.⁸⁷ Es así que esta esfera contiene las relaciones con otras personas, *pero en un* margen de relación personal, es el caso de los clientes, familiares etc.⁸⁸

iii) Esfera del secreto: (Geheimphäre) que corresponde a las noticias y a hechos que, por su carácter extremadamente reservado, han de quedar inaccesibles a todos los demás.⁸⁹ En ésta absolutamente nadie tiene acceso, e incluso el mismo individuo mantiene a veces en el subconsciente.⁹⁰

Ahora bien, como indica Morales Prats, debe tenerse en cuenta que las diversas esferas se comunican, de modo que constituyen una espiral, en la que por medio del consentimiento del titular los componentes de la zona del secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien de ésta a la esfera privada.⁹¹

Sobre la base de la teoría alemana de las esferas, la doctrina italiana, singularmente Bricola, diferencia de forma simplificada los derechos insertos en la llamada zona privada: el derecho a la reserva (riservatezza) y el derecho al respeto de la vida privada. El primero defiende la esfera privada de la divulgación de noticias legítimamente adquiridas por el sujeto; mediante el segundo se protege el sujeto de interferencias externas en esta esfera.⁹²

Con ello, indica Morales Prats, se establece un cuadro clasificatorio de los ataques a la vida privada de las personas. El derecho a la “Riservatezza” presupone la

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ MEJÁN C., Luis Manuel. Op, cit. Pág. 74

⁸⁹ Ibidem. Pág. 73.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ MORALES PRATS, Fernando. Op. cit. Pág. 129

⁹² BRICOLA: “Prospettive e limiti della tutela penale riservatezza” citado por HERRERO TEJEDOR, Fernando. Op. cit. Pág. 85

existencia de un conocimiento o acceso a la intimidad ajena lícitamente verificado. Por tanto, el objeto protegido en este punto son los deberes de discreción o sigilo sobre las circunstancias relativas a la esfera privada de otro; la infracción del derecho aparece desde el momento en que es quebrantado el deber de reserva, ya que la ilicitud recae sobre la divulgación o revelación de los hechos a personas ajenas a la esfera de confianza. El mantenimiento del deber de discreción expresa el respeto a la confianza, que ha inducido al sujeto a hacer partícipe de la noticia de otro (confidente). A tales parámetros jurídicos responden las relaciones que se entablan con los profesionales de la medicina o del derecho. Por el contrario, en las violaciones del derecho al respeto de la vida privada, la ilicitud recae sobre la interferencia en la esfera privada, porque se intenta impedir el conocimiento o acceso a la misma. Si después de la injerencia en esta esfera se produce la divulgación de los hechos conocidos subrepticamente, la segunda acción sólo será objeto de agravación de las sanciones jurídicas. El derecho al secreto de la vida privada quedan incluidos el secreto de correspondencia, las conversaciones privadas, la inviolabilidad del domicilio, la imagen(...).⁹³

b) Teoría del mosaico

Hacen énfasis en los roles que sociológicamente desempeña el individuo cuya privacidad se afecta y la entidad que pretende penetrar la misma. El término “mosaico” deviene de la afirmación que un individuo no es solo *una* información, sino un complejo de ellas y, relacionadas unas con otras el resultado puede variar.⁹⁴

⁹³ MORALES PRATS, Fernando. Op. Cit. pág. 129

⁹⁴ MEJÁN C., Luis Manuel. Op. cit. Pág. 75

Es decir, un dato en si no puede ser agresivo al derecho a la intimidad, reunidos con otros varios si puede serlo. Un dato dado a una persona, o conocido por ella puede no suponer invasión de la vida privada, pero sí, si quien accede es otra persona.⁹⁵

Por ejemplo el que un individuo consuma servicios a un restaurante y los pague con tarjeta de crédito parece ser inocuo en sí, lo está haciendo a vistas de los comensales del restaurante y de sus invitados, pero si se toman todos los estados de cuenta de la tarjeta de crédito de ese sujeto durante un año y se observa con qué frecuencia asiste a ese restaurante, a qué otros sitios va, dónde compra, cuánto gasta en promedio, etc. tomaremos conocimiento de otras realidades del sujeto, estaremos penetrando a la vida privada de él.⁹⁶

2.5.6. Clases de Intimidad

No encontramos en la doctrina una clasificación del derecho a la intimidad. Sin embargo, nosotros hemos clasificado a la intimidad en tres ámbitos, basados en las diferentes sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional Español, en las que hace mención a esos ámbitos de protección.⁹⁷

La intimidad como derecho presupone la manifestación de diversas expresiones de la misma, así podemos hablar de distintos ámbitos de intimidad, así tenemos:

a) Intimidad corporal

En la que se protege de intromisiones en el cuerpo de una persona que pueden ser por ejemplo: de menos intensidad como el obligar a una persona a ponerse o quitarse ropa, registros o pesquisas, los cortes de cabellos, hasta las de mayor

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

intensidad como pueden ser extraer fluidos corporales como sangre, saliva, semen, inspecciones vaginales o anales (Art. 19 Cn).

La Constitución garantiza la intimidad de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico publicas, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad. “(...) El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato personal”.⁹⁸

b) Intimidad doméstica

Llamada así por un espacio físico en el que se ve ejercida. Manifestación de ésta es la inviolabilidad de la morada (Art.188 C. Pn.) con la que se pretende restringir de injerencias en la casa, habitación o lugar donde pernocte una persona. Así, *“el derecho a la inviolabilidad del domicilio es uno de los que define el estatuto procesal básico de la persona, su más propio entorno jurídico, al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales”*.⁹⁹

De esta forma, la garantía a la inviolabilidad de la morada no es una norma que se justifique en sí misma, *“ella preserva importantes derechos fundamentales de la*

⁹⁷ Para mayor ilustración Cfr. Anexos (Sentencias 22/1984,114/1984,37/1989, 57/1994, 207/1996 y 8/2000)

⁹⁸ Sentencia 37/1989, de 15 de enero, del TC. Fundamento jurídico N° 7, Cfr. Anexo 17

⁹⁹ Sentencia del TC Español 8/2000, del 17 de enero. Fundamento jurídico N° 3 Cfr. Anexo N° 23

*persona, como son: la intimidad, la dignidad personal, la libertad, protege en suma que la persona no sea perturbada en su vida, mediante injerencias indebidas o irrazonadas, no solo por particulares, sino también de parte de cualquier representante del Estado”.*¹⁰⁰

c) Intimidad personal o familiar

Se plasman en este ámbito las diferentes manifestaciones del intelecto o pensamiento así como la relación de familia, confidencias o secretos personales entre los la que podemos encontrar el derecho al secreto de comunicaciones telefónica (Art. 186 C. Pn) o correspondencia, el registro de documentos privados como diarios, escritos, soportes informáticos, cartas, transmisión o grabación de sonidos (Art.184 C. Pn.) y la protección de la propia imagen (Art. 190 C. Pn.). El TC, en relación a la intimidad familiar ha fallado *“el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo, Sin duda, será necesario, en cada caso de examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su*

¹⁰⁰ Sentencia 34- 02- 2a, Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, de 16 de mayo de 2002, Fundamentación jurídica IV. Cfr. Anexo N° 4

*personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.*¹⁰¹

2.5.7 Intimidad y vida privada: conceptos diferentes

Uno de los primeros aspectos que se observa cuando nos aproximamos a la idea de intimidad es la diversidad de la terminología utilizada. Los italianos hablan preferentemente de “*riservatezza*”. En Francia suele preferirse la expresión “*vie privée*”. Los países sajones emplean el término “*privacy*”. En Alemania se habla de “*privatsphäre*”,¹⁰² términos que son empleados en los diferentes cuerpos normativos de esos países y que perfectamente son equiparables al derecho que nosotros conocemos como intimidad, pero algo muy distinto ocurre cuando hablamos de privacidad.

La doctrina hace una distinción de intimidad y privacidad, de ahí que partiendo del concepto extremadamente amplio de lo que es la intimidad podemos encontrar múltiples manifestaciones de este derecho: la reserva de la imagen, del nombre, la voz, la escritura, los acontecimientos personales, el pensamiento y sus expresiones y, en general, todas aquellas que se refieran a la identidad personal; junto a las que debemos incluir el secreto de la correspondencia, el secreto de los documentos, el domicilio y el profesional, ámbitos que a los que anteriormente hicimos alusión.

¹⁰¹ Doña Isabel Pantoja Martín presentó amparo constitucional ante la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español, por publicaciones de la Sociedad “Prographic”; ya que ésta había realizado y posteriormente comercializado, sin autorización alguna, unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su difunto marido, don Francisco Rivera Pérez, de profesión torero y conocido públicamente como «Paquirri», y muy especialmente, imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la citada plaza. Sentencia 231/1988, del 2 de Febrero de 1988 fundamento jurídico N° 2. Cfr. Anexo N° 16

¹⁰² HERRERO TEJEDOR, Fernando. Op. cit. Pág. 81

A todas las anteriores manifestaciones de la personalidad el ordenamiento jurídico da protección, si bien no todas ellas se protegen con el mismo celo, de la misma forma que para el individuo no todas tienen la misma importancia. De ahí que a nuestro juicio no resulta acertada la utilización del término “intimidad” para aludir a todas esas expresiones de la personalidad, puesto que si así fuera, sería preciso hablar de una intimidad en sentido amplio y una intimidad en sentido estricto.¹⁰³

Partiendo de esta consideración es conveniente poner de relieve que aunque los términos de “intimidad” y “vida privada” se han utilizado indistintamente, existe un derecho genérico a la vida privada, como el concepto ideal para aglutinar a todos aquellos derechos que tienen como fundamento común proteger el derecho de reserva de un individuo, ya se refiera ésta a la propia persona, al ámbito familiar, al secreto de sus comunicaciones o a la protección de las actividades realizadas en su domicilio, y que ha de utilizarse como el equivalente de la intimidad en su sentido más amplio. Por el contrario, el concepto de intimidad debemos referirlo únicamente a aquellas expresiones de esa vida privada que están revestidas de una mayor reserva y de un mayor secreto.¹⁰⁴

Con la vida privada se hace referencia a un concepto más amplio que con la intimidad, a un conjunto global de facetas de la personalidad que, puestas en relación unas con otras, reflejan un retrato de la personalidad del individuo, que éste tiene derecho a mantener en la reserva. La vida privada puede entenderse como el conjunto de circunstancias y datos de la vida de una persona que se aleja del acontecimiento del resto de los individuos, salvo que exista un expreso deseo de la persona afectada por poner de manifiesto tales datos.¹⁰⁵

¹⁰³ MORALES PRATS, Francisco. Op. cit. Pág.39

¹⁰⁴ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág. 39

¹⁰⁵ *Ibíd.* Pág.40

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, con ocasión de pronunciarse sobre si las relaciones homosexuales mantenidas en la intimidad atentaban contra la moral del Estado, considera que estas relaciones se refieren “a un aspecto de los más íntimos de la vida privada”. Con ello está precisamente fijando las bases para la admisión de distintos grados de intimidad,¹⁰⁶ manteniendo la doctrina alemana de las esferas de la intimidad que anteriormente fueron abordadas.

En consecuencia, el término intimidad debe emplearse para referirse a aquellas esferas de la vida privada de las personas que son objeto de una mayor protección hasta el punto de preservar su conocimiento, incluso de aquellas personas que configuran su entorno familiar, dejando el de vida privada para todo aquello que se sustrae del conocimiento público, pero no se le otorga una protección tan rígida. No obstante, al no reflejarse expresamente esta diferenciación en la regulación legal surge la necesidad de incluir dentro del campo de protección del derecho a la intimidad determinados aspectos de la vida personal que, en *stricto sensu*, no puedan ser considerados como tal, pero que de otra forma quedarían desprovistos de protección.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1988, Caso Norris

¹⁰⁷ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág.41. Como dijimos al comienzo de este punto, en los países de habla inglesa se emplea el término de “privacy”, pero también se usa el término “intimacy”. Con el primero se hace referencia a la capacidad de los particulares de controlar el acceso de los otros individuos a aquellas circunstancias personales o familiares que les son propias, al igual que a la capacidad de controlar las informaciones que se quieren hacer públicas. Con el segundo se alude a un ámbito más restringido, como sería el desarrollo de las relaciones íntimas. En Alemania se distingue entre una esfera íntima, que se refiere a lo más secreto del individuo, una esfera privada que alude a las circunstancias o manifestaciones de la vida personal y familiar, y una esfera individual que afecta aspectos relacionados con la personalidad, pero que estrictamente no pueden considerarse como intimidad.

2.6 Limitabilidad de los derechos fundamentales

Hemos expuesto al lector la importancia que el derecho a la intimidad como derecho fundamental representa y de ahí que se encuentre en el catálogo de derechos individuales reconocidos en el Art. 2 Cn. pero esa fundamentabilidad no hace a los derechos ilimitables, ya que por razones de orden social o de política criminal se hace necesario restringir a una persona de sus derechos, con el objetivo de investigar un delito, siempre y cuando concurran determinados requisitos de permisibilidad.

Así pues, diremos que todo derecho con excepción de los derechos a la vida, la integridad física, y la dignidad humana, puede ser limitado en determinados supuestos.

En este mismo orden de ideas es que incluso nuestra Constitución, desde un punto de vista general, *restringe o suspende* derechos tan fundamentales como el derecho a la libertad en todas sus expresiones: de tránsito, difusión del pensamiento y expresión; y de asociación, siempre y cuando se den las circunstancias siguientes: Catástrofe, rebelión, sedición, invasión del territorio, calamidad, (Art. 29 Cn).¹⁰⁸

Si bien es cierto estos supuestos de limitación son esporádicos para su emisión, también es cierto que nuestra Constitución concibe una clara permisibilidad de restricción, dejando sentado que ningún derecho (con excepción de los antes mencionados) puede ser catalogado de núcleo duro.¹⁰⁹

¹⁰⁸ En símil comentario CESAR RIVERA, J. "El derecho a la vida privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparada" Revista de Derecho Privado. T. LXXIII. 1989, Pág. 118. Incluye entre los límites naturales a la vida privada "la seguridad nacional, la seguridad pública y situaciones de emergencia en situaciones de paz y guerra; y en casos de catástrofes naturales, el bienestar económico del país; la lucha contra el desorden y el crimen; la protección de la salud; la administración de la justicia civil; la libertad de expresión, la información y deliberación.

¹⁰⁹ Hay que tomar en cuenta que los derechos de núcleo duro son aquellos que, estando protegidos por la Constitución, gozan de una limitabilidad especial en unos casos y en otros resulta imposible (Ejemplo la vida, salud, la dignidad, integridad física etc.) en cuanto solo bajo circunstancias especialísimas es posible su afectación.

Si decimos que todos los derechos son susceptibles de ser calificados como restringibles, se hace obligatorio desarrollar los argumentos que sustentan esta afirmación.

2.6.1. Fundamento para su limitabilidad

Si bien es cierto que los derechos fundamentales son un límite al poder del Estado, esto no significa que no pueden ser limitados o restringidos por el mismo Estado. Esto ocurrirá en supuestos como la investigación de hechos delictivos, en donde para el caso entraría en juego el derecho a la intimidad, respetando para su injerencia determinados presupuestos que más adelante se detallan.

Es unánime la posición tomada por la doctrina, estableciendo que los derechos fundamentales pueden ser limitados, y su fundamento radica en la investigación penal de los delitos, siendo un interés de orden público y social, del cual surge el clamor de descubrir los delitos y castigar a los culpables, siempre y cuando prive la defensa de la libertad y el respeto de las concesiones constitucionales. Esto se materializará dándole vigencia al debido proceso legal, mediante el respeto pleno de determinados requisitos y condiciones que la ley establece para tal restricción.

En consecuencia su restricción sólo podrá operarse en virtud de intereses jurídicos constitucionales, de ahí que las necesidades de la persecución penal entrarían en dicha categoría fundamental. Es el interés público cuya tutela justificará la invasión de un derecho, correspondiendo en todo caso al órgano jurisdiccional ordinario, en particular, controlar si ha de estimarse como preponderante tal interés general.¹¹⁰

Bajo esa lógica es que el Tribunal Constitucional Español, en ocasión del análisis del derecho a la intimidad y tras matizar que el mismo viene a proteger la vida

privada de las personas en el que nadie, dice, puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, estableciendo que *“los derechos individuales sin excepción están limitados en su total dimensión, en tanto que su ejercicio se someta al respeto de otros bienes jurídicos igualmente dignos y necesitados de protección.”*¹¹¹ *“Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula”*.¹¹²

Podemos así colegir que el derecho a la intimidad es un derecho relativo, que encuentra ciertas limitaciones en la existencia de otros derechos u otros intereses que tienen una necesaria relevancia, pudiendo destacarse entre sus límites naturales aquellos hechos que constituyen un interés público prevalente, entre los cuales, y por lo que aquí interesa, merecen especial atención los relativos a la prevención y represión del delito.¹¹³

Como se observa, el derecho a la intimidad puede ser susceptible de ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante las exigencias públicas, en tanto que no se refuta de absoluto.

2.6.2. Principio de sacrificio de los derechos fundamentales

El Estado tiene a su cargo, como una de las razones de su existencia, la tutela de los intereses jurídicos de todos y cada uno de los componentes de la sociedad. Así lo ha establecido la Constitución y así se desenvuelve la función de los distintos ordenamientos legales. En materia penal la tutela es de los intereses de más alto valor,

¹¹⁰ FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN, Miguel A. “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal.” en CDGJ . Madrid, 1993. Pág. 284

¹¹¹ Sentencia 257/1985 del Tribunal Constitucional español, del 17 de abril

¹¹² Sentencia 7/1994 del tribunal Constitucional español, del 4 de marzo, fundamento jurídico N° 2. Cfr. Anexo N° 18

¹¹³ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág. 53

según feliz expresión de Soler a través de funciones o fases (...) la de juzgar exclusivamente, aunque en forma *auto limitada y previamente regulada*, al autor del delito o al participante en el mismo por medio del proceso penal.¹¹⁴

Siguiendo la finalidad del proceso antes enunciada podemos decir que el principio de sacrificio de los derechos fundamentales establece la posibilidad de inmolar un derecho fundamental (ya que éstos no son derechos absolutos) y pueden ceder ante razones de interés general convenientemente prevista en la ley (como es el interés propio en la investigación de un delito) y más en concreto la determinación de hechos relevantes para el proceso penal que permita encontrar la verdad formal como objeto del mismo.

Es así que la intimidad como derecho fundamental puede ser sacrificada en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto. Tal afectación al ámbito de intimidad es posible solo por decisión judicial que habrá de prever *“que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constituya, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno.”*¹¹⁵

Abonando esa idea Nicolás González Cuellar-Serrano afirma que para la restricción de derechos fundamentales, son necesarios determinados presupuestos y requisitos que inmersos en el principio de proporcionalidad, habilitan la limitabilidad.

El sacrificio del derecho a la intimidad, siguiendo la postura planteada anteriormente, solo sería eficaz si entran en juego *presupuestos* como: 1) principio de legalidad, y 2) principio de justificación teleológica; y *requisitos*, a saber: 1) *Extrínsecos*:

¹¹⁴ ARRIETA GALLEGOS, Manuel. “El proceso penal en primera instancia.” Ed. Universitaria. San Salvador, 1978. Pág. 9

¹¹⁵ Sentencia 37/1989 Tribunal Constitucional español, del 15 de febrero, fundamento jurídico N° 5. Cfr. Anexo N° 17

a) jurisdiccionalidad; b) Motivación de las resoluciones judiciales, y 2) *Intrínsecos*: a) idoneidad; b) necesidad; c) proporcionalidad en estricto sentido.

2.6.3. Principio de proporcionalidad

La primera formulación del principio de proporcionalidad la podemos encontrar en el pensamiento de Montesquieu al formular la teoría de la división de poderes y defender el ejercicio moderado del mismo, dando satisfacción a los intereses generalmente reconocidos en la ley, y en el de Beccaria al apuntar la idea de la proporcionalidad en el orden punitivo, igualmente, podemos encontrar referencia a dicho principio en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuyo Art. 8 señala que *“la ley no debe establecer más que la pena restrictiva y evidentemente necesaria”* no obstante, su aplicación efectiva en el campo jurídico se produce en el derecho administrativo y concretamente en el derecho policial para instaurarse después en el campo del derecho penal sustantivo y a partir de aquí aplicarse al proceso penal.¹¹⁶

Se considera a la doctrina y jurisprudencia alemana la precursora de este principio, ya que estableció en un primer momento que el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) coincidente con la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*), se descompone en tres subprincipios: idoneidad –adecuación de la medida a sus fines- (*geeigntheit*); necesidad –intervención mínima- (*Erforderlichkeit*); y proporcionalidad en sentido estricto –ponderación de intereses y “concretización”- (*Proportionalität*).¹¹⁷

La prohibición de exceso, tal como señala Pedraz Penalva, por parte de los poderes públicos, o lo que es lo mismo el principio de proporcionalidad entendido en un sentido amplio, se configura como un principio general del derecho que en todos

¹¹⁶ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág. 141

ámbitos de la ciencia jurídica, y en el proceso penal en especial impone al especialista jurídico buscar el equilibrio ponderando los intereses en conflicto, esto es, el “ius puniendi” del Estado, por un lado, y el “ius libertatis” del ciudadano por el otro. Como medio de protección del “status civitatis” implica el establecimiento de límites a la intervención estatal en la consecución de una armonía entre los intereses generales que ha de perseguir, y los derechos fundamentales de los individuos y grupos “que solo justificada y extraordinariamente, pueden ser afectados sin lesionar su esencia, y siempre que no sobrepase lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido.”¹¹⁸

Al hablar de proporcionalidad, dice el autor antes citado, se alude a la exigencia de que toda medida ha de permitir o ser apta para alcanzar el objetivo pretendido. Un planteamiento más elaborado denota que la medida acordada tiene que ser idónea al fin de conseguir el fin señalado respetando lo más posible –o, podrá decirse asimismo, lesionando lo menos posible (abarcaría pues la denominada “alternativa menos gravosa”)- la libertad del individuo, de una parte, y, de otra, debiendo existir una relación razonable entre el resultado buscado y los imprescindibles límites a la opción de medios para la consecución de objetivos. Conviene añadir que tales exigencias no solo han de concurrir en el momento de ordenar una medida singular sino que también, y en su caso, han de subsistir justificando su vigencia: piénsese, verbigracia en la medida cautelar personal en que la prisión provisional consiste, y cuyo mantenimiento ha de estar precedido también por la proporcionalidad.¹¹⁹

¹¹⁷ GONZALEZ CUELLAR-SERRANO, Nicolás “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Ed. COLEX, Madrid, 1990. Pág. 25

¹¹⁸ PEDRAZ PENALVA, Ernesto “Principio de proporcionalidad y principio de Oportunidad” la reforma del proceso penal, II. Congreso de derecho procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia, Madrid 1989. Pág. 283

¹¹⁹ *Ibidem*. Pág. 343-344

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (Reglas de Mallorca) en literal “E” numeral 17 que regula este principio diciendo: *“en relación con la adopción de medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad considerando, en especial la gravedad del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo”*.

Manifestación del principio de proporcionalidad en nuestra legislación procesal penal la encontramos en el Art.6 Inc. 2 Pr. Pn *“la detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera.”* Medida cautelar que limita la libertad ambulatoria, con la finalidad que el imputado no evada o entorpezca la justicia. Guardando la necesaria proporcionalidad la pena que se va a imponer con la medida cautelar aplicada, no debiendo exceder la segunda a la primera.

a) Reconocimiento constitucional

En nuestro país como en muchos otros, cuales serían los casos de Alemania¹²⁰ y España, la Constitución no consagra expresamente el principio de proporcionalidad en su texto. En Alemania, como ya anteriormente se dijo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha determinado que este principio surge básicamente del Estado democrático de derecho y de la esencia de los derechos fundamentales.

Dato curioso resulta como antecedente en nuestro país el Art. 79 de la Constitución de 1841 *“Todas las penas deben ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad del delito (...)”*, en el que se veía un ligero avance en esta materia, en el campo sustantivo del derecho penal.

¹²⁰ Del Art. 19 (1) de la Constitución Alemana se puede inferir el principio de proporcionalidad, dicho artículo establece: *“cuando de acuerdo con la presente ley fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente”*.

Toda investigación, según Tinetti, del principio de proporcionalidad entre nosotros deberá partir del examen de si el mismo tiene acogida en nuestra ley suprema o, dicho de otra manera, es imprescindible determinar las fuentes constitucionales del principio de proporcionalidad, si se pretende afirmar su normativa jurídica. Esta labor, además, tendrá consecuencias prácticas relevantes, ya que si el resultado es positivo se podrá invocar la violación al principio mediante vías tales como el amparo frente a injerencias desproporcionadas de los órganos estatales o de sus funcionarios, que afecten derechos fundamentales de las personas.¹²¹

Para González Cuellar-Serrano la protección constitucional del principio de proporcionalidad se encuentra en su respeto impuesta por los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales y las libertades públicas, y que permiten la interposición del recurso de amparo en su defensa. Así para este autor resultan pilares básicos del principio de proporcionalidad la enorme relevancia de la declaración de la *libertad* y la *justicia* como valores superiores del ordenamiento jurídico (...) El valor superior “libertad” expresa la opción valorativa realizada por la constitución y dota de contenido al principio de proporcionalidad al inclinar la balanza, en caso de duda, a favor de la efectividad de los derechos fundamentales (...). La justicia, por otra parte, resulta un valor básico en la fundamentación del principio de proporcionalidad, en el sentido de “prohibición de excesividad, es un principio de derecho justo, que deriva inmediatamente de la idea de justicia. Sin duda conecta con la idea de moderación y de “medida justa” en el sentido de equilibrio.¹²²

Así siguiendo las ideas planteadas diremos que nuestra Constitución en el Art. 1 reconoce a la persona como el origen y fin de la actividad del Estado, éste se

¹²¹ TINETTI, José Albino. “Comentarios de la sentencia que declara inconstitucional artículos de la ley de impuestos a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios (IVA)” En *Revistas de Ciencias Jurídicas* Año II, N° 5, San Salvador, junio 1993. Pág. 214.

¹²² GONZALEZ CUELLAR-SERRANO, Nicolás. Op, cit. Pág. 53-54

organiza para la consecución de *la justicia*, la seguridad jurídica y el bien común. Y entendida la justicia en el sentido antes planteado (prohibición de excesividad) resulta clara la inclusión del principio de proporcionalidad en este valor jurídico.

b) Presupuestos para la restricción de los derechos fundamentales

i) Principio de legalidad: Toda medida limitativa de derechos fundamentales para ser efectiva debe estar previamente determinada en la ley, de lo contrario no surtirá efectos algunos, de ahí la obligación constitucional reconocida en el Art. 15 Cn. *“nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por tribunales que previamente haya establecido la ley”*, principio constitucional que le da vigencia al Estado de derecho, que en esencia establece la sujeción a la ley como uno de sus componentes.

La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹²³

Los requisitos que debe observar la ley procesal para tipificar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, derivada de la vigencia del principio de legalidad penal, son para González Cuellar, que la ley ha de ser *“scripta, stricta y praevia”*. Los requisitos de ley escrita, estricta y previa son consecuencia del principio de legalidad y rige por tanto en todos los ámbitos sobre los que se proyecta.¹²⁴

La ley ha de ser siempre escrita, es así que en nuestra legislación encontramos una serie de disposiciones en las que se regula la restricción de estos derechos fundamentales; véase para el caso, que el Código Procesal Penal establece la forma de cómo se debe llevar a cabo la restricción de las diferentes expresiones de la

¹²³ Ibidem. Pág. 77

¹²⁴ Ibidem. Pág. 78

intimidad (Art. 167 Inspección corporal, Art. 173 registro en la morada, Art. 178 Requisa personal, Art. 178 –A Registro de Vehículos muebles y compartimientos cerrados).

El segundo requisito exige que la medida restrictiva debe ser “determinada”; esto es, que la ley debe especificar los casos en que se limitará el derecho y la forma en que ha de llevarse cabo la medida, prohíbe este requisito al legislador, plasmar en los textos legales disposiciones indeterminadas que den lugar al ejercicio indiscriminado para la restricción de los derechos fundamentales. De ahí que para limitar el derecho a la intimidad doméstica de una persona, deben existir sospechas, indicios o motivos suficientes que den la pauta a pensar que el allanamiento de morada es una medida necesaria.

La ley previa exige que debe anteceder a la limitabilidad de un derecho fundamental, la vigencia de una ley escrita y que determine la restricción de un derecho fundamental. Por lo que no cabe hablar tal como señala Cuellar-Serrano de retroactividad de la ley procesal en la adopción de medidas limitativas de derechos, por lo que si en el momento de la comisión del hecho que las justifica no se hallaban previstas por la ley no puede limitarse.

ii) Justificación teleológica: La restricción de derechos fundamentales se justifica por orientarse hacia un fin legítimo si los medios empleados para alcanzarlo son adecuados y necesarios en una sociedad democrática. El campo propio de la aplicación del principio de proporcionalidad es el del enjuiciamiento de la constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cual es la finalidad pretendida en la adopción de las injerencias. Si el fin hacia el que las medidas se orientan es ilegítimo o irrelevante, no resulta necesario descender al estudio de los

medios empleados. La medida ha de reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria.¹²⁵

c) Requisitos para la limitabilidad de los Derechos fundamentales

i) Extrínsecos

1) Judicialidad: Nuestra Constitución, en su Art. 172, reconoce el principio de exclusividad de la jurisdicción, dejando sentado que corresponde únicamente al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo éste el único facultado para limitar y restringir derechos fundamentales, quedando vedada, por lógica consecuencia, la limitación de tales derechos y libertades por la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil (salvo excepciones) o cualquier otra institución o persona que no éste investida de jurisdicción.

La exclusividad de la autorización judicial a la hora de acordar este tipo de limitaciones es destacada por López- Fragozo, cuando afirma que “los órganos judiciales ostentan siempre la última palabra, (...) pero cuando se trata de limitar derechos fundamentales con protección privilegiada la actividad de los jueces no se limita a enjuiciar a posteriori la validez o legalidad de un acto o comportamiento jurídico, sino, mucho más allá, tienen el monopolio -salvo los supuestos de suspensión de los derechos y libertades- de autorizar la adopción de medidas restrictivas de tales derechos”.¹²⁶

No obstante, existen determinados supuestos en los que la Constitución legitima la intromisión en la intimidad sin orden judicial, en los casos que establece el Art. 19 en el supuesto de registro personal con el objeto de prevenir delitos, Art. 20 por

¹²⁵ Ibídem. Pág. 99

¹²⁶ LOPEZ-FRAGOZO ALVAREZ, T. “Las intervenciones telefónicas (...)” citado por NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág.160

consentimiento de la persona que lo habita, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, y por grave riesgo de las personas.

Esta tesis ha sido adoptada por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, cuya resolución dice: “El ingreso a la morada supone la restricción inmediata de varios derechos fundamentales que la persona tiene garantizados, es por ello que la decisión de ingresar a su vivienda no puede quedar librada al arbitrio y potestad de la policía. *En materia de restricción de derechos y garantías fundamentales, esa decisión corresponde con exclusividad al juez y solo excepcionalmente –en casos específicos- la Constitución faculta a la policía a afectar tales derechos –por ejemplo Art. 19 de la Constitución- pero en cambio la decisión si ingresa o no a una morada, no le está confiada a la entidad policial, salvo el caso del delito flagrante o de peligro hacia las personas*”.¹²⁷

Por medio de esta reserva se trata de evitar que medidas de tanta gravedad puedan ser acordadas por autoridades administrativas no sujetas al principio de independencia y principio de imparcialidad, con lo que sus decisiones en algunos supuestos pudieran adolecer de una visión más política que jurídica de la situación que da pie a la adopción de una medida de esta naturaleza.¹²⁸

Para protegernos de las arbitrariedades que podemos sufrir por personas o instituciones encargadas de la persecución del delito, se penaliza la intromisión injustificada en la intimidad, en caso de registros y pesquisas ilegales (Art. 299), Allanamiento sin autorización legal (Art.300), Interferencia e intervención de comunicaciones telefónicas (Art. 301), todas las disposiciones citadas, del Código Penal.

¹²⁷ Sentencia 34-02-2a, Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, del 16 de mayo de 2002. Cfr. Anexo N° 4

¹²⁸ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op .cit. Pág. 161

2) Motivación.¹²⁹No es suficiente en principio, que exista un reconocimiento expreso que autoriza la restricción de un derecho fundamental, sino que además es indispensable la existencia de resolución debidamente fundamentada para que pueda ser efectiva, en la que se exprese la necesidad y proporcionalidad de los sacrificios constitucionales.

La resolución debe ser motivada, de lo contrario el incumplimiento de dicha exigencia acarrea nulidad de acuerdo al Art. 130 Pr. Pn. “La fundamentación radica en el principio de contradicción, pues solo tal fundamentación permite que sea apreciada la medida por el afectado en primer lugar, que posteriormente el órgano judicial pueda controlar la razón que justifique el sacrificio del derecho fundamental”,¹³⁰ por lo que no bastan los formatos estereotipados insertando la frase “de interés público”, sino que, además, como señala Duro Ventura, “el juez debe justificar las razones por las cuales adopta la decisión hecha constar en su parte dispositiva (...). La fundamentación alcanza desde este punto la categoría de derecho fundamental incluido en el derecho a la tutela efectiva, pues ésta solo se hace efectiva cuando frente a la arbitrariedad se impone una respuesta de fondo que resulta razonada,(...) por lo que debe la fundamentación concretarse tanto en lo atinente a la prueba practicada como a la norma jurídica aplicable (...)”¹³¹

Con la motivación el juez o el magistrado explica a las partes afectadas por su resolución las razones de ésta, averiguándose de esta forma el razonamiento lógico que ha de seguirse para, partiendo de los hechos presentados, llegar a la decisión que se les va a imponer. Por medio de esta justificación es posible determinar si la

¹²⁹ No se ahonda en los presupuestos de la motivación, pues se desarrolla en los presupuestos de Fundamentación, al cual remitimos al lector. Cfr. 3.4.2.

¹³⁰ Sentencia 57/1994 Tribunal Constitucional Español, del 28 de febrero, fundamento jurídico N°6 Lit. a), Cfr. Anexo N° 20

resolución dada por el órgano judicial es adecuada al caso presentado o, si por el contrario no responde a la legalidad vigente.¹³²

Cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó. De este modo la motivación es no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos. Toda referencia a la necesidad de la motivación, resulta necesaria porque sólo a través de ella, se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio de un derecho fundamental y la causa a que el mismo obedece.¹³³

Esta necesidad de motivación de las resoluciones judiciales se fundamenta, según Cabañas García, en cuatro puntos esenciales:

“Desde un punto de vista político, porque no sólo da a conocer a los justiciables las razones del titular del juzgado o tribunal para adoptar una u otra decisión, sino que permite a la sociedad en general evaluar la buena marcha de uno de los poderes del Estado.

Con la motivación se puede apreciar si el juez ha observado o no el principio de congruencia que ha de estar vigente en toda resolución judicial.

Se trata así mismo de un presupuesto indispensable para la eficacia del sistema de impugnación de las resoluciones.

¹³¹ DURO VENTURA, Cesareo. et. al. “Código Procesal Penal comentado” Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 1999. Pág. 483

¹³² FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “La Motivación de las Resoluciones Judiciales en la Doctrina del Tribunal Constitucional” CDGJ. Número especial VI. Madrid, 1989. Pág. 57

¹³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 85/1994, de 14 de marzo. Cfr. Anexo N° 19

Finalmente a través de ella puede controlarse y vigilarse la correcta valoración de las pruebas.”¹³⁴

Como señalan Gutierrez-Alviz y Moreno Catena: “la motivación de las resoluciones judiciales cumple una doble finalidad: posibilitar la impugnación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales cuando no sean acordes con los posicionamientos de las partes; y evitar la inseguridad jurídica que se produciría como consecuencia de una arbitrariedad judicial.”¹³⁵

Desde este punto de vista se “considera inválida toda resolución, emitida sin la debida motivación, que disponga la intromisión en la intimidad de una persona obligando al corte de pelos o cabellos con el objeto de saber si ha consumido drogas, y desde cuándo, ya que dicha exigencia es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual las resoluciones limitativas de derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el *juicio de ponderación* entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de tal medida”.¹³⁶

La motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales es una obligación de los jueces, que pese a que no se encuentra consagrada a nivel constitucional, se deriva de los principios de seguridad material y jurídica, puesto que implican una intromisión en la intimidad de la persona, y por esa razón, el Juez debe exponer los motivos de hecho y de derecho por los cuales ordena tal intromisión en la vida privada de las personas; esto es, hacer una ponderación entre los bienes jurídicos

¹³⁴ CABAÑAS GARCIA, J. “La valoración de las pruebas y el control en el proceso civil” citado por NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág. 166

¹³⁵ GUTIERREZ-ALVIZ ARMARIO. F. y MORENO CATENA, Víctor. En “Comentarios a las leyes políticas constitución española.” citado por NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op. cit. Pág. 167

¹³⁶ Sentencia 207/1996 Tribunal Constitucional Español. Fundamento jurídico N° 4 Lit. D Cfr. Anexo N° 21

en conflicto, como son la intimidad y la necesidad de violentar tal derecho fundamental.¹³⁷

En este sentido, y en relación con la inviolabilidad del domicilio es que el Tribunal Constitucional Español ha dicho que: “en ausencia del consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro solo es constitucionalmente legítimo si es *autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho, que solo puede cumplir su función en la medida que esté motivada, constituyendo la motivación entonces, parte esencial de la resolución misma*”.¹³⁸

La falta de motivación entre nosotros es el pan de cada día, claro ejemplo es la sentencia P0103-04-00, siendo el derecho a la intimidad el destinatario más sufrido, al no expresar el juez las razones de hecho y derecho en que se fundamenta la orden de registro en la morada infringiendo el derecho fundamental consagrado en el Art. 20 de la Constitución. “*Debe decirse que si bien es cierto que la morada en principio es inviolable, esta puede ser allanada mediante un mandato judicial, pero este no es cualquier autorización dada por el juez, porque no basta el solo hecho de ser juez no basta para limitar un derecho fundamental; se requiere que el juzgador exprese de manera clara y precisa porque ha llegado a la conclusión de limitar un derecho fundamental, porque de esa manera esa decisión puede ser efectivamente controlada*”.¹³⁹

¹³⁷ Sentencia P 1301/ 4 – 2000. Tribunal de Sentencia de San Vicente. Rom. VII: Existencia del delito y culpabilidad, 7.1. Tipo penal. 11 de Febrero de 2000. Cfr. Anexo N° 11

¹³⁸ Sentencia 8/2000 Tribunal Constitucional Español, de 17 de enero, fundamento jurídico N° 4 Cfr. Anexos N° 23

¹³⁹ Sentencia P0130-40-00, del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, del 7 de abril de 2000. Cfr. Anexo N° 3

ii) Intrínsecos: Para comprobar si una medida limitativa de derechos fundamentales supera el juicio de proporcionalidad, ha señalado el TC que “es necesario constatar si se cumplen los tres requisitos siguientes, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (*juicio de idoneidad*); si, además es necesaria, en el sentido que no exista una medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (*juicio de necesidad*); y finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*)”.¹⁴⁰

1) Juicio de idoneidad: Es también llamado principio de utilidad o adecuación, establece que la conexión medio-fin no puede ser confeccionada sin un criterio basado en la adecuación, ésta se satisface cuando significativamente contribuye a la obtención del resultado apetecido, y el punto de partida de esta relación entre la finalidad y el medio alcanzado para utilizarlo esta condicionado a que toda injerencia en los derechos fundamentales tenga señalada una finalidad concreta.¹⁴¹

Por ello la medida adoptada ha de ser adecuada o apta para alcanzar el objetivo pretendido. Y descendiendo al terreno de la investigación penal, se ha señalado que debe predicarse la “congruencia entre el medio empleado -la propia medida- y el fin perseguido -la comprobación o descubrimiento de hechos importantes para la causa-”.¹⁴²

En cuanto al derecho a la intimidad corporal, la inspección corporal será adecuada cuando es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, esto es el fin

¹⁴⁰ Sentencia 207/1996 de Tribunal Constitucional español, del 22 de enero, fundamento jurídico N° 4 lit. e. Cfr. Anexo N° 21

¹⁴¹ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. “Pruebas de ADN”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pág. 76

¹⁴² Ibidem.

constitucionalmente legítimo perseguido con ella, lo que se verá si contribuye para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso, de ahí que verbigracia una medida cuya finalidad, perseguida por la intervención corporal acordada por la autoridad judicial (la de determinar si el imputado es consumidor de cocaína, u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y si fuera adicto a dichas sustancias mencionadas, y el tiempo desde que lo pueden ser, mediante el corte de pelos o cabellos), desvela que la citada medida no resulta objetivamente imprescindible de los hechos delictivos investigados (prevaricación y cohecho), ni la comisión de los mismos por el imputado.¹⁴³

Es así, que toda medida limitativa de derechos fundamentales debe ser, por ello idónea para la consecución de la finalidad perseguida, pues si carece de aptitud para alcanzarla, o simplemente, no tiende a la obtención de los fines legalmente previstos que autorizan la restricción, han de reputarse inconstitucionales. Una medida es idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente, en los casos más claros si la injerencia no disputa ninguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma.¹⁴⁴

Pero sí es idónea la medida, cuando con el propósito de individualización del delito, se inspecciona el cuerpo del sospechoso tratando de encontrar una cicatriz que la víctima ha referido que aquél tenía.¹⁴⁵

2) Juicio de necesidad: La necesidad conlleva que de todas las medidas que el órgano jurisdiccional ha considerado aptas para conseguir el fin perseguido, se debe elegir aquella que cause menor lesión al sujeto afectado. Si el resultado perseguido

¹⁴³ Sentencia 207/1996 22 de Enero TC español fundamento jurídico N° 3 Lit. B). Cfr. Anexo N° 21

¹⁴⁴ GONZALEZ CUELLAR-SERRANO, Nicolás. Op. cit. Pág. 154

¹⁴⁵ CAFFERATA NORES, José I. "La prueba en el proceso penal" Ed. Depalma, Buenos Aires 1998. Pág.178

puede obtenerse a través de otra medida que implique una restricción menor de los derechos fundamentales la necesidad en la intromisión de la intimidad no estaría justificada. Debe valorarse entonces, que esta intromisión sea esencial para la consecución de la finalidad de investigación del hecho delictivo, llegándose a la frustración de ese fin legítimo en el supuesto de adoptarse una medida diferente.¹⁴⁶

Así para Pedraz Penalva, este principio presupone “que el medio seleccionado para alcanzar tal fin no puede ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental a lo largo de una medida menos gravosa. Lo determinante es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo o mejor resultado.”¹⁴⁷

González Cuellar subraya que el principio de necesidad también es conocido como "de intervención mínima", "de la alternativa menos gravosa" o "de subsidiariedad", es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.¹⁴⁸

Así nuestra legislación en el Art. 179 regula este principio de prohibición de exceso o mínima afectación, el artículo reza: *“El registro y allanamiento deberá realizarse en todo caso con respeto a la dignidad, a la propiedad y demás derechos constitucionales. Los abusos o excesos de autoridad darán lugar a la responsabilidad penal correspondiente”*.

¹⁴⁶ NOYA FERREIRO, Lourdes María. Op, cit. Pág. 151

¹⁴⁷ PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO. Op. cit. Pág.85

¹⁴⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español” Artículo publicado en Cuadernos de Derecho Público número 5 Septiembre-Diciembre 1998. En www.uclm.es/area/procesal/1%Men

Por ello este principio obliga al órgano actuante a la búsqueda de las medidas alternativas idóneas para la consecución de los fines perseguidos (búsqueda de la verdad), valorando cada caso según la eficacia de los derechos fundamentales limitados, porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas, mecanismo mediante el cual disminuye la lesividad de la intromisión.

Siempre que resulte posible debe evitarse, si puede emplearse otros medios de investigación que lesionen en menor medida los derechos fundamentales. Asimismo, si es necesario practicar alguna injerencia habrá de preferirse la menos gravosa, por lo tanto como alternativas a las exploraciones manuales han de preferirse las radiológicas o ecográficas.¹⁴⁹

Los principios de necesidad y proporcionalidad servirán como criterios al Órgano Judicial, para que esté en resolución motivada estime que existen razones suficientes para llegar a la convicción que no existe otro medio para el avance de la investigación de un hecho delictivo que invadir un derecho fundamental.¹⁵⁰

El Tribunal Constitucional Español en relación con la inviolabilidad de la morada ha resuelto: “la falta de motivación ocasiona la lesión al derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a la ausencia de proporcionalidad del registro autorizado. La inexistencia de una previa autorización para cerciorarse de la verosimilitud de las imputaciones conocidas mediante las confidencias repercuten en la falta de *necesidad de la medida*, dado que una previa autorización habría avalado la efectiva ponderación de la excepcionalidad de la medida restrictiva de derechos fundamentales y habría contribuido

¹⁴⁹ MONER MUÑOZ, Eduardo. "Las intervenciones corporales" en "La Restricción de los Derechos Fundamentales. CGPJ. Madrid, 1993. Pág.172

¹⁵⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. "Entrada y registro en el domicilio". En La Restricción de los Derechos Fundamentales. CGPJ. Madrid, 1993. Pág.118

a sustentar, entonces, su carácter estrictamente necesario para alcanzar el fin pretendido." ¹⁵¹

Como ejemplo se plantea el caso de las pruebas biológicas (en la medida que llevan la práctica de una intervención corporal), que solo se justifica cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que cuando la evidencia de la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos. ¹⁵²

3) Juicio de proporcionalidad en estricto sentido: El juicio de proporcionalidad en estricto sentido supone constatar si la medida “*es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general sobre otros bienes o valores en conflicto*”, esto es, que la medida aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que se imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.¹⁵³ De ahí que el juez está obligado a hacer un juicio de ponderación si los elementos o indicios que posee la Fiscalía son suficientes, si la medida a ejecutar guarda relación con el hecho imputado, y por último, si no existe otra medida con la que se pueda destruir la presunción de inocencia, para sacrificar el derecho a la intimidad del imputado.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y

¹⁵¹ Sentencia 8/2000 TC. del 17 de enero, fundamento jurídico N° 6 Cfr. Cfr. Anexo N° 23

¹⁵² Sentencia 7/1994 Tribunal Constitucional Español, de 17 de enero. Fundamento jurídico N° 3 lit. c. Cfr. Anexo N° 18

¹⁵³ Sentencia TC 207/1996, de fecha 22 de enero. Fundamento jurídico No. 4, literal E). Cfr. Anexo N° 21

la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.¹⁵⁴

Para concluir diremos que la intimidad como derecho fundamental se ve rodeada de formalidades que, plasmadas en la ley, protegen al ciudadano de injerencias arbitrarias, desproporcionadas e innecesarias, dictando el legislador requisitos y presupuestos básicos para limitar un derecho tan fundamental como es la intimidad, en determinados supuestos, que de ser desobedecidos estos lineamientos por los aplicadores del sistema penal, generaría la exclusión de la información así obtenida.

De ahí que la única información que puede ser incorporada y producida en el proceso penal, sea aquella que revestida de las solemnidades y formalidades antes referidas, y además orientada por las ideas rectoras que inspiran el Código Procesal Penal llamados principios de la prueba. Por lo que para los objetivos de este trabajo se hace necesario el desarrollo de temas generales de la prueba, principios, y fundamentación, para luego entrar de lleno en la otra parte medular de este trabajo como es la regla de exclusión.

De esta forma el lector observará el importante papel que juega la prueba que como medio para obtener la verdad formalizada, brinda seguridad jurídica necesaria en un Estado democrático de derecho, garante de la legalidad, y fiel desarrollo de la personalidad a través de los derechos fundamentales.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español” Artículo publicado en Cuadernos de Derecho Público número 5, Septiembre- Diciembre, 1998. Pág. 1991 a 2015 En www.uclm.es/area/procesal/1%Men

CAPITULO III
GENERALIDADES DE LA PRUEBA Y APROXIMACIÓN
A LA PRUEBA PROHIBIDA

La prueba dentro del proceso penal juega un papel neurálgico, garantista tanto para el imputado como para el Estado. Para el primero garantizando que solo con la prueba obtenida conforme a la constitución, tratados internacionales y leyes secundarias puede ser destruida la presunción de inocencia. Y para el segundo mandando un mensaje ético a la sociedad, sobre el actuar de los funcionarios en la persecución de los delitos, cuya función esta sujeta al respeto del Estado de derecho y a la misma constitución Art. 235 Cn.

En ese orden de ideas es que la prueba se presenta como el único medio de enervar la presunción de inocencia, pero para arribar a este fin el Estado debe sujetarse a las reglas que sobre la obtención, incorporación y valoración de la misma se haga, conceptos estos que por ser de notoria y constante referencia en este trabajo se hace necesario desarrollar, si se quiere preservar indeleble garantías y derechos tan fundamentales como la intimidad.

3.1. Actos de investigación y Actos de prueba

Los actos de investigación son aquellos que se realizan en la fase inductoria o sumarial de todo proceso penal y tienen por finalidad introducir los hechos en el procedimiento, esclareciendo y contribuyendo a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas

cautelares, no constituyendo por si mismos pruebas de cargo, aunque si pueden proporcionar datos probatorios para la fase del juicio oral.¹⁵⁵

Se ha optado, nos dice Climent Duran, por utilizar la denominación “pruebas sumariales”, para aplicarla aquellas diligencias sumariales que por su propia naturaleza no son susceptibles de ser repetidas reproducidas durante el acto del juicio oral, cosa que ya se ve en el momento de producirse originariamente. Tal ocurre con la diligencia de registro domiciliario, vehicular o personal, con la apertura de correspondencia, con el reconocimiento en rueda, con la medición en grado de alcoholemia.¹⁵⁶

En ese mismo orden de ideas es que nuestro Código Procesal Penal establece como función de la policía, por iniciativa, por denuncia o por orden del fiscal proceder a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos delictivos sean llevados a consecuencias ulteriores Art. 238 Pr. Pn. De ahí que por ejemplo las inspecciones que realiza la policía en un barrio, colonia o morada, los planes, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas encaminadas a la investigación de hechos delictivos son en esencia actos de investigación, atestados que pueden ser incorporados como en la vista pública por su lectura Art. 330 N°4 Pr. Pn

Los actos de prueba son aquellos que tienden a alcanzar el convencimiento Psicológico del juzgador sobre la existencia de datos fácticos que han sido aportados del proceso, y que tienden a formar la certeza judicial sobre la preexistencia de los mismos y que han de constituir en su día la declaración del os hechos probados (...) los actos de prueba requieren un tema probatorio, propuestos por las partes, los actos de investigación tan solo requieren una notitia criminis, la cual puede ser de oficio o a instancia de parte. Estos actos de prueba generalmente solo pueden practicarse en el juicio oral , aunque en el sumario hay actos de prueba, pues el principio del proceso

¹⁵⁵ DE GUEVARA LADRON, Juan Burgos “ El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal Español”Ed. CIVITAS, S. A. Madrid 1992 Pág. 77

penal referente a la valoración de la prueba, cual es el de libre valoración, ofrece dos facetas: la de libertad de los medios de prueba y la de su valoración la primera tiene lugar en la etapa de instrucción o sumario y en la intermedia; la segunda, en el juicio oral, donde el juez o tribunal queda sujeto a un mayor rigorismo formal.¹⁵⁷

3.2. Generalidades de la prueba

Para referirnos a la prueba dentro del proceso penal debemos considerar, en primer lugar, el significado en términos generales de la misma, la cual frecuentemente se define como: *“toda aquella actividad procesal cuyo objetivo es lograr la convicción del juez o tribunal, acerca de la exactitud de las afirmaciones de hechos expuestos por las partes en el proceso.”*¹⁵⁸

En un sentido similar se expresa Gómez Orbaneja para quien la prueba es: *“la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para adquirir el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso.”*¹⁵⁹

Existen muchas definiciones de lo que debemos entender por prueba, que en esencia recogen elementos comunes, que para los objetivos de este trabajo, deberán ser necesarios abordar. Estos elementos comunes a todas las definiciones anteriores, son básicamente: elemento de prueba, medio de prueba, órgano de prueba, y objeto de prueba; categorías que serán utilizadas en este trabajo, por lo que pasamos a desarrollarlas a continuación brevemente:

¹⁵⁶ CLIMENT DURAN, Carlos “La Prueba penal. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág.774

¹⁵⁷ DE GUEVARA LADRON, Juan Burgos. Op. Cit. Pág. 79

¹⁵⁸ ASECIO MELLADO, José María. Op. cit. Pág. 15

¹⁵⁹ GOMEZ ORBANEJA, Raúl. “Diccionario Jurídico Espasa- Lex.” Espasa- Calpe. Madrid, 1999. Voz: PRUEBA. Pág 826.

3.2.1. Elemento de Prueba

Se entiende por elemento la parte integrante de una cosa; siguiendo esta línea de pensamiento, Vélez Mariconde nos dice que: elemento de prueba propiamente dicho, es *“todo dato objetivo que se incorpora al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.”*¹⁶⁰

Según Cafferata Nores el elemento de prueba posee estas características:¹⁶¹

a)Objetividad: El dato debe provenir del mundo externo al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia adentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes. Este control se ejerce mediante la motivación de la prueba, en la cual las partes vigilan que la prueba se valore de conformidad a la ley.

b)Legalidad: La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido. Dice Oliva Santos, en su definición propuesta sobre este principio, que la legalidad es *“la vinculación positiva que tiene la Administración que exige que todos sus actos y disposiciones se ajusten a derecho, que sean conformes a derecho, constituyendo la disconformidad una infracción del ordenamiento jurídico que le priva actual o potencialmente de validez.”*¹⁶² Esta disconformidad, como la denomina el jurista español, es sinónimo de ilegalidad, y así se entiende en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina.

¹⁶⁰ VELEZ MARICONDE, Alfredo. “Derecho Procesal Penal” Edición actualizada. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1981. Pág. 341

¹⁶¹ CAFFERATA NORES, José I. “La prueba en el proceso penal.” Ed. Depalma, Buenos Aires 1998 Pág. 14

¹⁶² OLIVA SANTOS, José Manuel. “Diccionario Jurídico Espasa”. Madrid 1999. Voz: legalidad. Pág. 561.

Su posible ilegalidad podrá originarse en dos motivos: por su irregular obtención o por su irregular incorporación al proceso. Este punto lo retomaremos al abordar la prueba prohibida y su diferencia con la prueba irregular.

c) Relevancia: El elemento de prueba será tal, no únicamente cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad (Vgr. como el que se requiere para el procesamiento). En ese sentido podrá considerarse también como elemento de prueba el dato que sólo proporcione “motivos para sospechar”, o el que, sin producir por sí mismo un estado intelectual de probabilidad, coadyuve con otros a su producción en conjunto.¹⁶³

d) Pertinencia: El dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivos (existencia del hecho) y subjetivos (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (v. gr. agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito).¹⁶⁴

3.2.2. Medio de prueba

Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso,¹⁶⁵ es decir es el acto mediante el cual se suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba. En nuestro Código Procesal Penal se ha adoptado una amplia gama de medios de prueba, en consonancia con el principio de libertad probatoria. Así, el Art. 162 Pr. Pn. dispone que los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por

¹⁶³ CAFFERATA NORES, José I. Op. Cit. Pág. 16

¹⁶⁴ Ibídem. Pág. 20

¹⁶⁵ Ibídem. Pág. 21

cualquier medio legal de prueba (...) siempre que se refiera, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad (Art. 162 C. Pr. Pn.)

3.2.3. Órgano de prueba

El significado del término varía considerablemente en cuanto al tema que nos ocupa, pues en la doctrina procesal penal el órgano de prueba se define atendiendo a la persona física que porta un elemento de prueba al proceso por su mismo conocimiento.

El órgano de prueba es la persona que sirve como intermediario entre el dato probatorio y el juez. Este dato pudo muy bien haber sido conocido por el órgano de prueba en forma accidental, por ejemplo el caso de los testigos, o por mandato judicial, en el caso de las pericias, o porque este órgano de prueba haya intervenido en el hecho ilícito, como el caso del imputado y muchas veces el ofendido mismo. Podemos clasificar también los órganos de prueba como aquellas personas que no tienen interés alguno en el proceso (los peritos y los testigos) y aquéllas que si lo tienen (ofendido e imputado).

3.2.4. Objeto de prueba

Objeto significa *“todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto; así también se entiende como el fin al que se dirige una acción. Pero el objeto de prueba es todo asunto capaz de ser probado, todo aquello sobre lo que debe o puede rehacer una prueba”*.

En esa misma línea Manzini nos dice que objeto de prueba son todos los hechos principales o secundarios, que interesan a una providencia del juez y exige una comprobación.¹⁶⁶

Para obtener la convicción del juzgador es necesario que la actividad probatoria recaiga sobre un objeto determinado, el cual no está compuesto por hechos en sí, más bien, se trata de las afirmaciones de las partes las que deben ser probadas. O sea que el objeto de prueba no son los hechos acontecidos, sino las afirmaciones que las partes afirmen o nieguen sobre los hechos, las cuales constituyen el fundamento fáctico de lo que se pretende.

Tomando como ejemplo la sentencia emitida por el Tribunal Tercero de Sentencia P0901/4-2000, podemos dilucidar las categorías antes desarrolladas, lo que dará al lector una visión más concreta de las mismas:

El medio de prueba: la regulación legal para incorporar prueba de inspección personal.(Art. 15, 162 y 167 Pr. Pn.)

El elemento de prueba: el resultado de la inspección plasmada en el acta.

El órgano de prueba: la imputada sujeta a la ejecución de la inspección.

El objeto de la prueba: aquello que se investiga (Posesión y tenencia Art. 37. L. R. A. D), es decir la posible comercialización del tóxico.

3.3. Principios probatorios para la obtención de la prueba

Existen principios generales de la prueba que forman en sí la parte medular del proceso, ya que dirigen y orientan la actividad probatoria, y es con éstos que se debe formar una convicción en el juzgador. La prueba debe haberse obtenido mediante el respeto de dichos principios, y evitar de esta forma, que en cualquier proceso ya sea civil, laboral, mercantil, penal entre otros, se cometan ilegalidades.

¹⁶⁶ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. Tomo III. Pág. 203

La diferencia entre el proceso penal y cualquier otro de diferente naturaleza es palpable en su regulación legal, pero es unificada mediante los principios probatorios generales aplicables a cualquier tipo de prueba de cualquier proceso no importando su naturaleza jurídica.

Por lo antes expuesto consideramos que es importante desarrollar y conocer algunos principios reguladores de la prueba, esto facilitará el análisis de los medios de prueba que en este trabajo nos interesan (inspección corporal, allanamiento de morada).

3.3.1. Principio de legalidad¹⁶⁷

La vigencia del principio de legalidad se observa en el artículo 15 Pr. Pn. Disposición que evita en el proceso la ilicitud de una prueba, con irrespeto a los principios constitucionales, y disposiciones legales, pactos y convenios internacionales vigentes en el país, restringiendo el ingreso de prueba obtenida en virtud de una información originada en un procedimiento con vicios de ilícito.

Este principio es uno de los más importantes, puesto que condiciona a la prueba; es decir que el proceso penal requiere de la exista de un marco legal pre-establecido que regule los medios probatorios en el desarrollo del mismo.

En ese mismo sentido, para López de Quiroga la prueba es concebida como “normas de garantía con fundamento constitucional (...) las normas que disciplinan la prueba son normas de garantía del acusado, es decir que todas ellas van dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado. Afirmado esto, con toda lógica y radicalidad, mantiene que como la prueba penal es regulada por unas normas que son normas de garantía, estas han de ser reguladas por la ley (y solo por la ley), de donde

¹⁶⁷ En este trabajo se hace énfasis sobre la legalidad, porque es uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se infringen dentro del proceso penal, y cuya fragilidad merece un

concluye que no caben más remedios de prueba que los previstos en la ley, de manera que pueden admitirse medios de prueba atípicos ya que carecen de una disciplina de garantía”.¹⁶⁸

3.3.2. Principio de oralidad

Este principio descansa sobre la base la expresión verbal, siendo ésta la forma más natural de comunicación. Es uno de los principios que le da paso a otros, tales como la inmediación, concentración, además de revestir de mayor eficacia a la prueba.

La oralidad significa que en los actos procesales tiene preeminencia la palabra sobre la escritura como forma de expresión y comunicación entre los distintos sujetos intervinientes en el proceso, lo cual no implica la existencia de actos escritos, puestos que el problema de la oralidad y la escritura viene determinado como una cuestión de prevailecimiento o de coordinación, no de total exclusión.¹⁶⁹

Es necesario hacer mención que este principio adquirió vigencia con el proceso actual, que establece que el desarrollo de las audiencias deben llevarse a cabo en forma oral y pública, y no en forma escrita como tradicionalmente se había hecho. Aunque dicha oralidad no implica que se haya desechado totalmente la escritura dentro del proceso, puesto que a pesar que la sentencia sea sobre la base de las pruebas introducidas verbalmente al proceso, debe dejarse constancia por escrito de cada una de las actuaciones judiciales.

estudio serio capaz de identificar en qué casos y bajo qué circunstancias resulta violado por los aplicadores del sistema penal. Cfr. 2.6.3. literal a).

¹⁶⁸ LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo, Op. cit. Pág. 83

¹⁶⁹ ALVAREZ, Carlos. “Prueba y técnicas de oralidad en el proceso penal de El Salvador”, En Revista Actualidad N° 5, San Salvador 2001. Pág.109

3.3.3 Principio de publicidad

La publicidad jurídicamente implica extender la noticia de las cosas o de los hechos al sometimiento de las partes y de la sociedad. La publicidad de un juicio penal tiene como raíz la exigencia del sistema republicano de la publicidad de los actos de gobierno. Sirve también para que el público, asistiendo libremente a un debate, o enterándose de su desarrollo a través de los medios masivos de comunicación, ejerza de alguna forma un control sobre la justicia final de la sentencias.¹⁷⁰ Con relación a la prueba, la publicidad constituye una obligación de notificar a las partes cuales son las pruebas que se han podido recoger y así facilitar que aquéllas puedan participar en su práctica, discutir las y analizarlas. Así se podrá tener mayor oportunidad de defenderse con alegaciones oportunas, y cumplir con lo que Binder denomina el principio de Igualdad de Armas, consistentes en la posibilidad concreta de tener acceso en paridad de condiciones a todos los actos procesales.¹⁷¹

3.3.4. Principio de Inmediación

Hablar de la inmediación es hablar de la cercanía o proximidad que debe existir entre el juez y la producción de la prueba dentro del proceso, con la finalidad de que el juzgador no permanezca inerte frente a la posibilidad del contacto directo y personal, tanto con la fuente, como con la prueba. De esta forma puede apreciarse, mediante la observación, la credibilidad del testigo, la de un perito o también la de un imputado, donde el juez podrá percibir (por los gestos, las miradas, actitudes, la forma de responder durante las declaraciones) si éstos mienten o si están aportando la verdad

¹⁷⁰ Control sin duda que es difuso, un control de carácter general, pero es en el fondo un control. Aunque no sea más que a través de la posibilidad que tiene cada ciudadano de fijar su posición o su convicción, acerca de la justicia o injusticia de una sentencia determinada. CAFFERATA NORES, José I. "Juicio Penal Oral", en II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal Fase A: Derecho Procesal. Ministerio de Justicia de El Salvador. San Salvador, 1992. Pág. 76

sobre lo que saben. Así también cabe la posibilidad que si el juez tiene alguna duda sobre lo que se declara pueda pedir que se hagan las aclaraciones respectivas en el instante.

Sabido de sobra es que la inmediación ha de ser no solo física, sino temporal, de ahí que los actos de prueba, practicados necesariamente a presencia del tribunal sentenciador, hayan de tener lugar en un solo acto o en una serie lo más concentrada posible de actos, debiendo existir el menor espacio posible entre su desarrollo y el dictado de la sentencia.¹⁷²

Para que el principio de inmediación dé los resultados deseados, no podemos hacer de lado ciertos principios que van relacionados con éste, por ejemplo el principio de oralidad sin el cual el juzgador no podría oír y percibir de los labios de los órganos de prueba el dato probatorio.

3.3.5. Principio de Contradicción

Este principio es, necesariamente, una condición *sine quo non* del derecho de defensa del cual goza el imputado; puesto que así como no puede darse un proceso penal sin debate, tampoco puede concebirse la realización de una prueba sin la permanente vigilancia de las partes.

Este principio requiere por lo menos, que las partes intervinientes (fiscal, defensor y querellantes) en una situación de igualdad tengan las mismas posibilidades respecto a ofrecer pruebas, respecto de controlar el ingreso de esas pruebas al proceso, tanto de las que una parte ofrece, como de las pruebas ofrecidas por la parte contraria y luego la posibilidad de valorar libremente el resultado de esas pruebas.

¹⁷¹ BINDER BARZZIZA, Alberto. Op. cit. Pág. 113

¹⁷² ALVAREZ, Carlos, Op. cit. Pág.110

Argumentar qué es lo que ellas han probado, o qué es lo que no han alcanzado a probar.

Es decir que si una persona cometió un ilícito penal, ésta debe gozar de la oportunidad procesal de conocer las pruebas que recaen sobre el hecho del que se le acusa, para poder impugnarlas y contradecirlas en el momento adecuado.

3.3.6. Principio de Celeridad

Para Casado Pérez este principio “en la práctica de la prueba deriva del Derecho del justificable de un proceso sin dilaciones indebidas”.¹⁷³

Desde el punto de vista político- criminal la celeridad debe ser un objetivo más importante que debe cumplir el sistema judicial. es decir, el proceso debe resolverse dentro de un margen razonable de tiempo. Este es un aspecto en el que, a menudo por la notoriedad de algunos casos, se plantean por la prensa comentarios y críticas al sistema procesal penal.¹⁷⁴

En nuestra opinión la celeridad es uno de los principios más importantes pues con éste se plasma la exigencia constitucional de no retardación de justicia (Art. 182 ordinal 5º Cn.), ya que es evidente que el sistema escrito del proceso penal anterior generaba una mora judicial incontrolable, y no se cumplía realmente con la garantía constitucional del debido proceso.

¹⁷³ CASADO PEREZ, José María. “La prueba en el proceso penal” Ed. Lis. San Salvador, 2000. Pág. 44

¹⁷⁴ CRUZ CASTRO, Fernando. “Principios fundamentales para la Reforma de un Sistema Procesal Mixto. El caso de Costa Rica”, en Revista de Ciencias Jurídicas año II número 5, San Salvador, junio 1993. Página 27

3.3.7. Principio de Concentración

Este principio procura que el juzgamiento no se vicie por el olvido, o por la interferencia que podría generarse en los juzgadores, si dejaran un intervalo largo entre la vista pública y la sentencia.

Es un punto medular de todo juicio penal que se precie de ser democrático, y que autores como Cafferata Nores lo denominan concentración temporal de la actividad procesal.¹⁷⁵ Se pretende que en un lapso cerrado de tiempo, mediante un desarrollo consecutivo de las audiencias desde que comience hasta que terminen un juicio, pueda realizarse toda la recepción de la prueba; toda la alegación de las partes para dar lugar inmediatamente a la sentencia. Su necesidad se advierte en la misma naturaleza del juicio oral, y ante la previsión de evitar posibles olvidos de la memoria (único registro de la prueba y de los alegatos), por lo que debe haber celeridad en el desfile probatorio.

La concentración es auxiliada de la publicidad y la oralidad para la práctica de la prueba, la cual debe ser ejercida de una vez y en una misma etapa del proceso; esto significa que en un mismo acto se deberá mostrar a las partes el material probatorio de cargo y de descargo, para que estas puedan controvertirlas.

3.4. Valoración y fundamentación de la prueba

3.4.1. Sistemas de valoración de la prueba

Retomando una idea original de Asencio Mellado, se dice que históricamente se dan dos etapas de conocimiento del objeto del conflicto procesal penal. En la primera, el establecimiento de la verdad deviene de una entidad superior y divina, la cual determinaba mediante las ordalías o “Juicios de Dios” la inocencia o culpabilidad del acusado. En estos juicios, “propios de un pensamiento mítico, supersticioso, mágico y

¹⁷⁵ CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Oral”. Op. Cit. Pág. 76

sobre todo, carente de fundamentos lógicos”¹⁷⁶ el juez es únicamente un ejecutor de la voluntad divina, y por ello carece de facultades cognoscitivas. Por otro lado, en la segunda etapa el juez ya no es más un transmisor de la voluntad divina. Su papel es más activo, en tanto depende de él la determinación de la inocencia o la culpabilidad del acusado. Es en esta segunda etapa donde el concepto de prueba adquiere fuerza, pues como lo ha dicho Escriche, prueba es *“la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”*.¹⁷⁷

Para que la prueba cumpla con sus fines (demostrar las hipótesis de las partes; lograr el convencimiento en la conciencia del juez; obtener la verdad histórica objeto del proceso) es indispensable que ésta sea apreciada de acuerdo a criterios establecidos por la ley procesal (Art. 162 Pr. Pn.) con anterioridad a la comisión del ilícito que se enjuicia.

Esto es lo que se conoce como *Valoración de la prueba*, y que Clariá Olmedo lo define como: *“el análisis razonado de los elementos de convicción introducidos en el proceso.”*¹⁷⁸

Como todas las demás instituciones del proceso penal, la valoración tiene una cualidad teleológica inherente, que es la de establecer las bases que puedan controlar la actividad jurisdiccional de apreciación. Por ello Cafferata Nores argumenta con justa

¹⁷⁶ ASECIO MELLADO, José María. Op Cit pág. 13 y ss.

¹⁷⁷ ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. S Ed. Madrid, 1847. Pág. 401

¹⁷⁸ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. “Derecho Procesal Penal” Tomo II. Rubinzal Culzani Editores, Buenos Aires. pág 307. En una posición similar se expresa Casado Pérez, quien al comentar la legislación Procesal Penal nacional afirma que la valoración *“consiste en la actividad interna, intelectual y moral, del propio juez o tribunal sentenciador que da lugar a la denominada íntima convicción sobre la inocencia o culpabilidad del imputado y, antes de ella, sobre la existencia o no de suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.”* CASADO PÉREZ, José María. Op cit. pág. 141

certeza que la valoración *“tiende a establecer cuál es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso.”*¹⁷⁹

Mediante la valoración de la prueba se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, a través de los oportunos medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador. La valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba practicada, que puede ser positivo, en cuyo caso se habrá logrado el fin de la prueba (la convicción judicial), o negativo, al no alcanzarse dicho fin.

Es, por tanto, la valoración de la prueba una actividad intelectual que corresponde realizar exclusivamente al órgano jurisdiccional (Art. 172 Pr. Pn.), sin perjuicio de que las partes, durante el acto del juicio, dediquen sus informes orales en una parte importante a examinar, analizar y, en definitiva, a valorar la prueba practicada.

La valoración de la prueba consiste en un análisis crítico que realiza el órgano jurisdiccional, mediante el empleo de las máximas de experiencia, de las afirmaciones obtenidas de la práctica de los distintos medios de prueba, al objeto de que pueda obtener sus propias afirmaciones (instrumentales) que le servirán de término de comparación con las afirmaciones iniciales realizadas por las partes.

La valoración de la prueba y la convicción o convencimiento judicial, no son conceptos equivalentes, sino distintos, ya que la primera precede siempre a la segunda, y ésta es solo el resultado de la primera.

Ahora bien, planteada la importancia de la valoración de la prueba es necesario además diferenciar los distintos tipos de sistema de valoración que existen en la doctrina, y que han sido aplicados en diferentes sistemas de enjuiciamiento penal, y en

¹⁷⁹ CAFFERATA NORES, José I. “La prueba en el proceso penal” Op cit. Pág 43.

distintas épocas de la historia, incluyendo desde luego, el nuestro. Doctrinalmente, se ha distinguido tres tipos de sistemas en orden a la valoración de la prueba: por un lado, el sistema de prueba legal o tasada, por otro, el sistema de libre valoración de la prueba o robustez moral, y finalmente el sistema de sana crítica.

a) Prueba Tasada

La prueba tasada, también llamada prueba legal, o sistema de tarifa legal, tiene origen en el sistema inquisitivo del Medioevo, y en su génesis cumplió una función importante. Asencio Mellado, expresa que en la Baja Edad Media, por influencia del derecho romano y canónico, se introdujo por el legislador normas sobre pruebas judiciales de carácter legal o tasado. De esa manera, se evitó la imposición arbitraria y caprichosa de las ordalías.¹⁸⁰

En el sistema de prueba legal o tasada era, en efecto, el legislador el que, de una forma previa y con carácter abstracto, establecía en las normas legales la eficacia y el valor que debía atribuirse a cada medio probatorio, así como los requisitos y condiciones necesarios para que tales medios alcanzaran el valor que legalmente se les concedía, siendo tales reglas legales totalmente vinculantes para el juzgador.

El problema de la prueba tasada es que reflejaba las desigualdades propias de la época. Por esta razón, el dicho de una mujer vale menos que el de un hombre, el de un rico más que el de un pobre, entre otros ejemplos. Además, cuando el juez se encuentra en un dilema por igualdad de pruebas (el dicho de un conde contra el de otro conde) debe acudir a la confesión judicial o extrajudicial, sin importar la forma en que ésta se obtuviera. Así es como se generaron los abusos propios del medioevo, pues el juez en la búsqueda de la verdad estaba legitimado para obtenerla aún a costa del

¹⁸⁰ ASENCIO MELLADO, José María. Op. cit. Pág 21

imputado. Por ello, la gastada referencia a la confesión como la “reina de las pruebas” del sistema inquisitivo canónico medieval.

A pesar de dichos vicios, la prueba tasada aún existe, por lo que es necesario contar con una definición de la misma. Cafferata Nores la conceptualiza como “*el sistema de la prueba legal en la que la ley procesal prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).*”¹⁸¹

El sistema de la valoración legal de la prueba, como ya se dijo, aún goza de vigencia, aunque únicamente en materia civil y mercantil. El art. 235 Pr. C. establece la definición, el art. 236 Pr. C. señala la clasificación, y el art. 415 Pr. C. indica la valoración, todos bajo una influencia de prueba tasada. En el proceso penal la prueba legal desaparece hasta 1998, con la implementación del Código actual.

b) Robustez moral o libre valoración

El sistema de la libre valoración de la prueba o de la íntima convicción surgió históricamente como fruto de la Revolución Francesa, estrechamente ligado a la institución del jurado popular,¹⁸² como reacción en primer lugar contra el sistema de las pruebas legales o tasadas, para paliar los excesos y abusos que con él se habían cometido, así como, en segundo lugar, porque la aplicación práctica de éste último en un juicio con Jurado se consideraba imposible y absurdo, dado que los Jueces legos

¹⁸¹ CAFFERATA NORES, José I. Op. cit. página 44.

¹⁸² Más que una institución jurídica el jurado, creemos nosotros, es una institución política, ya que la persona únicamente participa directamente en la *res pública*, (en los actos de gobierno) cuando elige a sus representantes (alcaldes, diputados) y administrando justicia como jurado. Fuera de estos casos la participación del ciudadano en los actos del gobierno (legislativos, judiciales) no tienen cabida.

que formaban parte de dicha institución no podían conocer las complejas reglas de valoración de la prueba establecidas por el legislador.

Por el contrario, el sistema de libre valoración de la prueba concedió al órgano jurisdiccional, amplias facultades en orden a la apreciación de la prueba, al no estar sometido a tales reglas legales predeterminadas, si bien esa libertad debe entenderse en sus justos términos, no como equivalente a arbitrariedad.

El principio de libertad en la valoración de la prueba, que inicialmente estaba previsto para los jurados, se extendió, a partir del *“Code d’Instruction Criminelle”* francés de 1808, a los jueces profesionales, lo que fue copiado sucesivamente por todos los sistemas procesales penales europeos. Ahora bien, lo que en su origen no era un método de apreciación irracional de la prueba, con el transcurso del tiempo, se transformó en ciertas ocasiones en un sistema de valoración de naturaleza intuitiva, extremadamente subjetivista y hasta cierto punto irracional y arbitrario.¹⁸³

Este abuso de interpretación fue objeto de fuertes críticas de los procesalistas. Mayoritariamente, los autores señalaron que el sistema de prueba libre no debía interpretarse como valoración arbitraria o discrecional, puesto que la convicción del Juez debía ser siempre una convicción razonada y racional. Tales críticas determinaron al final un cambio en la jurisprudencia, que estableció que valoración en conciencia de las pruebas equivale a valoración racional de las mismas, evolucionando este sistema hasta el de la sana crítica.

Si bien el juzgador en el momento de la valoración de la prueba puede formar libremente su convencimiento, sin someterse a reglas legales establecidas

¹⁸³ Esto último precisamente ocurrió en España, con la interpretación que se efectuó respecto del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante L.E.Crim.), que establece que el Tribunal aprecia “según su conciencia” las pruebas practicadas en el juicio. Con dicha interpretación, el principio de la íntima convicción adquiere un contenido propio y autónomo, desligándose de la propia apreciación de las pruebas. Lo fundamental era que el juzgador se encontrara convencido “en conciencia” con independencia incluso de esa convicción se fundamentaba o no en las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

previamente por el legislador que fijen la eficacia de cada medio de prueba, ello no puede entenderse como inexistencia de reglas que regulen dicha actividad de valoración, a las que el juzgador debe recurrir en el momento de la valoración de ese material probatorio.

Como un resabio de la libre valoración de la prueba, que ni es prueba legal y mucho menos sana crítica, se ve en el proceso administrativo contemplado dentro de la Ley de Notariado, que consagra en su artículo 11 inciso 2º, la resolución y valoración de las pruebas mediante la robustez moral de las mismas. De modo que los juzgadores ostentan una facultad “soberana, ilimitada, libérrima y omnímoda” para formar su robustez moral. Facultad que no está sujeta a regla alguna, ni siquiera a las reglas de la lógica, propugnándose la más absoluta libertad, y por lo que no están obligados a manifestar las razones que le llevan a formar su íntimo proceso de convicción. En consecuencia, esa declaración de hechos probados se convierte en inatacable o intangible.

c) Sana Crítica

Al plantear la necesidad de una reforma integral del sistema de enjuiciamiento penal, se denunciaba una situación de excesivo uso del sistema de valoración de la prueba conforme al sistema legal de prueba tasada que es preciso superar. Como mecanismo para limitar los derechos del juez se instituyó la necesidad de que éste debería fallar conforme a la valoración que la propia ley hacía de la prueba, sistema que se denomina de prueba tasada.¹⁸⁴

Para ello, proponen revestir a la figura de la valoración de la prueba de principios tales como el de “*principio de la verdad real o material*”, conforme al cual el

¹⁸⁴ ASAMBLEA LEGISLATIVA Y PNUD. Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, en “Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal” San Salvador, 1997. Así, la

juez o tribunal ha de desentrañar la verdad real de lo sucedido; el de la “sana crítica”, conforme a las reglas del correcto entendimiento humano en la mente del juzgador, tales como la lógica, la Psicología y la experiencia común, con las que el juez valorará, en el juicio penal, cualquier tipo de pruebas con absoluta libertad, siempre que se haga con base al procedimiento legal previsto; y el “*in dubio pro reo*”, que determina que ni la duda, ni la probabilidad son suficientes para emitir juicio de culpabilidad contra el reo, exigiéndose la certeza.

Resulta, pues, evidente que nuestra justicia penal ha optado claramente por la libre valoración de la prueba con el significado que a continuación planteamos. Según Arrieta Gallegos, la Sana Crítica “*consiste en la apreciación razonable y relacionada de la prueba cuando del conjunto de lo aportado en el proceso y elementos de juicio existentes en el mismo, se llega a conclusiones lógicas y precisas sobre la certeza de los hechos o actos, por el valor congruente y jurídico de sus pruebas, o no tomarlos en cuenta por carecer éstas de congruencia y juridicidad suficiente para así emitir un fallo judicial*”.¹⁸⁵

La valoración en el proceso penal debe realizarse de conformidad con las reglas de la sana crítica, es decir, con criterios racionales, que han de seguir las siguientes reglas:

i) Lógica: Las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica formal que no podrán nunca ser desoídos por el juez. Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: “*los testigos vieron que el imputado robó un vehículo. Como el vehículo es igual a un televisor, el juez condena a devolver un televisor*”. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa

Estructura del Código Procesal Penal en el Art. 162 Pr. Pn. ordena en su parte final que *los jueces deben valorar las pruebas de conformidad a las reglas de la sana crítica*.

¹⁸⁵ ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Op. cit. Pág. 300

sólo es igual a sí misma. Un vehículo sólo es igual a un vehículo, no a un televisor. De la misma manera habría error lógico en la sentencia que quebrantara los principios de tercero excluido, o de falta de razón suficiente.¹⁸⁶

ii) Psicología: De gran valor para la apreciación exacta de las pruebas es el criterio psicológico. Si las pruebas proceden, en general, del hombre, es necesario conocerle. Interesa conocer su edad, su estado físico, sus condiciones intelectuales, psíquicas, morales. Este criterio ha tenido un desarrollo relevante que le ha dado una autonomía tal, que hoy es una ciencia independiente. El método que va imponiéndose en la apreciación de los actos del hombre es el análisis psicológico, que se desarrolla no sólo observando a los demás, sino el sujeto a sí mismo (introspección). Y de aquí la psicología judicial y más particularmente la psicología de las pruebas.¹⁸⁷

iii) Máximas de la experiencia: Es la enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o sólo con el vivir.¹⁸⁸ Según la filosofía, es el ejercicio de las facultades humanas en cuanto proporcionan conocimientos que no pueden derivarse del uso exclusivo de la razón. Para ello, el principio de juez natural sirve como útil herramienta, pues éste conlleva la idea que el juez conoce el derecho (*iuria curia novit*), pero también conoce las costumbres y las reglas morales y prácticas de la sociedad que juzga. Así, él sabe que en días festivos el orden social se altera más a causa del consumo de alcohol, como también sabe que una persona ve mejor en un día soleado que en una noche lluviosa. Son premisas que no dependen de la ley, ni de la lógica, ni de la psicología, sino que se aprenden con la vivencia diaria.

¹⁸⁶ COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ed. Depalma. Buenos Aires, 1977. Pág. 271 y siguientes

¹⁸⁷ FLORIAN, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal". Traducido por L. Prieto Castro. Ed. Bosch. Barcelona, 1943. Páginas 334 y siguientes.

¹⁸⁸ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española Tomo II, voz: EXPERIENCIA.

A pesar de ello, veremos que la valoración a través de la sana crítica obliga únicamente a los jueces profesionales, no así al jurado popular, para quienes sí es válido la valoración a través de la íntima convicción, lo cual vemos en el Art. 371 Pr. Pn. Inc. 3º: *“Prometéis (...) decidir siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción (...)”*

3.4.2. Fundamentación de la prueba

La fundamentación es la obligación que tienen los funcionarios judiciales de que sus decisiones estén respaldadas en motivos de hecho y motivos de derecho que legitimen la existencia de dicha resolución, y que permitan a la vez, controlar la legalidad de la misma. Es una forma de evitar la arbitrariedad de los poderes públicos. De esa forma, el justiciable tiene los suficientes elementos de juicio necesarios para saber si la decisión que a él le concierne es o no es correcta, y en qué se basa. Legalmente la fundamentación se establece como obligación del juez en el Art. 130 C. Pr. Pn. En lo que se refiere a su contenido, tal exigencia no se satisface con una mera descripción del resultado de las pruebas practicadas, ni tampoco con una remisión genérica y formal al conjunto de la prueba practicada. En ella se pueden diferenciar las clases de fundamentación que hay, coincidiendo con la doctrina en establecer la fundamentación fáctica y la fundamentación jurídica.

a) Clases de fundamentación

i) Fundamentación fáctica: La motivación fáctica consiste en la adecuación de los hechos a la prueba practicada, y exige que, además de una declaración expresa de los hechos probados, se expliquen, exteriorizándolas en la sentencia, las razones o motivos que conducen a otorgar o negar eficacia probatoria a las pruebas, con especial mención de los datos o elementos probatorios tenidos en cuenta por el juzgador para formar su convicción y de los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes

medios de prueba, así como de las reglas o máximas de experiencia utilizadas en la tarea valorativa.¹⁸⁹

Dentro de la motivación fáctica el juez debe tener muy en cuenta el principio de apreciación global o de conjunto. Es muy generalizado el vicio de pretender formular el juicio fáctico poniendo una al lado de las otras, sin valoración alguna y sin hilación lógica, descripciones de las pruebas ofrecidas por las partes. “Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomadas en su conjunto como masa de pruebas”.¹⁹⁰

Para que ese examen de conjunto sea efectivo, debe formarse un cuadro esquemático de los diversos elementos de prueba, clasificándolos de la manera más lógica, relacionándolos entre sí, comparando los elementos de cargo con los elementos de descargo respecto de cada hecho, a fin de comprobar si unos prevalecen sobre otros.

De la correcta aplicación de este principio se darán tres resultados: fijar los elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su verosimilitud, y obtener la conclusión coherente que de ellos resulte. Pero en el empleo de este principio el Juez debe concretar su estudio a los hechos que son pertinentes, es decir, que no debe perderse en divagaciones estériles sobre cuestiones irrelevantes.

ii) Fundamentación jurídica: Superada la etapa anterior, en la cual el juez debe estructurar armónicamente los hechos que a su parecer han quedado

¹⁸⁹ CLIMENT DURAN, Carlos. “La estructura lógica del razonamiento de la sentencia penal.” En Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992. Pág. 54

acreditados, frente a las versiones fácticas de las partes, debe formular un juicio de derecho, y explicitar la llamada fundamentación jurídica.

La fundamentación jurídica por su parte, persigue la adecuación del contenido fáctico de la sentencia con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que se aplica como base de la decisión, estando fundada la resolución, como afirma Beling, citado por Climent Durán, “si su fallo se justifica según la situación fáctica dada, en combinación con la norma jurídica aplicable”, a cuyo efecto la resolución debe expresar un raciocinio en el que, en forma de silogismo lógico, la premisa mayor la constituye una disposición legal, la premisa menor los hechos declarados probados y la conclusión una deducción derivada de ambas premisas por vía de subsunción.

Esta subsunción es un juicio lógico que se aplica de la siguiente manera: *premisa mayor: el derecho, “Matar es delito”; premisa menor: el hecho, “Juan ha matado”; Conclusión: resolución judicial. “Juan ha delinquido”.*

Para la fundamentación jurídica el juez debe establecer la normativa aplicable al hecho determinado, y supone por tanto, un acto de elección de los preceptos reputados más idóneos para el caso concreto. Esa elección el juez ha de hacerla examinando todo el ordenamiento jurídico (Constitución, Tratados, disposiciones generales del Código Procesal Penal, y las específicas sobre la prueba).

Apunta Climent Durán que en esta operación intervienen diferentes razonamientos del Juez: individualización, interpretación, lógica aplicada a través de la lógica dialéctica o teoría de la argumentación, cuyo recorrido y resultado deben quedar claramente explicitados en la fundamentación jurídica, para dar cumplimiento a la obligación de motivar. Para la exposición de este razonamiento el Juez debe rechazar el simple formalismo legal de limitarse a mencionar mecánicamente las calificaciones

¹⁹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales” T II. 10ª ed. Temis. Bogotá, 1994. Pág. 195

jurídicas a los hechos acreditados o probados, sino que debe aplicar razonadamente la inferencia deductiva, de la misma forma en que subsumió la fundamentación fáctica.¹⁹¹

b) Función de la fundamentación

El sistema de apreciación razonada de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, exige ineludiblemente que en la sentencia se motive expresamente el razonamiento realizado por el juzgador para obtener su convencimiento. La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma correcta, adecuada y que no ha degenerado en arbitrariedad. Únicamente cuando la convicción sea fruto de un proceso mental razonado podrá plasmarse dicho razonamiento en la sentencia, mediante su motivación fáctica, de modo que ésta es consustancial al principio de libre valoración de las pruebas.

La motivación del juicio sobre los hechos cumple, así, diferentes funciones. Por un lado, permite el ulterior control de la racionalidad y lógica de dicho convencimiento por medio del sistema de recursos jurisdiccionales, lo que conecta directamente con el derecho constitucional de defensa. Por otro, permite que el conjunto de la sociedad donde la sentencia va a producir sus efectos tenga cumplido conocimiento de dicho razonamiento, permitiendo así lo que se ha denominado “control jurídico-social” de la apreciación probatoria.

Casado Pérez, en su obra citada, propone además otras dos funciones, las cuales son de finalidad más inmediata. En primer lugar, la fundamentación hace efectivo, en materia jurisdiccional, el derecho de igualdad, pues en uso del precedente judicial, referido siempre a mismo juez y a un tribunal con idéntica composición, en un caso de enjuiciamiento similar, debe esperarse una sentencia de contenido similar. La

¹⁹¹ CLIMENT DURAN, Carlos. “La estructura lógica del razonamiento de la sentencia penal.” En Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992. Pág 54

fundamentación expone razones, interpretaciones y tomas de posición que vincularán en cierta medida, al Tribunal, a la hora de dictar nuevas sentencias. Además, la fundamentación facilita la comprensión del fallo de la sentencia por las partes procesales, y fundamentalmente, por quien se vio afectado en sus derechos como consecuencia de la decisión judicial.¹⁹²

c) Presunción de Inocencia y fundamentación

En el proceso penal prima el interés público que tanto exige que se condene al culpable como se absuelva al inocente, de ahí que, tradicionalmente, las situaciones de insuficiencia o de falta de prueba se resuelvan con la aplicación del principio *“in dubio pro reo”*, el cual parte de la base de que, en la alternativa de condenar a un inocente o absolver a un culpable, la conciencia colectiva sufre menos en el segundo caso que en el primero. El principio *“in dubio pro reo”* es uno de los más antiguos y aplicados principios jurídico penales, y se ha consagrado en la mayoría de Tratados Internacionales.¹⁹³ Tales textos normativos internacionales enlazan directamente con la tradición jurídica anglosajona, donde la presunción de inocencia constituye un principio fundamental del sistema probatorio, que determina que la carga de la prueba de la culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora.

La presunción de inocencia, ha alcanzado la categoría de derecho fundamental en numerosas Constituciones. Así se regula en el Art. 12 Cn., cuando dice que *“toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su*

¹⁹² CASADO PÉREZ, José María. Op cit. Pág. 153 y 154.

¹⁹³ Art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 14.2 del Pacto Interamericano Derechos Civiles y Políticos; Art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que, en esencia, establecen que *“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Según recoge la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, de la enunciación constitucional de este principio se pueden desprender las siguientes consecuencias: a) Solo la sentencia pronunciada luego de un juicio público tiene la virtualidad de declarar la culpabilidad de una persona, rompiendo su estado de inocencia. b) Al momento de la sentencia solo existen dos posibilidades, culpable o inocente. No existe una tercera posibilidad. c) La culpabilidad debe ser jurídicamente construida. d) Esa construcción jurídica implica la adquisición de un grado de certeza. e) El imputado no tiene que construir jurídicamente su inocencia. f) El imputado no puede ser tratado en ningún momento del trámite procesal como culpable. g) No pueden existir presunciones o ficciones de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesiten ser probadas. La presunción de inocencia vincula a los Juzgados y Tribunales penales.

De manera que la sentencia penal viene condicionada por la presunción de inocencia en dos sentidos distintos, pero complementarios: por una parte, impide que se declare la culpabilidad del acusado si ésta no puede considerarse probada conforme a la ley. Por otra, impone la libre absolución del acusado cuando su culpabilidad no pueda considerarse probada conforme a la ley, aun en el caso de que tampoco haya quedado completamente acreditada su inocencia.

La primera de tales exigencias hace referencia a cuanto ya llevamos dicho en relación con las garantías del desarrollo de los actos de prueba para ser tenidos como tales, así la necesidad de su práctica en el acto del juicio, salvo excepciones, y con la ineficacia de las pruebas ilícitas, pero también tiene que ver con la aptitud de la prueba para suministrar la certeza de la culpabilidad del acusado, es decir con su contenido

incriminatorio, en especial en lo que se refiere a la prueba de indicios.¹⁹⁴ La segunda se refiere a la regla de juicio con que los tribunales penales han de contar necesariamente en los casos de incertidumbre.

Se convierte así la presunción de inocencia en regla de juicio penal, conforme con los Textos Internacionales sobre Derechos Humanos que hemos citado al principio de este acápite, que ha venido a sustituir al principio "*in dubio pro reo*" (al que engloba), y que exige la absolución del acusado en los siguientes casos:

En los casos de ausencia de prueba adecuada, es decir, cuando las pruebas practicadas no presenten carácter incriminatorio o cuando siendo "de cargo" no se hayan practicado con todas las garantías constitucionales y legales, y ello con independencia del convencimiento del juzgador.

En los casos de que la prueba de cargo suficiente o adecuada no baste para eliminar toda duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado, campo de aplicación tradicional del *principio "in dubio pro reo"*, pero que hoy no es más que una consecuencia de la aplicación de la presunción de inocencia como regla del juicio.

d) Derecho a los recursos y fundamentación¹⁹⁵

La motivación de las pruebas en el proceso penal exige que el juzgador haga explícito en la sentencia el razonamiento lógico utilizado para obtener la afirmación

¹⁹⁴ Doctrinariamente se distingue entre "prueba directa" y "prueba indirecta", "indiciaria" o "circunstancial" La primera es cuya demostración del hecho enjuiciado surge de un modo directo o inmediato del medio de prueba utilizado (el testigo declara que vio al agresor apuñalar a la víctima), mientras que la segunda es la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que puede inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar (el testigo declara que el sujeto a quien se imputa la agresión había proferido en varias ocasiones serias amenazas de muerte contra la víctima).

¹⁹⁵ Véase también el enfoque de CASADO PEREZ, José María. Op. Cit., quien aborda este tema desde una perspectiva constitucional, enfocándose en la Ley de Pr. Cn., y en el control difuso de la constitucionalidad.

base de la afirmación presumida, tanto la expresión del razonamiento deductivo, como del “*iter*” formativo de la convicción. Véase al respecto el Art. 362 inciso 4° Pr. Pn. que señala, como defecto de la sentencia que habilita para la casación, entre otros, la insuficiente fundamentación de la misma, entendiendo por tal “cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo” (habrá que entender que se refiere a los elementos probatorios “de cargo”).

Esa explicación cumple una triple función: por un lado, permite o facilita el autocontrol por el propio juez que utiliza la presunción; por otro, facilita el uso de los recursos, al dar a conocer el razonamiento que enlaza la afirmación base con la afirmación consecuente; finalmente, posibilita la función de control de dicho razonamiento por los Tribunales superiores, al objeto de comprobar su racionalidad, coherencia y lógica.

3. 5. Prueba prohibida

3.5.1. Especial relevancia al principio de libertad de la prueba

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única razón de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesaria (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intente desvirtuar la presunción, a menos que en el ultimo caso sea de derecho) o sea claramente impertinentes o inidóneas.¹⁹⁶

¹⁹⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit. Pág. 24

Así pues conforme a los Artículos 162 y 352 C. Pr. Pn., *“los hechos y circunstancias relacionados con el delito pueden ser probados por cualquier medio de prueba”*, y *“el tribunal (...) podrá ordenar la recepción de cualquier prueba”*. Se considera que en el proceso penal no existe una enumeración cerrada de los medios que pueden utilizarse para formar la convicción del juez sobre los hechos. En materia penal todo hecho, elemento o circunstancia puede ser probado por cualquier medio, con una única limitación: la que resulta de la aplicación del principio de legalidad: *“los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal”*. Art. 15 Pr. Pn.

Así en el proceso penal cualquier medio de prueba lícito es admisible. Si se entiende que el fin del proceso es descubrir la verdad, es lógico que rija el principio de libertad de la prueba, entendido como la libertad de utilización de apreciación: no existe limitación en los medios de prueba que pueden utilizarse, y se consagra el principio de valoración. Las pruebas que resulten inadmisibles son las obtenidas con infracción de los derechos fundamentales, de ahí que se restrinja la libertad de utilización a que se trate de un medio probatorio obtenido lícitamente. Hay que volver a insistir que en el proceso penal propio de un Estado de derecho solo se puede proceder contra el imputado de forma respetuosa con su dignidad humana, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad.¹⁹⁷

Existe la libertad de probar con cualquier medio de prueba, pero esta libertad se encuentra en principio restringido al respeto de los derechos fundamentales, ya que tal

¹⁹⁷ TEDEMAN. “Introducción al derecho penal y Procesal Penal”. Cit. por LOPEZ ORTEGA, Juan José. “Derecho a la prueba. Prueba prohibida”. Revista justicia de Paz. San Salvador, N° 13, septiembre-diciembre 2002. Pág.26

como lo ha señalado la Sentencia 114/1984 del TC Español, ningún valor probatorio tendrá la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales.¹⁹⁸

3.5.2. Surgimiento histórico de la prueba prohibida

En nuestros días dentro del proceso penal, la prueba es sin duda el medio perfecto para obtener una convicción en el juzgador acerca de la exactitud de las afirmaciones o negaciones de las partes. Siendo el objetivo primordial la obtención de la verdad en el proceso penal, éste no puede hacerse a cualquier precio, ya que conduciría a un exceso de la administración de justicia.

Esto es a nuestro criterio lo que ocurre con el debate relativo a la exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. Se presentan como antagónicos dos intereses fundamentales de la sociedad: el del Estado por descubrir la verdad y hacer efectiva la ley material, por una parte, y el de los individuos por que sus derechos y garantías constitucionales no sean conculcados so pretexto de la investigación de un delito.

Es dentro de esta línea de pensamiento donde surge la prueba prohibida, y es a su progenitor Ernest Beling a quien le corresponde el honor de haber iniciado el estudio en Europa sobre estos aspectos, quien en su conferencia publicada en 1903 la estableció como los límites a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Con esta definición se pretende un control al ejercicio del poder del Estado. De ahí que la

¹⁹⁸ Continúa la Sentencia: “Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de *inviolables* (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la *resistencia* frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica (...)” Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, fundamento jurídico N°4. Cfr. Anexo N° 15

prueba prohibida implica lo opuesto a “la obtención de la prueba dentro del proceso penal de acuerdo con lo establecido por la ley fundamental, con estricto respeto a los derechos y garantías fundamentales establecidas en la Constitución de la República”.¹⁹⁹

Desde entonces se han generalizado en la doctrina expresiones tales como “prohibiciones probatorias” o “prohibiciones de prueba”. Con esto se hace referencia a excepcionales limitaciones al derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para sostener la acusación.

De ahí que para este autor alemán: *“los órganos de justicia tienen el deber de averiguar lo realmente acaecido, sin embargo tal deber no es ilimitado, sino que se detiene ante aquellas prohibiciones de actuar que expresamente señala la ley. Por ello el medio de prueba prohibido no puede ser utilizado en absoluto: el objeto de inspección ocular prohibida no puede contemplarse, el documento prohibido no puede leerse, el testigo o peritos prohibidos no pueden ser oídos, y si se hace así a pesar de ello, y la falta se nota a tiempo no debe ser tomado en consideración en la sentencia, el juez debe tener como no realizada la prueba practicada”*.²⁰⁰

3.5.3. Esplendor de la prueba prohibida

La doctrina y jurisprudencia juegan un papel primordial como fuentes del derecho, sino véase el reconocimiento del derecho a la intimidad como derecho fundamental, nace con el artículo publicado “The right to privacy” por los abogados Warren y Brandeis y su posterior reconocimiento en la sentencia “Marks vrs. Joffa”

¹⁹⁹ STRUENSEE, Eberhard “La Prueba Prohibida” en Revista Justicia Penal y Sociedad, N° 3-4. Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 1993. Pág.106

²⁰⁰ BELING, Ernest. “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Derecho Penal” en Revista Justicia de paz Año II Volumen I Enero – Abril 1999 Pág. 59.

abordados anteriormente²⁰¹; similar ocurre en lo relativo a la prueba ilícita en la jurisprudencia norteamericana, la que en nuestro continente ha llevado la batuta en este tema, sentando las bases para la exclusión de prueba y creando la doctrina del fruto del árbol venenoso.

Nos ocuparemos en este punto de construir un esbozo somero de lo que fue en este país del norte y en Argentina el surgimiento y desarrollo de la prueba prohibida con casos trascendentales que han marcado las directrices sobre esta garantía.

a) Jurisprudencia norteamericana

Creemos necesario y práctico presentar una serie de casos de prueba ilícita, regla de exclusión y doctrina del árbol venenoso, que en la jurisprudencia norteamericana se han dado, con el objetivo de que al lector se forme una idea de cómo surgió la prueba ilícita, el fundamento y la evolución que tuvo durante el siglo XX.

Es que tal como señala López de Quiroga “En el derecho norteamericano, y sin perjuicio de que existan algunas excepciones, puede afirmarse que existen múltiples casos en los que no se utiliza la prueba por considerar que ha sido ilegalmente obtenida (...)” Así continua el citado autor “El desarrollo de la cuarta enmienda y de la cláusula de exclusión se remonta a la historia inglesa y a la colonial. Los redactores de la Declaración de Derechos se oponían al uso de “mandamientos generales” por parte de la corona inglesa. Estos documentos que no especificaban personas y eran emitidos sin causa probable, se utilizaron para permitir la detención y enjuiciamiento de críticos a la corona”.²⁰²

Nosotros consideramos que la regla de exclusión nace para darle protección al derecho a la intimidad (plasmado en la IV Enmienda), contra actos arbitrarios por parte

²⁰¹ Cfr. Cap. I 1.4.2.

²⁰² LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo, Op. cit. Pág. 94

de la policía, en actos de investigación como registro en allanamiento y correspondencia. En su texto la cuarta enmienda establece: *No se violará el derecho del pueblo a la protección de sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables (...) No se interceptará la comunicación telefónica (...) Solo expedirán mandamientos autorizando registros, allanamientos o arrestos por autoridad judicial, y ello únicamente cuando exista causa probable apoyado en juramento o afirmación, describiendo particularmente el lugar a registrarse, y las personas a detenerse o las cosas a ocuparse (...) La evidencia obtenida en violación de esta sección será inadmisibile en los tribunales.*

i) Weeks vrs. United States (232 US. 383, 1914)²⁰³

En 1914 la Corte Suprema de Justicia norteamericana creó la llamada “regla de exclusión”, en el caso de Weeks vrs. United States, prohibiendo la utilización de procedimiento penal federal, en la obtención de prueba mediante la búsqueda y secuestro ilegales, ya que dicha prueba vulneraría la Cuarta enmienda, es decir, la protección del domicilio, papeles y demás efectos de búsqueda y secuestros irracionales, extendiéndose a las Cortes federales en 1961, prohibiendo la utilización del procedimiento Penal Federal.²⁰⁴

Los oficiales de policía fueron a la casa del demandado cuando éste no se encontraba, y preguntaron a un vecino la hora en que aquel regresaba. El vecino manifestó no saber indicando el lugar donde la llave de la entrada se encontraba, procediendo los policías a ingresar a la vivienda, buscaron en el cuarto del demandado

²⁰³ El lector puede acceder a los fallos que en este apartado se citan en las siguientes direcciones www.uscourts.gov (Corte Suprema de justicia Estados Unidos de América) o en <http://supct.law.cornell.edu:80/supctl> páginas que pueden ser traducidas al español en los siguientes traductores www.traducegratis.com o en www.woldlingo.com

²⁰⁴ CARRIÓ, Alejandro D. “El enjuiciamiento penal en Argentina y en los Estados Unidos”. Ed. Lerner. Buenos Aires, 1986. Pág. 79

y tomaron la posesión de varios papeles y de los artículos encontrados, tal evidencia fue utilizada en su contra.²⁰⁵

En su texto la cuarta enmienda establece: *“No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros, detenciones e incautaciones irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento sino en virtud de causa probable, apoyado en juramento o afirmación, que describa particularmente el lugar que ha de ser registrado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas”*.

Note el lector que la regla de exclusión nace para darle protección al derecho a la intimidad en los ámbitos relativos al domicilio y registro personal reconocidos en la cuarta enmienda, considerando la Corte que son esenciales para el desarrollo de la persona, y que además este derecho es un límite a la actividad estatal en la persecución del delito, disuadiendo a los policías que dicha práctica sería ineficaz a la hora de valorar prueba.

ii) Silverthorne Lumber Co. vrs. United States (251 U.S. 385 1920)

En este fallo comenzó a darse rasgos de lo que posteriormente sería la *Taint fruit of poisonous tree doctrine* “Doctrina del fruto del árbol envenenado”, lo cual marcaría una teoría en la admisión y valoración de prueba.

En 1920 la Corte Suprema de Justicia bajo la influencia del juez Earl Warren, quien en ese momento presidía el Tribunal Suprema Federal, estableció que ningún Estado podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal.

El fundamento de la Corte fue que: *“no solo la prueba obtenida de esta manera no será utilizada ante tribunal sino que no lo será de ninguna forma. La función de la*

²⁰⁵ <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=251&invol=385>

*prohibición es pues doble: por una parte, protege al individuo frente a los excesos de poder; y por la otra, tiene un efecto disuasorio (deterrence effect) frente al uso de métodos inconstitucionales por parte de la policía y la fiscalía. Se pretende con ello la eficaz defensa de la IV, V, VI Y XIX Enmiendas de la Constitución”.*²⁰⁶

Se comienza a dar en esa Corte, medidas para disuadir a la policía sobre la obtención de la prueba, dándose como consecuencia de una ilegalidad, la nulidad subsiguiente de los actos que han sido producto de tal quebrantamiento legal, se visualiza además rasgos del principio de proporcionalidad como límites a la obtención de la verdad, reconocidos en el valor justicia, restringiendo así los excesos de poder.²⁰⁷

iii) Nardone vrs. United States (308 US. 338, 1939)

Los delitos que se le acusaban al imputado eran el contrabando del alcohol, la posesión y la ocultación del alcohol pasado de contrabando, y la conspiración para pasarla de contrabando y para encubrir. La Corte declaró que “la evidencia obtenida por los agentes federales golpeando ligeramente los alambres del teléfono e interceptando mensajes no es admisible en un proceso penal en la corte de distrito federal (...) ninguna persona que no es autorizada por el remitente interceptará cualquier comunicación y divulgará o publicará la existencia, contenido o sustancia, ni tendrá valor el significar de tal comunicación interceptada a cualquier persona”.²⁰⁸

En este fallo es donde la Corte utilizó por primera vez, la expresión “*fruto del árbol venenoso*. Se propugna en lo sucesivo, que “no solo debería de excluirse como prueba en contra de un procesado, grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igual otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones”.

²⁰⁶ www.supct.law.cornell.edu:8080/supct/

²⁰⁷ Cfr. Cap. II 2.6.3.

²⁰⁸ www.cjtoday.com/html/weeks.htm

La cuarta enmienda protege en esencia el derecho a la privacidad de todo ciudadano norteamericano, manifestación de la privacidad o intimidad personal es la protección del secreto que abarca la exclusión del titular de conversaciones tenidas con otras personas, que solo puede ser limitado según la corte por orden judicial.

iv) Mapp vrs. Ohio (367 U.S. 643, 1961)

En 1961 se da un segundo fallo que viene a consolidar el anterior. Es el caso Mapp v. Ohio, en el cual la Corte prohibió la admisión de la prueba ilícita obtenida dentro de los procedimientos estatales, lo cual se había vuelto un tanto necesaria por la reticencia de varios Estados de no admitir la regla de exclusión, sino también por la práctica conocida como “La doctrina de la bandeja de plata”, mediante la cual los funcionarios federales le facilitaban a sus pares de los estados, pruebas que ellos no podían utilizar válidamente en juicio penal por imperio de la regla de exclusión, pero si éstos últimos podían utilizarlas para probar la comisión de un delito estatal.

El día de los hechos las autoridades llegaron a la casa de la Sra. Mapp en busca de un imputado presuntamente peligroso, y le pidieron permiso para registrar su casa. La policía tenía sospechas que él había detonado una bomba. Ante la negativa de la Sra. Mapp, los oficiales se fueron para regresar unas horas después con una orden judicial, para proceder al allanamiento y registro de su hogar, pero ella se dio cuenta que la autorización que le mostraban era falsa, lo que produjo una pelea por el documento. Recuperado este por los oficiales procedieron al registro, encontrando unas revistas pornográficas (material obsceno, prohibido en el Estado de Ohio). En el juicio por la tenencia de este material, el fiscal no logró demostrar que los oficiales contaran con dicha orden judicial para el allanamiento, ni que voluntariamente la Sra. Mapp lo hubiera permitido.²⁰⁹

²⁰⁹[http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=\[group+367+u!2Es!2E+643!3A\]^\[group+citemenu!3A\]^\[level+case+citation!3A\]^\[group+notes!3A\]/doc/{@1}/hitheadings/words=4/hitonly?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foioci.exe/historic/query=[group+367+u!2Es!2E+643!3A]^[group+citemenu!3A]^[level+case+citation!3A]^[group+notes!3A]/doc/{@1}/hitheadings/words=4/hitonly?)

El Mensaje que mandó la Corte fue: “Nuestra decisión basada en la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la constitución le garantiza, al funcionario de policía no menos que aquello a lo que la función policial honesta tiene derecho, y, a los tribunales, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia”.²¹⁰

En América del Norte se percibió claramente el rechazo a la regla de exclusión; ejemplo claro de ello es que el entonces Ministro de Justicia se pronunció al respecto diciendo: *“que los beneficiarios de la regla de exclusión no pueden ser otros que los culpables de crímenes”*, argumentó que no se trataba de ninguna violación a la cuarta enmienda y que la regla de exclusión se ha aplicado generalmente a errores de buena fe, y deficiencias puramente técnicas de los procedimientos policiales. Siguiendo esta línea de pensamientos: *“El criminal se ve libre porque el comisario se ha equivocado”*.

v) Escobedo vrs. Illinois (378 U.S. 478, 1964)

Escobedo confesó el homicidio, después que la policía utilizó una serie de engaños, entre estos el valerse de un cómplice para obtener la confesión e impedir que pudiera reunirse con su abogado. El tribunal Supremo en la resolución que revocó la condenatoria por homicidio, insistió en que Escobedo, como todo imputado, debería contar con un abogado desde el momento en que el proceso dejara de ser una investigación y se concretara la acusación. Por este motivo, la actuación de los policías al impedir que pudiera comunicarse con su abogado, vulneraba su derecho constitucional a la defensa y por ende la confesión así obtenida no podía tener ningún valor probatorio.

Obsérvese la amplitud de la regla de exclusión, aplicándose no sólo a defectos procesales que pudieran catalogarse como de escasa trascendencia. La sujeción del juzgador a la ley es tal, que no importa el grado de certeza que se tenga sobre la

²¹⁰ *Ibíd.*

culpabilidad del imputado. Si esta se ha logrado incorporando elementos de prueba espurios, tales no pueden ser utilizados para enervar la presunción de inocencia.

vi) Miranda vrs. Arizona (384 U.S. 496, 1966)

Este es uno de los casos mas trascendentales y polémicos que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia estadounidense, ya que se realza la importancia del derecho de defensa y la nulidad del acto cuando se infringe tal garantía constitucional, no importando el grado de certeza que se tenga sobre la participación delictiva del imputado.

Los hechos ocurrieron el 13 de marzo de 1963. Ernesto Miranda fue arrestado en su casa y llevado bajo custodia a una comisaría en Phoenix; allí fue identificado por el testigo de cargo, posteriormente fue llevado a una sala e interrogado por dos horas, como producto de tal acto se consiguió una confesión escrita por Miranda, indicando en esta que había sido voluntariamente, sin amenazas o promesas de inmunidad. Así su declaración: *“con pleno conocimiento de mis derechos legales, entendiendo todas las declaraciones que he efectuado pueden ser utilizadas en mi contra”*. Miranda fue encontrado culpable de secuestro y violación.

La Suprema Corte de Justicia fundamentó su sentencia así: *“Desde el inicio, si una persona bajo custodia va a ser sometida a interrogatorio, primero debe ser informada en términos claros e inequívocos que tiene derecho a permanecer en silencio. La notificación de la existencia del derecho a permanecer silencioso debe estar acompañada por la explicación de que cualquier cosa dicha puede y será utilizada contra el individuo ante el tribunal. Por lo tanto el derecho a que el abogado esté presente en el interrogatorio es indispensable para la protección del derecho establecido por la V Enmienda. Por consiguiente un individuo retenido para ser interrogado debe ser claramente informado que tiene derecho a consultar con un abogado, y a tener un abogado con él en el interrogatorio. Si el individuo indica de cualquier modo, en cualquier etapa antes o durante el interrogatorio, que desea*

*permanecer en silencio, el interrogatorio debe cesar. En ese momento ha indicado que intenta ejercitar su privilegio bajo la V Enmienda”.*²¹¹

Los magistrados votaron cinco a favor contra cuatro que expresaron sus votos en forma disidente. Puede observarse que el caso fue polémico pero sentó nuevas reglas para la obtención de la prueba, reafirmando la tendencia que se venía percibiendo en la exclusión de prueba.

vii) Orozco v. Texas (384 U.S 436 1969)

La culminación de la doctrina conocida como “las advertencias de Miranda”, las encontramos en este caso. H. Orozco y su novia departían en el Café “El Farleto” de Dallas. Un desconocido había hablado a la novia de Orozco dentro del restaurante. La evidencia introducida en la audiencia demostró que Orozco, en la medianoche poco antes de la fecha del asesinato, salió a pelear con el desconocido. En el calor de la pelea, el desconocido lo insultó diciéndole: “grasa mexicana”. Orozco le disparó matándolo.²¹² A las cuatro de la mañana del día siguiente, cuatro policías se presentaron a la habitación donde Orozco fingía dormir. El interrogatorio fue muy breve, y ocurrió en el mismo aposento. Le preguntaron: ¿Estuviste en el café el Farleto? A lo que respondió que sí; le preguntaron ¿tienes pistola? otra vez él respondió que sí. Después de preguntarle dos veces ¿Dónde esta la pistola? Orozco les reveló el lugar, donde fue decomisada, el arma que la sección de balística después comprobó que había sido utilizada en el homicidio.

En el recurso que Orozco presentó ante la Corte Suprema, dijo que no le habían hecho las advertencias pertinentes. El juez Black, al redactar el voto mayoritario, estuvo de acuerdo y dijo que la confesión así obtenida era ilícita y por

²¹¹ MILLER, Jonathan M. et. al. “Constitución y Derechos Humanos”. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991. Pág. 440

²¹² <http://www.uscplus.com/online/index.asp?case=3940324>

ende inadmisibles para sustentar una sentencia condenatoria, porque vulneraba las Enmiendas V, VI, y XIV.

b) Jurisprudencia argentina

La jurisprudencia argentina también ha tenido gran protagonismo en este tema, marcando su historia con tres fallos trascendentales que han influenciado a la doctrina y los cuales comentamos a continuación.

i) Charles Hermanos

El antecedente más remoto y sonado en esta nación, se encuentra en el caso Charles Hermanos, Fallo de la Corte Suprema de la Nación 46-36, de 1891. En este caso los agentes del orden habían obtenido pruebas de la comisión de un delito a partir de un procedimiento que violaba preceptos constitucionales, para el caso “la inviolabilidad del domicilio. Se excluyó prueba en base al allanamiento ilegal, en violación al secreto de correspondencia, en un caso de contrabando.”²¹³

Curiosa resulta la coincidencia de cómo en Argentina también surge la regla de exclusión, que al igual que en Norteamérica propugna por la protección de la intimidad y específicamente de la inviolabilidad de la morada y el secreto de la correspondencia ámbitos propios del derecho a la privacidad.

El fundamento de la Corte para decretar exclusión fue que la “ley en el interés de la moral y de la seguridad” declaraba a dicho material incriminatorio como inadmisibles.

ii) Montenegro

Luisiano Bernardino Montenegro fue condenado por el delito de robo, tras los dichos vertidos por él mismo, bajo tortura en sede policial, permitiendo así localizar en su domicilio efectos robados.

En este caso, la Corte Suprema Nacional falló que no se podía tener como prueba las declaraciones del imputado cuando estas habían sido producto de torturas, acuñando la frase: *“el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley”*.

En los dos casos anteriores existían fuertes indicios que los imputados eran culpables del delito por el cual los acusaron. Pese a ello en estos casos la Corte Suprema se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de dicha ilegalidad, acuñando la expresión que: *“el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional, no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia, al pretender constituirla en beneficio del hecho ilícito”*.²¹⁴

iii) Fiorentino

El menor Diego Enrique Fiorentino fue condenado por el delito de tenencia ilegítima de estupefacientes, tras haber ingresado policías a la vivienda de sus padres sin autorización válida. De dicho ingreso, se procedió al secuestro de cigarrillos de marihuana que encontraron en la habitación del imputado.

La Constitución Nacional establece que el domicilio es inviolable. Se consagra así el derecho individual a la privacidad del domicilio. En consecuencia, en el caso subjudice se declaró la invalidez del registro domiciliario, igual suerte corrió el secuestro practicado en esas circunstancias. Ello fue así, porque la incautación del

²¹³ CARRIO, Alejandro D. “Justicia Criminal”. Lerner Editores Asociados. Buenos Aires, 1986. Pág. 75

cuerpo del delito *no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales.*

3.4.4. Concepto de prueba prohibida²¹⁵

La búsqueda de la verdad material es el principal objetivo del proceso penal. A ésta solo se llegará mediante el material probatorio que aporte los elementos al juez para, valorar el grado de culpabilidad o inocencia del imputado. Esta búsqueda no puede realizarse a cualquier precio, ya que en el esclarecimiento de los hechos punibles sin sujeción a limite alguno, la búsqueda de la verdad no es un fin en sí mismo, que merezca alcanzarse con sacrificio de derechos fundamentales.

Es en este orden de ideas que ha resuelto el TC español “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la

²¹⁴ Ibidem Pág. 76

²¹⁵ Es necesario antes de entrar al estudio de este tema establecer las diferentes denominaciones con las que se conoce la prueba prohibida, que como se verá, depende del país donde primeramente fue reconocida. Así tenemos: en Alemania, donde surge por primera vez, se le llamó prohibiciones probatorias; en los Estados Unidos, donde tiene mucho auge, se conoce como regla de exclusión o teoría del fruto del árbol venenoso; en Argentina prueba espuria (ilegítima o fraudulenta); en España, que es donde pasa a nuestra legislación, se le conoce como prueba prohibida.

exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso".²¹⁶

Se parte pues de una realidad cual es que el Estado de Derecho implica la regulación de la vida social por un conjunto de normas a las que todos y el propio Estado, estamos vinculados. En ese sentido, el proceso penal, en esencia viene constituido por una amalgama de reglamentaciones jurídicas que establecen la forma en que ha de desarrollarse la investigación criminal sancionando, a su propia vez, las garantías que han de asignarse a las personas sujetas al mismo. La propia existencia, pues, de un proceso penal nos indica que no es la represión el único interés que mueve al Estado; si así fuera dicho proceso estaría de más. Por tanto, el Estado se autolimita, en su obligación de obtener la verdad, a la filosofía que inspira una sociedad democrática y a las normas que ordenadas jerárquicamente, rigen la vida de la colectividad.²¹⁷

En una primera aproximación al tema es conveniente presentar al lector un concepto claro y general para luego introducirnos de una manera más particular al tema en estudio.

Desde su preludio, como ya se dejó sentado anteriormente, se conoció como prueba ilícita aquella obtenida y valorada con vulneración de derechos constitucionales fundamentales, lo cual implica un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes en el proceso penal.

De ello se deduce que prueba ilícita es toda prueba contraria al ordenamiento constitucional, convencional o legal de un país determinado, que reconocen garantías y derechos fundamentales, que le dan vida a un proceso penal más humano, democrático e inspirado en el Estado de Derecho, que como señala Montero Juanes,

²¹⁶ Sentencia 114/1984 del TC, de 29 de noviembre, fundamento jurídico N° 4. Cfr. Anexo N° 15

*“se caracteriza por que todas las relaciones de carácter jurídico han de ajustarse ineludiblemente al principio de legalidad”.*²¹⁸

La producción de prueba en contradicción a lo que establecen las normas, determina la ilicitud de la misma, y la ilicitud de la prueba puede llevar a la anulación del proceso, y eventualmente, lisa y llanamente, a una sentencia de absolución

Esta aproximación nos permite resaltar como primer elemento “la violación de normas que en esencia serán constitucionales”, que pueden ser normas de carácter sustantiva o procesal. Así tenemos dentro de las primeras el derecho a la vida (Art. 2 inc. 1º), integridad física o síquica (Art.2. inc. 1º), inviolabilidad del domicilio (Art. 20 inc. 1º), la correspondencia (Art. 24), etc. Y dentro de las segundas está la inviolabilidad de la defensa (Art. 12 inc. 1º), derecho a no declarar contra sí mismo (Art. 12 inc. 2º), derecho a defensa técnica, derecho a no sufrir coacciones de cualquier tipo etc.

Como segundo elemento, tenemos que se enmarca dentro del ámbito de prueba ilícita, la violación en la obtención de prueba, de leyes secundarias, entiéndase pactos y convenios internacionales de derechos humanos y leyes, que por su misma naturaleza son esenciales, reflejo fiel del sistema garantista que inspira el proceso penal.

Con propiedad podemos decir que esta categoría implica una limitación tanto de los datos que pueden ser susceptibles de investigación, como de los medios que pueden ser utilizados a los fines de obtener la convicción judicial requerida para la formación de la sentencia.

El fundamento último de la inadmisibilidad de la prueba ilícita, radica en la idea de que no es posible constituir un derecho sobre un delito o sobre un ilícito, y que el fin no justifica los medios.

²¹⁷ ASECIO MELLADO, José María. Op. Cit. Pág. 76.

El juez, naturalmente, *“solo debe fundar su convicción en elementos de prueba que la ley no declare inadmisibles. Si bien, un medio de prueba puede ser admisible en sí mismo, y no obstante no ser idóneo para fundar la convicción en el juez. En efecto este sólo puede tomar en consideración los elementos de prueba legítimamente adquiridos en el proceso y que fueron asumidos con las debidas garantías (...)”*²¹⁹

3.5.5. Fundamento jurídico de la prueba prohibida

Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso, implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en la Constitución pasa así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido.²²⁰

Sabido de sobra es que el proceso penal se debe regir por reglas básicas infranqueables, conocidas como Debido Proceso. Éstas son las que permiten guiar satisfactoriamente una investigación, a la vez dan confianza a la ciudadanía sobre la legitimidad del sistema de justicia.

²¹⁸ MONTERO JUANES, Francisco Javier. “La prueba prohibida. Intervenciones Telefónicas” en Derecho Penal volumen II, CGPJ, Plan territorial de Girona, 1992. Pág.1281

²¹⁹ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. Tomo III. Pág. 208

²²⁰ Sentencia 114/1984, del TC, del 29 de noviembre, fundamento jurídico N° 5. Cfr. Anexo N° 15

a) Fundamento constitucional

Al referirnos a la prueba prohibida es conveniente hacer una breve referencia al reconocimiento constitucional que en otros países se le ha dado, vista la magnitud e importancia que refleja, para luego abordarla desde nuestra perspectiva constitucional, y establecer ahí su fundamento.

Siendo la Constitución la fuente principal de nuestro derecho, de ella se debe dilucidar una correspondiente subordinación, la cual debe encausarse al reconocimiento expreso de principios rectores que la inspiran, tales principios deberán valorarse por sobre cualquier posición antagónica que surja en la legislación secundaria.

Es así como en el Art. 245 inc. 2º Cn. se ha reconocido que: *“la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes”*. De tal principio se puede decir categóricamente que toda prueba obtenida con violación a derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Magna debe ser desechada, así como los conexos con esta.

En ese argumento, adquiere importancia esta forma de control procesal y surge la necesidad de elevarla a un ámbito constitucional. Por tal razón en Latinoamérica existen muchas Constituciones que reconocen expresamente esta forma de control en la recepción de la prueba. Tal es el caso de la Provincia de Córdoba, en Argentina, que en 1987 reconoció estableciendo que *“los actos que vulneran garantías reconocidas por la Constitución carecen de toda eficacia probatoria, la ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas, que con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”*.

Brasil es otro de los países que ha tomado la iniciativa en el reconocimiento constitucional. Dicho ordenamiento estatuye, en una de sus formas más expresivas en el Art. 5 inciso LVI de la Constitución Federal de 1988, en una de las formas más expresivas: *“Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”*

En Norte América, la Constitución de Canadá en el Art. 24.2 claramente regula “(...) cuando (...) un tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizados por la Constitución, la prueba quedará excluida. Si no se establece que teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento repercutiría en el descrédito de la administración de justicia”. Refleja esta posición sentada por el constituyente uno de los principales objetivos de la prueba prohibida, el cual es la confianza que nos debe merecer en la aplicación de la ley por parte de los tribunales.

En Europa, específicamente en el Estado de Portugal, la Constitución de 1976 en su Art. 32 prohibió expresamente todas las pruebas obtenidas mediante tortura, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones.

Si bien es cierto nuestra Constitución en su texto no reconoce expresamente tal prohibición, como se observó en las anteriores Constituciones, de la lectura del Art. 15 podemos advertir, en un primer momento y de manera general, su reconocimiento implícito ya que este artículo establece “*en esencia el principio de legalidad procesal*”. Principio que hace obligatoria la sujeción a la ley, de actos realizados con el fin primordial de encontrar la verdad real, y si a ésta se llega mediante la violación a derechos fundamentales debe declararse la ineficacia de dicha prueba, ya que del principio de Estado de Derecho, emana, por tanto, la obligación de averiguar la verdad, como presupuesto de una sentencia justa, con la eventual limitación de que “la verdad solo puede ser objeto de averiguación de acuerdo con las propias reglas procesales”.

De ahí que los límites impuestos por la Constitución y por las demás leyes para la averiguación de la verdad, no tendrían ningún sentido si la violación de dichos límites

no derivara en la inadmisibilidad o expulsión procesal de la prueba ilegítimamente obtenida.²²¹

Durán Ramírez deduce el reconocimiento constitucional de la prueba prohibida del Art. 12 inc. 3º Cn. disposición relativa a la prohibición de confesión forzosa. Opina que “en consecuencia si ésta surte efecto de acuerdo a la interpretación sistemática, ha de colegirse que toda prueba obtenida en quebrantamiento de la normativa constitucional se vuelve ineficaz para los efectos procesales”.²²²

Nosotros consideramos que el reconocimiento constitucional de la prueba prohibida puede colegirse mas atinadamente de la garantía de Audiencia reconocida en el Art. 11 Cn.: *“ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, la libertad y la posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...)”*

La Garantía de Audiencia se encuentra integrada por otras dos garantías: la de juicio previo y la prohibición de persecución múltiple (*Non bis in idem*). Para los objetivos de este trabajo nos interesa únicamente la primera, la cual desarrollamos a continuación.

Tal como lo señala Ignacio Burgoa “la idea de juicio equivale a procedimiento, como secuela de actos concatenados entre sí, afectados a un fin común que le proporciona unidad”.²²³

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en reiteradas ocasiones que “aspectos esenciales del derecho de audiencia, en forma genérica y sin carácter taxativo son: a)Que la persona a quien se le pretende privar de un derecho se le siga un proceso; b)Que dicho proceso se ventile ante entidades

²²¹ STRUENSSE. Eberhard. Op. cit. Pág. 108

²²² DURAN RAMÍREZ, Juan Antonio. Op. cit. Pág. 335

previamente establecidas; c) *Que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales*; d) *Que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad*".²²⁴

Perfectamente podemos aplicar estos elementos del juicio previo a la prueba prohibida lo que dará como resultado su reconocimiento, de la siguiente forma:

1) Ya dijimos que el juicio debe proceder al acto de privación, dando la facultad efectiva en el procedimiento del ejercicio pleno del derecho de defensa, otorgando tanto oportunidad probatoria como facultades para controlar la prueba de la contraparte. Se visualiza en este primer elemento uno de los objetivos de la prueba prohibida que es el control del material probatorio, restringiendo la incorporación al proceso de material obtenido con violación al derecho de defensa como garantía constitucional.

2) Como segundo elemento aplicado a la prueba prohibida encontramos que el juicio sea diligenciado con arreglo a las leyes, es decir, que no basta la existencia de que el juicio debe preceder al acto, sino que es necesario además que la persona titular del derecho subjetivo sea oída y vencida con arreglo a las leyes. De ahí que la prueba debe ser obtenida, producida y valorada de acuerdo a la Constitución, Tratados Internacionales y Código Procesal Penal. El irrespeto de dicho procedimiento daría como resultado la carencia de valor e inutilidad de la prueba, ya que la Constitución y sus principios deben prevalecer sobre toda ley.

3) *Que en el proceso se observen las formalidades esenciales o procedimentales*. Es decir, debe observarse las reglas mínimas que inspiran el proceso penal acusatorio o mixto, cuales son las garantías reconocidas por la Constitución, y

²²³ BURGOA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". 13ª edición Ed. Porrúa México 1980 Pág. 543

²²⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Amparo 335-97 en "Revista de Derecho Constitucional" N° 29 Tomo II Octubre Diciembre 1998

que subsumidas en el juicio previo, inspiran un procedimiento democrático, humano y justo. Así la inviolabilidad de la morada, de las comunicaciones, de la intimidad personal, en esencia reflejan garantías dentro del proceso penal reconocidas en la Constitución. Así lo ha señalado la Honorable Sala de lo Constitucional de nuestro país: *“no deben ser simples declaraciones líricas plasmadas tanto en la Constitución, como en la ley, puesto que no son solo derechos del imputado, sino garantías del proceso penal mismo”*.²²⁵

En opinión similar ha consideración del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador: *“su fundamento constitucional está en la garantía de un proceso regular y justo que parte del artículo 11 Cn. ciertamente no es admisible que el Estado funde la culpabilidad del acusado en prueba obtenida ilícitamente, no sólo desconociendo sino que infringiendo garantías que la misma Constitución establece. Si como en muchas sentencias de inconstitucionalidad se ha dicho que nuestro Estado responde a la concepción de un Estado Constitucional de Derecho, esa misma noción impide que el Estado se aproveche de prueba ilícita obtenida por cualquier persona que en el ejercicio de sus funciones lo represente, puesto que algunos de los requisitos del Estado Constitucional de Derecho son la fidelidad a la Constitución en cuanto la tutela de los derechos y garantías fundamentales que provee, y la sujeción del poder al principio de estricta legalidad”*.²²⁶

b) Fundamento Procesal

La prueba, para que sea válida, debe ser introducida al proceso conforme a las formalidades que establece la ley, de lo contrario deberá prescindirse de ésta. Aceptar

²²⁵ Sentencia 6-H-95. Parada vrs. Juzgado Segundo de lo Penal, de 21 de agosto. Cfr. Anexo N° 1

²²⁶ Sentencia P0103-40-00, del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, de 7 de abril. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Cfr. Anexo N° 3

su incorporación sería lo mismo que negar el Estado de Derecho, donde las garantías constitucionales y la ley encuentran su asidero.

“Sobre la base de la estructura acusatoria y a efecto de caracterizar el proceso penal como procedimiento probatorio y no potestativo asuma mayor significación toda una serie de garantías en gran parte ya previstas (...) d) la prohibición en el interrogatorio y en general en la *práctica de prueba de métodos o técnicas idóneas para influir sobre su capacidad o autodeterminación* o para alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos.²²⁷ Garantías de obligatoria observancia y cumplimiento por los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento del delito, ya que han jurado cumplir y hacer cumplir la constitución Art. 235 Cn. Garantías que además, operativizan el Estado de Derecho ya que “no simplemente es un conjunto de leyes sino una manera de corresponder y ejercer la convivencia ciudadana y que pueden resolverse a través del respeto a la dignidad, consagrado en la constitución”.²²⁸ Esto significa que los tribunales deben hacer prevalecer la constitución sobre cualquier acto que signifique la trasgresión de la misma.²²⁹

Es así como lo establece el Art. 15 C. Pr. Pn., regula que *“No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito (...)”* con esto pretendió el legislador establecer un límite a la actividad probatoria, que inspirado en el principio de legalidad, instituye que la averiguación de la verdad, si bien es cierto es una de las metas del proceso penal, pero ella cede, tal como lo establece Casado Pérez: *“hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, cuando los posibles caminos para lograrla son*

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta. 1997 Pág. 736

²²⁸ Sentencia P0901/4-2000 Tribunal de Sentencia de Chalatenango. N°2 Lit. a). Cfr. Anexo N° 8

*incompatibles con los principios que inspiran el Estado de derecho. Se trata pues, en suma de convertir un principio absoluto, la averiguación de la verdad, en un principio relativo (la búsqueda de la verdad en el proceso penal no puede hacerse a cualquier precio) pues existen principios superiores que lo desvirtúan e, incluso, lo anulan cuando entran en conflicto con aquel”.*²³⁰

En nuestro sistema judicial está siendo aplicada, paulatinamente, la regla de exclusión. Afortunadamente se ha aplicado en tribunales de las diferentes zonas del país²³¹ si bien no se vislumbra un horizonte alentador, los avances que se han logrado hasta la fecha son considerables.

²²⁹ Sentencia 34-02-2ª Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, de 16 de mayo de 2002. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Rom. IV. Cfr. Anexo N° 4

²³⁰ CASADO PEREZ, José M. “Código Procesal Penal Comentado” Ed. Lis. San Salvador, 2001. Pág. 77

²³¹ Cfr. Sentencia del 08/VI/99. Tribunal Segundo de Sentencia San Miguel, que dice: “Según la regla de exclusión probatoria contenida en los artículos 15 y 162 del Código Procesal Penal, debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción (...). El fundamento para excluir cualquier elemento de prueba de los antes mencionados, se basa principalmente en la irrefutable razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento, elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima, inobservando las mismas normas por él predispuestas (...). Por otro lado, el Estado democrático de derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana, cuya tutela es axiológicamente mas importante para la sociedad que el castigo del autor del delito; que no es posible hacerlo mediante la comisión de otro delito, a menudo más grave, que generalmente va unido a la violación de las normas garantistas”. En: “Lineamientos jurisprudenciales” www.csj.gov.sv Y también: Sentencia P0103-12-2002 Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador: “El artículo 15 inciso primero y segundo del C. Pr. Pn. tienen como objetos fundamental hacer respetar el Estado Constitucional de Derecho y prevenir actividades probatorias arbitrarias de la policía, los fiscales o inclusive los mismos jueces. Lo que la regla de exclusión establece es que toda aquella información que contraría derechos o garantías fundamentales en su obtención o su incorporación es ilícita y debe ser objeto de supresión en cuanto a sus efectos valorativos probatorios, de igual manera cuando la obtención de la información probatoria tenga una ascendencia ilícita siempre que en el origen se hayan quebrantado derechos o garantías fundamentales; Sentencia P0901/4-2000 Tribunal de Sentencia de Chalatenango; Sentencia 129Z-2E1/2-99 Tribunal de Sentencia Zacatecoluca, la Paz.

Para que la prueba tenga validez debe ser incorporada al proceso conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal (así lo ha establecido el Art. 162 en su tercer inciso). La inobservancia de este precepto daría como resultado la ineficacia jurídica del acto o resolución infractora finalizando con una nulidad absoluta tal como lo reconoce el Art. 224. numeral 6 Pr. Pn. debiendo ser el juez o tribunal sentenciador beligerante en la defensa de los derechos fundamentales. De no ser así le queda como ultima opción al litigante la casación, ya que de acuerdo al Art. 362 numeral 4 Pr. Pn., dentro de los defectos de la sentencia que habilitan casación se encuentra “(...) cuando no se ha observado en el fallo las reglas de la sana crítica con respecto a los medios o elementos probatorios de valor decisivo”.

Para concluir diremos que “la administración de justicia, como poder en el que descansa la tutela imparcial de la constitución- los jueces sólo nos debemos a la Constitución Art.172 Cn- debe ser respetuosa al máximo del orden constitucional y de las leyes infraconstitucionales, y de este orden que debe ser en extremo irreprochable, no puede ser beneficiario de aquellas actividades originadas en procedimientos violatorios de la constitución, que producen no otra cosa que prueba ilícita; tampoco una imparcial, recta y proba administración de justicia pueden consentir sin más, que los actos quebrantadores de la constitución, sean legitimados aceptando como lícita la prueba que se obtenga violando la misma constitución. Es que aunque la constitución constituye un orden que todos debemos respetar, las actuaciones excesivas que podrán violentarla son las que le otorguen validez y legitimidad, porque ante las violaciones de que es objeto, la constitución mantiene su vigencia normativa, ahí se confirma su señorío, a través de las trasgresiones, en cuanto que estas ni deben ser

*toleradas, ni mucho menos cohonestadas, sino que deben ser extirpadas, suprimiendo todo valor a aquellos actos que la trasgredan.*²³²

3.5.6. Regla de Exclusión

Se hace necesario hacer una diferencia de lo que es prueba prohibida y regla de exclusión para evitar equívocos, ya que como se verá, ésta última es lógica consecuencia de la primera.

Como se planteó anteriormente la regla de exclusión nace con el caso *Weeks vrs. United States*,²³³ y en términos generales se concibió como una regla cuyo efecto es excluir evidencia perniciosa.

La exclusión estaba fundamentada por la falta de confiabilidad de la evidencia (escaso valor probatorio) o en consideraciones de interés público (policy) ajenas a la búsqueda de la verdad. Como ejemplo de lo primero es la exclusión de cierta prueba de referencia; y el ejemplo clásico de lo segundo es la exclusión de materia privilegiada. La regla de exclusión de evidencia obtenida en violación a la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, fue considerada como una de las principales razones de interés público en la que se hacía valer la garantía contra el registro, allanamientos ilegales, totalmente al margen del interés en la búsqueda de la verdad.²³⁴

De ahí que la evidencia obtenida ilícitamente (irrespetando garantías constitucionales) debe ser excluida del proceso y la valoración judicial, por ser perniciosa para el buen crédito en la administración de justicia.

²³² Sentencia 34-02-2a Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. Fundamentación Jurídica Rom. IV. Cfr. Anexo N° 4

²³³ Cfr. 3.4.3. literal a) i)

²³⁴ CHIESA APONTE, Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos de América" Volumen I Ed. Forum. Puerto Rico, 1995. pág. 160

Los fundamentos de la regla de exclusión son en esencia tres, a saber:²³⁵

a) Disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la protección constitucional, esto es lo que se conoce por “deterrence”;

b) Integridad judicial: Las Cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida;

c) Impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el mismo.

Al referirnos a la prueba prohibida establecimos que es una garantía de carácter procesal que restringe o limita el ingreso de prueba que ha sido obtenida por medios anormales; pero este límite por la Constitución o ley no sería eficaz si no existiera la regla de exclusión que establece como lógica consecuencia de la violación constitucional, la eliminación del material probatorio obtenido de esta forma.

Se concluye en este punto que la prueba prohibida es un límite en la obtención del material incriminatorio. Si no se observa ese límite ni la formalidad que la ley establece para la obtención de la prueba y no obstante ésta es introducida al proceso, entra en juego lo que se conoce como regla de exclusión, apartando todo material probatorio que no haya sido incorporado forma debida.

3.5.7. Críticas a la regla de exclusión

Se han vertido muchas opiniones atacando la exclusión de la prueba prohibida, y a continuación se desarrollarán las que mayor influencia han tenido, para posteriormente puntualizar los beneficios de esta garantía.

Las principales críticas giran en torno a los siguientes aspectos:

²³⁵ Ibidem. Pág. 184

a) La decisión tomada de excluir prueba, necesariamente, tendrá el efecto de permitir a los criminales depravados realizar en el futuro sus planes criminales, en el conocimiento seguro que sus propósitos se verán realizados generando impunidad.²³⁶

b) Los únicos beneficiarios de la regla de exclusión son los culpables de crímenes.²³⁷

c) La prueba prohibida no hace sino entorpecer la acción de la justicia al declarar inadmisibles pruebas, en algunos casos concluyentes, de la comisión de un delito. Por ejemplo, un domicilio ha sido allanado ilegalmente, “ante tal circunstancia debe investigarse la conducta de los responsables (del allanamiento ilegítimo) por separado, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros, ni dejan de lado una realidad intangible”.²³⁸

d) Se señala que la regla nada hace para proteger a aquellas víctimas de ilegalidades policiales de las que no se deriva la obtención de pruebas incriminatorias.²³⁹

e) “Bajo las reglas de la supresión, el castigo al policía por mal comportamiento, recibe prioridad sobre el proceso criminal por su crimen, y con la catedral constitucional que hemos construido alrededor del proceso debido y de las reglas de exclusión, lo que sucede es que hemos prendido fuego a la casa de la ley criminal en nuestro intento de asar al policía cerdo, considerar al oficial de la ley demasiado celoso, como un peligro mayor para la comunidad que el asesino sin castigo”²⁴⁰

²³⁶ Nardone vrs. Estados Unidos (308, US 338, 1939). Voto disidente del Sr. Juez McReynolds.

²³⁷ Cfr. 3.4.3. literal a) iv)

²³⁸ CARRIO, Alejandro D. “Justicia Criminal”. Op. cit. Pág. 82

²³⁹ Ibidem

²⁴⁰ LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo. Op, cit. Págs. 87-88

En síntesis los críticos señalan que, si de lo que se trata es de lograr un efecto disuasorio de la ilegalidad policial, el método elegido debería ser uno que tenga a los agentes del orden como reales destinatarios, optando por denunciar a sus responsables criminalmente.

3.5.8. Argumentos a favor de la regla de exclusión

La regla de exclusión ha sido duramente atacada desde su surgimiento hasta nuestros días. La polémica gira en torno a la eliminación de prueba como regla general dándose lugar a pensar que debería ser la excepción y no la regla, por cuanto genera impunidad e injusticia, pero como se verá estos argumentos han sido debatidos y justificados desde la misma visión de justicia, ya que tal como lo ha dicho en reiteradas ocasiones el Supremo Tribunal Federal Alemán la persecución del delito no debe realizarse a cualquier precio, el imputado y sus derechos han pasado de ser objeto del proceso a sujeto del mismo.

La jurisprudencia y la doctrina han planteado como argumentos favorables de la regla de exclusión los siguientes:

a) Se le reconoce a la regla de exclusión un fundamento ético antes que un fundamento disuasorio. Este gira en torno al valor justicia, el cual se ve seriamente resentido si quienes velan porque las leyes sean cumplidas (los policías) son los primeros en violarlas, y quienes tiene como función aplicar e interpretar la ley (los jueces), basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito.

b) La absolución consiguiente a la exclusión de una prueba ilegítimamente obtenida puede significar que un culpable quede libre, y esto, verdaderamente, no es algo que deba ser bien recibido. Sin embargo, los agentes policiales y las instancias acusadoras deberían darse cuenta de que un acusado por el Estado necesita protección, y que si se encuentra privado provisionalmente de libertad, se halla en una

posición muy vulnerable. La sociedad conoce los Códigos Procesales como un medio de dotarlos de protección. No cumplirlos puede resultar muy costoso y conducir a resultados insatisfactorios, pero que en ningún caso eran inevitables (Jurisprudencia de Inglaterra Court of Appeal, Caso Powell v. DPP -1992- RTR 270).²⁴¹

c) No es la regla de exclusión la que en esencia deja fuera de la valoración del juez la prueba obtenida ilícitamente, sino la misma Constitución, la cual restringe para ciertos casos la intromisión en un derecho fundamental, y para otros los sujeta a un procedimiento determinado. De ahí que tal como dice Carrió: “son las disposiciones constitucionales las que impiden a la policía extraer declaraciones compulsivas, allanar domicilios sin orden judicial detener a los individuos sin pruebas etc.”²⁴²

d) Hay que valorar equilibradamente los intereses de la sociedad en la aprehensión de los culpables y en su persecución y condena, por una parte, y, por otra, el repudio de cualquier conducta o subterfugio procesales que sean contrarios al juego limpio, o ilegales en el sentido de llevar consigo una naturaleza tal que ofenda los conceptos que importan a la decencia democrática (relevant concepts of democratic decency). Caso R. v. Dugan (1984) 2 NSWLR 554. Jurisprudencia de Australia.²⁴³

e) Si se está, en verdad, en un auténtico Estado Constitucional de Derecho, la primera obligación de las autoridades es la sujeción a la Constitución y a la estricta legalidad, quienes ejercen el poder del Estado no pueden, ni aún so pretexto de enfrentar el delito, transgredir el orden jurídico, ni mucho menos el orden supremo que se deriva de la Constitución. Es por ello que la integridad del poder judicial y de una proba administración de justicia no puede apoyarse en pruebas que son violatorias de

²⁴¹ PALAZZI, Pablo A. y AMADEO, Sergio L. “Reseña de jurisprudencia: actividad probatoria en violación a garantías constitucionales (Derecho Argentino y Comparado). Ensayo publicado en www.ulpiano.com/Index.htm literal c) Jurisprudencia de Inglaterra: N° 83

²⁴² Ibidem. Pág. 85

la misma Constitución; en verdad, que la correcta administración de justicia se vería comprometida si para fundamentar una sentencia de condena los tribunales admitieran prueba que violenta una norma constitucional en cuanto su obtención, cuando precisamente el juez como todo funcionario ha jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución (artículo 235 Cn) y ello significa que los tribunales deben hacer prevalecer la Constitución sobre cualquier acto que signifique la transgresión de la misma.²⁴⁴

Para concluir citaremos al profesor Vives Antón, quien acertadamente fundamenta la necesidad de la regla de exclusión en un proceso penal que se digne de ser democrático y garante de la legalidad:

"(...) En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero "correcta" no es sólo materialmente "verdadera". El problema del proceso penal no es sólo el de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes que coloquen a la otra en situación de desventaja".

"Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo".

"Si ello es así -y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con

²⁴³ PALAZZI y AMADEO, Sergio L. Op. cit. www.ulpiano.com/Index.htm, e)Jurisprudencia de Australia N° 85

²⁴⁴ Sentencia 34-02A-2002. Tribunal Tercero de Sentencia San Salvador, Fundamentación jurídica IV, de 16 de mayo. Cfr. Anexo N° 4

vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su "verdad" resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración".²⁴⁵

3.5.9. Doctrina del fruto del árbol venenoso

"Fruit of the poisonous tree doctrine". Con este nombre fue conocida la fórmula aplicada por primera vez en el caso *Nardone vrs. United State*, en la cual se dejó sentado que no solo se debe excluir la prueba obtenida mediante medios ilícitos, sino también toda aquella a la que se hubiere llegado aprovechando la información que surgía de tal prueba excluida.

Surge en un principio una limitante que, regulada en el artículo 15 Pr. Pn., restringe la obtención de prueba en determinados supuestos. La obtención de pruebas debe necesariamente, respetar derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución, así se establece como primer restricción la prueba prohibida. Si no obstante dicha restricción no es respetada y en la obtención de la prueba ha habido violación a garantías y derechos fundamentales, surge como consecuencia de la prueba prohibida la regla de exclusión. Ante tal circunstancia surge la doctrina del fruto del árbol venenoso (norteamericana) o la teoría del efecto reflejo (alemana), ya que es ésta la que elimina todo el bagaje de información a que daría lugar la prueba ilícita. Sobre la base de este argumento el Art. 224 Pr. Pn. inválida no solo el acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción sino también los conexos con éstos.

Tal como lo señala López Ortega el efecto inmediato de la declaración de nulidad es la anulación del acto afectado por la irregularidad, por lo que desaparece

²⁴⁵ VIVES ANTÓN, Cit. por URBANO CASTRILLO, Eduardo de "Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida", en La prueba en el proceso penal II, CDGJ Madrid 1999, en CD.

los efectos que habría producido o estaba produciendo, y se impide que en el futuro pueda tener algún efecto. Pero además de este efecto inmediato, consistente en la declaración del acto declarado nulo, la invalidez se extiende a otros actos válidos en virtud de la relación de dependencia fáctica o funcional, que existe entre el acto ineficaz y el acto originalmente válido. A ello también se refiere el Art. 227 Pr. Pn al establecer que la extensión de la ineficacia del acto viciado se produce respecto de todos los actos consecutivos que de él dependen o se relacionen estrechamente con el acto nulo.²⁴⁶

Para concluir diremos que si el elemento o información que se ha obtenido directa o indirectamente como consecuencia de una violación constitucional priva de valor no solo a las pruebas que constituyen el corpus de la violación (los quebrantamientos evidentes), sino además a los que sean consecuencia de ella (conexos), es decir la prueba que directamente provenga de la violación y aquellas pruebas que sean su consecuencia necesaria e inmediata.²⁴⁷

3.5.10. Excepción a la prueba prohibida

“La excepción confirma la regla”. Este viejo axioma es aplicado al punto que desarrollaremos, y es que la prohibición de valorar prueba obtenida ilícitamente no es absoluta ya que parece en ciertos supuestos que benefician al imputado; o en casos específicamente plasmados en la ley, en los que según la teoría del entorno jurídico, el derecho constitucional no resulta sustancialmente afectado.²⁴⁸

²⁴⁶ LOPEZ ORTEGA, Juan José et al. “ Código Procesal Penal Comentado”, Tomo I .Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001 Pág. 814

²⁴⁷ DURAN RAMÍREZ, Juan José. “La prueba prohibida en el proceso penal en El Salvador.” En Ensayos Doctrinarios Nuevo Código Procesal Penal. UTE. San Salvador, 2000 Pág. 332

²⁴⁸ La teoría del entorno jurídico o del ámbito jurídico, nos dice López de Quiroga, “se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo alemán conforme a la cual en aquellos

a) Prueba prohibida a favor del imputado

Tal como señala Barreiro la cuestión derivó en su día en una discrepancia de pareceres entre dos autores alemanes, Erbs y Peters con motivo de la interpretación del párrafo 136-a de la ley procesal alemana que regula los métodos de interrogatorio prohibidos, en el último inciso de la referida norma establecía que *“las declaraciones que se hubieran producido transgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización”*. Erbs sostenía que solo abarcaba aquellas declaraciones obtenidas por medios no permitidos que sean perjudiciales para el inculpado, ya que el precepto se dirigía únicamente a su protección. Por el contrario, para Peters la prohibición de utilizar la prueba se refiere tanto a declaraciones a favor como en contra del inculpado.²⁴⁹

Ruiz Vadillo afirma que perfectamente puede utilizarse la prueba prohibida a favor del imputado, y plantea como ejemplo el supuesto en el que éste haya sido víctima del acto ilícito que contaminó la prueba, para el caso un registro policial realizado sin mandamiento en el que se hallan objetos que no inculpan al reo sino que lo exculpan. Pues, además de razones de justicia material estimamos que tendría mayor efecto disuasorio para la policía el declarar la eficacia de la prueba que pronunciarse por la ineficacia.²⁵⁰

casos en los que se trasgredió la prohibición de práctica la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de “si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación (...) la teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general indicada, y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados. LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit. Pág.112. Así, las constantes reformas al Código Procesal Penal, específicamente al Art. 15 han reconocido esta teoría y apaciguado en cierta forma la regla de exclusión, al establecer supuestos como la buena fe, en los que la regla de exclusión no opera.

²⁴⁹ BARREIRO, Alberto Jorge, “La prueba ilícita en el proceso penal” en Derecho penal, volumen II, CDGJ, Plan territorial de Extremadura”, 1992, Pág. 1247

²⁵⁰ RUIZ VADILLO, Enrique. “La actividad probatoria en el proceso penal español”. Cit., por BARREIRO, Alberto Jorge. Op. cit. Pág.1249

Así, nuestra legislación reconoce esta doctrina en el Art. 16 Pr. Pn. nos dice que: *“la inobservancia de una regla o garantía establecida no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara, salvo en los casos contemplados en el artículo anterior”* justamente afirma Maier que si a pesar del vicio en la obtención de un medio de prueba, el acto objetivamente favorece al imputado, y como consecuencia jurídica aplicable a quien utilizó el medio prohibido, pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador.²⁵¹

Puede darse el caso, como plantea Casado Pérez, que el supuesto de prueba ilícita acredite la inocencia de una persona acusada o condenada, o de pruebas de cargo obtenida con una vulneración no excesivamente grave de un derecho fundamental.²⁵²

El ejemplo típico que plantea la doctrina es la interceptación telefónica ilegal en la que se llega a saber que el autor de determinado secuestro no es el imputado sino otra persona diferente de la que no existía sospecha alguna hasta ese momento. Esta información exculparía al imputado por lo que no se podría dejar de utilizar por razones de justicia, aforismo jurídico conocido como *“in bonam parten.”*

Se puede utilizar los elementos probatorios obtenidos ilícitamente a favor del imputado, pero no se puede utilizar estos elementos si perjudican a terceros, ya que en este caso se daría una clara violación a derechos fundamentales. Como se observa, aun en esta excepción opera la prueba prohibida a favor de terceros con el objetivo de cerrar las salidas a toda ilegalidad.

b) Excepción al Efecto Reflejo

La teoría alemana del efecto reflejo que tiene su equivalencia en la doctrina del

²⁵¹ MAIER, Julio B. “Derecho Procesal Penal argentino” Hammurabi S. R. L. Buenos Aires, 1989. Pág. 365.

fruto del árbol venenoso, radica, como ya se dijo, en que si el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son consecuencia y que se ven así alcanzados por la misma ilegalidad. Nuestra normativa recoge la teoría del efecto reflejo en el Art. 15 Inc. 2 del C. Pr. Pn y dispone “no tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una afirmación originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de *buena fe*, *por hallazgo inevitable* o por la existencia de una *f fuente independiente*, podrán ser valorados por el juez aplicando las reglas de la sana crítica.”

Esta teoría se manifiesta en las siguientes componentes:

i) Excepción de buena fe

Es una consecuencia lógica de la finalidad disuasoria que persigue la prueba prohibida al evitar los abusos por parte de la policía en la investigación del delito. La excepción de buena fe plantea que no habría efecto disuasorio cuando en cumplimiento de ordenes judiciales dictadas ha habido error, por lo que no se puede alegar prueba prohibida en este caso, ya que no tiene sentido disuadir a quien obra de buena fe, por lo que bajo estas condiciones la prueba debe ser admitida. En la jurisprudencia norteamericana se ejemplifica con el caso *United States vrs. Leon* en el que “una diligencia de orden de registro valida de su faz (sin vicio aparente), expedida por un magistrado, se obtuvo determinada cantidad de drogas. En el proceso criminal correspondiente el acusado solicitó la supresión de la evidencia impugnando la orden judicial a base que no había causa probable. La Corte de distrito suprimió la evidencia, la Corte Suprema revocó y estableció la doctrina de buena fe.”²⁵³

²⁵² CASADO PEREZ, José Maria. Op. cit. Pág. 114

²⁵³ CHIESA APONTE, Ernesto L. Op. cit. Volumen I. Pág. 198

El alcance de la regla de exclusión debe determinarse a base del balance entre costo social y el propósito disuasivo de la misma: cuando el efecto disuasivo de la regla es poco o ninguno el costo social de ésta es patente, no debe aplicarse dicha medida.²⁵⁴

Finalmente, la Corte Suprema concluye que el beneficio marginal o inexistente derivado de la supresión de la evidencia obtenida por autoridades al confiar en forma objetivamente razonable en una orden judicial de registro –que luego es hallada inválida por no estar basada en causa probable- no puede justificar el costo social de la supresión de la evidencia.

ii) Hallazgo casual

También pueden considerarse válidas las pruebas derivadas directa o indirectamente de una prueba ilícita, cuando hubiese sido posible obtener aquellas por otros medios legales; Casado Pérez plantea como ejemplo de los llamados hallazgos casuales “en un registro domiciliario de los elementos probatorios de un delito (narcotráfico, por ejemplo) que no era objeto de la investigación, ni por tanto de la resolución judicial autorizante de la diligencia de entrada y registro (en busca de armas de guerra por ejemplo)”. De la misma forma ha resuelto el Tribunal Supremo Español, “si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas. Por tanto, aunque el acto que autorizó la entrada y registro establezca que la misma se otorga *tan solo al objeto de comprobar la existencia de estupefacientes, la violación de prueba obtenida en dicha diligencia relativa a la tenencia ilícita de armas y demás delitos diversos por los que el recurrente fue finalmente condenado es ajustada a*

²⁵⁴ Ibidem. Pág. 199.

derecho, pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de diligencias de entrada y registro”.²⁵⁵

iii) Inevitable descubrimiento

Si a lo largo del procedimiento los medios de prueba obtenidos ilícitamente se hubieran podido obtener inevitablemente, no opera la regla de exclusión por lo que dicha prueba debe ser valorada. El ejemplo que se plantea es el caso *Nix. vrs. Williams* (1984). En éste, la Corte admitió como prueba un cadáver que fue encontrado con violación a las garantías del imputado, ya que había sido interrogado sin la presencia de su defensor. El fiscal demostró que al tiempo en que el imputado fue interrogado, la policía estaba rastreando con gran número de agentes, la zona donde se encontró el cadáver, por lo que la Corte resolvió que el descubrimiento de dicha prueba era inevitable, y no existía entre la ilegalidad policial y la prueba un nexo de entidad suficiente como para justificar su exclusión.

Para que la prueba obtenida ilícitamente no se le aplique la regla de exclusión la Corte Suprema de Estados Unidos de América formuló dos requisitos, el primero que se acredite que la policía no ha actuado de mala fe y con propósito de acelerar la investigación recurriendo a un medio ilegal. Y en segundo lugar que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta por tanto tiempo.

iv) Fuente independiente

Una evidencia obtenida como fruto de una intervención irrazonable no será excluida si puede fundamentarse en alguna fuente completamente independiente a la actividad viciada. Esta doctrina tiene sus raíces en que el Estado no debe quedar en peor posición en el juicio simplemente por razón de un error o irrazonabilidad policial.

²⁵⁵ CASADO PEREZ, Op. cit. Pág. 121

Como resultado de su aplicación tanto el factor disuasivo de la regla de exclusión como el interés social en que se permita la introducción como evidencia de toda la prueba del delito, quedan nivelados al colocar al Ministerio Público en la misma posición en que hubiera estado de no haber ocurrido la intervención irrazonable.²⁵⁶

Al aplicarse esta doctrina conocida como “fuente independiente”, se ha resuelto que una identificación extrajudicial o una confesión que sea producto de una intervención razonable puede ser admitida en evidencia si es confiable. De igual modo, evidencia obtenida en función de una orden librada con posterioridad de un allanamiento ilegal, será admisible si se demuestra que la orden se fundamentó en información conocida con anterioridad e independiente de la obtenida por medio de la intervención irrazonable. Tal sucede en la compra de droga controlada por agente encubierto.²⁵⁷

Si existe un cauce de investigación distinto del que culmina con la obtención de prueba prohibida opera la excepción a la regla de exclusión. Este cauce paralelo distinto del violatorio a los derechos y garantías, puede afirmarse que daría lugar a la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma, por lo que vuelve inaplicable la regla de exclusión y admisible el elemento de prueba obtenido.

Otro ejemplo que se plantea es el del contrabandista denunciado por sus clientes, a quien la policía realiza un allanamiento ilegal, pero no obstante la misma policía paralelamente a la investigación que se estaba llevando a cabo, había localizado a otro comerciante a quien no se había llegado por medio de pruebas

²⁵⁶ RESUMIL DE SAN FILIPO, Olga Elena. “Derecho Procesal Penal, práctica jurídica de Puerto Rico” Tomo I. Publishing Company. 1990. Pág. 308

²⁵⁷ Sentencia P 1301/4 - 2000, Tribunal de Sentencia de San Vicente Rom VIII: Existencia del delito y culpabilidad 7.1. Cfr. Anexo N° 11

obtenidas en el allanamiento ilegítimo, el cual ya había suministrado datos que permitían individualizar al contrabandista.

Como se observa hay una desconexión causal entre las pruebas obtenidas lícitamente, no obstante se advierte que en esta excepción no requiere la efectiva adquisición por un medio independiente sino únicamente la posibilidad de que ello hubiese ocurrido en el caso concreto.

v) Hechos intervinientes

La conexión entre la ilegalidad inicial y la prueba cuestionada puede asimismo reconocer factores de atenuación. Uno de esos factores estaría dado por la aparición de un testimonio incriminante en cuyo caso señalado el tribunal debe prestarle atención al grado de libertad con que aparece proporcionado dicho testimonio.²⁵⁸

Los hechos intervinientes subsanan la prueba prohibida, es decir que la prueba se convalida posteriormente por la intervención ulterior de tales hechos. Aunque, si estamos en presencia de una prueba distinta, la del quebrantamiento a los derechos y garantías no se hubiese dado, la policía no hubiera tenido forma de saberlo.²⁵⁹

Se puede imaginar el caso de la entrada y registro claramente ilegal en una casa de habitación que da lugar a que un vecino suspicaz que la presencié, después de semanas o meses de observación indiscreta informe a la policía de datos que faciliten la obtención de prueba de cargo.²⁶⁰

En este caso, ante la relación de un acto de investigación posterior al acto irregular se logra obtener legalmente la misma información que se tuvo con la irregularidad inicial, de modo que el acto posterior tiene un efecto curativo o

²⁵⁸ CARRIO D. Alejandro. Op cit. Pág. 104

²⁵⁹ DURAN RAMÍREZ , Juan Antonio. Op Cit. Pág. 333

²⁶⁰ CASADO PÉREZ , José María. Op Cit. Pág. 125-126

subsancionador de cualquier irregularidad. En el supuesto de una confesión extrajudicial obtenida mediante tortura, pero que luego es ratificada por el imputado mediante una confesión judicial, o en el supuesto de un allanamiento sin orden judicial en que posteriormente el imputado manifiesta que dio su consentimiento para la practica del registro, o que así lo confirman testigos presenciales.²⁶¹

3.5.11. Prueba Irregular

La regularidad o irregularidad en la obtención o práctica tiene que ser analizada a la luz de los principios constitucionales que rige el proceso penal. Conviene con carácter previo distinguir en este punto las pruebas ilícitamente obtenidas por violentar derechos o libertades fundamentales de aquella situación en que la prueba se obtiene “irregularmente” no por haberse ajustado en su practica a las previsiones de la ley procesal, a los presupuestos básicos del proceso penal constitucional.²⁶²

Hasta aquí hemos dicho como primer idea que toda prueba incorporada al proceso sin las formalidades establecidas por la ley, procedente de un acto ilícito constituye prueba prohibida, sin embargo se hace necesario, hacer una diferenciación de lo que se conoce como prueba irregular y de ahí que dijéremos: “toda prueba prohibida es irregular pero no toda prueba irregular es prohibida”.

La irregularidad de la prueba significa que esta ha sido obtenida irrespetando el procedimiento establecido por la ley secundaria para su obtención o incorporación, como primer idea.

Ya se dijo que prueba prohibida es aquella obtenida con violación a derechos fundamentales establecidos por la Constitución, pero tal como lo ha dicho Casado

²⁶¹ DURAN RAMÍREZ, Juan Antonio. Op Cit. Pág. 333

²⁶² GOMEZ DE LA TORRE, Juan R. “Validez de la Prueba con referencia al atestado, al sumario y juicio oral, prueba indiciaria.” Derecho Penal Volumen II. Plan provincial de Córdoba. En CDGJ. Madrid, 1993 Pág.1195

Pérez cualquier infracción de legalidad no puede tener cualquier infracción invalidante de prueba, porque una cosa es la realizada con vulneración de derechos fundamentales, y otra muy distinta la irregularidad procesal que no provoque efectiva indefensión y cuyos efectos al contrario de la prueba ilícita son menos traumáticos, porque mantiene un cierto valor probatorio y no hay nulidad relativa a que puede dar lugar.²⁶³

Parecería que la prueba irregular puede ser atacada con nulidad relativa, ya que ésta tiene como característica la poca trascendencia de la vulneración en la obtención de la prueba de normas secundarias, y si se mantiene la posición de Manzini que *“la nulidad relativa puede sanearse con el hecho activo u omisivo de quien tuviere interés en excepcionarlas, y contrario a la nulidad absoluta el juez no puede poner de manifiesto y declarar de oficio la nulidad de este acto”*²⁶⁴ la solución parecería a la vista, pero la doctrina es unánime en señalar que en el caso de prueba irregular no puede haber contagio de nulidad relativa, ya que impera el principio de conservación de los actos procesales que impide declarar la nulidad del acto procesal defectuoso, más que en la medida imprescindible para establecer los derechos de la parte perjudicada Art. 223 Pr. Pn. Y es que el efecto por su escasa trascendencia, que convierte en una mera irregularidad procesal, carece de capacidad suficiente para provocar la nulidad, por lo que tal supuesto en realidad debe ser tratado como un supuesto de imposibilidad de declarar la nulidad.

Las reformas hechas al Art. 15 y 162 Pr. Pn. van encaminadas a darle cierto valor probatorio a la prueba irregular, así el Art. 15 Pr. Pn. es un claro ejemplo de la preponderancia que se le ha venido dando a la prueba irregular al disponer: “No obstante lo dispuesto en el inciso primero del artículo, si el vicio de prueba consiste en

²⁶³ CASADO PEREZ, José María. Op Cit. Pág. 132

²⁶⁴ MANZINI, Vincenzo. Op Cit. Tomo III. Pág 115

no haber sido incorporado al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada por el juez aplicando las reglas de la sana crítica (...)"

Aunque tal como lo ha dicho Casado Pérez "el término indicio (en el sentido de evidencia) que usa el precepto resulta inadecuado, ya que el elemento probatorio irregular eventualmente digno de valoración podrá ser o no técnicamente un indicio."²⁶⁵

Diremos para finalizar, que la diferencia sustancial entre prueba ilícita y prueba irregular radica en que toda prueba prohibida es irregular pero no toda prueba irregular es prohibida y citando a Gómez de la Torre diremos que: *"la admisión de una prueba irregularmente obtenida puede servir de base para fundamentar una decisión, si ha sido subsanado el defecto procesal reproduciéndola, contemplándola con otras pruebas en la vista oral, pero nunca podrá ser subsanada o utilizada cuando viole un derecho fundamental"*.²⁶⁶

²⁶⁵ CASADO PÉREZ, José María. Op Cit. Pág. 122

²⁶⁶ GOMEZ DE LA TORRE. Op, cit. Pág.1195

CAPITULO IV
INEFICACIA PROCESAL DE LOS ACTOS VIOLATORIOS
DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

4.1. Consideraciones previas

Hasta este momento hemos dejado sentado una serie de postulados que vale la pena recordar, y que necesariamente se tendrán que considerar en este capítulo, para hacer una conjunción entre la intimidad como derecho fundamental y la prueba prohibida como control procesal; postulados que facilitarían el engranaje al abordar los dos ámbitos de intimidad que a nuestro criterio resultan los más frágiles y susceptibles de violación en el proceso penal, como son las intervenciones corporales y el registro y allanamiento de morada.

La persona, dice el Art. 1 de la Constitución, es el principio y fin de la actividad del Estado, por ella se ha constituido y ella está encaminada toda su actividad, por lo que es indispensable para su plena vigencia el respeto de sus derechos y garantías, no basta el discurso que el Estado tiene dentro de sus fines a la persona, sino además debe anteponer ésta, ante toda colisión indiscriminada de intereses, contraria al Estado de Derecho.

La Constitución, como ya se dijo anteriormente reconoce en el Art. 2 el derecho a la intimidad, el cual debe entenderse como la facultad que el individuo tiene de desarrollo de su personalidad en el ámbito de su privacidad, por lo que en principio queda prohibida la intromisión en este derecho; sin embargo esa prohibición no es absoluta y subyace ante determinados valores que en una sociedad democrática hacen necesaria su injerencia en el ámbito íntimo de la persona, permitiendo el conocimiento más arcano de esta, bajo el argumento de investigación de hechos delictivos, garantizando además a la persona su fiel cumplimiento de acuerdo a la ley,

por lo que es única potestad de restringir este derecho del órgano judicial como garante de la ley y la legalidad.

Desde un punto de vista democrático prevalece la garantía jurídica sobre la necesidad represiva; no solo por razones de permanencia del sistema de libertades sino por que la razón matriz del Estado Democrático de Derecho y del proceso que de él emerge es la realización de la justicia material. Así resulta, de una parte, que la búsqueda de la verdad no puede llevarse a cabo de cualquier modo, sino que debe atenerse a ciertas reglas de juego limpio que son trazadas por las leyes procesales constitucionales.

El principio de legalidad procesal constitucional, reconocido en el Art. 15 de la Constitución, exige que sea la prueba el único medio para construir una hipótesis de culpabilidad, por lo que a ella sólo se debe llegar respetando derechos y garantías constitucionales, de lo contrario no se podrá destruir la presunción de inocencia (que exige como presupuesta indispensable un mínimo de actividad probatoria, que necesariamente debe haberse recabado conforme a la ley, para emitir una sentencia condenatoria), y por lógica consecuencia toda información originada de un procedimiento o medio ilícito no puede ser valorada como prueba (Art. 15 C. Pr. Pn), y es que, tal como señala la sentencia 114/1984 TC, “constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías procesales, implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro”,²⁶⁷ por ello hemos denominado a este capítulo: ineficacia probatoria de los actos violatorios del derecho a la intimidad.

²⁶⁷ Sentencia 114/1984 Tribunal Constitucional Español, del 29 de noviembre, Fundamento jurídico N° 15

Parafraseando a Carlos Creus²⁶⁸ diremos “acto es el que reúne todos los elementos o requisitos nominados por la ley, encuéntrase jurídicamente habilitado para producir los efectos que ella abstractamente le asigna a su especie; invalido es el que por defectos de tales elementos o requisitos está inhabilitados para lograrlos”.

Así, el objetivo primordial que nos hemos trazado en este capítulo, es ahondar en lo que conocemos como intervenciones corporales y allanamiento de morada, y señalar con casos trascendentales que han sentado lo que la Corte Suprema de Justicia ha dado por llamar lineamientos jurisprudenciales,²⁶⁹ es decir directrices que deben tomar los tribunales de nuestro país para la resolución de procesos.

4.2. Intervención Corporal

4.2.1. Concepto

El descubrimiento de la verdad forense que proclama Hassemmer,²⁷⁰ exige en determinados casos, que para obtener elementos de prueba que puedan destruir la presunción de inocencia, se vuelve imprescindible la injerencia del investigador en el cuerpo de la víctima, del imputado o terceras personas. Siendo en tal circunstancia, la persona órgano de prueba, piénsese en el supuesto que sea la única prueba con que se cuente para el esclarecimiento de los hechos.

²⁶⁸ CREUS, Carlos “Invalidez de los actos procesales penales”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995. Pág. 1

²⁶⁹ El lector puede acceder a estos lineamientos en www.csj.gov.sv

²⁷⁰ El concepto de verdad dentro del proceso penal, ha pasado por diferentes etapas. Llámase en un principio verdad material, pasando posteriormente a llamarse verdad formal, para arribar a lo hoy en día se llama verdad forense, propugnando tal como señala Hassemmer, que “el proceso no puede averiguar la verdad a cualquier precio, sino que su meta es la obtención formalizada de la verdad, de tal forma que lo que el juez descubre no es la verdad material, sino las obtenidas por vías formalizadas, es decir, la verdad forense. HASSEMER, Winfred. “Fundamentos de derecho penal” Ed. Bosch. Barcelona, 1984. Pág. 190

De ahí que tal como señala Manzini, el cuerpo de un hombre puede ser elemento de prueba y por tanto objeto de observación judicial inmediata,²⁷¹ pero esta debe estar sujeta a formalidades que garanticen la ejecución de la medida.

De todas las formas de intromisión en el esfera privada de la persona, “la investigación corporal es una de las que más polémicas ha suscitado, posiblemente, por cuanto supone la ruptura con los planteamientos liberales del proceso penal, contrarios a la idea de convertir al imputado en objeto de prueba. La aplicación en los interrogatorios de métodos de investigación que privan al sospechoso de sus facultades intelectivas y que limitan su conciencia, por un lado, y la realización de determinadas oscultaciones sobre el cuerpo de los sospechosos en la persecución de ciertos delitos, por otro, han propiciado un amplio debate en torno a la admisibilidad de las intervenciones corporales”.²⁷²

Por intervenciones corporales ha de entenderse todas aquellas medidas de investigación que dentro del proceso penal tienen por objeto el cuerpo de una persona y cuya finalidad puede ser la busque del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona.²⁷³

Se observa en el concepto anterior, que la injerencia en esta clase de intimidad, gira en torno al cuerpo de una persona, que puede ser compelido a la realización de un acto de investigación, verbigracia extracción de sangre, cabello, huellas dactilares, o sobre su mente estado anímico, si está sujeto a fobias, si sufre de aberraciones sexuales etc. Con el objetivo de ligar o desechar, la participación de una persona en un hecho delictivo. gira en torno a una persona, que puede ser compelido a la realización

²⁷¹ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. Tomo III Pág.238

²⁷² LOPEZ ORTEGA, Juan José. “La protección de la intimidad en la persecución penal” en Revista Justicia de Paz N° 6 año IV- Vol. I San salvador, Enero- Abril 2001. Pág. 4.

²⁷³ MONER MUÑOZ, Eduardo. “Intervenciones corporales” en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal” en CDGJ Madrid. 1993 Pág.166

de un acto de investigación sobre su cuerpo (verbigracia extracción de sangre, cabello, huellas dactilares), o sobre su mente (estado anímico, si está sujeto a fobias, si sufre de aberraciones sexuales etc.), con el objetivo de ligar o desechar, la participación de una persona en un hecho delictivo.

Cuellar-Serrano nos proporciona una definición más amplia, y nos dice que las intervenciones corporales son “las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o estado físico o psíquico del sujeto, con el fin de encontrar objetos escondidos en él. Requisitos para su admisibilidad son que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico.”²⁷⁴

Este autor incorpora nuevos elementos al concepto, como son la coacción, la relevancia de que no es solo el cuerpo objeto de la investigación sino también la mente, y las necesarias garantías en la ejecución de dicha medida, como son, que la medida no revista peligro para su salud y la asistencia de un médico cuando la intervención lo requiera. En cuanto a la coacción, Gómez Colomer ha clasificado “dentro de las medidas coactivas que afectan la integridad y el derecho a la libertad personal, la investigación corporal en ellas, establece el registro personal tanto para las personas que son sospechosas como para las que no lo son, con el fin de descubrir medios de prueba”.²⁷⁵

En conclusión diremos que las intervenciones corporales son actos o procedimientos que se realizan sobre el cuerpo de las personas, para descubrir el estado o condición de ellas, así como la presencia de objetos, huellas o signos

²⁷⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Op, cit. Pág. 290

relacionados con la existencia de un delito o la identificación de su autor. También hay que destacar que el propósito con el que se practican es un elemento esencial para su definición. En consecuencia, “no son intervenciones corporales –aunque produzcan resultados útiles para una investigación penal- los exámenes médicos rutinarios o las operaciones orientadas a salvaguardar la vida o la integridad física de una persona”.²⁷⁶

4.2.2. Clases de Intervención Corporal

Para González Cuellar-Serrano, la clasificación de intervenciones corporales resulta de la doctrina alemana, y es que “desde una perspectiva objetiva, y con fines meramente didácticos, la doctrina alemana ha distinguido entre “investigación corporal del inculpado” (untersuchung des Beschuldigten) y registro corporal (Dursuchung des Korpes). La investigación corporal, en palabras de Roxin, consiste en la investigación del cuerpo mismo (por ej. del estado mental del imputado o del contenido de alcohol en sangre), mientras que mediante el registro corporal se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en cavidades naturales del cuerpo como pueden ser: boca, ano y vagina).²⁷⁷

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 11 de abril de 2000, podemos encontrar una clasificación más amplia y que distingue las inspecciones y registros corporales, por un lado, y las intervenciones corporales propiamente dichas, por otro. Así, se refleja que “dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) incidentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta

²⁷⁵ GOMEZ COLOMER, Juan Luis “El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas” Ed. BOSCH, Barcelona 1985. Pág. 100

²⁷⁶ GALO, Fernando Marroquín, “Las intervenciones Corporales” folleto del Consejo nacional de la Judicatura, septiembre 2001. Pág. 2

²⁷⁷ CUELLAR- SERRANO, Nicolás. Op, cit. Pág. 290

posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización”:

En una primera clase de actuaciones, las denominadas *inspecciones y registros corporales*; esto es en aquéllas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (Art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C,²⁷⁸ resonancias magnéticas,²⁷⁹ etc.), con objeto también de

²⁷⁸ La TAC (La tomografía axial computarizada) es la *reconstrucción por medio de un ordenador de un plano tomográfico de un objeto*. La **tomografía** se obtiene mediante el movimiento combinado del tubo de rayos X hacia un lado mientras la placa radiográfica se mueve hacia el contrario, por lo que una superficie plana de la anatomía humana es perfectamente visible, y las áreas por encima y por debajo quedan borradas. La imagen se consigue por medio de medidas de absorción de rayos X hechas alrededor del objeto, [menmwww.geocities.com/elmedico/Images/tac.htm#quees](http://www.geocities.com/elmedico/Images/tac.htm#quees)

²⁷⁹ Las imágenes del cerebro humano obtenidas por resonancia magnética funcional representan el avance más reciente en un campo que nació hace apenas 20 años. Actualmente, los científicos utilizan la resonancia magnética funcional para estudiar los *cambios que se producen en la actividad del cerebro* de pacientes que han sufrido un infarto cerebral y que comienzan a recuperar aptitudes perdidas, con el objetivo de desarrollar tratamientos y terapias más eficaces. La resonancia magnética funcional permite investigar el desarrollo de las redes neuronales de los sistemas motriz, visual,

averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (Art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la persona.

El Código de Procedimiento Penal de Italia,²⁸⁰ dentro de los medios de investigación, regula la inspección judicial de personas en el Art. 244. “Ispezione” (inspección personal) y el Art. 249 la “perquisizione personale” (registro corporal), distinción que es retomada por la legislación argentina en el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.989 del 21 de septiembre de 1991) en los artículos 218 “inspección corporal y mental” y Art. 230 “Requisa personal” y que posteriormente nosotros abordaremos en el Código Procesal Penal en los artículos 167 inspección personal y Art. 178 requisa personal.

En nuestra legislación la diferencia entre ambas radica principalmente en dos puntos:

Por la intensidad en el ejecución de tal medida. La primera intervención (Inspección corporal) implica una mayor intensidad o grado de afectación sobre el cuerpo de la persona como es boca, vagina, ano, estómago, fluidos corporales como

auditivo y del habla de un bebé al escuchar la voz de su madre. También puede ayudar a comprender las sutiles anomalías en la activación del cerebro en niños con problemas de falta de atención por hiperactividad y los problemas de memoria de pacientes con *esquizofrenia*, en www7.nationalacademies.org/spanishbeyonddiscovery/bio_007590.html

²⁸⁰ Aprobado por Decreto de 22 de septiembre de 1988

son saliva, sangre, orina, semen o restos orgánicos: cabello, caspa, heces. La segunda intervención corporal (requisa personal) implica una menor intensidad y por ello el registro es superficial, es decir en la ropa, cosas o objetos que porta el intervenido.

Por el sujeto facultado para la restricción. En el primer caso por la mayor intensidad que implica la medida es el juez, ya sea de paz Art. 55 1) Pr. Pn, instrucción Art. 265 Pr. Pn, sentencia Art. 352 Pr. Pn, según el caso, el facultado para ordenar su realización; en el segundo caso es el policía quien puede realizar el registro superficial sobre las ropas o pertenencias del sospechoso, dentro de sus facultades de prevenir o averiguar delitos o faltas (Art. 19 Cn), concurriendo siempre sospecha razonable, en ambos casos se levanta acta y debe ser firmada por los que han intervenido para su posterior incorporación mediante lectura en el juicio oral Art. 330 Pr. Pn.

Resulta curioso al comparar el Art. 230 del Código Procesal Penal de la nación Argentina con el Art. 178 de nuestro Código Procesal Penal, en cuanto al sujeto facultado para realizar el registro corporal, en el primero el facultado es el juez previo decreto fundado, en el segundo es la Policía Nacional Civil, quizás la falta de garantismo obedece al cambio que sufrió en la legislación procesal penal costarricense, cuya redacción en el Art. 189 facultaba, en su orden, al juez, al fiscal y por ultimo a la policía realizar la requisita personal.

4.2.3. Fundamento constitucional de las intervenciones corporales

Nuestra Constitución en Art. 19 regula la pesquisa o registro corporal diciendo “Solo podrá practicarse el registro o pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas”, nada nos dice la exposición de motivos respecto a esta figura jurídica. Consideró el constituyente fundamentar más su exposición de motivos, en la inviolabilidad de la morada, no diciendo absolutamente nada de las inspecciones corporales.

Consideramos, tal y como se hizo en la evolución histórica del derecho a la intimidad,²⁸¹ que el avance de la ciencia y la tecnología no permitió para ese momento histórico profundizar más en la protección de la intimidad corporal, no previó, por lo tanto el constituyente, introducir en dicho precepto las inspecciones corporales, ya que en nuestro ordenamiento procesal penal tampoco estaban reguladas, sino solamente la requisita corporal en el Art. 182 (Pr. Pn. derogado). No es sino por la influencia de la normativa procesal argentina, que la inspección corporal pasa a formar parte en el Código Procesal Penal salvadoreño de 1998.

La discusión en cuanto reconocimiento constitucional de la inspección corporal, gira en torno a la legalidad de la restricción de derechos fundamentales, que como ya se dejó sentado, requisito indispensable es que dicha medida este previamente reconocida por la constitución y la ley ordinaria para que la intromisión sea eficaz y válida.

Consideramos, desde este punto de vista, que si bien es cierto la omisión del constituyente, en cuanto a la restricción de la intimidad corporal como derecho fundamental es palpable, esta omisión se ve salvada a la hora de hacer una interpretación de la constitución, y para el caso, si tomamos la *“interpretación práctica de la constitución*, está debe ser interpretada con un criterio *amplio, liberal y práctico y nunca estrecho, limitado y técnico*, de manera que, en la aplicación práctica de sus disposiciones, se cumplan cabalmente los fines que la informan”.²⁸²

Unos de los fines que inspiran nuestra constitución es la justicia y la seguridad jurídica, que obligan al Estado a dar persecución a todos los ilícitos penales a través de un procedimiento previamente establecido, con las debidas garantías constitucionales, verbigracia si la inspección corporal es el único medio con que cuenta el juzgador para

²⁸¹ Cfr. Cap. IV 1.1.4 lit. j)

condenar al imputado, en un delito piénsese el de homicidio, sería contrario al valor justicia no valorar dicha prueba. Desde una interpretación amplia, cabría la posibilidad de encajar las inspecciones corporales en lo que el Art. 19 Cn. llama registro, nótese que el Art. 167 Pr. Pn., dentro de sus modalidad de inspección corporal se encuentra el registro en las partes públicas del cuerpo, obligando la disposición al afectado por la intervención corporal, a ponerse o quitarse ropa.

El Art. 19 Cn. da la pauta para realizar la pesquisa o cacheo corporal, si aplicamos además la interpretación *progresiva* que “exige que la constitución en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta no solamente las conductas y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan la ley suprema,²⁸³ necesidad primordial de la constitución es la tutela efectiva de los derechos fundamentales,²⁸⁴ además la Constitución debe adaptarse a las

²⁸² QUINTANA LINARES, “Reglas para la interpretación constitucional” Cit. por BERTRAND GALINDO, Francisco. Op .cit. Pág. 216

²⁸³ Ibidem Pág. 220

²⁸⁴ Ha señalado la Sala de lo Constitucional que la terminología "*Tutela Judicial Efectiva*", se encuentra regulada como un derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución española, la cual, según Joan Picó i Junoy en su obra "Las garantías constitucionales del proceso", tiene, en palabras del Tribunal Constitucional Español un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto; en El Salvador, no encontramos una disposición constitucional que se refiera expresamente a la tutela judicial efectiva, puesto que, como ya se dijo, es un derecho fundamental propio del sistema jurídico español, *sin embargo en nuestro país, puede existir un proceso constitucionalmente configurado, el cual tenga como fundamento la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos en la norma fundamental, tales como la presunción de inocencia, juicio previo, derecho de audiencia, etc.*, dentro de los cuales encontramos aspectos tales como los señalados por el Tribunal constitucional español. Sentencia en el proceso de Habeas corpus del 14/XII/1998. Ref. 442-98/52798ac.

circunstancias, como por ejemplo el avance de la ciencia y la tecnología que proporciona al investigador métodos más eficaces para obtener la verdad forense necesaria en un Estado de derecho, para combatir la impunidad.

Dejar fuera del Art. 19 Cn la inspección corporal, equivaldría a dejar fuera la hómologa disposición del Art. 51 de la Ley Procesal de Familia que regula la prueba científica, y piénsese verbigracia en una demanda de paternidad cuya única prueba posible es la de A.D.N, las condiciones sociales imperantes exigen que “en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y el orden público que subyacen en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego la certeza de un procedimiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares”.²⁸⁵

4.2.4. Derechos fundamentales afectados

La ejecución de una Intervención corporal en determinados casos requiere necesariamente la afectación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que vinculados en esencia al derecho a la intimidad corporal, son constreñidos en igual forma. Dada la necesidad de la injerencia; abordaremos en éste punto los derechos constitucionales que son afectados en la ejecución de este acto de investigación penal tanto en la inspección corporal como en la requisa personal.

²⁸⁵ Sentencia 7/1994 TC español, de 17 de enero, fundamento jurídico N° 2 Cfr. anexo

a) Integridad física

La persona, dice el Art. 2 Cn., "tiene derecho a la vida, la *integridad física* (...)", este ultimo implica el goce de la salud tanto física como mental, prohibiendo todo menoscabo o daño en la misma, ejemplo de esto ocurre con la tortura, tratos inhumanos, degradantes, o vejatorios dentro del proceso penal inspirado en el sistema inquisitivo, prohibición consagrada en el Art. 27 inc. 2 Cn.

Tal como señala Moner Muñoz, la Constitución garantiza el derecho a la integridad física y prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes. No cabe sostener, en general, que las medidas de intervención corporal vulneren el derecho a la integridad ya que su admisibilidad debe condicionarse sólo a que las medidas afecten levemente al derecho a la integridad física, y no supongan trato inhumano o degradante. No se vulnera en las extracciones de sangre y en los exámenes ginecológicos, siguiendo la doctrina del caso "Tyrer" de 25 de abril de 1978. "*Inhumano*" según ha declarado el Tribunal Constitucional sobre las bases de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es aquella pena o aquel trato que "acarree sufrimientos de una especial intensidad", y "*degradante*" el que provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado -Tribunal Constitucional 65/1986 de 22 de mayo y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 1987 caso "Tyrer", citado, de 25 febrero 1982 caso "Campbell y Cosans" y 7 julio 1989, "caso Soering". El Defensor del Pueblo -informe al Congreso de 1988- considera que someter a los detenidos a la obligación de desnudarse en las dependencias policiales podría contravenir el Art. 15 de la Constitución Española.²⁸⁶

²⁸⁶ MONER MUÑOZ, Eduardo. Op, cit. Pág. En igual sentido el Tribunal Constitucional español ha resuelto en sentencia 57/1994 "Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para encuadrar una pena o trato, a de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. Habiendo declarado este Tribunal, de conformidad con esa doctrina, que las tres nociones también recogidas en el Art. 15 CE

Pero si se reputa vejatoria la situación en la que dos detenidos que fueren obligados por la Policía a desnudarse y efectuar flexiones de piernas en un portal, con el fin de comprobar un supuesto transporte de drogas en el recto.²⁸⁷

En ese mismo sentido, entre nosotros podemos considerar vejatoria la práctica cotidiana realizada en los centros penitenciarios de nuestro país en los que se obliga a una persona a desnudarse y realizar cuclillas.²⁸⁸

Si bien el proceso penal ofrece características propias, por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés no justifica que, para coleccionar pruebas incriminatorias, pueda perpetrarse un atentado a la integridad física de una persona que no es imputada ni víctima del hecho de la causa (Voto de la mayoría, al que no adhirió el Dr. Moliné O'Connor) (CS, 13/11/90, "Muller, Jorge s/ denuncia").²⁸⁹

b) Derecho a no declarar contra sí mismo

El Art. 12 inciso segundo de la constitución reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, así: "La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y

(«torturas», «penas o tratos inhumanos», penas o tratos «degradantes») son, en su significado jurídico «naciones graduadas de una misma escala» que en todos sus tramos entran, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente». Y en particular, respecto al concreto ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de «tratos inhumanos o degradantes» es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena»). E interesa destacar, de otra parte, que este Tribunal ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante «en razón del objetivo que persigue», ello no impide que se le pueda considerar como tal «en razón de los medios utilizados» Sentencia 57/1997, fundamento jurídico N°4. Cfr. Anexo N° 20

²⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala II, de 5 de octubre de 1989

²⁸⁸ Cfr. Sentencia P 0901/26-2001 Tribunal de Sentencia de Chalatenango. Cfr. Anexo N° 8

comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, *no pudiendo ser obligada a declarar (...)*” continúa el inc. 3: *“las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor (...)*”

En principio, tal como lo ha señalado la Sala de lo Constitucional “se garantiza que las declaraciones emitidas por el imputado se produzcan en total y absoluta libertad y espontaneidad tanto en lo relativo a su efectiva realización, cuanto en lo relativo a su contenido por lo que se viene a prohibir en consecuencia el empleo de toda fórmula que directa o indirectamente fuerce la voluntad del deponente”.²⁹⁰

La discusión en cuanto a las intervenciones corporales, gira en torno a la pregunta ¿si en la ejecución de la inspección corporal, se violenta el derecho a no declarar en contra de si mismo, bajo el argumento de que todo elemento probatorio extraído del cuerpo de la persona, para no contrariar este principio, debe observarse la plena voluntad del intervenido corporalmente?

Asencio Mellado responde esta cuestionante de la siguiente forma “nosotros apreciamos plenamente aplicable a todo tipo de inspecciones e intervenciones corporales, dada la similitud de la actividad y el sujeto pasivo, estableció que la sujeción de las personas, mediante la utilización de su propio cuerpo, a determinados métodos de carácter científico, no era constitutiva en relación a su resultado, de una verdadera declaración, sostiene el TC “no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que

²⁸⁹ PALAZZI, Pablo A y AMADEO, Sergio L. “Reseña de Jurisprudencia: Actividad Probatoria en Violación a Garantías Constitucionales (Derecho Argentino y Comparado). www.ulpiano.com/Index.htm

²⁹⁰ Sentencia de Habeas Corpus 6-H-95 Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal, de 29 de agosto de 1995. Cfr. Anexo N° 1

se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración a la contenida en el artículo constitucional”²⁹¹.

c) Derecho a la intimidad

El cuerpo de una persona es objeto de protección por la norma jurídica, como ya anteriormente se dijo, se encuentra inmerso dentro de la intimidad corporal reconocida en el Art. 2 de la constitución, y en el caso de la inspección corporal implica una injerencia en este derecho fundamental.

Esta limitación de la intimidad, puede verse legitimada por los presupuestos y requisitos para la restricción de los derechos fundamentales, injerencia que puede ir desde la intervención más mínima (pesquisa en las ropas o objetos que porta), hasta la más graves (extracción de sangre, cabellos, restos orgánicos, registros anales, vaginales).

El derecho a la intimidad puede resultar afectado y limitado, siempre y cuando la medida no resulte forzosa, pero “no se consideran intromisiones forzosas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos con los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato personal.”²⁹² Si resultan intromisiones forzosas en la dignidad los exámenes falométricos.

d) Derecho a la libertad

Tal como señala Magro Server, el principal problema que aquí se plantea es el relativo a si en la práctica del cacheo y registro corporal se atenta contra la libertad

²⁹¹ ASENCIO MELLADO, José María., Op. cit Pág. 143

²⁹² Ibidem. Pág. 138

deambulatoria de la persona afectada por esta modalidad de intervención corporal.²⁹³

“En efecto, resulta habitual que los funcionarios policiales, una vez que perciben los signos externos que dan pie a la sospecha policial, realicen una serie de gestiones o comprobaciones previas a la detención con el fin de corroborar la sospecha inicial y consolidar la racionalidad de los primeros indicios. Esas comprobaciones limitan, evidentemente, la libertad ambulatoria del denunciado. Sin embargo, son limitaciones o restricciones que se realizan por un periodo de tiempo de muy escasa duración y con objetivos muy concretos enmarcados dentro de la propia investigación policial. Se conocen comúnmente como *retenciones o inmovilizaciones* y, a pesar de las cautelas y recelos que generan, lo cierto es que se han ido admitiendo en la práctica jurisdiccional.”²⁹⁴

El problema se ve más claro, verbigracia, en los casos de los delitos relativos a la posesión y tenencia de drogas tipificado en la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas, y piénsese en el caso de una persona que es requisado por la Policía Nacional Civil, encontrándole sustancia al parecer cocaína, el procedimiento de la policía es llevar al sospechoso a la delegación policial para realizar prueba de campo sobre la misma; durante este periodo de tiempo el sospechoso es privado de su libertad, si bien es cierto que ese lapso de tiempo es corto la persona en esencia es detenida no formalmente pero si materialmente, la categoría utilizada (retención), en esencia desempeña la misma función que la detención del imputado, por lo que resulta afectado el derecho a la libertad ambulatoria.

Para Díaz Cabiale si se distingue entre retención y detención lo lógico es que las consecuencias penales de quien indebidamente retiene o detiene también, difieren

²⁹³ MAGRO SERVER, Vicente “La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal” en CDJG cd. Madrid 1999 s/p

²⁹⁴ Ibidem

sustancialmente dada la diferente gravedad de una y otra conducta ¿acaso no comete delito de detención ilegal quien indebidamente retiene?. El retenido también tiene derecho al Habeas Corpus, ya que es evidente que al existir una persona privada de su libertad encaja dentro de los supuestos que la ley señala”.²⁹⁵

La idea no se debe literalizar ya que generaría impunidad al no poder limitar este derecho, y ejercer así una labor de prevención del delito. La retención debe durar por regla general, el menor tiempo posible, y ser proporcional atendiendo a la necesidad e idoneidad de la medida.

En igual sentido en Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador ha resuelto que “los actos de limitación temporal de la libertad ambulatoria a que sea sometida la persona para presentarlo a la autoridad correspondiente, son legítimos y no comportan una detención ilegal, *siempre que sea dentro de un plazo razonable*, constituyendo restricciones a la libertad que se ven amparadas por el principio de necesidad que se deriva del principio de proporcionalidad, pues la limitación deambulatoria de la persona – en la que ya se encuentra desde que es detenida para el cacheo, resulta menos lesiva que la intromisión de una persona en sus zonas de pudicia (...).²⁹⁶

4.2.5. Inspección corporal

La comisión de un hecho delictivo puede realizarse de diferentes formas, es así que en el de homicidio puede perpetrarse por arma de fuego, arma blanca, veneno, etc, lo mismo ocurre en las lesiones, así dependiendo del bien jurídico infringido y tutelado por la norma penal, será el objeto con el que se cometa, en determinados

²⁹⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, CDJG Madrid. 1999. En CD S/P

²⁹⁶ Sentencia 258-99-2a Tribunal Tercero de Sentencia, III) CONSIDERACIONES SOBRE LA REQUISITA, San Salvador, de 13 de diciembre de 1999 Cfr. Anexo N° 2

casos; piénsese en el delito de violación sexual, el objeto con el que se perpetra es el cuerpo del agresor.

En igual sentido nos dice Seoane Spiegelberg “el cuerpo humano es el instrumento utilizado para la comisión del hecho delictivo, y se plantea, por ejemplo, tratándose de la instrucción de una causa penal por un delito de tráfico de drogas, la posibilidad de un reconocimiento radiológico o médico para comprobar si el presunto autor de tal infracción porta en sus cavidades naturales: recto o vagina, las sustancias prohibidas; o si es lícito en el caso de la investigación de un delito de aborto, acordar un reconocimiento ginecológico de la inculpada a efectos de determinar si sobre su cuerpo existen vestigios de una interrupción voluntaria del embarazo”²⁹⁷

a) Concepto

El avance de la ciencia ha permitido que en la investigación de hechos puedan utilizarse técnicas e instrumentos que ligan directamente al imputado con el delito o desvirtúan su participación en el mismo, o simplemente que se encontraba en la escena del crimen. Estos métodos identificadores que hace algunos años podrían considerarse como de ciencia ficción son en nuestros días una realidad palpable permitiendo el conocimiento más arcano de la intimidad de la persona que se investiga limitando al máximo ese derecho tan fundamental.

Para darle eficacia a esa información, así obtenida, se crean figuras como la inspección corporal que permite la intromisión en la esfera más íntima del individuo la cual es su propio cuerpo. Así el Art. 167 Pr. Pn. faculta al fiscal para someter al imputado a extracción de muestras de sangre u otros fluidos corporales, ponerse o

²⁹⁷ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. “Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales”, Cuadernos del Poder General Judicial 1998, en CD S/P

quitarse ropa u otros medios de prueba útiles a la investigación, previa solicitud al juez para realizarla.

Podemos decir entonces que la inspección corporal *“Es una medio de investigación que tiene por objeto la búsqueda de elementos probatorios en el cuerpo de la persona que se investiga, que requiere una gran intensidad o afectación en la intimidad corporal y para su validez es requisito indispensable la previa autorización judicial, debidamente motivada, y las necesaria garantías en la ejecución de dicha medida.”*

Podemos identificar en el anterior concepto de carácter general elementos como: *primero*: toda intervención corporal lleva imbita la investigación del propio cuerpo de la persona, de sus partes exhibibles como de las zonas pudendas, e incluso mental, consistente en la verificación personal del juez sobre las huellas psíquicas que el delito ha causado (por ejemplo estado depresivo) o de la víctima por ejemplo en los delitos de violación y lesiones; *segundo*: el cuerpo del delito es decir la investigación de las circunstancias fácticas, esto es comprobar la existencia de un hecho tipificado como delito, así como también la participación delincinencial esto es ligar al imputado con la realización del mismo por medio de extracción de muestras de sangre o fluidos corporales, punciones lumbares, extracción de cabellos, ponerse o quitarse ropa con el objetivo por ejemplo de buscar una cicatriz que la víctima a referido que aquel tenía, para individualizar al autor del delito; y *tercero*: toda intervención corporal, por regla general, se enmarca dentro de los actos definitivos e irreproducibles en el juicio oral, debiendo para su validez incorporarse mediante lectura y contradecirse por medio de la asistencia de quienes intervinieron en el acto Art. 270 Pr. Pn.

El cuerpo de una persona puede ser elemento de prueba y por tanto objeto de observación judicial inmediata, la inspección corporal es lícita incondicionalmente, como cualquier otra prueba, siempre que sea lícito el medio empleado.²⁹⁸

b) Sujetos pasivos de la inspección corporal

El Art. 167 C. Pr. Pn faculta en primer lugar para realizar tal medida sobre el cuerpo del imputado, no obstante, no debe entenderse que es el único que puede estar obligado a tal acto de investigación.

Para Manzini la inspección de personas puede referirse al imputado o a otras personas, sobre las que debe haber una grave y fundada sospecha. Los intereses relativos a la libertad y al pudor de estas personas deben ser respetados mientras no entren en manifiesto y grave conflicto con el interés superior de la justicia.²⁹⁹

Por ello la víctima puede ser sometida a una inspección corporal (como ya se dijo en los casos de violación y lesiones) con el objetivo de comprobar el cuerpo del delito, ya que sobre su cuerpo se pueden encontrar huellas de ese mismo delito, de ahí que no sea únicamente aplicada al imputado sino también a otras personas como el ofendido o terceros, cuando exista una sospecha razonable de que estos terceros han tenido participación delincinencial en el mismo, esto se deduce del fin de la inspección el cual es comprobar los rastros y efectos materiales que el hecho hubiera dejado, los rastros son las huellas que indican directamente la existencia del delito (vgr. desgarros himenales que indican la violación).

La disposición 81 c de la ordenanza procesal alemana señala que pueden ser investigadas otras personas distintas del inculpado cuando entren en consideración como testigo, sin su consentimiento, en tanto tuviera que constatarse para la

²⁹⁸ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. Tomo III Pág.230

²⁹⁹ Ibidem. Pág. 240

investigación de la verdad, si se encuentra en su cuerpo una huella determinada, o la consecuencia de un hecho punible, dicha disposición reza de la siguiente forma:

81 c (investigación de otras personas). (1) Solamente podrán ser investigadas otras personas distintas del inculpado, cuando entren en consideración como testigos, sin su consentimiento, en tanto tuviera que constatarse para la investigación de la verdad, si se encuentra en su cuerpo una huella determinada, o la consecuencia de un hecho punible. (2) Serán admisibles investigaciones en otras personas distintas del inculpado tendentes a constatación de su linaje, y las extracciones de sangre, sin el consentimiento de la persona a investigar, cuando no se temiera desventaja alguna para su salud y la medida fuera imprescindible para la investigación de la verdad. Las investigaciones y las extracciones de sangre serán siempre realizadas por un médico.

Similar disposición regula el Art.188 del Código Procesal Penal de Costa Rica *“Cuando sea necesario, el juez o fiscal encargado de la investigación podrá ordenar la inspección corporal del imputado y, en tal caso cuidará que se respete su pudor.*

Con la misma limitación, podrá disponer igual medida respecto de otra persona, en los casos de sospecha grave y fundada o de absoluta necesidad”.

De igual forma el Art.194 (Reconocimiento corporal o mental) inciso 2°, del Código Procesal Penal de Guatemala, dispone *“Se procederá de la misma manera con otra persona que no sea el imputado cuándo el reconocimiento fuere de absoluta necesidad”.*

Obsérvese que éste Código recoge el requisito de necesidad dentro del principio de proporcionalidad, para la limitabilidad de un derecho fundamental, no obstante no ser ésta persona a quien se le inculpa un hecho delictivo, actuando el principio de forma extensiva, al aplicarse a terceras personas.

Igual sentido lleva el Art. 218: Inspección corporal y mental, inc. 2 del Código Procesal Penal de la nación Argentina *“Podrá disponer igual medida respecto de otra*

persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad”.

Sigue este Código la doctrina de Manzini, al señalar como requisito indispensable para la inspección corporal de terceras personas que haya grave y fundada sospecha, no solo de coparticipación delictuosa, sino también de cualquier otro hecho que tenga relevancia procesal. (Ejemplo: huellas de violencia sufridas, cuando se considera que la persona quiera ocultar o disminuir la responsabilidad del imputado o simular o exagerar dichas violencias; potencialidad visiva de un testigo que afirma haber visto, etc.)³⁰⁰

En igual sentido para Cafferata Nores es también requisito indispensable que haya grave y fundada sospecha o absoluta necesidad, lo que se explica por tratarse de personas sobre quienes no pesa sospecha alguna de participación criminal. Vgr. sospecha de que la hija menor fue víctima de un delito de violación por parte de su padre y lo oculta por miedo; necesidad de verificar, frente a la negativa del imputado de ese delito la posible virginidad de la denunciante.³⁰¹

c) Uso de la Vis compulsiva

El uso de la fuerza para la materialización del acto de investigación, ha desatado muchas polémicas, la discusión gira en torno de hasta donde es necesario el uso de la coacción física del inspeccionado personalmente. Manzini nos dice que “cualquiera que sea el sujeto inspeccionar, puede ordenar el magistrado hasta el uso de la fuerza, si es necesario”.³⁰²

³⁰⁰ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. Tomo III Pág. 241

³⁰¹ CAFFERATA NORES, José I. Op. cit. Pág.179

³⁰² MANZINI, Vincenzo, Op, cit. T III Pág. 235

En Sentencia del 15 de febrero de 1989 el Tribunal Constitucional Español ha considerado que *“no puede entenderse como intromisiones forzosas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen según un sano criterio violación al pudor o recato personal (...) no cabe considerar en si misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen ginecológico, por parte de un profesional de la medicina (...)”*.³⁰³

El Art.166 Pr. Pn regula facultades coercitivas rezando: *“para realizar la inspección, la policía o la Fiscalía General de la República, podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten personas que se encuentren en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra”*, sin embargo no faculta para usar la fuerza física en la ejecución de una inspección personal.

Debe entenderse que si el imputado o la persona requerida para la inspección corporal no comparecen o manifiestan su negativa a realizar el acto, incurre en el delito de desobediencia regulado en el Art. 313 C. Pn.

En igual sentido nos dice Francisco Alonso Pérez que *“la negativa a la orden del Juez para la realización de un reconocimiento radiológico anal o vaginal, puede constituir un delito de desobediencia, la doctrina se inclina por la postura contraria, sobre la base de los siguientes dos argumentos”*:³⁰⁴

a) Que la obligación que el artículo 118 CE impone a todos los ciudadanos de colaborar con los Jueces y Tribunales no exige al individuo una participación activa en la práctica de aquellas medidas que puedan incriminarles.

³⁰³ Sentencia 37/1989 TC Español, fundamento jurídico N° 7. Cfr. Anexo N° 17

³⁰⁴ PEREZ, Francisco Alfonso. “Inspecciones e Intervenciones Corporales”, Revista. Año IV, Edición N° 14, Junio 2002 en www.revistaagentepolicia.com/index2.htm

b) Porque resulta más beneficioso para el imputado rechazar la medida, aunque se le condene por un delito de desobediencia, pues probablemente será sancionado con una pena más grave si la injerencia se ejecuta.

Entendemos que en ciertos casos, valoradas las circunstancias objetivas, y el grado de afectación al derecho fundamental, puede realizarse el acto usando la fuerza, En ese sentido la jurisprudencia argentina nos dice “el órgano jurisdiccional puede disponer la realización coactiva de la extracción de sangre en los imputados y en la menor víctima porque las disposiciones de los Arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional no amparan una negativa a impedir la búsqueda de la verdad por parte del juez instructor, si la medida resulta proporcional al objeto de la pesquisa, conducente al esclarecimiento de los hechos y se cumplirá por personal idóneo a los efectos de evitar daños innecesarios en la salud de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 193, 194, 218 y 219 del CPP (Jdo. Fed. San Carlos de Bariloche, 13/9/94, causa 1727/94, ED 161-223).³⁰⁵

El Art. 167 Inc. nos dice “Si el juez considera que el acto es procedente lo realizara, *aun sin el consentimiento del imputado (...)*” Debe recalcase que si bien esta disposición da la pauta para la coacción sobre el imputado, *esta no debe ser la regla general*, y además debe existir, tal como señala Asencio Mellado, una “fuerte sospecha base de la imputación, la cual habrá de ser proporcionalmente mayor en tanto que la intervención a efectuar en el ámbito protegido por el derecho lo sea de una también mayor gravedad. Ello ha de suponer no sólo, como mantiene el TC en sentencia 37/1989, del 15 de febrero, al atender de la propia conducta del sujeto, es decir, a *los indicios objetivos que sobre el recaen, sino también a la expresa finalidad perseguida por la intromisión o, lo que es lo mismo a su imprescindibilidad en relación con la*

³⁰⁵ PALAZZI, Pablo A y AMADEO, Sergio L. Op. cit www.ulpiano.com/Index.htm N° 68 S/P

situación probatoria, esto es, si la medida busca únicamente la confirmación de extremos o si, por el contrario, es esencial al descubrimiento del hecho”.³⁰⁶

Ante sus negativas, no corresponde someter a los imputados a prueba de histocompatibilidad genética a los fines de determinar si un menor es hijo de ellos o no (Jdo. Fed. No.1 Mendoza, 6/12/93, "Castro, José y otro s/querrela", La Revista del Foro de Cuyo, Tomo 13, 1994-142).³⁰⁷

Parecería discrepar con la resolución antes citada, consideramos que se profundiza más en la resolución del Tribunal Constitucional “el demandado en un proceso de filiación solo podría legítimamente negarse a someterse si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye, o puede existir un gravísimo quebranto para su salud, por lo que *la autoridad judicial solo puede disponer la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación (...)* Tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio*, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente incontrovertibles.”³⁰⁸

Así, la negativa a la práctica de las mencionadas diligencias sólo dará lugar a la valoración de aquélla conjuntamente con las pruebas o indicios existentes en el proceso contra el presunto imputado.

³⁰⁶ ASENCIO MELLADO, Op, cit, Pág. 148 simil Sentencia 57/1994 fundamento jurídico N° 6 “De manera que al adoptar la medida es necesario ponderar, adecuadamente y en forma equilibrada, de una parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger (...) Cfr. Anexo N° 20

³⁰⁷ PALAZZI, Pablo A y AMADEO, Sergio L. Op. cit www.ulpiano.com/Index.htm N° 69 S/P

³⁰⁸ Sentencias 37/1989 fundamento jurídico N° 8, 3); y 7/994 Fundamento jurídico N° 4 Lit. A) cfr. Anexos números 17 y 18

Debe por lo tanto el juzgador, a la hora de la implementación de la medida, valorar los presupuestos para la limitabilidad de los derechos fundamentales examinados anteriormente (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en estricto sentido),³⁰⁹ si valorados los elementos objetivos, de las pruebas de cargo que se poseen, resulta que la negativa del imputado es infundada, dicha conducta puede ser valorada como indicio a la hora de emitir la sentencia, lo contrario creemos, generaría impunidad.

d) Presupuestos de la Inspección corporal

Para que la injerencia en el derecho a la intimidad, con la ejecución de una inspección corporal sea válida, es necesario respetar determinados requisitos que permitirán darle eficacia a esa información, ya que en toda restricción a derechos fundamentales se hace necesaria, por el sacrificio que comportara en los mismos, que se garanticen en su ejecución estos presupuestos de naturaleza insoslayables para garantizar la intromisión, en un derecho tan fundamental como es la intimidad.

En ese mismo orden de ideas la sentencia 207/1996 del TC español estableció que “el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida (...) por lo que se encuentra subordinada toda intervención corporal a tres requisitos indispensables a saber: 1) Que la medida limitativa de derechos fundamentales esté prevista por la ley; 2) que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada; 3) Que sea proporcional

³⁰⁹ Cfr. Cap. II 2.6.3.3

especificándose su idoneidad y necesidad en relación con el fin constitucional legítimo”.³¹⁰

Así, Asencio Mellado distingue tres presupuestos o requisitos que ha de constreñirse toda injerencia en el ámbito de protección que otorga la constitución a los derechos fundamentales: a) reserva jurisdiccional en orden a su mandamiento; b) principio de proporcionalidad; y c) garantías en la ejecución.³¹¹

Estos presupuestos, si se observa cuidadosamente el Art. 167 de nuestro Código Procesal Penal perfectamente pueden encajar en dicha disposición, por lo que diremos que toda inspección corporal, para que sea legítima y válida entre nosotros, también debe reunir los presupuestos.³¹²

i) Control judicial: Toda intromisión en el cuerpo de una persona como esfera de su intimidad susceptible de coacción, para ser legítima depende una previa autorización legal, de lo contrario se darían intromisiones arbitrarias, cuya validez probatoria sería ilícita posteriormente; de ahí que en nuestra legislación encontramos en el artículo 167 Pr. Pn. la facultad para que el fiscal pueda solicitar esta medida de investigación al juez, y el Art. 171 que regula la realización mediante operaciones técnicas que deben ser realizadas por peritos calificados, disposiciones que contemplan la permisibilidad para ordenar la inspección corporal, por lo que puede acordarse el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, cabellos, semen, uñas etc.).

³¹⁰ Sentencia 207/1996, del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico N°4 Lit. e) Cfr. Anexo N° 21

³¹¹ Ibidem. Pág. 144

³¹² Algunos de estos presupuestos ya fueron abordados al desarrollar la limitabilidad de los derechos fundamentales por lo que remitimos al lector al punto Cap. II 2.6 Lit. b) y c)

El control judicial en las inspecciones corporales, se deduce de la autorización que necesariamente debe solicitar el fiscal al juez para que surta eficacia la intromisión, siendo esta por regla general la forma de restringir este derecho fundamental, que como ya se dijo “toda intromisión de derechos se reserva únicamente a la autoridad judicial sin que pueda la fiscalía o policía asumir competencia en esta materia.”³¹³

El Art. 167 Pr. Pn claramente establece “Si en el curso de una investigación ya iniciada el fiscal estima necesaria la realización de una inspección, en el cuerpo del imputado (...) *solicitará autorización al juez (...)*.” El control judicial en este caso es doble por un lado, limitando la actividad del fiscal ante solicitudes sin fundamento, indiscriminadas, y sin la más mínima investigación y por el otro, controlando la fundamentación de la medida hecha por el juez, mediante los recursos, por el imputado.³¹⁴

En este mismo orden es que el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador en relación a la práctica de una requisita personal a una mujer, que presuntamente portaba drogas, ha resuelto “en cuanto a la incolumidad personal, la afectación por la actuación policial debe ser sensata en el sentido que la obstaculización sólo puede afectar de manera superficial la corporeidad de la persona sin interesar sus zonas púdicas, cualquiera que estas sean, pues sin distinción alguna las personas tienen reconocido por la Constitución el derecho a la dignidad personal y a la intimidad (...) tratándose de derechos fundamentales, su afectación o disminución no puede quedar librada a la estimación discrecional de un agente de autoridad policial, en consecuencia cuando un registro para localizar objetos se tiene que acceder a zonas de intimidad personal, teniéndose la información de la ocultación en dichas zonas, no basta ya la

³¹³ ASENCIO MELLADO, José María. Op. cit Pág. 144

³¹⁴ Este último punto ya fue abordado en el apartado 2.7.3 ii) por lo que en esta parte no profundizaremos sobre el tema y remitimos al lector al punto antes señalado.

decisión de la autoridad policial para someter a la persona a tal acto de coerción sino que debe mediar ya *orden judicial* (...). La situación de sospechar que los efectos de un delito se encuentran ocultos en zonas de pudicia – en el bloomer de la acusada – no autoriza ya a la policía a practicar un registro, pesquisa o requisa personal, pues se afectarán de manera grave derechos primarios que el policía no puede decidir valorativamente a su juicio discrecional. En tal situación y estando comprometidas zonas claves de la intimidad personal se impone practicar una inspección corporal, con la garantía que tal acto sea peticionado por la Fiscalía y autorizado razonadamente por la autoridad judicial Art. 167 Pr. Pn.”³¹⁵

Dada la incidencia en los derechos fundamentales en juego, la intromisión o posibles restricciones se deben establecer por ley orgánica (...) es necesario la existencia de una norma que permita ordenar la intervención corporal.³¹⁶

Las medidas a ejecutarse que regula el Art. 167 Pr. Pn que van desde extracción de sangre, fluidos corporales como saliva, sudor, supuestos que no deben entenderse taxativos ya que pueden concurrir otros, piénsese en punciones lumbares, prueba de ADN, rayos X, resonancias magnéticas, biopsias etc., no se ha infringido este presupuesto al no detallarse por el artículo 167 Pr. Pn. los otros supuestos susceptibles de ejecución, que permitan averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado.

En principio debe observarse también, que en la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad es “*solo posible por decisión judicial*”, aunque sin descartar la posibilidad que, en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa, tales actuaciones pudieran ser

³¹⁵ Sentencia 258-99-2a Tribunal Tercero de Sentencia San Salvador, de 13 de diciembre de 1999 III) CONSIDERACIONES SOBRE LA REQUISA, Cfr. Anexo N° 2

³¹⁶ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. “Guía práctica de la prueba en el proceso penal” Ed. Práctica de Derecho. Valencia 1999 Pág. 102

dispuestas por la policía, como en el caso de extracción de sangre para prevenir accidente de tránsito, siendo obligación de todo conductor de vehículos automotores de someterse a dichas medidas para la detección de posibles intoxicaciones por alcohol, drogas estimulantes, estupefacientes u otras sustancias análogas.³¹⁷

El fundamento del reconocimiento legal de la inspección corporal radica principalmente en que el derecho fundamental a la intimidad no es absoluto y puede llegar a ceder y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pero tal afectación al ámbito de intimidad es posible solo por resolución judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa a la dignidad de la persona.³¹⁸

ii) Sospecha razonable: Para que la inspección corporal sea válida debe existir previamente una sospecha razonable que legitime la injerencia, tal como señala López Ortega: “el registro como cualquier otra medida de investigación corporal que afecta al ámbito íntimo de la persona no puede realizarse más que ante la existencia de una sospecha fundada que recaiga sobre el imputado. La sospecha razonable o causa probable constituye, de este modo, el primer requisito para verificar la legalidad, de la injerencia en este ámbito constitucionalmente protegido. Si este no existe, la actuación es ilegal y las evidencias obtenidas se excluyen del proceso. Es más, puede afirmarse que *cuanto más intensa es la injerencia en la vida privada, más firme y mejor establecida debe encontrarse la causa probable*, de tal modo que por esta razón no se tratan de la misma forma los registros personales, realizados tras la detención, que las

³¹⁷ Art. 16 de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial

³¹⁸ Sentencia 37/1989 Tribunal Constitucional Español, fundamento jurídico N° 5. Cfr. Anexo N° 17

investigaciones que se basan, por ejemplo, en la realización de escuchas o en cualquier otra forma de vigilancia clandestina.³¹⁹

Tal requisito de sospecha razonable, deriva para el juez del principio de fundamentación de las resoluciones judiciales, ya que tal como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultados para ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos. Como correlato, ello supone que *los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación* de tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido”.³²⁰

Así el fiscal al solicitar la inspección corporal debe fundamentar su petición, exponiendo las razones que motivan la ejecución de este acto de investigación, plasmando todas las circunstancias objetivas del caso que den lugar a pensar al juez, la posible participación del intervenido corporalmente en el ilícito investigado. Tal obligación surge de la misma constitución Art. 193 Ord. 1 y 2, y del Código Procesal Penal Art. 83 “*los fiscales formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones*”.

La necesidad de la fundamentación como presupuesto para posibilitar también fue puesta de manifiesta en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en “Terry v. Ohio” (392, U.S., 1-1967-) en “stop and frisk” para justificar la injerencia sobre el particular, *el oficial de policía debe poder puntualizar los hechos articulables, tomados conjuntamente con inferencias racionales a partir de esos hechos que autoriza la intromisión*. “El esquema de la cuarta enmienda solo adquiere

³¹⁹ LOPEZ ORTEGA, Juan José “El derecho fundamental a la intimidad” Op. cit. Pág.8

³²⁰ Sentencia F.140.XXXIII Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Disidencia del Señor Ministro Dr. Don Enrique Santiago Petrachi Considerando N° 6. Cfr. Anexo N°24

significación si se asegura que en algún punto la conducta de aquellos a quienes se imputa violar la ley puede ser sujeta al escrutinio neutral de un juez que debe evaluar la razonabilidad de una búsqueda o registro personal a la luz de las circunstancias particulares (...) *para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada, o a su corazonada, sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos y la luz de su experiencia.*

Si ello no ocurre resulta aplicable la regla de exclusión en tanto no pueda ser introducida prueba obtenida por medio de una requisita y búsqueda que no fue razonablemente relacionada en relación con la justificación de su iniciación (...) el funcionario policial no está autorizado a detener a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual esta realizando investigaciones antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca algo, *el debe tener motivos razonables, y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo (Sibron v. New York 392. U.S.40, 64 –1996-)*.³²¹

Así las cosas, puede decirse categóricamente que la regla de sospecha razonable, nace con el cacheo y detención, que esta regla es perfectamente ajustable también, a las inspecciones corporales, registro y allanamiento, o cualquier otro acto de investigación que limite el derecho fundamental a la intimidad.

De ahí que, toda inspección corporal para ser válida debe fundarse primero en una sospecha razonable sobre el intervenido corporalmente, debe girar entonces la investigación en este punto, en lo que debemos entender por sospecha razonable, causa probable o lo que Asencio Mellado denomina como imputación suficiente previo requisito para la realización de la medida.

³²¹ Ibidem. Considerando N° 8 Cfr. Anexo

Del principio de proporcionalidad, examinado anteriormente, surge la exigencia que para la implementación de toda medida limitativa de derechos fundamentales, y para el caso de inspección personal, se debe actuar sobre lo que Asencio Mellado denomina una “*sospecha de intensidad relevante*”, la intromisión en la intimidad corporal, solo resultará lícita en tanto concurren determinadas sospechas delictivas, sospechas que viene a exigir la mayor intensidad en función precisamente, de la gravedad del hecho investigado, (...) es así que El TC en la sentencia 37/1989 utiliza de manera indirecta este criterio para analizar y ponderar la gravedad de la intromisión que se ha de realizar. A tal efecto, la injerencia en el ámbito del derecho se modela en cuanto a su intensidad, en función, entre otros datos, de la conducta de la persona investigada y, en concreto “*en virtud de indicios serios*” en base a los cuales viene atribuida la conducta que se le imputa.³²²

Nuestra ley, de forma explícita, no refiere a una sospecha razonable, sino que en su texto el Art. 167 Inc. 1, dispone la realización de dicha medida “*por presumir el investigador que puedan existir elementos de prueba o indicios.*”³²³ como requisito para solicitar al juez la ejecución de dicha medida”. Con todo, creemos que dada la magnitud del derecho constitucionalmente afectado por la inspección corporal, debe entenderse que cuando la ley se refiere a elementos de prueba o indicios Art. 167 Pr. Pn, motivos suficientes Art. 173 y Art. 178 Pr. Pn, hace alusión, parafraseando a Manzini a esa “*condición de grave y fundada sospecha, ósea una sospecha cuyo fundamento se pueda demostrar, con argumentos objetivos inequívocos*”,³²⁴ estos argumentos, consideramos nosotros, son los que el juez a la hora de decretar la inspección, debe evaluar y valorar en la fundamentación de la medida, considerando

³²² Asencio Mellado, Op, cit. Pág. 97

³²³ Por indicios debemos entender “la deducción de un hecho que se desconoce a través de otros conocidos y detectables” GOMEZ DE LA TORRE, Juan R. Op. Cit. Pág. 1207

todas las circunstancias del caso en base a su experiencias, aplicando las reglas de la sana crítica, y no actuando bajo corazonadas, enfatizando en los indicios que se tengan sobre el hecho investigado y ponderando la necesidad e idoneidad de la medida.

iii) Garantías en la ejecución: La ejecución de la inspección corporal requiere necesariamente en su realización, la observancia de las debidas garantías, de no observarse estas exigencias la prueba de acuerdo a los Art. 15 y 162 no será valorada.

De la lectura del Art. 167 C. Pr. Pn. identificamos tres requisitos de obligatoria observación, los cuales son: 1) Respeto de la dignidad humana; 2) Sujeto legitimado para ordenar la ejecución; 3) Ejecución por personal del mismo sexo; 4) Realización en lugar apto para la ejecución del acto; 5) Ejecución por personal médico o sanitario; 6) Asistencia de tercero de confianza. De esta forma “la intervención será menos gravosa posible realizada cuándo resulte indispensable y efectuada con las debidas garantías”.³²⁵

La exigencia del cumplimiento de determinadas condiciones por el personal ejecutante de la medida limitativa de los derechos fundamentales tiene un sentido específico en la inquebrantable necesidad de garantizar en todo caso y situación la vida, y la salud física y mental del imputado, intereses estos no subordinables a investigación penal alguna.³²⁶

1) Respeto de la dignidad humana

La dignidad de la persona se encuentra fundamentalmente en la propia

³²⁴ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. Tomo III . Pág. 241

³²⁵ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo “La prueba ilícita Penal” Ed. Arazandi. España 2000 Pág.95

naturaleza de ésta, vista esta desde un punto de vista racional, espiritual y físico lo que le insufla una preeminencia respecto de todos los seres existentes. La indudable concepción se inicia con Aristóteles, quien es retomado por los estoicos, los cuales desarrollan con gran éxito que el hombre en su naturaleza es integrante de una comunidad la cual es gobernada por la razón. Esta concepción adquiere concreta realidad al considerar éste a los hombres hijos de Dios y por tanto poseedores de una especial dignidad.³²⁷

El constituyente alemán consignó este derecho en el primer artículo, destacando el gran papel que juega en los pueblos democráticos y garantes de la Constitución, y obligando al poder público a velar por su irrestricto respeto en todo momento; el artículo reza: “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.³²⁸ Nuestro constituyente no se quedó atrás, y plasmó la dignidad humana en su fundamento primario (preámbulo), “Nosotros representantes del pueblo salvadoreño (...) animados por el ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional, con base en el *respeto a la dignidad de la persona humana (...)*”, y consagró en el Art. 1 a la persona como el origen y fin de la actividad del Estado.

Así nuestro Código penal en el Art. 1, reconoce la dignidad como garantía penal mínima, de toda persona a quien se le atribuya la comisión de un delito o falta, principio que debe ser observado en todo momento en el proceso penal, de lo contrario se volvería a ficciones ya erradicadas (como la presunción legal de culpabilidad Art. 503

³²⁶ ASENCIO MELLADO, José María. Op, cit. Pág. 99

³²⁷ NAVARRETE AZURDIA, Salvador. “Glosario constitucional salvadoreño”. Revista de ciencias jurídicas. Derecho constitucional, derecho penal, educación jurídica, año II, N° 5, San Salvador, junio 1993. Pág. 187

³²⁸ Gran influencia tuvo entre nosotros esta Constitución, en cuanto a los derechos fundamentales, tal es el caso que el principio de igualdad y libertad se encuentran

C. Pr. Pn. derogado), obsoletas y contrarias a la nueva dogmática penal, que propugna por el fiel cumplimiento de las garantías constitucionales como el principio de inocencia, principio de defensa, juez natural entre otras, que reconocidas como debido proceso, resultan necesarias para vigencia una constitución que se diga llamar democrática y garante de la legalidad.

“Los derechos del imputado no deben ser meras declaraciones líricas plasmadas tanto en la Constitución como en la ley, puestos que no son sólo derechos del imputado, sino garantías del proceso penal mismo”.³²⁹

2) Sujeto legitimado para ordenar la ejecución.

La misma naturaleza de persona, nos exige a diferencia de los animales, el mantener ocultas partes de nuestro cuerpo que por vergüenza o decoro, no deseamos que sean vistas, es así que Manzini recalca que en la práctica de una inspección corporal *“el pudor de una persona es un interés que ciertamente merece respeto, pero no al punto de excluir o limitar la búsqueda de la verdad. El límite lo dan la utilidad y la discreción del magistrado. La tutela del pudor esta dispuesta por la ley mediante la obligación impuesta al magistrado de proceder cuidando de que dentro de los límites de la posibilidad, el pudor de la persona sea respetado (...)”*³³⁰

Dentro del proceso penal, el derecho a la dignidad humana juego un papel fundamental, ya que restringe al investigador de efectuar sobre el cuerpo del inspeccionado actos contrarios a su misma naturaleza de persona, exige este derecho a ser tratado con decoro y respeto; es así que el Art. 167 in 2° establece *“Si el juez*

reconocidos en los artículos 3 y 5 en la ley fundamental alemana, respetando nosotros su mismo orden.

³²⁹ Sentencia 6-H-95 Parada Vrs. Juez Segundo de lo Penal, habeas Corpus Corte Suprema de Justicia. Del 29 de agosto de 1995. Cfr. Anexo

³³⁰ MANZINI, Vincenzo, Op, cit. Pág. 238

considera que el acto es procedente lo realizara (...)” siendo este el único facultado para ordenar la restricción de un derecho fundamental, y sólo excepcionalmente, en casos específicos, la Constitución faculta a la policía a afectar tales derechos, por ejemplo en el Art.19.

La Constitución dentro de su marco jurídico ha delimitado la competencia que cada uno de los actores del sistema penal desempeñan. El problema que hemos identificado en el proceso penal es que hay un abuso en el ejercicio de las atribuciones, así la policía se atribuye funciones que no le corresponden, verbigracia realiza inspecciones corporales bajo la etiqueta de la requisita personal, generando de esa forma impunidad en muchos delitos, por su mal desempeño, ya que el juez no puede darle eficacia probatoria a la prueba así obtenida (Art. 15 y 162 Pr. Pn).

En ese mismo orden de ideas el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador ha resuelto “la policía esta obligada en la investigación del delito a respetar el marco constitucional y las violaciones que en su proceder infrinja a la Constitución afectan sus actuaciones a nivel probatorio. Es que aquí no se trata de una mera formalidad o de cuestiones de mero “tecnicismo”, al contrario, se trata de mantener incólume nuestro régimen constitucional, que no debe ser violentado, mucho menos por las autoridades constituidas y si se violenta, esa actividad debe ser declarada inefectiva, es decir debe perder su legitimidad probatoria. Y es que la evidencia obtenida por las autoridades, para juzgar a una persona por un delito, debe ser una evidencia validamente obtenida, por lo que cuando dicha obtención se hace mediante procedimientos injustificados, violatorios, no solo de mera legalidad sino de una norma constitucional tal evidencia debe ser excluida por ser sustancialmente ilícita, aunque el

propósito de la autoridad haya sido descubrir un delito, porque ello lesiona el debido proceso.³³¹

Caso característico en los registros, resulta en centros penitenciarios en ocasión de visitas íntimas a presos, en la que la registradora del centro penitenciario obligue a una mujer a desvestirse, realizar cucullas y palpar sus partes íntimas con el objetivo de saber si lleva drogas en la vagina, el Tribunal de Sentencia de Chalatenango ha resuelto, que ello "supone un sometimiento a un trato humillante y degradante que invalida la prueba así obtenida (...) Al valorar esta prueba, es de señalar que si bien es cierto todo centro penal debe tener controles necesarios para el ingreso de personas a los mismos, estos controles deben ser apegados a un estado democrático de derecho, el cual no es simplemente un conjunto de leyes muertas, sino una manera de corresponder y ejercer la convivencia ciudadana y que puede resolverse a través del respeto a la dignidad, consagrado en los Artículos 1 y 2 de la Constitución de la República; por lo que cada uno de los operadores del sistema de justicia penal, está obligado a respetar tanto los intereses de los bienes tutelados por el Estado, como los del imputado, a fin de buscar un equilibrio; en este orden de ideas se soslayó claramente por un lado el Derecho a la *Dignidad* y por otro lado el *Pudor* y la *Intimidad personal*, conceptos que si bien es cierto pueden ser sometidos a mayores o menores valoraciones, y no haber un concepto unívoco sobre los mismos, éstos no son "meras declaraciones programáticas". Es así que todo procedimiento está basado en normas reguladoras para la actuación ante los organismos administrativos y jurisdiccionales y en este caso "*el procedimiento rutinario*" que se argumentó fue utilizado, no tiene, en la manera tal como fue practicado, un respaldo legal, ya que se puede llegar a utilizar y dañar a través de un "*fraude de etiquetas*" como es la Requisa Personal, prevista en el Artículo 178 del Código Procesal Penal, derechos

³³¹ Sentencia 34-02-2ª Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, FUNDAMENTACION

constitucionalmente reconocidos, como lo son el Artículo 2 inciso 2º, en el que garantiza el Derecho a la Intimidad Personal y el Artículo 10 establece que: "La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de (..) la dignidad de la persona (..)", en razón que se somete a la persona a una opción menor entre dos gravosas como son: "o someterse a la "requisa", a través de un procedimiento como el señalado o abstenerse definitivamente de visitar a la persona requerida", que en el caso que nos ocupa era el compañero de vida de la procesada.³³²

El fundamento que legitima la actuación judicial, radica según Donna y Maiza, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia "las inspecciones que se realizan en relación a las zonas pudendas de las mujeres constituyen acciones particularmente humillantes para ellas y solo es factible para ellas cuando es autorizada por juez competente en virtud de una causal razonable o cuando libremente, sin presión alguna, otorga su consentimiento la persona involucrada".³³³

Por ello se debe velar en el proceso penal por el respeto a la dignidad humana, cuidando en lo posible de no infligir en la persona actos contrarios al decoro y que puedan causar humillación.

JURÍDICA Rom. IV, del 16 de mayo de 2002. Cfr. Anexo N° 4

³³² Sentencia P0901-26-200, Tribunal de Sentencia Chalatenango del día veintitrés de abril del año dos mil uno. III. Análisis de la prueba incorporada a la Vista Pública conforme a las reglas de la sana crítica y determinación precisa y circunstanciada del hecho acreditado: N° 1. Cfr. Anexo N° 9

³³³ DONNA, Edgardo Alberto y MAIZA, María Cecilia "Código Procesal Penal" y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea Buenos Aires 1994. Pág.256

En símil circunstancia el Tribunal Supremo Español viene considerando vejatoria y contraria al artículo 18.1 CE (constitución española) la orden de desnudarse y hacer flexiones para expulsar la droga, sea por vía anal o vaginal.³³⁴

En ese sentido es que la dignidad de la persona surge como un limite dentro de la investigación, de ahí que tal como señala Donna y Maiza “el juez podrá ejecutar la inspección sobre el imputado cuando lo considere necesario a los fines de la prueba con dos condiciones: a) Cuidar en lo posible el pudor del examinado, aunque en algunos casos sea de difícil cumplimiento, y b) Prohibir a los terceros ingresar al acto, a excepción de los peritos, el defensor o una persona de confianza del examinado”.³³⁵

3) Ejecución por persona del mismo sexo

La ejecución de una inspección corporal requerirá en determinados, casos la concurrencia en la ejecución de dicha medida, por persona del mismo sexo, ya que como venimos diciendo, en atención a la practica de registros e inspecciones, son actos humillantes para las mujeres.

Dentro del proceso penal hemos visualizados que si bien es cierto en muchos casos la policía ha solicitado (en los delitos de tenencia y posesión de drogas) la practica por personal del mismo sexo, no obstante por falta de legitimación, se ha resuelto por el juez no darle eficacia a dicha prueba, si de la totalidad de los elementos valorados concurren vicios aleatorios, que invaliden la prueba, no obstante de garantizar la presencia de personal del mismo sexo en la ejecución.

Es tal la importancia de la dignidad de la persona que está vedado el registro en zonas pudendas, por la policía o la Fiscalía, el Código Procesal Penal de Honduras así lo a reconocido en el Art. 206 Registros corporales Inc. 4 *“los policías no podrán llevar*

³³⁴ De 27 de junio de 1994, 11 de mayo de 1996, 26 de junio de 1998 y 17 de febrero de 1999, entre otras muchas.

a cabo registros personales, sobre zonas corporales que afecten al pudor de la persona registrada (...)”

El Tribunal Tercero de Sentencia en circunstancia análoga ha resuelto que “para salvaguardar estos parámetros, respecto de la intimidad y dignidad personal, *no basta ni es suficiente que la requisita sea efectuada por un agente del sexo femenino ni en lugar auténticamente reservado*; aun en esas condiciones la requisita es ilegítima e ilícita, si con ella la autoridad policial interviene ámbitos de pudicia de la persona sometida a registro; pues la garantía no estriba en posibilitar un registro por una persona del mismo género o en accesos reservados, la garantía lo que supone es que la intimidad y dignidad personal no pueden ser rebasados ad initio, *sino únicamente mediante un juicio de ponderación por la autoridad dispensada para ello*”.³³⁶

4) Lugar apto para la ejecución del acto

El lugar en que se realizará la inspección corporal es de importancia, ya que permitirá garantizar incólume la intimidad corporal del intervenido, de ahí que debe reunir los requisitos mínimos, que den seguridad al inspeccionado que su salud o recato no se verán enervados.

Resulta contrario a la dignidad verbigracia el realizar inspección personal en la vía pública, donde concurren vehículos y personas, aunque realice en horas de la madrugada. En ese orden de ideas resolvió el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, “*En el caso que nos ocupa consta probado que la agente introdujo su mano en la parte trasera entre el bloomer y la piel de la acusada para alcanzar los objetos que decomisó (...)* Por demás tal actividad se ha llevado a cabo en la vía pública independientemente que fuese en la acera –así consta la prueba- y en ese ámbito

³³⁵ DONNA, Edgardo Alberto y MAIZA, María Cecilia. Op. cit. Pág. 256

estaba personal policial masculino que prestaba seguridad y circulaban vehículos, además de haber otras personas (...) Entendemos que la realización de tal acto era posible realizarlo, no obstante la hora del suceso, pues los órganos de persecución penal Fiscalía y jueces de Paz mantiene una actividad de urgencia nominada “turnos”, precisamente para salvaguardar las actividades de esta naturaleza”. ³³⁷

Si la ley exige formalidades es porque reconoce que se limita el goce de un derecho fundamental, que ciertamente no es absoluto, pero que por su carácter de fundamental, su restricción no puede estar sujeta a la voluntad del agente, sin observar los requerimientos de forma y fondo exigidos; es a través de ellos, donde se establece la ponderación del derecho a la libertad y a la intimidad por un lado, y el interés social por descubrir y perseguir el delito. ³³⁸

5) Ejecución por personal médico o sanitario

El derecho a la dignidad humana exige además que este acto de investigación sea realizado en lugar apto para ello, que reúna las garantías necesarias para su práctica. Nuestro Código no establece expresamente que el acto de investigación sea realizado por médico o personal sanitario, tal obligación se deduce del principio de inocencia Art. 4 “Toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente, y *será tratado como tal (...)*”, y de los derechos que como imputado tiene Art. 87 N° 6 del Pr. Pn. *a que no se empleen contra el medios contrarios a su dignidad*; piénsese verbigracia en el delito de aborto. El agente idóneo para realizar la inspección es un

³³⁶ Sentencia 258-99-2a Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, de 13 de diciembre de 1999. III) CONSIDERACIONES SOBRE LA REQUISITA, Cfr. Anexo N° 2

³³⁷ Ibídem.

³³⁸ Sentencia P0501-4-200, Tribunal de Sentencia de Usulután, del 14 de febrero de 2001. IV. VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA N° 5 Lit. d). Cfr. Anexo N° 12

médico, no una enfermera, ya que en situaciones normales una mujer visitaría a un ginecólogo por su capacidad y la seguridad que este le inspiraría.

En ese sentido la disposición § 81 [internamiento para observación del inculpado] de la Ley Procesal Penal Alemana dispone que “para la preparación del informe del estado psíquico del inculpado, podrá el tribunal ordenar después de oír al perito y al defensor que el inculpado sea llevado a un *hospital psiquiátrico público, y observado allí*”. De conformidad con este precepto, las intervenciones corporales han de ser llevadas a cabo generalmente por un médico, siendo necesaria, no obstante en los casos en que aquellas sean peligrosas, la actuación de un especialista, para dejar de este modo inalterados los bienes jurídicos constituidos por la vida y la salud. A su vez, se excluye comúnmente a los estudiantes de medicina e incluso a los enfermeros de la posibilidad de proceder en este ámbito, salvo que preste su consentimiento el propio sometido o que se encuentre dirigido o inspeccionado directamente por un médico.

El Art. 207 Inc. 3 del Código Procesal Penal de Honduras reconoce, en la forma de practicar los registros, esta garantía estatuyendo: “*En ningún caso se empleará violencia para practicar el examen corporal, y si este afectare zonas corporales íntimas, deberá ser hecha por un médico, y de no haberlo por personal sanitario*”.

Nuestro Código Procesal Penal, vela también, por que le sea respetada la salud al imputado, garantizando en la ejecución la asistencia de peritos Art. 167 inc. 2. recuérdese que el juez es un mero aplicador de la constitución y le ley ordinaria, en muchos casos sus conocimientos no abarcan otras disciplinas como son las médicas, por lo que debe auxiliarse de un especialista en la materia, llámese cardiólogo, ginecólogo, obstetra etc., que garantice que la salud no se vera menoscabada en la realización del acto de investigación, asimismo por ser el juez el sujeto principal que dentro del proceso penal esta obligado a velar por el fiel cumplimiento de la

constitución, tratados internacionales y ley ordinaria. Nuestro constituyente ha establecido como principal derecho fundamental la vida, la integridad física y la salud, por lo que el juez debe salvaguardar este derecho en el momento en que el imputado (que como órgano de prueba) sea objeto de investigación para la realización de cualquier pericia.

En ese sentido, “en ningún caso puede disponerse por el juez la practica de una intervención corporal (...) cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebrantamiento para la salud. *En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos*”.³³⁹

Es así que en los delitos relativos a las drogas, cuando el cuerpo humano es usado como transporte (piénsese dentro de cavidades naturales, como vagina o ano) el mas idóneo para la realización del acto es un ginecólogo, no un Policía Nacional Civil; lo mismo ocurre en los delitos relativos a la vida del ser humano en formación.

Tal como señala Díaz Cabiale “cualquier actuación distinta a los cacheos sobre el cuerpo humano, conlleva una intervención sobre el mismo de cierta envergadura que afecta con mucha mayor intensidad al derecho a la integridad física, lo que implica la presencia del especialista, actuación que supone por lo tanto una doble garantía, por un lado para el sujeto pasivo, por el otro para la actuación en sí (...). A pesar de la denominación que se emplea de reconocimientos médicos, estas actuaciones no tiene porque suponer la actuación de un médico, sino que puede llevarse a cabo por personal sanitario que cuente con la adecuada preparación (...) Comprende un amalgama de actuaciones diversas, que implican intervenciones de distinta intensidad,

³³⁹ Sentencia 7/1994 Tribunal Constitucional Español, del 17 de enero, fundamento jurídico N° 3 lit. D). Cfr. Anexo N° 18

desde los exámenes radiológicos, los registros anales o vaginales, análisis de sangre, de orina, hasta cualquier otro tipo de actuación sanitaria.³⁴⁰

En ese mismo sentido el Tribunal de sentencia de Chalatenango, en ocasión de un registro corporal en el centro penitenciario de esa ciudad, ha resuelto que “de la declaración emitida por la registradora del centro penitenciario se desprende que practicó un registro rutinario en todas las partes íntimas a la imputada como son brasier, pecho, ropa y hasta le pidió que se bajara el bloomer y el pantalón, ordenándole que hiciera cinco cuclillas, posteriormente *con guantes en sus manos procedió a tocar su parte íntima y sintió algo raro y extraño*, y al preguntarle a la señora que era, ésta respondió que era el aparatito (...) Al valorar esta prueba, es de señalar que si bien es cierto todo centro penal debe tener controles necesarios para el ingreso de personas a los mismos, estos controles deben ser apegados a un estado democrático de derecho”.³⁴¹ Los centros penitencias cuentan con personal de enfermería que perfectamente pueden desarrollar la función de auscultación, garantizando la salud de la persona inspeccionada, y la intimidad corporal que propugnan, como ya anteriormente se dijo, por mantener ocultas partes de nuestro cuerpo que por decoro no deseamos que sean vistas, todo previa orden judicial.

Ya dijimos que el juez puede auxiliarse de peritos especializados, cuando el acto de investigación requiera de operaciones técnicas Art. 171 Pr. Pn, como en el caso de la inspección corporal verbigracia ADN, que requiere un mayor conocimiento y profundidad sobre el tema, o en los delitos sexuales, en donde la pericia médica muy útil tanto para descubrir el cuerpo del delito, como la participación delincuencia

³⁴⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, en CDJG. Madrid. 1999. en CD S/P

³⁴¹ Sentencia P0901-26-2001 Tribunal de Sentencia de Chalatenango, del 23 de abril, III, Análisis de la prueba incorporada a la Vista Pública conforme a las reglas de la sana Crítica y determinación precisa y circunstancias del hecho acreditado N° 1, Cfr. Anexo N° 9

imagínese en un examen psicológico, tendientes a verificar la capacidad mental, tendencias y aberraciones sexuales. Por lo que la presencia de personal médico o especializado, en la ejecución de una inspección corporal también se deduce de esta disposición.

No debe perderse de vista que en la ejecución de una inspección personal deben concurrir los presupuestos arriba desarrollados, no basta en esencia que el acto se lleve a cabo en un hospital, examinado cuidadosamente el protocolo médico, sino además debe mediar orden judicial tal como lo señala la corte Suprema de Estados Unidos en el caso (CS Estados Unidos, "Rochin v. California", 342 US 165, 172 1952) "El lavaje de estómago practicada en un hospital al imputado, contra su voluntad y a instancias de la policía a los fines de obtener la droga que aquel había ingerido transgrede las normas constitucionales más elementales (Cuarta enmienda)³⁴² pues tal celosa aplicación de la ley no sólo ofende por su puntillosidad o un sentimiento personal acerca de la lucha excesivamente enérgica contra el crimen, sino porque no pueden tolerarse procedimientos de tal naturaleza".³⁴³

6) Asistencia de tercero de confianza

Tal como señala Manzini "Según se ha indicado el sujeto pasivo de la operación, para su garantía y tranquilidad, tiene facultad de pedir la asistencia de una persona de su confianza, y el magistrado debe advertir de tal facultad. El magistrado solo tiene que proveer para esa asistencia si aprueba la elección de la persona indicada y se le *puede encontrar rápidamente*. Por consiguiente no se debe retardar o suspender el acta para andar en busca de la persona o para esperar una nueva designación (...) el presupuesto de dicha asistencia lo da la índole de la inspección,

³⁴² Cfr. Cap. III 3.4.3 Lit. a) iii) cita 208

posible ofensa al pudor, (...) la facultad de pedir la mencionada asistencia compete al interesado.³⁴⁴

El Código de Procedimiento Penal de Italia en el Art. 245 regula los requisitos para la practica de la inspección personal: “se advertirá al interesado de su derecho a ser asistido por persona de su confianza, se efectuará, con respeto a la dignidad y, en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de inspección”, y, por último, podrá realizarse por un médico, en cuyo caso la autoridad judicial no estará obligada a asistir a las operaciones.

El Código Procesal Penal de la nación Argentina en el Art.218 inc. 3 regula la posibilidad de la asistencia de tercero a la realización del acto, advirtiéndole previamente el juez al imputado de tal facultad, el inciso reza de la siguiente forma “Al acto sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho”.

En semejante texto lo ha establecido el Art. 188 inc. 3 del Código Procesal Penal de Honduras: “Al acto sólo podrá asistir una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho”.

Si bien nuestro Código Procesal Penal no regula una disposición similar a los anteriores, ha de entenderse que dicha facultad nace del mismo principio de inocencia el cual si bien en esencia obliga a una mínima actividad probatoria, para poder condenar a una persona, además intima a los aplicadores del sistema penal a tratar al imputado con las debidas garantías, esto es como persona inocente facultada para decidir quien además de los mencionados por la ley pueden presenciar el acto. Compañía que le podrá servir de consorte o apoyo proporcionado al intervenido mayor

³⁴³ PALAZZI, Pablo A y AMADEO, Sergio L Op, cit. www.ulpiano.com/Index.htm, g) Jurisprudencia de Estados Unidos N° 103 S/P

³⁴⁴ MANZINI, Vincenzo. Op, cit. T III. Pág. 239-240

tranquilidad, recuérdese que un proceso penal inspirado en principios democráticos, debe limitar en la medida de lo posible derechos fundamentales.

4.3. Allanamiento de morada

4.3.1. Concepto de morada

Etimológicamente domicilio proviene de las voces latinas *domus* y *colo*, a causa de que *domun colere* significaba habitar una casa. Así, el domicilio, en su definición castellana implica: el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.³⁴⁵

Sin embargo en el ámbito jurídico el domicilio goza de diferentes acepciones. Una de ellas es la de naturaleza civil, que a tenor del artículo 57 del Código Civil significa *la residencia acompaña, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella*. Pero en la dogmática penal el significado de la palabra domicilio es diferente, cualitativa y cuantitativamente, al domicilio civil o procesal.

Domicilio equivale a habitación, es decir, cualquier lugar utilizado para uso doméstico en el que se cumple libremente todo o parte de lo que es característico de la vida privada (descanso, alimentación, esparcimiento, ocupaciones de la vida profesional).

a) Noción amplia de morada

El concepto de morada no es distinto al del domicilio. Refuerza o amplía la extensión de ésta última expresión y se confunde finalmente en un todo con aquella.

Morada es el hogar o residencia; el lugar donde se desarrolla la vida privada del individuo, es el ámbito de aquellas acciones que la Constitución declara reservadas a

³⁴⁵ Diccionario Enciclopédico QUILLET. Tomo IV. Voz: Domicilio S/P

Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.³⁴⁶

A continuación, algunas definiciones de domicilio: para Garraud, la morada es “toda residencia permanente o temporaria, ocupada por quien tiene derecho a ella”. Por otro lado, en opinión de Sebastián Soler, morada es “el conjunto de recintos habitados por una persona o conjunto homogéneo de personas, con permanencia en el lugar durante considerable tiempo, y que generalmente pernoctan. Recíprocamente, también el lugar es morada si tan solo se pernocta”. Más pintoresca son las definiciones de Pacheco (“Reino de cada cual”), Rivarola (“el sitio donde el individuo debe gozar de la libertad más extensa, de la independencia, más absoluta y de la seguridad más completa”), y la de Eugenio Cuello Calón (“la cueva donde se habita”).

El concepto de residencia tiene menos permanencia que el de hogar y es, quizás, menos íntimo.

b) Supuestos concretos

Es evidente que el derecho a la intimidad suscita muchos problemas y sugiere numerosas reflexiones, todas ellas de la mayor importancia. Su naturaleza y la posición que ocupa respecto de otros derechos explican esa circunstancia, del mismo modo que la complejidad que ofrece su propia noción y los relevantes intereses que entran en juego, cuando se trata de decidir sobre si ha de primar o ceder, este ámbito de intimidad, frente a otras exigencias jurídicas, son una de las principales razones por las que es muy difícil establecer en este campo criterios estables y pacíficos que descendan a unos niveles de concreción mayor que los que poseen las reglas y principios que se han enunciado.

El domicilio o la morada, como indistintamente se aludirá en este texto, presenta varias matizaciones concretas, evolucionadas con el transcurso del tiempo, y

³⁴⁶ BREGLIA ARIAS, Omar. “El delito de violación de domicilio” Ed. Depalma. Buenos Aires,

dándole un mayor espectro de protección del bien jurídico domicilio. Dichos supuestos concretos son los que a continuación presentamos.

i) Domicilios accidentales: Es errado condicionar la protección domiciliar por la exigencia de una permanencia en un espacio físico. De esa manera se está cohibiendo la libertad ambulatoria en aras de la protección del domicilio, sin considerar que la realidad ha demostrado que mucha gente, por razones académicas, laborales, e incluso familiares, se traslada de una ciudad a otra, o en la misma circunspección de una jurisdicción determinada. Por ello, la jurisprudencia argentina ha dicho que *“puede considerarse lugar habitado el departamento utilizado en los esporádicos viajes que realiza el inquilino desde Bariloche, donde tiene su domicilio desde tiempo atrás, por razones de trabajo”*.³⁴⁷

ii) Domicilios de personas jurídicas: Las personas jurídicas gozan del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o sede de las mismas. Así lo han reconocido diferentes sentencias del Tribunal Constitucional Español, de las que se destaca la número 137/1985, en la cual se consignó: *“(…) los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza les resulten aplicables, los que han permitido que la jurisprudencia entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las entidades mercantiles. Parece claro que la Constitución, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente a las personas jurídicas (...). Este es también el criterio adoptado por la doctrina generalizada de otros países (...) donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión.”* De igual manera, la Sentencia 1/1997 resalta la idea que el domicilio es una

1968. pág. 19

³⁴⁷ Cámara Federal La Plata t. 34 Pág. 755

“prolongación de la personalidad”, por cuanto también se aplica a las personas jurídicas.³⁴⁸

iii) Barcos o buques: Los buques mercantes son, de igual manera, objetos de tutela penal, en tanto que implican una variación del domicilio. Igual idea aplica a los barcos privados, pues constituyen una morada accidental de un particular (Vrg. Cruceros, portaaviones, etc). Así se desprende de las Sentencias 1214/1997 y 1020/1996, ambas del Tribunal Supremo, en las que se afirma que es indispensable que exista una de las formas de ingreso legítimo al domicilio, es decir, mandato judicial, consentimiento, o flagrancia.

c) Inexistencia del domicilio

Sin embargo, el concepto de domicilio presenta, dentro de su propia definición, limitaciones o circunstancias que no pueden considerarse como propias del domicilio. Así, veremos que doctrinaria y jurisprudencialmente existen por lo menos tres lugares

³⁴⁸ En opinión contraria MURILLO DE LA CUEVA, para quien: “Desde la perspectiva de la titularidad del derecho a la intimidad, es evidente que no está reservado a los nacionales sino que se predica de toda persona humana. (...) Creo importante afirmar que no pueden reivindicarlo las personas jurídicas. El carácter personalísimo de este derecho lo impide. (...) Importa señalar que no es óbice a esta conclusión el que se haya reconocido jurisprudencialmente el derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad de su domicilio, pues puede llegar a admitirse, desde esa perspectiva instrumental asumida por el Tribunal Constitucional, al interpretar el art. 18.2 de la Constitución, que una mejor defensa de los individuos y de sus intereses pasa por la garantía de la inviolabilidad del domicilio de las personas morales. Entre otras cosas porque detrás de ellas hay siempre -como no podía ser de otro modo- hombres y mujeres concretos y porque es, también, una importante defensa de la libertad y de la seguridad. En cambio, el derecho a la intimidad tiene una dimensión material, sustantiva, que impide su traslación a lo que no son sino creaciones artificiales ideadas para una mejor satisfacción de los fines e intereses individuales. Se trata, por tanto, de uno de esos derechos que, por su propia naturaleza, no pueden ser reconocidos más que a los seres humanos. No es obstáculo a lo dicho el que, en ocasiones, se haya hablado de intimidad asociativa o de privacy in group association. En efecto, en estos casos, de lo que se trata es de asegurar primordialmente la libertad personal e ideológica de los miembros de una asociación y el hecho de que se conecte con ellas el derecho de asociación no obedece a otra razón que a la de anticipar la barrera de protección de los individuos. Al situarse ésta en la asociación, de una sola vez, se tutela a todos los asociados.” En MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “El derecho a la intimidad.” En CDGJ, Madrid 1999, en CD S/P.

que, aunque sean propios para el desarrollo de la personalidad del hombre, no pueden considerarse dentro de la tutela penal que el domicilio concede, pues dichos espacios no ofrecen intimidad, y careciendo de este elemento, de ahí que no son domicilio.

i) Almacenes, fabricas, talleres, oficinas y locales comerciales: Todos aquellos locales o recintos en los que está ausente la idea de privacidad no pueden tener la condición de domicilio, y así se ha establecido en opinión de la jurisprudencia española. Veáse para ejemplo los siguientes fallos: 228/1997, de 26 de diciembre, del TC según los cuales: *“no todo recinto cerrado merece la consideración del domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que para su afectación tengan un destino o sirvan a un cometido incompatibles con la idea de privacidad.”* En cualquier caso, y de conformidad con lo manifestado en la Sentencia del TC 228/1997, de 16 de diciembre, *“lo expuesto no es obstáculo para entender que, pese a que los almacenes, locales comerciales y fábricas no sean susceptibles de ser calificados como domicilios a efectos de la protección constitucional dispensada por el artículo 18 de la Constitución, los registros practicados en tales inmuebles deben respetar los requisitos y garantías que exige en cualquier edificio o lugar cerrado, el Art. 567 y demás preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y entre ellos, el de la presencia en su realización del Secretario Judicial, a los fines de fe pública judicial.”*³⁴⁹

Entre nosotros estos espacios físicos también recibe protección, así el Art. 189 C. Pn. Prohíbe la permanencia e ingreso contra la voluntad del titular en lugar reservado de trabajo de una persona o establecimiento o local abierto al público, fuera de las horas de apertura.

ii) Locales abiertos al público: bares, restaurantes, hoteles, discotecas:

Tampoco tiene la consideración de domicilio todos aquellos locales que están abiertos al servicio del público, como los bares, los restaurantes, los hoteles, las discotecas, las salas de fiestas, etc. En cualquiera de sus posibles manifestaciones o variantes. En apoyo a este argumento, la Sentencia TS 532/1998: *“frente a los lugares donde ese desarrolla la vida privada e íntima, se ha establecido la excepción de los lugares que sean tabernas, casas de comida, posadas y fondas, de las que solo reputarán como domicilio de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas, que se hallen a su frente y habiten allí en la parte del edificio destinada a tal efecto.”* con respecto a las discotecas, la sentencia del Tribunal Supremo 627/1997 indica que *“el principio que informa a la inviolabilidad de la morada se deriva exclusivamente del hecho que los lugares públicos no amparan la intimidad que protege el domicilio, y quienes se encuentren en ellos no tienen una pretensión de privacidad, que el lugar no les puede proporcionar.”*

Tampoco se ha estimado que existe domicilio en la habitación o estancia ajena a un bar o restaurante, o en su cocina incluso aun cuando en ella se pernoctara alguna persona más o menos accidentalmente. La sentencia 226/1998 en lo pertinente afirma: *“aunque el concepto de domicilio sea constitucionalmente más amplio que el concepto jurídico privado o administrativo (...) ha de llegarse al concepto de domicilio inviolable únicamente cuando se trate de un espacio en el cual la persona viva sin estar sujeta necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo ahí su libertad más íntima.”*³⁵⁰

³⁴⁹ CLIMENT DURÁN, Carlos. “La Prueba penal”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Pág. 807

³⁵⁰ Ibídem. Pág. 809

iii) Despachos oficiales: no tienen la condición de domicilio, por no concurrir la idea de intimidad o privacidad que le es propio. Así, *“en lo referente al registro practicado en el despacho del mismo acusado, con independencia de su resultado, ha de ponerse de manifiesto, especialmente, que se trataba de un despacho oficial, ubicado en el Gobierno Civil de la Coruña, por lo que no parece jurídicamente aceptable extender al mismo la protección constitucional dispensada al domicilio de las personas, en cuanto ámbito propio de la intimidad personal y familiar de los ciudadanos.”*³⁵¹

La importancia de resaltar las excepciones a la morada, radica en que la garantía de la inviolabilidad de la morada no opera en estos supuestos y no se necesita orden judicial y por tanto la policía se encuentra facultada para ingresar, siempre y cuando se observen los parámetros desarrollados anteriormente como por ejemplo que sean horas hábiles.

4.3.2. Protección constitucional y legal

a) Protección constitucional

La Constitución de la República, como norma superior garante de los derechos fundamentales de la persona ha consagrado en su Art. 20 Cn.,³⁵² la protección de la morada, mediante la inviolabilidad del domicilio.

Como se aprecia, la Carta Magna consagra la inviolabilidad de la morada, y a su vez establece las circunstancias que habilitan el ingreso a ella: mandato judicial, consentimiento del morador, y flagrancia, la cual ha evolucionado al desarrollar una

³⁵¹ Ibidem. Pág 811

³⁵² Art. 20. La morada es inviolable, y solo podrá ingresarse a ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas.
La violación de este derecho dará lugar a reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

situación preventiva (peligro inminente de su perpetración), y otra humanitaria (grave riesgo de las personas).

El celo del constituyente en proteger la morada, se ha entendido por nuestra Sala de lo Constitucional como una necesidad: *“a fin de garantizar el ámbito de privacidad que ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige, y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública.”*³⁵³

Por otro lado, el inciso segundo representa una novedad en cuanto a la historia³⁵⁴ constitucional de este derecho, pues en ninguna de las Constituciones que han regido a nuestro país se aprecia la figura de la indemnización.

No obstante, dicha posibilidad de reclamo es, al menos hasta el día de hoy, letra muerta, pues no existe ninguna ley que desarrolle el procedimiento de indemnización.

b) Protección Legal

La inviolabilidad de la morada constituye un auténtico derecho fundamental, cuya protección es de suma importancia, por lo que no basta los lineamientos fundamentales de la Constitución, siendo necesaria un desarrollo de esa garantía en la ley secundaria. El Código Penal señala varias conductas. Entre las principales tenemos:

Allanamiento de morada.

Art. 188. El particular que, sin habitar en ella, se introdujere en morada ajena o en sus dependencias, sin el consentimiento de quien la habitare, de manera clandestina o con engaño, o permaneciere en la misma contra la voluntad del morador,

³⁵³ Sentencia Ref.388-99 Hábeas Corpus Sala de lo constitucional del 31 de enero de 2000.

³⁵⁴ Cfr. Cap. I 1.4.4.

pese a la intimación a que la abandonare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa.

Si la introducción o permanencia se hiciera con violencia en las personas, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa.

Como una consecuencia lógica y necesaria del derecho a la intimidad, surge la libertad de cada persona de elegir, a la hora de decidir a que personas concede acceso al lugar concreto donde desarrolla los aspectos más íntimos de su vida, y también, para excluir de ese ámbito a las personas no deseadas. En este tipo el sujeto activo es la persona que no habita en la morada afectada, y sujeto pasivo es la persona o personas que viven en la morada afectada.

Tanto en el tipo básico del inciso primero, como en el tipo agravado del inciso segundo, la conducta típica es doble, existiendo una conducta típica activa, consistente en introducirse, y otra omisiva, consistente en permanecer.

Por introducirse se entiende el comportamiento en el que la persona del sujeto activo, entra completamente en la morada ajena o en sus dependencias. Esta introducción, para que sea típica debe ser realizada: a) sin el consentimiento del titular de la casa, b) de manera clandestina, pues la clandestinidad de la introducción pone de manifiesto la voluntad del allanador de no someterse a la voluntad del morador, y obliga, necesariamente, a concluir la existencia de una voluntad, cuando menos presunta de oposición por este a la conducta del sujeto activo, o c) con engaño, supuesto éste en el que la utilización por el sujeto activo de este medio igualmente justifica la irrelevancia del consentimiento del morador, y de otro lado, la existencia de una voluntad presunta en contra de esa introducción.

Por permanecer debe entenderse un comportamiento que, partiendo de una presencia lícita en la morada ajena o en sus dependencias, se torna delictuosa cuando el morador manifiesta su voluntad contraria a la presencia del sujeto activo, voluntad en este caso ya solamente expresa, pues debe manifestarse en una intimación directa

realizada al sujeto activo para que abandone el lugar, desoyendo el allanador esa decisión del titular de la morada.³⁵⁵

En todo caso, el punto central del delito lo constituye el concepto de morada, la cual debe ser ajena al agente comisor del delito.

Allanamiento de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público.

Art. 189.- El que ingresare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el lugar reservado de trabajo de una persona o en establecimiento o local abierto al público fuera de las horas de apertura, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa.

Si el ingreso o permanencia se hiciere con violencia en las personas, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa.

El objeto de protección en este caso es la intimidad de la persona que la desarrolla, no en su morada, sino en el lugar donde lleva a cabo su actividad y emplea su mente. A partir de esta consideración, ha de entenderse que el libre desarrollo de la personalidad no se produce únicamente en el ámbito cotidiano del reposo, el descanso o la alimentación, sino también donde se aplican las potencias de la mente humana, pues en el trabajo de las personas también existe el derecho a limitar a las personas con acceso al lugar donde se desarrolla.

Así, nuestra legislación entiende que en la expresión “lugares reservados de trabajo” deben entenderse comprendidos todos los espacios a los que no tengan acceso personas indiferenciadas y en los que se desarrollen actividades laborales en sentido amplio, sean por cuenta ajena, por cuenta propia, o integrantes de profesiones liberales, pudiendo ser oficinas, despachos, consultorios, entre otros. En cambio, en el concepto de “establecimiento o local abierto al público” han de incluirse los lugares,

³⁵⁵ RUEDA GARCÍA, Francisco. “Código Penal de El Salvador Comentado.” Editorial UCA.

físicamente delimitados, a los que tengan acceso personas indeterminadas, sin previas características o requisitos, siendo los supuestos más frecuentes las tiendas, restaurantes, y otros lugares donde se realicen actividades de venta o suministro.

Doctrinariamente dada la naturaleza de este delito debe contarse con otro elemento, cual es que en su comisión, respecto de los locales o establecimientos abiertos al público, exige que la conducta típica se realice fuera de las horas de apertura, por lo que será necesario constatar la existencia de tal horario, con especial relevancia sobre el dolo del sujeto activo.

Finalmente, podemos afirmar que la tutela de la garantía de inviolabilidad del domicilio la refuerzan los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además debe relacionarse esta garantía constitucional con la del debido proceso en materia penal.

4.3.3. Excepción a la inviolabilidad del domicilio

Como ya se planteó, los derechos fundamentales no son absolutos.³⁵⁶ En la actualidad en gran parte de los ordenamientos modernos, se plantea para los jueces la disyuntiva entre la búsqueda de la verdad y la necesaria protección de los derechos y garantías fundamentales que, según nuestra Constitución deben aplicarse por igual a nacionales y extranjeros. Este aparente conflicto ha encontrado diferentes interpretaciones dependiendo de la orientación menos o más garantista del sistema que rija en un determinado Estado.

San Salvador, 1999. Pág. 461 y siguientes.

³⁵⁶ Cfr. Cáp. II 2.6.2.

En efecto, en un Estado autoritario, el sistema represivo y su policía, por lo general dan muestras de una gran eficiencia a costa de los derechos de sus ciudadanos. El problema es que una vez terminado con los "delincuentes" esos sistemas continúan su "efectivo" trabajo contra todos aquellos que fueren considerados enemigos del Estado.³⁵⁷

En contraposición a esos regímenes, y con mayor fuerza en Europa, después de la segunda guerra mundial, se dio un fortalecimiento de lo que se conoció como "Bill of Right", como una reacción a los excesos cometidos se establecieron una serie de límites a la actividad del Estado para aquellas acciones que fueran en perjuicio de los ciudadanos. Estas prohibiciones se elevaron a rango constitucional en la mayoría de los Estados democráticos. Entre éstas tenemos, la que establece que el domicilio de las personas es inviolable, lo cual implica que a todos los ciudadanos se les reconoce una esfera de privacidad.

Sin embargo, esta garantía que consagra nuestra Constitución en el Art. 20, no es ilimitada, sino por el contrario se permite que ceda frente a los más altos intereses de la colectividad en determinadas situaciones. Así por ejemplo, dicha norma establece los casos de excepción cuando ordena que *"solo podrá ingresarse a ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas"*.

El precepto constitucional en comento, conduce a entender que también dentro de la política criminal del Estado, la policía no puede estar atada en ningún momento, para mantener el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública,

³⁵⁷ En estos ordenamientos la policía por lo general tiene una amplia esfera de atribuciones. Pueden detener por largos períodos a los sospechosos e interrogarlos sin mayor límite, utilizan incluso métodos coercitivos que les permiten obtener su confesión. Como parte de sus atribuciones se les faculta para ingresar y allanar las viviendas sin previa orden judicial, basta la sospecha para que puedan proceder al registro y decomiso de cualquier tipo de evidencia, y las pruebas son presentadas y admitidas por los Tribunales del Estado y con éstas se condena a todos aquellos que eran considerados sus enemigos.

como lo señala el artículo 168 número 17 de la Constitución, por tanto tienen que iniciar cierto tipo de investigaciones y específicamente cuando se está frente a un peligro inminente o por grave riesgo de las personas.

Así se ha resuelto por la jurisprudencia nacional: *“(...) ya que se trataba de un artefacto explosivo. (...) Por consiguiente si se analiza desde el punto de vista constitucional lo que plantea el artículo 193 numeral 3° parte final, que dice conforme a la ley, y la ley en este caso está siendo desarrollada por el Código Procesal Penal donde está dando espacio para que la policía pueda hacer este tipo de actos.”*³⁵⁸

4.3.4. Tramitación y contenido de la orden de Registro.

a) Especificación de la resolución judicial

El Art. 173 Pr. Pn. en su inciso segundo plantea una situación particular. Dicho Artículo dice que: *“Si el juez accede a lo solicitado, libraré por escrito, la orden de registro expresando el lugar, en que la diligencia habrá de practicarse, el tiempo durante el cual la orden estará vigente y los objetos que se buscan. (...)”*

Con ello, lo que se pretende es definir la actuación del juez autorizante del registro. De esa manera, el juzgador tiene la obligación de proveer una resolución en la que se especifique los objetos relacionados, el lugar de la práctica de la diligencia, que será, obviamente, la morada de la que se sospeche, y las horas de duración de la diligencia que, deberá ser un lapso prudencial, necesario y suficiente.

Este artículo guarda íntima conexión con el Art. 176, que faculta que *“los registros y allanamientos se podrán practicar las 24 horas del día, con orden judicial.”* Lo cual es una reforma a la ley procesal penal del país, pues anteriormente sólo podría practicarse en determinadas horas,³⁵⁹ pero debido a los juicios paralelos de la prensa,

³⁵⁸ Sentencia del 04/11/99, TS. Mejicanos, en lineamiento jurisprudenciales www.csj.gov.sv

³⁵⁹ El Art. 176 Pr. Pn., en su redacción original estipulaba: *“Los registros, con o sin allanamiento se practicarán entre las seis y las dieciocho horas. Excepcionalmente podrán*

la ineficacia policial, y la complejidad con que se manifestaban ciertas expresiones del crimen organizado, se reformó, concediendo a la policía facultades más amplias.

b) Motivación y fundamentación de la orden judicial

Una decisión que afecta cualquier derecho o garantía fundamental debe ser motivada, en este caso la orden de registro debe ser motivada o sea razonada, pues por motivación lo que se requiere es que aún de manera sucinta se citen las circunstancias de hecho y la interpretación normativa de adecuación al derecho; la carencia de la motivación de la resolución generaría un allanamiento ilegal por la fundamentación, afectando el material probatorio.³⁶⁰

La autorización judicial es imperativa, pues el juez se convierte de hecho en garante del cumplimiento de las exigencias de orden constitucional, precisamente para evitar cualquier exceso o perturbación que afecte la esfera de la intimidad que tutela la norma constitucional para cualquier persona.

Aunque el tema de la motivación ya se estudió con suficiencia, es interesante el planteamiento que hace Climent Durán³⁶¹ sobre la misma. Dicho autor aborda este punto desde una clasificación entre una motivación subjetiva, centrada en la valoración judicial sobre la procedencia de autorizar el registro, y una motivación objetiva, referida al modo de exponer en la resolución judicial cuáles son las razones que fundamentan la autorización judicial.

practicarse registros, cuando el juez lo autorice expresamente por resolución motivada, debiendo en este caso estar presente el mismo.”

³⁶⁰ Cfr. Cap. III 3.3.2. y Cap. IV 4.2.5 ii)

³⁶¹ Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos. “La Prueba penal”. Pág. 817

i) Motivación subjetiva (aspecto valorativo):³⁶² La formación del juicio judicial sobre la procedencia del registro domiciliario comprende dos aspectos, un *juicio fáctico*, referido a la apreciación de la entidad de los indicios que hacen aconsejable el registro domiciliario, y la subsiguiente formación de una sospecha judicial que confirma la conveniencia de realizar tal registro; y un *juicio jurídico* centrado en la ulterior ponderación judicial de los intereses confrontados y que son el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por un lado, y el interés social en el descubrimiento del delito investigado, por otro lado. Si la resolución judicial se decanta por dar preferencia al interés social frente al individual, lo procedente será acceder al registro domiciliario.

Dentro del juicio fáctico se incluyen la *sospecha judicial*,³⁶³ que es la conclusión a la que llega el Juez de Instrucción tras analizar los indicios existentes acerca de que en el interior de un determinado domicilio se halla el presunto autor de un delito o algún objeto relacionado con el mismo.

Además, el juicio fáctico ha de alimentarse de los *indicios concretos*³⁶⁴ que permitan obtener datos o indicios acerca de que en un determinado domicilio sea necesario un registro. Estos indicios han de tener un carácter objetivo, o sea, han de estar basados en datos suministrados por una determinada investigación, que se ponen en conocimiento del Juez de Paz para que éste decida. No son admisibles meras referencias genéricas, vagas o inconcretas.

Por otro lado, la motivación subjetiva ha de incluir un *juicio jurídico*, el cual velará por la procedencia o improcedencia del registro domiciliario, y que supone una ponderación racional de los intereses en conflicto, y que son el derecho a la

³⁶² Ibídem. Pág. 820

³⁶³ Ibídem. Pág. 823

³⁶⁴ Ibídem. Pág. 827

inviolabilidad de la morada por un lado, y el interés social en descubrir en perseguir los delitos.³⁶⁵

c) Desarrollo del acto

i) Notificación del auto: El Art. 175 en su inciso primero establece la obligación de comunicar la decisión judicial: *“La orden de registro se notificará al que habite el lugar, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar. Al notificado se le invitará a presenciar el registro. Cuando no se encuentre a nadie ello se hará constar en el acta.”*

De su lectura podemos inferir las siguientes circunstancias: primero, que la notificación, se hará a quien habite en el lugar, por lo que a la policía le bastará, para los efectos legales, comunicar al habitante, sin necesidad que sea el legítimo propietario; segundo, que el allanamiento no se frustrará porque el domiciliado no se encuentre, solo es necesario que en la vivienda se encuentre un mayor de edad; tercero, el residente en la vivienda no tiene la obligación de presenciar el allanamiento, y por lo mismo, su renuencia a presenciar el acto tampoco será condición de nulidad o invalidez del allanamiento; y cuarto, aún, si en la morada no hubiera residente alguno, el allanamiento será válido.³⁶⁶

ii) Empleo de la fuerza: ¿Es posible usar la fuerza para la practica del allanamiento? Este es un punto que la ley no ha previsto expresamente. Sin embargo, puede inferirse que sí es legítimo el uso de la fuerza, a partir de la interpretación sistemática de los Artículos 166 en concordancia con el 85 y el 126, todos Pr. Pn.³⁶⁷

³⁶⁵ Esto es lo que ya hemos delimitado en el acápite juicio de proporcionalidad. Cfr. Cap. 2.7.2

³⁶⁶ Lo que implica, en una posición crítica, indefensión del imputado, pues cabe la posibilidad que el registro sea efectuado únicamente por los agentes policiales, sin presencia del morador, del fiscal, o del juez autorizante; lo cual genera un amplio campo de acción para la policía, y abre la posibilidad a la comisión de fraude procesal.

³⁶⁷ *Poder Coercitivo*

Dichas disposiciones establecen la facultad que tienen los jueces, fiscales, y policías, como representantes del Estado, y por tanto, ejecutores del “*ius puniendi*” de emplear la fuerza o cualquier otro medio de coerción para el logro de sus fines.

iii) Pruebas de delitos distintos: Cuando en ocasión de realizarse un registro domiciliario se hallan objetos o efectos que denotan la perpetración de un delito distinto de aquel que motivó originariamente el registro, quienes practican el registro están obligados a hacerlo constar en el acta, y a dar cuenta descubrimiento al juez autorizante. No es admisible la adopción de una posición de silencio o de ignorancia, porque esto iría contra la esencia misma de la actuación policial.

Además, el Art. 173 inciso segundo Pr. Pn. en su parte final, contempla esta situación: “(...) *Si en la práctica de la diligencia se encontraren efectos concernientes a acciones delictivas distintas a la que se investiga, la policía deberá incautarlos y entregarlos al juzgado que libró la orden de registro, junto con un informe pormenorizado de su actuación.*”³⁶⁸

Art. 85. En el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios y empleados públicos, citar a testigos y, antes del requerimiento fiscal, ordenar la detención administrativa, cumpliendo estrictamente con las formalidades y plazos previstos en la Constitución de la República y demás leyes. Para esos efectos, podrán requerir la intervención de la policía y disponer de todas las medidas que consideren necesarias.

Poder Coercitivo

Art. 126. En el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen.

Facultades Coercitivas

Art. 166. Para realizar la inspección, la Policía o la Fiscalía General de la República, podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra.

4.3.5. Consentimiento del morador

Según el Art. 20 Cn. el consentimiento del ocupante de la vivienda es una de las causas, junto con la autorización judicial, y el delito en flagrancia, que legitiman la realización de un registro domiciliario.

a) Aspectos generales sobre el consentimiento

Por consentimiento ha de entenderse el "acuerdo de dos voluntades", y por tanto supone la existencia de dos sujetos cuyas voluntades coinciden sobre un mismo objeto, expresa o tácitamente y simultánea o sucesivamente. El consentimiento es un acto jurídico y, como tal, ha de reunir unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para que pueda producir los efectos previstos.³⁶⁹ Los requisitos esenciales del consentimiento son: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y de la causa y forma suficiente.

Tales criterios se aplican indistintamente al consentimiento eficaz en el ámbito jurídico civil y en el penal, con base en la unidad fundamental del ordenamiento jurídico, la dependencia de las ramas del ordenamiento respecto del derecho civil, y la concepción de la antijuridicidad como oposición de una conducta al ordenamiento en general, lo que determina que una conducta justificada lo sea también desde la perspectiva de todo el ordenamiento.

i) Capacidad: Es la aptitud de las personas para realizar actos con trascendencia jurídica. El Código Civil establece que en los actos relativos a derechos de la personalidad, el menor puede actuar por sí mismo de acuerdo con su condiciones de madurez. En los casos de incapacidad para prestar un consentimiento con conocimiento y

³⁶⁸ Cfr. Cap. III 3.4.10 lit. b) y Sentencia P0103-40-00 voto razonado.

³⁶⁹ PAREJO PABLOS, Pilar. "Requisitos y Significado del Consentimiento en la Esfera Penal". En CDGJ Madrid 1999, en CD S/P

voluntad suficientes, debe considerarse válido el consentimiento prestado por el representante legal del menor o incapaz, a menos que la ley lo excluya expresamente. Debe presumirse la capacidad en los mayores de dieciocho años. La capacidad termina con la vida.

ii) Titularidad: El que consiente ha de ser titular del bien jurídico o derecho del que dispone con su acto. Ello implica que la doctrina y la ley han de establecer quien es el titular de la morada.

iii) Libertad: El consentimiento supone la consecuencia de dos libres voluntades sobre un mismo objeto. No habrá libertad cuando el consentimiento se haya prestado por alguno de los vicios de la voluntad a los que se refiere el Código Civil.³⁷⁰

iv) Objeto: Es el bien, derecho o interés protegido por la norma, del que aparece como titular y sobre el cual tiene poder de disposición el sujeto pasivo. Los bienes tienen que ser de naturaleza disponible por su titular para que el consentimiento resulte eficaz.

v) Causa: Es el fin o motivo de un acto, aquello que se quiere conseguir con la realización del acto y que resulta ajeno al acto en sí mismo. Su transcendencia es diversa en los diversos supuestos.

vi) Forma: El consentimiento ha de manifestarse externamente, siendo indiferente la forma, siempre que aquél pueda ser conocido por los demás y que la voluntad manifestada coincida con la voluntad interna del sujeto. En principio, ha de ser expreso, escrito o de palabra.³⁷¹

En conclusión, el consentimiento supone la conformidad del sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido, en determinadas condiciones, con la acción por parte del sujeto activo de una conducta que objetivamente sin tal conformidad constituiría delito.³⁷²

³⁷⁰ Cfr. Cap. 4 4.3.5. c)

³⁷¹ GROSSO DE LA HERRÁN, Manuel C. "El Consentimiento".

³⁷² Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos. "La Prueba penal". Op. cit. Pág. 851, en donde ofrece su concepto del consentimiento: *se entenderá que presta su consentimiento, quien requerido*

b) Sujeto autorizante

Se ha de partir de la presunción de que toda persona que se halla legítimamente dentro de un determinado domicilio, con independencia de cual sea la concreta razón por la que está allí, por lo que será esa persona la que habrá de autorizar la entrada. Si se trata de un grupo familiar, serán quienes lo rijan (el padre y la madre) los que habrán de autorizar la entrada y el registro.

En definitiva, la persona legitimada para autorizar el registro domiciliario es el titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, que no necesariamente es el dueño del recinto o edificación en que materialmente radica el domicilio.

c) Vicios del consentimiento

En la tradición civilista se considera como vicios del consentimiento el error, la fuerza, o el dolo. Entendiéndose por el primero, la confusión que se da en la conciencia del titular del bien jurídico tutelado sobre su voluntad al respecto de la afectación de uno de sus derechos. Por otro lado, la fuerza implica la coacción física o psicológica que sufre el titular para asentir a la afectación de su derecho. Y finalmente, el dolo conlleva imbita la intención de un tercero, de provocar un engaño en la voluntad del titular del derecho afectado, logrando así, el consentimiento del mismo.

Climent Durán, en su obra citada coincide con nuestro planteamiento, señalando que: *“el consentimiento del morador de la vivienda a registrar, como cualquier otra forma de manifestación de voluntad, puede resultar viciado por la concurrencia de un error, de una coacción o de un acto de violencia.”*³⁷³ Añade que

por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que pueda tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el Art. 6 de la Consitución.

³⁷³ Ibídem. Pág.855

como es el morador quien afirma la existencia de un vicio en su consentimiento, a éste incumbirá la carga de probar su realidad.³⁷⁴

El error que hemos localizado en cuanto al vicio del consentimiento del morador en el proceso penal gira en torno a la supuesta legitimidad con que cree actuar la policía, que en la mayoría de los casos (búsqueda de drogas) solicita al interesado permiso para registrar la morada, dándose otro fraude de etiquetas al atribuirse competencias que no le corresponden, siendo constitucionalmente el único facultado el órgano jurisdiccional Art. 20, 172 cn.

Permitir que el consentimiento sustituya a la orden judicial como medio de ingreso a la morada (señala el Tribunal Tercero de Sentencia), por parte de la autoridad judicial entendemos que la consecuencia sería volver dúctil, frágil e inoperante la garantía que establece la inviolabilidad del domicilio, porque su contenido esencial protector quedaría sensiblemente reducido. Que necesidad habría entonces de avocarse a solicitar una orden de registro al juez, si el policía estaría siempre facultado para llegar ante el morador como agentes de autoridad en un acto de poder y solicitar su permiso para ingresar a la morada; el resultado de proceder será el propalar allanamientos sin orden de juez sustituyéndolo por el consentimiento del morador; ello sería conducir a la garantía de la inviolabilidad de la morada a una abstracción lírica de buenas intenciones que ya no estaría sujeta al control del juez, sino del poder policial y a ello nos oponemos (...) lo primero que debemos examinar es que el consentimiento no es un acto enteramente objetivo, es decir aséptico de la realidad en la cual se presta por el ciudadano, en este caso ante la autoridad policial que lo ha requerido. Así

³⁷⁴ CLIMENT DURAN, Carlos. Op. cit. Pág. 854

el consentimiento del morador debe meritarse de acuerdo a las circunstancias particulares en la que es prestado".³⁷⁵

El consentimiento prestado a la policía en la investigación de hechos delictivos, por regla general diremos que se encuentra viciado, ya que la policía por representa un organismo de poder, y como bien lo ha señalado Julio B. Maier "La sola presencia de órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal implica, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado, o al menos otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y por lo demás, le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se reflejarán al juzgar el acto o son fáciles de ocultar al documentarlo (...) Es por todo ello que la Constitución contiene, al lado del Derecho de Intimidad, como posibilidad de exclusión de terceros de ciertos ámbitos privados, una garantía frente al poder estatal, que reside en prohibir la injerencia de los órganos del Estado, por regla general, y solo permitirla en los casos y bajo la observancia estricta de las formalidades que la ley prevé al reglamentar racionalmente la garantía".³⁷⁶

4.3.6. Flagrancia

Si el consentimiento del titular es un supuesto que aparentemente no presenta grandes dificultades, sin duda el tema de la flagrancia ha dado lugar a ríos de tinta y por ello merece un tratamiento más detenido. Resulta imposible abordar el tema sin hacer referencia a su concepto, lo que facilitará el abordaje más detenidamente, y arribar así a la gran polémica, que se percibe en torno a la existencia de la flagrancia

³⁷⁵ Sentencia 34-02-2ª Tribunal tercero de Sentencia de san Salvador, del 16 de mayo de 2002 Cfr. Anexo N° Cfr. Anexo N° 4

³⁷⁶ Maier Cit. Por Sentencia P0901-26-200, Tribunal de Sentencia Chalatenango del día 23 de abril del año 2001. III. Análisis de la prueba incorporada a la Vista Pública conforme a las reglas de la sana crítica y determinación precisa y circunstanciada del hecho acreditado: N° 1 Cfr. Anexo Cfr. Anexo N° 9

en los delitos permanentes como el de posesión y tenencia de droga, en la que no existe unidad de criterio por parte de nuestros juzgadores.

a) Concepto

"El término flagrante, en correspondencia con su origen etimológico, significa en sentido técnico-jurídico que un delito lo sea cuando se cometa públicamente y ante testigos, siendo así un delito flagrante el que encierra en sí las pruebas de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción personal directa del hecho delictivo, de manera que la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria".³⁷⁷

En ese sentido la flagrancia es un regulativo de carácter procesal, que sirve como mecanismo legítimo para la restricción de algunos de los derechos fundamentales, y que solo procede de cuando por la evidente constatación de una conducta con apariencia criminal, apreciado in situ, por el que la percibe, quien por su vinculación directa e inmediata con ese hecho puede proceder a restringir un derecho primario del perpetrador de la conducta, sin esperar mandato judicial para ello.³⁷⁸

b) Requisitos

El concepto de la flagrancia queda delimitado por tres requisitos: inmediatez temporal, inmediatez personal entre sujeto y objeto o instrumentos del delito y la necesidad urgente.

No obstante, en la actualidad, el Tribunal Supremo español define la flagrancia en torno a dos conceptos esenciales: a) la percepción personal por parte de los

³⁷⁷ STS de 15 de noviembre de 1995. Cit. por CLIMENT DURAN, Carlos. "La prueba Penal" Op. Cit. Pág. 858

³⁷⁸ Sentencia 34-02-2a Tribunal tercero de Sentencia de san Salvador, del 16 de mayo de 2002 Cfr. Anexo N° 4

agentes de la autoridad, y b) la necesaria intervención en orden a evitar el agotamiento del delito, la desaparición de los efectos o instrumentos o para evitar la fuga de los autores.

Por lo que respecta a la percepción personal, conviene indicar que la jurisprudencia española admite por cualquier medio sensorial y si bien el mas común será lógicamente el de la vista³⁷⁹ no es el único, y así se admite la entrada de los agentes que oyeron a través de la puerta que se encontraba abierta, una conversación que se mantenía en relación a la comercialización de drogas.

Otro aspecto a significar, es la absoluta necesidad de que la percepción sea protagonizada por los agentes que procedan a materializar la entrada y registro, haciendo inviable cualquiera que se practique mediante llamadas de terceros, normalmente vecinos anónimos. Dicho de otra forma que ni los indicios ni el relato de un tercero son fuentes válidas a efectos de la flagrancia, exigiéndose una percepción personal. Por último, y en relación con esta materia conviene igualmente destacar, que la percepción ha de recaer necesariamente sobre la persona titular del domicilio y no sobre un tercero.³⁸⁰

En análogo sentido a resuelto El Tribunal Tercero de Sentencia "lo que legitima la flagrancia y enerva en ese momento la actividad jurisdiccional, es la evidente percepción del hecho, por la persona que restringirá el derecho fundamental. Sólo en este caso, de percepción palmaria e inmediata del suceso criminal, se permite al policía que valore los hechos para decidir si allana la morada, incluso sin

³⁷⁹ STS 4 de febrero de 1994, 31 de enero de 1995, 15 de noviembre de 1995.

³⁸⁰ Hasta el punto que en la STS de 28 de diciembre de 1994 se niega virtualidad a la entrada practicada a raíz de que los policías se percatan de cómo un tercero arroja unas papelines de heroína al interior de una vivienda, sentencia en la que se afirma que las actividades llevadas a cabo en la vivienda están desconectadas de la situación de flagrancia previa "en la que el que vio invadidos sus derechos hubiere sido sorprendido y directamente percibido en la ejecución actual o inmediatamente precedente de una acción delictiva, por lo que no

consentimiento del morador y obviamente sin orden del juez, puesto que lo urgente de la situación hace que sea razonable la limitación de una garantía en esas circunstancias. *Pero el requisito esencial y no fungible es que el policía por el mismo, observe la manifestación de la conducta que el permitirá en ese caso excepcional, decidir si ingresa o no a la morada, por el contrario si a la policía le brindan información que el no puede constatar de manera inmediata y directa, de que se está cometiendo un delito, por que no puede percibir ese fenómeno, no le es dable en tal caso decidir valorativamente si ingresa a la morada (...)* Si se tratan de los policías que serán quienes restringirán el derecho fundamental, ello tiene que estar en inmediación temporal y personal directa e inmediata con el suceso flagrante. Sobre ello, en este caso particular.³⁸¹

De ahí que, hay un supuesto de habilitación para penetrar la morada misma, que es reconocido por la Constitución en el artículo 20 el cual se refiere al ámbito de la flagrancia, habilitando el allanamiento de morada aún sin orden judicial en caso de flagrante delito; tal es el caso, por ejemplo, secuestro, que es un delito permanente que se actualiza a cada momento su ejecución – consumación.

En flagrante delito, cuando éste es permanente, no hay problema de legalidad si el allanamiento es sin orden judicial. Pero es importante limitar el grado de conocimiento de la flagrancia, ello puede determinarse por la investigación previa cuando arroja suficientes elementos para sospechar de una manera objetiva la posible ejecución del delito, tal investigación y su documentación es un presupuesto necesario e indispensable para la validez de la invasión de la morada, contando con otro requisito imprescindible que es la dirección de la Fiscalía en la investigación; sólo bajo esos

concurría la excepción prevista para tales supuestos en el Art. 18.2 CE, que fue así vulnerado con la actuación policial descrita".

³⁸¹ Sentencia 34-02-2ª del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, del 16 de Mayo de 2002 fundamentación jurídica Rom. IV. Cfr. Anexo N° 4

parámetros de control para cada caso en particular podría estimarse si la situación de flagrancia puede legalizar un acto que no cuenta con autorización judicial, que también es regla constitucional.³⁸²

Lo anterior no se debe literalizar, ello llevaría a actos arbitrarios, no se debe perder de vista que quien posee la dirección funcional de la investigación es la F.G.R (Art. 193 Ord. 3 Cn.) por lo que en los casos de delitos permanentes se debe salvaguardar esta obligación constitucional. El problema se presenta en los delitos relativos a las drogas, ya que la jurisprudencia no es uniforme,³⁸³ como ya se ha observado anteriormente.

Para una parte de los jueces, en la en los delitos de Trafico, comercio y almacenamiento ilícito de droga, perfectamente puede ubicarse la persimibilidad a la policía en el Art. 177 N° 2 “*cuando se tenga conocimiento que dentro de una casa o local se esta cometiendo un delito*”, supuesto que reconoce la cuasi flagrancia negativa que presupone que aunque no haya ocurrido el delito en cuanto inicio de ejecución, este ya va perpetrarse de manera probable, ello para esta parte de los jueces, también habilita el registro.³⁸⁴

Para otros, “en los supuestos de tenencias de drogas o de delitos permanentes, que eran regulados en el anterior Art. 181 N°s 4° y 5° C. Pr. Pn. (derogado) en casos de drogas y de armas de guerra supuestos que por ser contrarios a la constitución y no adecuarse al concepto de flagrancia en sentido estricto, no fueron adoptados por la nueva normativa procesal penal (...) la idea de flagrancia, exige una inmediatez temporal y personal, pero sobre todo una necesidad urgente y grave de

³⁸² Sentencia del 12/II/99, T 3° S. San Salvador, Lineamientos jurisprudenciales CSJ. En www.csj.gov.sv

³⁸³ Cfr. Sentencias P1301/4-00 del Tribunal de Sentencia de San Vicente y 34-02-2a del Tribunal Tercero Sentencia de San Salvador, de 16 de mayo de 2002. Cfr. Anexos 11 y 4.

intervención, no se dan; puesto que la tenencia de drogas es un delito de peligro en abstracto y grave intervención, mediante el ingreso a la morada sin orden judicial”.³⁸⁵

4.3.7. Invalidez por inexistencia de resolución judicial

a) Nulidad radical

La policía está autorizada para proceder al allanamiento de morada sin previa orden cuando se esté en presencia de cualquiera de las cuatro causales que desarrolla el Art. 224 N° 6Pr. Pn. Sólo en estos supuestos es factible para un cuerpo policial prescindir de la orden de allanamiento. En consecuencia, cuando cualquier cuerpo policial incumpla o vaya más allá de sus atribuciones estaremos en presencia de un acto ilícito.

La ilegalidad del acto proviene no sólo de la vulneración de una norma de orden procesal o de una simple omisión de una formalidad, sino por el contrario, de un comportamiento que compromete el respeto del marco constitucional al vulnerar directamente lo que la Constitución ni tolera ni permite, que se proceda a la entrada y registro de una morada sin el previo control de legalidad del acto efectuado por el Juez competente.

Cuando esta situación acontece, el acto cuestionado debe ser declarado nulo porque la vulneración de una garantía constitucional acarrea de pleno derecho la nulidad del acto viciado por imperativo constitucional.

³⁸⁴ Sentencia 34-02-2a del Tribunal tercero de Sentencia de san Salvador, del 16 de mayo de 2002. Cfr. Anexo N° 4

³⁸⁵ Sentencia P1301/4-00 del Tribunal de Sentencia de San Vicente. Como apoyo el tribunal cita la Sentencia 341/93 del tribunal constitucional en ocasión de declarar inconstitucional la ley de Seguridad Ciudadana cuyos fundamentos en esencia son “La desnaturalización ampliatoria del delito flagrante que afecta no ya a su acreditada formulación legal, jurisprudencial y doctrinal sino además- lo que es más grave- al sentido con que la constitución contempla esta excepción a un derecho fundamental (...) la finalidad de esta excepción es evitar las dificultades que , a efectos de los requisitos de la flagrancia,

b) Insubsanabilidad

Debido a la naturaleza radical o de pleno derecho que afecta al registro domiciliario registrado sin haber obtenido una previa autorización judicial, no cabe subsanar o convalidar esta nulidad mediante la práctica de ninguna actividad probatoria.

Así pues, sólo pueden tomarse en consideración los medios probatorios que están desconectados, desde un punto de vista causal, con la diligencia del registro nulo: si con esos medios probatorios, ajenos al registro inválido, se logra probar lo mismo que se quería probar con el allanamiento, se habrá conseguido el fin probatorio inicialmente perseguido, aunque sin contar con el registro nulo.

c) Nulidad de las pruebas derivadas

Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la ilicitud o no de una prueba, tenemos la teoría de los frutos del árbol envenenado, que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive.³⁸⁶

De esta forma si se declara nulidad por violación a garantías constitucionales Art. 224 N° 6, se vuelve necesario excluir la prueba obtenida ilícitamente y las derivadas de esta, para el caso “la nulidad de la orden dictada por el juez primero de paz, de esta ciudad , por la cual ordena el registro y Allanamiento de las dos viviendas, genera por conexión, la nulidad de los actos derivados de la misma, es decir, todas aquellas actuaciones y evidencias que son derivadas de la orden de registro ilegal, por

presentan los delitos de tracto continuado, pero no es menos claro que el trafico de drogas es , además de un delito de peligro, y no de resultado. Cfr. Anexo N° 11

³⁸⁶ Cfr. Cap. 3.4.7.

lo tanto, habrán de declararse nula y excluirse como pruebas, o no valoradas como tales, pese a se admitidas y producidas como tales. Ellos son el registro del inmueble de los objetos decomisados, los análisis físicos químicos practicados como diligencias iniciales de investigación y peritajes practicados; así como las declaraciones de los testigos y peritos relacionados sobre tales puntos; ello como consecuencia del efecto relejo de las pruebas ilícitas o doctrina del fruto del árbol envenenado o venenoso.”³⁸⁷

4.3.8. Violaciones más frecuentes en el procedimiento

a) Ausencia de dirección funcional de la Fiscalía General de la República

La dirección funcional en la investigación del delito, es una de las obligaciones constitucionales encomendadas a la Fiscalía. Por lo que los allanamientos que sean practicados con orden judicial pero sin dirección funcional, serán, necesariamente ilícitos. En apoyo a esta tesis, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del país, ha dicho: *“la policía, en esta tarea de perseguir el delito no es una corporación autónoma, que responda a un organismo sin control, su actuación en el marco constitucional supedita la actividad policial a la dirección fiscal. (...) La policía no puede actuar al margen de la Fiscalía en la persecución del delito, excepción hecha únicamente por el delito flagrante, cuándo este verdaderamente sucede. (...) Existe infracción constitucional cuando la Policía Nacional Civil, no cumple con el mandato constitucional e infraconstitucional de la dirección funcional de la Fiscalía General de la República. (...) El órgano auxiliar está obligado a consultar al Fiscal General de la*

³⁸⁷ Sentencia P1301/4-00 del Tribunal de Sentencia de San Vicente, de 11 de febrero de 2000 Cfr. Anexo N° 11

*República, cualquier decisión que tenga relación con la detención, allanamiento o decomiso.*³⁸⁸

La ilegalidad de la “autonomía” que la Fiscalía tiene respecto de la policía, en la ejecución del allanamiento, ha sido advertida por el Tribunal de Sentencia de San Salvador, en la sentencia definitiva 34-02-2 A, que estableció: *“nada ha impedido (a la policía) para que pudiesen haberse provisto de órdenes de registro, pero ello no ha sucedido así, ni siquiera había concurrencia de la autoridad fiscal, no obstante la obligación constitucional de la policía de subordinar la persecución del delito a la dirección funcional del ministerio fiscal.*”³⁸⁹

b) Realización de allanamientos sin orden judicial

Los allanamientos realizados son, sin ninguna duda, un problema frecuentemente en nuestro sistema penal. Y en esto hay mucha responsabilidad en la policía, en su función de auxiliares de la fiscalía, que no es únicamente una falla del proceso penal, sino que esconde tras de sí, un problema criminológico que merece ser atendido: el problema del abuso de poder por los agentes represivos del delito. Es un hecho que la policía actúa, ocasionalmente, bajo sospechas fundadas, por lo que asume funciones que no son propias de ellos, como la de limitar derechos fundamentales en forma autónoma, sin control fiscal, y mucho menos autorización judicial.

Comprueba esta tesis, la reciente narración del caso de un homicidio cometido por la Policía Nacional Civil, matizado entre otras irregularidades, por la realización de un allanamiento ilegal. La autora dice: *“El sargento Martínez aseguraba que una orden*

³⁸⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. En CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. “Revista de Derecho Constitucional” N° 22, Tomo I. enero – marzo 1997. Pág. 79

de allanamiento y registro le daba la potestad para ingresar a la hacienda en la que sospechaba que se había parapetado Lara. (...) Se informó que nadie había girado orden de allanamiento y registro en la vivienda de Nelson.”³⁹⁰

c) Ausencia de motivación en la resolución habilitante

La falta de motivación también es un vicio frecuente en los allanamientos. Si bien los deleznable modelos impresos, que alguna vez existieron en la práctica forense, han desaparecido; aún persisten vigentes fórmulas estereotipadas, que expresan la motivación del juez en párrafos de cinco líneas.

Obviamente, en esta situación, si bien el allanamiento se efectúa con dirección funcional de la fiscalía, y con una resolución judicial aparentemente legal; si ésta carece de fundamentación, el allanamiento es igual de nulo, y así debe declararse.

Véase la Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador: “entrando a analizar la autorización emanada por la Jueza Decimoquinta de Paz, se determina sin mayor esfuerzo mental que carece de fundamento, al no expresar los motivos de hecho y de derecho en que ha basado su decisión para afectar el derecho fundamental consagrado en el Art. 20 de la Constitución. (...) la morada puede ser allanada mediante un mandato judicial, pero ésta no es cualquier autorización judicial dada por el juez, porque no por el solo hecho de ser Juez ya basta para limitar un derecho fundamental, se requiere que el juzgador exprese de manera clara y precisa, porqué ha llegado a la conclusión de limitar un derecho fundamental, porque de esa manera, esa decisión puede ser efectivamente controlada.”³⁹¹

³⁸⁹ Cit. por Sentencia 34-02-2 a, del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. Cfr. Anexo N° 4

³⁹⁰ ZAVALA, Claudia. “Operativo Homicidio: Poder que mata y encubre”. En El Diario de Hoy, revista VÉRTICE Año 5 número 265, de 1 de diciembre de 2002, Págs. 4-8.

³⁹¹ Sentencia P0103-40-00 Tribunal de Sentencia de San Salvador, Cfr. Anexo N° 3

4.3.9. Hallazgo ocasional como excepción

En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa, denominada de la "fuente independiente", según la cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque la prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución. La validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima, entendiendo entonces que debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

- Los derechos fundamentales son el pilar sobre el que se funda un Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que no deben ser meras declaraciones líricas, y deben proyectarse a un proceso penal más humano, en el que prime la justicia y no la búsqueda indiscriminada de la verdad. Por lo que en la limitabilidad de los derechos fundamentales debe observarse el principio de proporcionalidad basado en la prohibición de excesos, inspirado en el valor justicia y materializado en la existencia de indicios fuertes, que son los que en última instancia dan vigencia a la necesidad e idoneidad en el desarrollo de dicha medida.
- De las visitas realizadas a los tribunales de instrucción visualizamos claramente cierta indiferencia por parte de la mayoría de los jueces, siendo el único Tribunal el quinto de instrucción, en el que constatamos la declaración de nulidad absoluta por incorporación de prueba ilícita; En los tribunales de Sentencia de San Salvador, la situación es un poco distinta, ya que aplican (en un buen número de tribunales) la regla de exclusión cuando se ha constatado la violación del derecho a la intimidad en los dos ámbitos aquí estudiados; siendo los Tribunales Primero, Tercero y Sexto de Sentencia de San Salvador los más comprometidos en la legalidad de la prueba.
- Señalamos con casos puntuales el claro fraude de etiquetas que en las inspecciones corporales existe, siendo práctica constante por parte de la policía la realización de inspecciones personales bajo la etiqueta de registros o pesquisas corporales, sin estar legitimada la PNC constitucionalmente para ello.
- El tema de la prueba ilícita es poco explotado por nuestros juristas, y desconocida por gran parte de nuestros abogados, ya que son escasos los trabajos realizados hasta la fecha en nuestro país, por lo que señalamos un claro desconocimiento

sobre el tema, siendo en algunos casos el juez quien declara prueba ilícita sin haberla solicitado el defensor.

- La exigencia de motivación plasmada en el Art. 130 Pr. Pn, es requisito extrínseco para la limitabilidad de los derechos fundamentales, siendo una de las principales causas de violación al derecho a la intimidad, y por la que se declara prueba ilícita con mayor frecuencia en el proceso penal, siendo ésta y no la regla de exclusión la que en cierta forma genera impunidad.
- La falta de unidad de criterio jurisprudencial para unificar el concepto de flagrancia reconocida en el Art. 177 Pr. Pn, como excepciona al allanamiento sin orden judicial, ha provocado en los delitos permanentes como el relativo a la tenencia y posesión de droga, registros y allanamientos ilegales por parte de la policía, creyendo estos, estar amparados en la ley, siendo la principal causa la falta de voluntad por parte de los jueces, al aplicar tácitamente disposiciones obsoletas y ya derogadas como el Art.181 N°s 4° y 5° del C. Pr, Pn. Derogado. Que a la luz de la nueva dogmática procesal penal resultan inconstitucionales.
- Observamos una clara apatía en cuanto a la regla de exclusión, aun en los tribunales que con valentía y comprometidos con la Constitución la han aplicado. De no ser por concurrir otros vicios como la violación de la cadena de custodia y del derecho a no declarar contra sí mismo, o ausencia de dirección funcional de la F. G. R., creemos que en la mayoría de los casos y sentencias estudiadas no hubiera sido posible declarar la nulidad y exclusión de dichas pruebas. por ello, concluimos que aún existe un arduo sendero por recorrer en el respeto del derecho a la intimidad, que como derecho fundamental, exige la sola presencia del vicio procesal para declarar la ilicitud de la información así obtenida.
- Dada la insuficiencia del estudio del derecho a la intimidad en nuestro país nos vimos obligados a recopilar jurisprudencia en su mayoría internacional. Notará el lector la gran influencia de la jurisprudencia española en este trabajo y es por que

ciertamente se ha avanzado bastante en este país europeo, tanto en el derecho a la intimidad, como de la prueba ilícita. Jurisprudencia que es reconocida y citada con frecuencia por la gran mayoría de Tribunales de Sentencia de nuestro país.

2. RECOMENDACIONES

- El derecho a la intimidad en cualquiera de sus expresiones, creemos que se le debe dar mayor protección no legal sino jurisprudencial, ya que es esta la que unifica criterios en los tribunales de nuestro país. Si el derecho a la intimidad permite el desarrollo de la personalidad, no debe ser un objetivo relegado a un segundo plano, como sucede en gran parte de nuestros tribunales, siendo la búsqueda de la verdad el principal objetivo a ultranza, y no el respeto de los derechos fundamentales.
- Es necesario que la Corte Suprema de Justicia en pleno, principalmente a través de la Sala de lo Constitucional o Sala de lo Penal, según el caso, emita lineamientos jurisprudenciales para unificar criterios en cuanto a la flagrancia; relativos a que se entenderá, procedencia, tiempo etc. para erradicar de una vez prácticas obsoletas y contrarias a un Estado de Derecho.
- Si el problema se encuentra en mal procedimiento por parte de la policía, es necesario una mayor fundamentación jurídica, pero no generar impunidad por su ineptitud, Esta preparación debe darse en la cuna de su aprendizaje, por lo que la Academia Nacional de Seguridad Pública es la más idónea en estos casos, enfatizándose en los puntos relativos a la competencia y facultades que constitucional y legalmente poseen en la investigación del delito.
- Recomendamos a nuestros tribunales positivizar los delitos relativos a los derechos y garantías fundamentales, mecanismo de presión que servirá para sanear la institucionalidad de la Policía Nacional Civil, sanciones que permitirán un mayor respeto al derecho a la intimidad.

- Son necesarios más jueces comprometidos con la constitución, que respeten su juramento de cumplirla y hacerla cumplir reconocido en el Art. 335 Cn.
- La coordinación en la investigación del delito es fundamental, por lo que es indispensable la eficaz dirección funcional de la fiscalía para que la policía no caiga en vicios de procedimiento, que con mayor frecuencia sucede en los registros y allanamientos ilegales.
- La Jurisprudencia del tribunal Constitucional Español, nos ha demostrado que la única forma de velar por el fiel cumplimiento de la constitución, es que la última instancia constitucional se comprometa a velar por las garantías constitucionales, por lo que no observamos ningún obstáculo en solicitar amparo ante la Sala de lo Constitucional por violación del derecho a la intimidad en cualquiera de sus ámbitos,
- La práctica indiscriminada de técnicas contrarias a la dignidad en los centros penitenciarios, al auscultar a una persona que ingresa a esta institución, sin autorización judicial para ello, nos lleva a recomendar un mayor control por parte de la Dirección de Centros General Penales; sin dejar de señalar además la clara inconstitucionalidad, por no estar legitimado el registrador para realizar un registro o requisita personal, facultad que constitucionalmente corresponde únicamente a la Policía Nacional Civil Art. 159 Inc. ult. y 193 Ord. 3° Cn.
- La falta de motivación de las sentencias (a tal grado en algunos casos de plasmar sus fundamentos en tres líneas) para la limitabilidad de un derecho constitucional, nos motiva a recomendar al Consejo Nacional de la Judicatura observar mayor cuidado en la formación jueces, para que sus sentencias sean lo más apegadas a derecho, fundamentadas fáctica y jurídicamente, ya que en la mayoría de los casos es difícil discernir un fundamento del otro dentro de la sentencia.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. “ Guía práctica de la prueba en el proceso penal” Ed. Práctica de Derecho. Valencia 1999.
- ARISTÓTELES. “La Política.” Traducción de Julián Marías. Ed. Juventud. Barcelona, 1989.
- ARRIETA GALLEGOS, Manuel. “El proceso penal en primera instancia.” Ed. Universitaria. San Salvador, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, Manuel “Protección del Honor y la Intimidad” En Comentarios a la legislación penal, Tomo I. Madrid, 1982.
- BARREIRO, Jorge Agustín. “El Allanamiento de Morada” Ed. Tecnos. Madrid, 1987.
- BARREIRO, Alberto Jorge, “La prueba Ilícita en el proceso penal” en Derecho penal. Volumen II, CDGJ. Plan territorial de Extremadura. Madrid 1992.
- BECCARIA, Cesare. “De los Delitos y de las Penas.” 2ª ed. aumentada y corregida. Ed. Temis. Bogotá, 1990.
- BERTRAND GALINDO, Francisco, et. al. “Manual de derecho constitucional salvadoreño.” Tomo II Ed. UCA. San Salvador, 1992.
- BINDER BARZZIZA, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal” Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1993.
- BREGLIA ARIAS, Omar. “El delito de violación de domicilio” Ed. Depalma. Buenos Aires, 1968.
- BURGOA, Ignacio. “Las Garantías Individuales”. 13ª. ed. Ed. Porrúa. México, 1980.

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “Derecho a la Intimidad”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Oral”, en II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal Fase A: Derecho Procesal. Ministerio de Justicia de El Salvador. San Salvador, 1992.
- CAFFERATA NORES, José I. “La prueba en el proceso penal.” Ed. Depalma, Buenos Aires 1998.
- CARRIÓ, Alejandro D. “El enjuiciamiento penal en Argentina y en los Estados Unidos”. Ed. Lerner. Buenos Aires, 1986.
- CARRIO, Alejandro D. “Justicia Criminal”. Ed. Lerner. Buenos Aires, 1986.
- CASADO PEREZ, José M. “Código Procesal Penal Comentado” Ed. Lis. San Salvador, 2001.
- CASADO PEREZ, José María. “La prueba en el proceso penal” Ed. Lis. San Salvador, 2000.
- CHIESA APONTE, Ernesto L. “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos de América” Volumen I Ed. Forum. Puerto Rico, 1995.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.. “Derecho Procesal Penal” Tomo II. Rubinzal Culzani Editores, Buenos Aires. 1993.
- CLIMENT DURAN, Carlos. “La estructura lógica del razonamiento de la sentencia penal.” En Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.
- CLIMENT DURAN, Carlos “La Prueba penal. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- COLLADO PAULÍ, Francisco Javier “La prueba ilegalmente obtenida” Plan de Girona, Derecho penal II, en CDGJ Madrid. 1993.

- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. “Honor, Intimidad e Imagen”. Ed. Bosch. Barcelona, 1996.
- COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1977.
- CREUS, Carlos “Invalidez de los actos procesales penales”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DE GUEVARA LADRON, Juan Burgos “ El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal Español” Ed. Civitas. Madrid, 1992.
- DE ASIS, Rafael. “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”. Ed. Dykinson. Madrid, 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, Francisco.. “Temas de Derecho Civil”.Ed. Bosh. Madrid, 1972.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo “La prueba ilícita penal” Ed. Arazandi. España, 2000.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales” T II. 10ª ed. Temis. Bogotá, 1994.
- DONNA, Edgardo Alberto y MAIZA, María Cecilia. “Código procesal penal” y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea Buenos Aires 1994.
- DURAN RAMÍREZ, Juan José. “La prueba prohibida en el proceso penal en El Salvador” En Ensayos doctrinarios del nuevo código procesal penal. UTE. San Salvador, 2000.
- DURO VENTURO, Cesareo. et. al. “ Código procesal penal comentado” Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 1999.

- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. “Pruebas de ADN”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- FARIÑAS MANTONI, Luis María. “El Derecho a la Intimidad” Ed. Trivium. Madrid, 1986.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Juaquin. “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del tribunal constitucional” CGPJ. Número especial VI. Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN, Miguel A. “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal.” en Cuadernos del Poder General Judicial. Madrid, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta. Mexico. 1997.
- FLORIAN, Eugenio. “Elementos de Derecho Procesal Penal”. Traducido por L. Prieto Castro. Ed. Bosch. Barcelona, 1943.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis “El proceso penal alemán. Introducción y normas Básicas” Ed. BOSCH, Barcelona 1985.
- GOMEZ DE LA TORRE, Juan R. “Validez de la prueba con referencia al atestado, al sumario y juicio oral, prueba indiciaria.” Derecho Penal Volumen II. Plan Provincial de Cordova. En CDGJ. Madrid, 1993.
- GONZALEZ CUELLAR-SERRANO, Nicolás “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Ed. Colex. Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. “Entrada y registro en el domicilio”. En “La Restricción de los Derechos Fundamentales.” CGPJ. Madrid, 1993.
- GONZALEZ GAYTANO, Norberto. “El deber del respeto a la intimidad”. Universidad de Navarra, Pamplona, 1990.

- GUTIERREZ CASTRO, Gabriel Mauricio. “Catálogo de Jurisprudencia. Derecho Constitucional Salvadoreño.” Publicación de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 1993.
- HASSEMER, Winfred. “Fundamentos de derecho penal”. Ed. Bosch. Barcelona, 1984.
- HERRERO TEJEDOR, Fernando. “Honor, Intimidad y Propia Imagen”. Ed. Colex. Madrid, 1994.
- LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo. “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida” Ed. Akal. Madrid, 1989.
- LOPEZ ORTEGA, Juan José et al. “Código Procesal Penal Comentado”. Tomo I. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2001.
- MAIER, Julio B. J. “Derecho procesal penal argentino” Hammurabi S. R. L. Buenos Aires, 1989.
- MEJÁN C., Luis Manuel. “El derecho a la intimidad y la informática” Ed. Porrúa. México, 1994.
- MILLER, Jonathan M. et. al. “Constitución y Derechos Humanos”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1991.
- MONER MUÑOZ, Eduardo. “Intervenciones corporales” en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal” en CDGJ Madrid. 1993.
- MONTERO JUANES, Francisco Javier. “La prueba prohibida. Intervenciones Telefónicas” en Derecho Penal volumen II, CGPJ, Plan territorial de Girona, 1992.
- MORALES PRATS, Fernando. “La Tutela Penal de la Intimidad: Privacy e Informática.” Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1984.

- NOYA FERREIRO, Lourdes María. “La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- ORDALIS, Julio. “La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media” Anuario de historia del derecho español N° XV de 1944.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto “Principio de proporcionalidad y principio de Oportunidad” la reforma del proceso penal, II. Congreso de derecho procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989.
- PEREZ LUÑO, Antonio Erbesto. “Los derechos fundamentales. Temas clave de la constitución española”. Ed. Tecnos. Madrid, 1988.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. “El Derecho Fundamental a la Intimidad” Ed. Dykinson. Madrid, 2000.
- RESUMIL DE SANFILIPPO, Olga Elena, “Derecho procesal penal, práctica jurídica de Puerto Rico” Tomo I. Publishing Company, 1990.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. “Principios, Fines y Derechos Fundamentales.” Ed. Dykinson. Madrid, 2000.
- RUEDA GARCÍA, Francisco. “Código Penal de El Salvador Comentado.” Editorial UCA. San Salvador, 1999.
- SKINNER, B.F. “Las ideas conductuales”. En “Enciclopedia Autodidáctica Océano” Tomo IV. Ed. Tecnos. Madrid, 1990.
- SMUTT, Marcela, y MIRANDA, Jenni Lissette “El fenómeno de las pandillas en El Salvador” Síntesis. Prólogo de la Dra. Aronette Díaz. S/Ed. San Salvador, 1999.
- TREJO, Miguel Alberto. et. al. “Manual de Derecho Penal” Tomo II. Ed. Ministerio de Justicia de El Salvador. San Salvador, 1993.

- TURBERVILLE, Antony. Smith. “La Inquisición Española.” Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1950.
- UICICH, Rodolfo Daniel. “Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad”. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1999.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. “Derecho Procesal Penal” Edición actualizada. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1981.

DICCIONARIOS

- ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. sin Ed. Madrid, 1847.
- GOMEZ ORBANEJA, Raúl. “Diccionario Jurídico Espasa- Lex.” Espasa- Calpe. Madrid, 1999. Voz: PRUEBA
- GRUPO OCÉANO. “Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno.” Ed. Trivium. Madrid, 1998.
- OLIVA SANTOS, José Manuel. “Diccionario Jurídico Espasa”. Madrid 1999. Voz: legalidad.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española Tomo II,

REVISTAS

- ALVAREZ, Carlos. “Prueba y técnicas de oralidad en el proceso penal de El Salvador”, En Revista Actualidad N° 5, 2001.

- BELING, Ernest. “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Derecho Penal” en Revista Justicia de paz Año II Volumen I Enero – Abril 1999.
- CESAR RIVERA, Julio. “El derecho a la vida privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparada” Revista de Derecho Privado. T. LXXIII. Madrid, 1989.
- CRUZ CASTRO, Fernando. “Principios fundamentales para la Reforma de un Sistema Procesal Mixto. El caso de Costa Rica”, en Revista de Ciencias Jurídicas año II número 5, junio 1993.
- LOPEZ ORTEGA, Juan José. “La protección de la intimidad en la persecución penal” en Revista Justicia de Paz N° 6 año IV- Vol. I Enero- Abril 2001.
- LOPEZ ORTEGA, Juan José. “Derecho a la prueba. Prueba prohibida”. Revista justicia de paz N° 13, septiembre-diciembre 2002.
- NAVARRETE AZURDIA, Salvador. “Glosario constitucional salvadoreño”. Revista de Ciencias Jurídicas. Derecho constitucional, derecho penal, educación jurídica, año II, N° 5, San Salvador, junio 1993.
- STRUENSEE, Eberhard “La Prueba Prohibida” en Revista Justicia Penal y Sociedad, N° 3-4. Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 1993.
- TINETTI, José Albino. “Comentarios de la sentencia que declara inconstitucional artículos de la ley de impuestos a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios (IVA)” En Revistas de Ciencias Jurídicas Año II, N° 5, junio 1993.

- ZAVALA, Claudia. “Operativo Homicidio: Poder que mata y encubre”. En El Diario de Hoy, Revista VÉRTICE Año 5 número 265, de 1 de diciembre de 2002.
- WARREN, Samuel D, y BRANDEIS, Louis D.: “The right to privacy”. Volumen IV, N° 5 de la Harvard Law Review.

FOLLETOS

- GALO, Fernando Marroquín, “Las intervenciones Corporales” folleto del Consejo nacional de la Judicatura, septiembre 2001.

DISCOS COMPACTOS

- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo de “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en La prueba en el proceso penal II, CDGJ Madrid 1999.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, CDJG Madrid. 1999.
- GROSSO DE LA HERRÁN, Manuel C. “El Consentimiento”. En CDJG. Madrid. 1999.
- MAGRO SERVER, Vicente “La actuación Policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal” en CDJG. Madrid 1999

- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas “El derecho a la intimidad” Cuadernos del Poder General Judicial de España. 1992.
- PAREJO PABLOS, Pilar. “Requisitos y Significado del Consentimiento en la Esfera Penal”. En CDJG. Madrid. 1999.
- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. “Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales”, Cuadernos del Poder General Judicial 1998.

WEBS

- www.caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=251&invol=385
- www.csj.gov.sv
- www.cjtoday.com/html/weeks.htm
- www.geocities.com/elmedico/Images/tac.htm#quees
- www.law.cornell.edu
- www7.nationalacademies.org/spanishbeyonddiscovery/bio_007590.html
- www.revistaagentepolicia.com/index2.htm www.uclm.es/area/procesal/1%Men.
- www.supct.law.cornell.edu:80/supctl
- www.traducegratis.com
- www.ulpiano.com/Index.htm
- www.uscourts.gov
- www.usscplus.com/online/index.asp?case=3940324
- www.woldlingo.com

CUERPOS LEGALES CONSULTADOS

EL SALVADOR

- Constitución
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Ley reguladora de las Actividades lativas a las Drogas
- Código Civil
- Reglamento General de Tránsito
- ASAMBLEA LEGISLATIVA Y PNUD. Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, en “Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal” San Salvador, 1997.

HONDURAS

- Código Procesal penal Decreto 9-9- 1999

GUATEMALA

- Código Procesal Penal Decreto

COSTA RICA

- Código Procesal Penal LEY N° 7594 DE 4 DE JUNIO DE 1996

ARGENTINA

- Código Procsal penal de la Nacion

ESPAÑA

- Constitución del 27 de diciembre de 1978
- Ley de Enjuiciamiento Criminal

ALEMANIA

- Ley fundamental alemana del 23 de mayo de 1949
- Ordenanza procesal Penal Alemana del 7 de enero de 1975

ANEXOS

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

(SALA DE LO CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES DE SENTENCIA)

▣ Urisprudencia salvadoreña

1. **6-H-95. Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal. SALA DE LO CONSTITUCIONAL**
Detención ilegal; Prueba viciada Máxima:” La detención es ilegal al existir prueba viciada consecuencia de una diligencia ilícita en el proceso. Extracto: “esta Sala insistir en que los derechos del imputado no deben ser simples declaraciones líricas plasmadas tanto en la Constitución como en la ley, puesto que son no sólo derechos del imputado, sino garantías del proceso penal mismo. Y aún más el proceso penal no debe concebirse como un instrumento de represión del delito: es un proceso en el que se ventilan dos pretensiones diferentes, por una parte el ejercicio del ius puniendi, por parte del Estado”.

6-H-95. Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal.

1995: Constitucional. Hábeas Corpus. Sentencias Definitivas.

6-H-95. Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal.

Parte 1

6-H-95. Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal.

»Temas: Detención ilegal; Prueba viciada

Máxima: La detención es ilegal al existir prueba viciada consecuencia de una diligencia ilícita en el proceso.

»Temas: Medidas cautelares; Presunción de inocencia

Máxima: La imposición de una medida cautelar tiene por objeto garantizar la comparecencia del imputado al proceso y no implica lesión a la presunción de inocencia.

»Temas: Presunción legal de culpabilidad

Máxima: Las presunciones legales de culpabilidad están derogadas por la Constitución.

»Temas: Prueba prohibida

Máxima: Prueba Prohibida es la que se obtiene con infracción a derechos fundamentales.

»Temas: Unidad ejecutiva antinarco tráfico

Máxima: La Unidad Ejecutiva Antinarco tráfico no puede instruir diligencias por cualquier delito, ya que su competencia está limitada a los delitos relacionados con drogas.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las nueve horas del día veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Por escrito presentado por la señora María Ester Parada Escobar de Hércules, fue iniciado el presente proceso de exhibición personal en favor del ALFONSO HERCULES MORAN, contra resolución pronunciada por el Juez Segundo de lo Penal de esta ciudad en la que decreta la detención provisional del beneficiado, por el delito de ROBO en perjuicio patrimonial de la sociedad "Cristiani Burkard, S.A de C.V."

Considera la peticionaria que en el proceso anteriormente referido, que se instruye en contra de su esposo "... por la supuesta participación por presunción en el delito de robo en perjuicio patrimonial de la Empresa CRISTIANI BURKARD, ambos extremos se dieron pero no importan para el caso, la Cámara Segunda de lo Penal descartó por completo el hecho de que la presunción de culpabilidad, tipificada en el Art. 503 del Código Procesal Penal, contradice el PRINCIPIO DE INOCENCIA contemplado y regulado en el Artículo 12 de la Constitución, lo cual fue expuesto en la expresión de Agravios por parte del Abogado defensor, y donde también se hizo un análisis de la anomalías cometidas por la UEA como cuerpo captor, y la ignorancia que de la violación a los Derechos Humanos se hizo por parte del órgano captor, lo cual NO HA QUERIDO SER ANALIZADO tanto por el Juez Segundo de lo Penal de éste Distrito Judicial ni por la Cámara Segunda, y por el contrario, pareciera ser que avalan la tortura cometida contra mi esposo durante la detención

administrativa en las instalaciones de la UEA. Es cierto que el patrimonio lesionado (SIC), CRISTIANI BURKARD, lo era en su momento, del Presidente Alfredo Félix Cristiani Burkard, ello no era motivo verdadero y legal para que la Unidad Ejecutiva Antinarco tráfico, excediera sus atribuciones fuera de las reguladas en su Ley Reguladora de las Actividades relativas a LAS DROGAS, sancionadas y contempladas en sus artículos 9 inciso 1o. literales a) y b) y 10 Inciso 1o. literales d) y r), pues su función es básicamente para delitos de DROGAS. (...) se han violado tanto sus Derechos Humanos tutelados por los Pactos y Tratados como la DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS en sus artículos 3,5,9, y 11, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS ADICIONAL A LA CONVENCION DE GINEBRA en su artículo 6 literal a) todos los cuales han ratificado por nuestro país y por lo tanto son leyes de la República conforme el artículo 144 de nuestra Constitución, así como los Principios de JUSTICIA, LEGALIDAD E INOCENCIA contemplados en los artículos 1 Código Penal y 12 de la Constitución, así como los Derechos del Imputado contemplados en el Decreto 238 del 12 de mayo de 1992 y específicamente el 46 del Código Procesal Penal. (...) las vejaciones cometidas: a) Consta en el Reconocimiento Médico efectuado por el Instituto de Medicina Legal a folios 209 del proceso que se decretó: a) Equimosis 2x1 cms. tercio medio antebrazo Derecho b) Equimosis 7x3 cms. hombro izquierdo c) Equimosis 2x2 cms. tercio proximal antebrazo izquierdo f) QUEMADURA CIRCULAR 0.5 cms. muñeca izquierda g) QUEMADURA forma irregular 1x1 cms. en PLANTA DE AMBOS PIES h) Excoriación superficial de 2 cms. en dorso de la nariz, lo cual desvirtúa el informe del enfermo DIAZ TORRES de folios 59 del proceso que "no presentaba golpes ni lesiones" las cuales fueron casadas en la UEA, las mismas que el Juez Segundo de lo Penal a folios 425 cree que probablemente le fueron ocasionadas durante su detención administrativa, PERO dice el señor Juez u esto es lo más absurdo y aberrante al obtenido" (...) b) EL DEFENSOR LE FUE NOMBRADO 48 horas después de la captura y no 30 horas y 55 minutos como lo sostiene el juez, puesto que el supuesto nombramiento de fs. 53 en el que no consta si se obtuvo o no a declarar ni testigos que lo presenciaron., fue un nombramiento formal y no sustancial como lo fue el de folios 109 donde sí consta EL ACTA Y LOS TESTIGOS EXTRAJUDICIALES que presenciaron la abstención. c) SE REALIZARON DILIGENCIAS EXTRAJUDICIALES SON HABERLE NOMBRADO DEFENSOR A MI ESPOSO, por lo cual en TOTAL INDEFENSION (...)CH) Dentro de la secuela del proceso (SIC), sólo consta el dicho por los agentes captores (...) D) NADIE ha reconocido o declarado en contra de mi esposo como testigo u ofendido (...) E) Mi esposo Alfonso Hércules Morán no es un delincuente primario ni habitual (...)"

Con relación al fundamento de la detención provisional decretada en contra del beneficiado, el Juez de la causa consideró procedente pronunciar la medida cautelar que ahora se controvierte, teniendo por establecidos los extremos procesales del cuerpo del delito de robo atribuido al beneficiado, en base a la declaración jurada rendida a fs. 190; y la participación delincuencia, en base a las deposiciones de los captores, quienes efectuaron el decomiso del vehículo robado, propiedad de la sociedad "Cristiani Burkard, S.A. de C.V.", en la esfera de custodia o de poder del beneficiado, con lo que se dan los supuestos sobre la presunción legal de culpabilidad estatuida en el Art. 503 Pr. Pn.; encontrándose dicho proceso en su etapa de contradicción. pues la causa fue elevada a Plenario a fs. 422-426.

La Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, al conocer en apelación de la interlocutoria anteriormente referida, al pronunciarse sobre la infracción constitucional aleada por la defensa en dicha instancia, se pronuncia por considerar que "(...) No obstante el análisis verificado en el proceso para arribar a las conclusiones señaladas, los defensores de los reos plantean varias inquietudes jurídicas (SIC) dentro de los que se destacan su ataque ardiente y enérgico contra la presunción legal de culpabilidad del Art. 503 Pr. Pn. Por estar en contraposición con el principio de inocencia erigido como derecho fundamental en nuestra carta magna.- Sobre tal partícula (SIC) se señala, que los jueces mientras esté vigente tal presunción de culpa será el Art. 503 Pr. Pn. el que

le servirá de base para fundamentar la participación delictiva de un imputado, no obstante cabe preguntarse de que ocurriría sino (SIC) existiera tal presunción, que recurso quedaría al juzgador para determinar su in juicio está o no probada la participación delictiva, en el supuesto de sólo existir como prueba, un decomiso, obviamente que aquel recurrirá a establecer si en el juicio existe o no pruebas indiciarias, lo que equivale a decir si en el proceso existe una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión que de manera indubitable (SIC) induzca a la razón a un determinado resultado.- Tal como ocurriría en el juicio de mérito, pues de reportado el atraco, se encuentra aquella unidad en poder de otra persona.- Quien además no da explicación plausible de su tenencia, esto de la mano lleva al juzgador a concluir que aquella persona es culpable, que ha participado en el delito.- En este proceso se han integrado una serie de elementos probatorios que inducen inequívocamente ha (SIC) concluir en que los encargados si han participado en la comisión del delito (...) Sobre la nulidad solicitada, es improcedente atendiendo las razones puntualizadas por el Juez a quo en la resolución de fs. 422-423, 424, 425. Pues evidente que el reo no fue obligado a declarar en contra de si mismo, puesto que ni siquiera declaró extrajudicialmente y ello hace innecesario que se declare nula el acta contenida en su deposición extrajudicial, habida cuenta que el motivo invocado por la defensa, es afecta a producir una nulidad parcial; y de ninguna suerte una nulidad absoluta.- Respecto a los requerimientos planteados a las lesiones reconocidas la imputado Alfonso Hércules Morán a fs. 209, es del caso señalar que en el juicio del mérito, tal hecho no es signo vital para inducir que el reo fue obligado a declarar en contra de di mismo, puesto que aquel se abstuvo de declarar extrajudicialmente. Y porque la prueba que lo señala como partícipe del delito de Robo de un vehículo es de naturaleza completamente distinta (...)"

Por su parte, la Juez Ejecutora nombrada, luego de intimar a la autoridad demandada, en su informe a esta Sala hace las siguientes consideraciones: "(...) I) Que a fs. 3 en el acta de remisión de fecha doce de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el imputado Alfonso Hércules Morán les manifiesta "que él sabe que en la casa número dos de la Avenida Cresencio Catellanos de la Colonia Agua Caliente de San Vicente, tienen droga los demás amigos de él; asimismo, que en la fosa del servicio sanitario tienen escondidas las placas del vehículo mencionado...".- II) Que a fs. 209 aparece el reconocimiento médico legal de fecha quince de septiembre del mismo año practicado por el Dr. Mauricio Durán Vásquez (...) Que dicho beneficiado fue capturado en el motel colonial de la ciudad de San Miguel, a las diez horas del día doce de septiembre de mil novecientos noventa y tres; que a fs. 53 de fecha trece de septiembre del mismo año, a las dieciséis horas con cincuenta y cinco minutos, en esta ciudad le es nombrado como defensor al Licenciado Carlos Arnulfo Cándido.- IV) Que a folios 422 y siguientes se resuelve elevar el juicio a plenario, teniendo en dicha resolución como medio probatorio de la participación delincencial la declaración del testigo René Amílcar Recinos a fs. 174 testimonio que viene a constituir de conformidad al Art. 503, presunción legal de culpabilidad del imputado en mención. En virtud de lo relacionado anteriormente se hacen las siguientes consideraciones: A) Que si bien es cierto en la detención se vislumbran aspectos de legalidad en cuanto a la ley secundaria (...) cabe analizar de conformidad al Art. 12 de nuestra Constitución (...) al imputado en mención se le está declarando culpable sólo con una mera presunción de culpabilidad (...); así como también el Art. 8 No. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) B) Se ha relacionado en el acta de remisión de folios 3 el imputado ya mencionado dio información aparentemente en "FORMA VOLUNTARIA", sobre hechos que dieron origen inmediatamente a actos de investigación por la unidad captora, resultando entre esos actos ciertos elementos, incriminatorios para el beneficiado, por lo que se vulneró la garantía establecida en el Art. 46 ordinal 4º. (...) C) Consta que el señor Juez Segundo de lo Penal, valora que probablemente las lesiones que posee el imputado se han producido en el tiempo que estuvo en la detención administrativa, la suscrita analiza esto en forma global, puesto si se reconoce que fue objeto de fuerza física se deduzca en forma lógica y natural que la prueba recuperada fue vaciada; hasta en el sentido de considerar la declaración del agente captor que se

ha tomado en cuenta como medio probatorio presuncional para el beneficiado es por ende que también adolece de ciertos vicios puesto que lo vincula inmediatamente a presumir que los agentes captadores del favorecido pudieran desde el momento de la captura someterlo a condiciones que menoscabaran su integridad física vulnerando así el Art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...); asimismo, el Art. 46 Ordinal 5 del Código Procesal Penal (...).- En consecuencia, no obstante el Juez Segundo de lo Penal haber fundamentado legalmente la detención y la elevación a plenario del juicio en mención, dejó de valorar ciertas circunstancias que anteriormente he relacionado. POR TANTO LA SUSCRITA JUEZ FALLA: Que los elementos de juicio que existen en el proceso por su misma naturaleza se encuentran vaciados, de conformidad a la Constitución de la República en sus Arts. 11 y 12, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus Arts. 5 y 8 y Art. 46 Ord. 4o. y 5o. del Código Procesal Penal, por la que la medida cautelar impuesta por el favorecido es ILEGAL, por lo que es conveniente ponerlo en LIBERTAD (...)"

La pretensión constitucional de la solicitante, se fundamenta en cinco infracciones constitucional alegadas, atribuidas tanto al Órgano Auxiliar como a los Funcionarios Judiciales, a saber: La primera, en relación al derecho del imputado de abstenerse a declarar; la segunda, al derecho de asistencia de defensor desde el momento de la detención; la tercera, en relación al derecho que le asiste de no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad; la cuarta, en relación a que el órgano Auxiliar realizó registros y allanamientos de morada en base a la ley de drogas, en la investigación de un delito común; y la quinta, en que tanto el Juez de la causa como la Cámara Segunda de lo Penal de La Primera Sección del Centro, fundamentan la participación y detención del beneficiado en base a una presunción legal de culpabilidad.

Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones, en el objeto que tiene el Hábeas Corpus en tanto proceso constitucional tendiente a tutelar el derecho a la libertad, sea éste lesionado por particular o por autoridad pública; en tal sentido, no es objeto del Hábeas Corpus el sustituir al Juzgador en su función jurisdiccional; en consecuencia, deben ser los Tribunales Ordinarios a quienes les corresponde el valorar la referida prueba conforme a las reglas de la sana crítica y normas para la valoración de la prueba que establece el Código Procesal Penal, siempre y cuando éstas sean tenidas por tal, es decir que cumplan con los requisitos legales.

El Hábeas Corpus más bien, justifica una revisión de los procesos de inferencia lógica que llevan al Juez a quo a la fijación de los hechos; siendo el instrumento esencial para esa tarea es el representado por el análisis de la motivación de la Sentencia. En ese sentido, la imposición de una medida cautelar, tiene por objeto garantizar la comparecencia del imputado al proceso, y ello no implica que se lesione la presunción de inocencia; sobre todo en este caso, en los cuales se cumplen los supuestos que debe tener toda medida cautelar, como son el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora*, o peligro de la mora, que viene representado por la posibilidad de fuga que frustraría el proceso, y en su oportunidad, la presumible pena a imponer.

En relación a las primeras cuatro infracciones constitucionales alegadas, durante la detención administrativa del beneficiado Hércules Morán, en consecuencia atribuidas al Órgano Auxiliar, siendo el que realizó dichas diligencias la Unidad Ejecutiva Antinarco tráfico, desea esta Sala insistir en que los derechos del imputado no deben ser simples declaraciones líricas plasmadas tanto en la Constitución como en la ley, puesto que son no sólo derechos del imputado, sino garantías del proceso penal mismo. Y aún más el proceso penal no debe concebirse como un instrumento de represión del delito: es un proceso en el que se ventilan dos pretensiones diferentes, por una parte el ejercicio del *ius puniendi*, por parte del Estado; y por otro, el derecho a la libertad y presunción de inocencia del procesado. Se ha informado además, "la intensa

correlación existente entre proceso penal y grado de democracia real de un Estado determinado" (Goldschmidt, citado por José María Asencio Mellado, La Prisión Provisional).

Las primeras tres alegadas, se refieren precisamente a los Derechos del imputado, que a su vez son garantías procesales que en un Estado de Derecho deben tutelarse, las cuales se analizarán en forma individual.

La primera de las infracciones, relacionadas al derecho a abstenerse a declarar por parte del imputado, se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el Artículo 12, que estipula en su texto: "... no pudiendo ser obligada a declarar..." y que es desarrollado por el Art. 46 Ord. 4o. Pr. Pn, que aún agrega: "... y si acepta hacerlo a que su defensor esté presente al momento de rendir su declaración...", comprendido dicho supuesto en el literal c) del Art. 66 Pr. Pn.- Tales garantías, que como sostuvo el tribunal Warren de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso Miranda vrs. Arizona, no constituyen una innovación sino que es la aplicación de principios largamente reconocidos; en el caso subjúdice, ha habido infracción a tal derecho y garantía fundamental del procesado: ello puede concluirse de la simple lectura del acta de detención del beneficiado, de fs. 3.

Lo mismo puede afirmarse de la segunda fracción alegada, como es la garantía de asistencia de defensor desde el momento de la detención, consagrado en la disposición constitucional anteriormente mencionada, así como el ordinal tercero del Art. 46 Pr. Pn., entendida tal asistencia, en los supuestos establecidos en el Art. 66 del mismo cuerpo legal. Y establece además el legislador, que la infracción a tal garantía debe ser sancionada con la nulidad del proceso, Art. 551 Ord. 5o. Pr. Pn.- Tal asistencia de defensor, como sostiene Moreno Catena, constituye una garantía del propio proceso penal, quien afirma además que " la intervención del abogado supone precisamente un control sobre la legalidad de la actuación policial y, en buena medida, una garantía sobrevenida - y por eso conveniente - de cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico; garantía que no puede ser desdeñada, sino potenciada en el Estado del Derecho (..) asignando al defensor una función de control de los órganos de persecución." (Víctor Moreno Catena, La defensa en el proceso penal). En el caso subjúdice, consta en autos que el beneficiado fue detenido en la ciudad de San Miguel a las diez horas del día doce de septiembre de mil novecientos noventa y tres, habiéndosele nombrado, defensor público a los dieciséis horas con cincuenta y cinco minutos del día trece de ese mismo mes y año, en esta ciudad, habiendo realizado el referido Órgano Auxiliar, diligencias inculpativas contra el beneficiado durante ese lapso, sin la asistencia de defensor, como consta de fs. 59 a fs. 109 del proceso.

Y con relación a la tercera de las infracciones alegadas, es decir, la violación al derecho del imputado a que no se empleen contra él medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad; así como no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad, el cual se encuentra reconocido en los Arts. 7, 10 y 14.3 (g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político; 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o "Pacto de San José"; y 46 Ord. 4o. y 5o. Pr. Pn.; en tal sentido, tanto el presente derecho procesal como los dos anteriores, pretenden "garantizar que las declaraciones emitidas por los imputados se produzcan en total y absoluta libertad y espontaneidad tanto en lo relativo a su afectiva realización, cuanto en lo referido a su contenido por lo que se viene a prohibir en consecuencia el empleo de toda fórmula que directa o indirectamente constriña o fuerce la voluntad del deponente"(Dr. José María Asencio Mellado, Prueba Prohibida y Prueba Preconstituída)... En el caso subjúdice, consta en autos por una parte, el informe del enfermero de turno sobre el examen del reo Alfonso Hércules Morán, a fs. 59, "Quien no presenta golpes ni lesiones en ninguna parte del cuerpo, si presenta cicatriz en Inglis Derecha y manifiesta padecer de la tensión (Hipertensión) artritis ", el cual fue practicado a las once horas del día doce de septiembre, es decir, una hora después de su detención. Por otra

parte, consta a fs. 209 el reconocimiento de sangre de las lesiones que presentó el beneficiado, habiéndose practicado a las catorce horas veinte minutos del día quince de septiembre. De lo que se puede fácilmente colegir que tales lesiones se produjeron durante la detención administrativa.

Las anteriores infracciones constituyen lo que se conoce doctrinariamente como "prueba prohibida", puesto que el referido Art. 27 inc. 2o. Cn., en su parte final, expresamente establece que " Se prohíbe (...) toda especie de tormento."; afirmando Ascencio Mellado que "la ilicitud de estos métodos, no son otra cosa que una forma directa y tornera de obtener la confesión, despreciando la personalidad humana." (Op. Cit.). Es más, con el objeto de proscribir la tortura y el tormento, no solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino además de las prácticas policiales en la investigación de los delitos, el Constituyente, en el inciso último del Art. 12 Cn. establece que "Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere incurrirá en responsabilidad penal."; no obstante advertirlo tanto al Juez de la causa como la Cámara Superior en grado al conocer la Apelación, puesto que el primero afirma que "(...) aun cuando se presuma que dicho imputado fue coaccionado e intimidado con actos contrarios a su dignidad como persona, durante la detención administrativa, se tendría un resultado diferente al obtenido en las referidas declaraciones de este sujeto activo; en consecuencia, como se repite, no siendo el fundamento las diligencias de carácter extrajudicial, ni las judiciales como consecuencia de la mismas, la resolución por que se decretó la detención provisional de referido imputado, declárase que no ha lugar la declaratoria de nulidad solicitada por el precitado defensor (...); mientras que la Cámara al pronunciarse sobre el requerimiento planteado por la defensa en relación a las lesiones reconocidas al beneficiado, afirma que "(...) tal hecho no es signo vital para inducir que el reo fue obligado a declarar extrajudicialmente. Y porque la prueba que lo señala como partícipe del delito de Robo de un vehículo es de naturaleza completamente distinta." Sin que ambos Tribunales se hayan pronunciado en torno a la responsabilidad penal que ordena la Constitución, al pretender erradicar la tortura como instrumento de investigación de los delitos.

La cuarta infracción constitucional, relativa a la actuación de la U.E.A en base a las atribuciones que le confería la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas, en la investigación del caso sub júdice, siendo éste un delito común, concluye esta Sala que dicho Órgano Auxiliar actuó con abuso en tales atribuciones, puesto que practicó los registros y allanamientos sin orden judicial, no encontrándose en los supuestos que la ley establece; en primer lugar, porque como se afirmó anteriormente, fundamentan tales actuaciones en el dicho del detenido al momento de la captura, violándose el derecho a abstenerse a declarar; y en segundo lugar, porque el Art. 181 Ord. 5o. Pr. Pn. faculta tal allanamiento, cuando se tratare de armas de guerra para fines subversivos o para cometer delitos contra la paz pública o contra la existencia y organización del Estado, no siendo el caso sub júdice el supuesto antes referido. Por lo que tales diligencias revisten el carácter de ilegalidad, puesto que precisamente la Ley establece un límite de actuación a los Poderes Públicos, y en este caso, a la actuación policial en la persecución y represión del delito. Sobre el particular, es oportuno mencionar que por resoluciones pronunciadas por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de fechas veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y tres, y catorce de abril de mismo año, se declaran establecidas infracciones al debido proceso en sede administrativa y policial, realizadas por dicho Órgano Auxiliar en similares actuaciones. La primera, pronunciada en el expediente número SS-114/92 en relación a los Allanamientos, se afirma que "(...) La Constitución es muy precisa en indicar que si la violación de morada no es por mandato judicial, debe ser hecha en caso flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas (...) infraganti, esto es, hallado en el acto mismo de cometer el delito o inmediatamente después (...); en lo que respecta a la hipótesis de peligro inminente de la perpetración de un delito, en este caso de drogas, resulta muy claro que se trata de la evaluación de hechos OBJETIVOS QUE REVELAN DE MANERA INDUBITABLE Y SEGURA LA OCURRENCIA DE UNA INFRACCION PENAL, no se trata simplemente de ejercer

una función preventiva de delitos como pretende la Unidad Ejecutiva al invocar en su informe rendido el artículo 30 de la Ley (..) y por ello justificar cualquier allanamiento (...) Todo lo anterior expuesto se ve reforzado con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que " de conformidad al Art. 181 Pr. Pn. los órganos auxiliares podrán proceder al allanamiento sin orden judicial, entre otros casos textualmente enumerados, cuando se tenga conocimiento que un local es utilizado para consumo de drogas y no por tenencia de tal producto (...) y de conformidad al Art. 29 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, el allanamiento y registro de locales en donde se violan prescripciones de la Ley, sólo debe hacerse por la autoridad judicial competente; de donde resulta que el allanamiento mencionado fue legalmente improcedente". La Segunda resolución es en relación a la competencia que tenía la U.E.A. en la investigación de los delitos, la cual fue pronunciada en el expediente SS-416/92, en la que entre otras cosas, afirma que "(...) la Unidad Ejecutiva Antinarco tráfico se mira como ÓRGANO AUXILIAR, cuando investiga delitos contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o conexos con éstos, teniendo EXCLUSIVIDAD en tal carácter (...) Siendo así la Unidad Ejecutiva NO PUEDE instruir diligencias por cualquier delito, ya que su competencia como órgano auxiliar está limitada a los delitos relacionados con drogas sobre los cuales tiene exclusividad en la investigación (...)".

(Resoluciones 1992-1993, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos). Ambas resoluciones con anterioridad a las actuaciones relativas al caso subjúdice, practicadas por la U.E.A, puesto que éstas fueron realizadas entre los días doce y quince del mes de septiembre de 1993.

Finalmente, causa sorpresa a esta Sala los pronunciamientos tanto del Juez como de la Cámara, en relación a las presunciones legales de culpabilidad, como si ignorasen que la legislación secundaria debe interpretarse a partir de la Constitucionalidad de las mismas, puesto que el Art. 249 Cn. deroga todas las disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de la Constitución.

Lo anterior se confirma aún más con lo expuesto por Nino. " el papel de los Jueces de un Estado de Derecho en el que se respeten las garantías al debido proceso, se encuentra en el tener la última palabra en la determinación de los hechos y en la aplicación de las normas del sistemas jurídico a tales hechos"; dentro de esta última facultad, se incluye "la de interpretar los materiales normativos a la luz del consenso democrático, que fue resultado de la discusión colectiva y la que se desarrolló en el ámbito de los órganos representativos", especialmente el Órgano legiferente. Ello implica, una "eventual facultad de los jueces de descalificar una norma jurídica de origen democrático, por ser violatoria de una prescripción constitucional, sea en lo que hace al procedimiento o al contenido de la norma". Ello a partir del principio de la Supremacía Constitucional:" en caso de conflicto entre la Constitución y la Ley, el Juez no tiene más remedio que aplicar la Constitución" (Carlos Santiago Nino: Fundamentos de Derecho Constitucional, es pues un "(...) principio que en 1803 adquiere concreción judicial, al sentenciar el leading case Marbury vrs. Madison, el Chief Justice John Marshall, quien razonó: "La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien está situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiera modificarla (...) Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza" (Inconstitucionalidad No. 3-92 y 6-92 acumulados, Catálogo de Jurisprudencia, Pgs. 425-426). no obstante, en el caso subjúdice no nos encontramos ante la facultad que tienen los Tribunales de conformidad al Art. 185 Cn., sino en un caso de derogatoria por parte de nuestra Constitución.

Ello no implica que el Juez, al aplicar las reglas de la Sana Crítica en la valoración de la prueba, pueda presumir ciertos hechos que no constan en el proceso, en base a los hechos que efectivamente han sido establecidos; es decir, realizar presunciones homini, con lo cual no se vulnera la presunción de inocencia, puesto que con el proceso se abre una situación de incertidumbre en torno a dicha presunción, que sólo el Juez puede resolverla puesto que en eso consiste precisamente el ejercicio de su función jurisdiccional. Pero ello es diferente a que sea la ley la que establezca la culpabilidad y sea el procesado a quien le corresponda probar su inocencia.

Las anteriores infracciones constitucionales, como se ha afirmado anteriormente, han sido establecidas a juicio de esta Sala, puesto que se produjo infracción constitucional en la indecisión del beneficiado; ya que si bien es cierto no confesó judicial ni extrajudicialmente los hechos a él atribuidos, la declaración hecha durante su detención, de fs. 3, el nombramiento de defensor con treinta horas cincuenta minutos con posterioridad a su detención, las diferentes lesiones entre equimosis y quemaduras que presenta en diversas partes del cuerpo, nos hacen concluir que hubo violación a las garantías fundamentales del beneficiado, y una consecuente declaración durante el interrogatorio, la cual no se hizo constar en autos.

Lo anteriormente afirmado, nos lleva a concluir que estamos en presencia de prueba prohibida, que es la "que se obtiene con infracción a derechos fundamentales" (Dr. José María Asencio Mellado, Op. Cit., Pg. 81); "(...) ello nos conlleva al complejo tema del valor de las pruebas que en sí son legítimas en cuanto a su obtención pero que, por contra, son consecuencia de un acto precio ilegítimo (...) Nos encontramos en presencia de la llamada "teoría de los frutos del árbol envenenado" americana o teoría del efecto reflejo de las pruebas ilícitas." (Ibid., Pg.88). Lo que implica, respecto al caso subjuídice, que el resto de las diligencias tanto policiales como judiciales, no obstante cumplir requisitos formales, revisten el carácter de ilegítimas, por haberse violentado garantías fundamentales, tanto con relación a los imputados, como con las actuaciones practicadas por el Órgano Auxiliar, al aplicar una ley especial, en este caso de drogas, a la investigación de un delito común.

Es decir que las garantías judiciales forman parte del principio de la legalidad en el Derecho Probatorio: la preposición, admisión, recepción y valoración de la prueba debe ser apegada a la ley, y el respeto a las garantías judiciales son requisitos esenciales para que la prueba sea tenida como tal.

En base a todo lo antes expuesto, esta Sala concluye que se ha producido infracción constitucional no sólo en cuanto a la detención en que se encuentra el beneficiado ALFONSO HERCULES MORAN, sino con respecto al resto de los procesados, puesto que la prueba recabada con posterioridad ha sido consecuencia de la declaración del citado beneficiado, por lo que el resto de la prueba reviste el carácter de ilicitud.

1995: Constitucional. Hábeas Corpus. Sentencias Definitivas.

6-H-95. Parada vrs. Juez Segundo de lo Penal.

Parte 2

Lo cierto es que a pesar de existir una imputación objetiva, independientemente de la participación en los hechos atribuidos, en la secuela del proceso, y como consecuencia de lo anterior, le corresponde a esta Sala el pronunciarse sobre la ilegalidad de la detención, no solo del beneficiado ALFONSO HERCULES MORAN, sino además del resto de los detenidos puesto que la prueba existente contra éstos adolece además de ilicitud, por lo que el beneficiado, así como los procesados ROBERTO RAMOS SANTOS Y LUIS ARNOLDO HERNANDEZ RIVAS, procesados el

primero por ROBO en perjuicio patrimonial de "E.G. ASOCIADOS, S.A DE C.V." y por el delito de USO FALSO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD; y el segundo, por el delito de TENENCIA, PORTACION Y CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA; en virtud de haberse infringido las garantías constitucionales en torno al debido proceso, consecuentemente adolecer de nulidad el proceso; por lo tanto, la medida cautelar consistente en la detención del beneficiado y los otros dos procesados, reviste el carácter de ilegal.

Por lo anteriormente expuesto, esta Sala RESUELVE:

a) Confírmase el dictamen emitido por el juez Ejecutor y amplíase en el sentido de existir ilegalidad en la detención de los otros procesados; b) Póngase inmediatamente en libertad al beneficiado ALFONSO HERCULES MORAN, así como a los procesados ROBERTO RAMOS SANTOS y LUIS ARNOLDO HERNANDEZ RIVAS; c) Amonéstase al Juez de la causa y a la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, al primero por no instruir proceso a efecto de deducir responsabilidad penal en torno a las infracciones constitucionales aludidas, y a la segunda, por omitir ordenar dicha instrucción; d) Certifíquese la presente resolución a la Fiscalía General de la República, para efectos del ejercicio de la acción penal correspondiente en lo relativo a los delitos aludidos en la presente; e) Devuélvase el proceso penal a su Tribunal de origen con certificación de ésta, tanto para los efectos del cumplimiento del fallo, como el procesamiento de los responsables de las infracciones constitucionales aludidas.---HERNANDEZ VALIENTE---MARIO SOLANO---O. BAÑOS---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---M. EUGENIA DE PEÑATE---RUBRICADAS.

HS006H95.95

»Número de expediente: 6-H-95

»Fecha: 29/08/1995

»Partes: María Ester Parada Escobar de Hércules; Juez Segundo de lo Penal de esta ciudad

»Normativa aplicada: Constitución, 185; Constitución, 249; Código Procesal Penal, 181, ordinal 5; Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 29

»Doctrina: Fundamentos de Derecho Constitucional, Carlos Santiago Nino; Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida, José María Asencio Mellado

»Descriptor: Constitución

»Restrictor: Derogación de presunciones legales de culpabilidad

»Descriptor: Derechos fundamentales

»Restrictor: Infracción al obtener prueba ilegítimamente

»Descriptor: Detención ilegal

»Restrictor: Al existir prueba viciada consecuencia de una diligencia ilícita.

»Descriptor: Hábeas corpus

»Restrictor: Objeto

»Descriptor: Medidas cautelares

»Restrictor: Objeto; No implica lesión a la presunción de inocencia ; Supuestos

»Descriptor: Presunción de inocencia

»Restrictor: La adopción de una medida cautelar no la lesiona

»Descriptor: Presunciones legales de culpabilidad

»Restrictor: Inaplicabilidad por derogatoria de la Constitución

»Descriptor: Prueba prohibida

»Restrictor: Obtención infringe derechos fundamentales

»Descriptor: Unidad ejecutiva antinarco tráfico

»Restrictor: Competencia limitada a delitos relativos a las drogas

3. **P0103-40-00**, TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA S.S.. Allanamiento ilegal por falta de: motivación, dirección funcional de la F.G.R; extracto “La presunción de inocencia como verdad interina de inculpabilidad exige para poder ser destruida la concurrencia de prueba que haya sido practicada conforme a las garantías Constitucionales y Procesales, en consecuencia la prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva por tanto de la consagración Constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. Las pruebas irregularmente practicadas son pruebas de valoración prohibida, por cuanto su utilización como prueba de cargo podría vulnerar la presunción de inocencia”.

P0103-40-00

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA: SAN SALVADOR, a las cero horas y diez minutos del día siete de Abril del año dos mil.

Visto en Juicio oral el proceso penal con número de entrada 48-2000-1a, incoado contra las acusadas LIZETH MARISOL RODRIGUEZ HERRERA, de veinte años de edad, acompañada, estudiante, de nacionalidad salvadoreña, con fecha de nacimiento del veintinueve de Agosto de mil novecientos setenta y nueve, del domicilio de esta ciudad, residente en Colonia Guatemala, calle cinco de Noviembre, número diez, de esta ciudad, hija de BLANCA ARACELY HERRERA GARCIA y EFRAIN ANTONIO RODRIGUEZ, y BLANCA ARACELY HERRERA DE SANTOS, de cuarenta y un años de edad, casada, comerciante, de nacionalidad salvadoreña, de este origen y con fecha de nacimiento del veintinueve de Diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, del domicilio de esta ciudad, residente en Colonia Guatemala, calle Tutunichapa, pasaje Principal, número diez, de esta ciudad, hija de MARIA ESTER GARCIA LOPEZ y RAMIRO HERRERA MARTINEZ; procesadas por el delito de COMERCIO, TRAFICO y ALMACENAMIENTO ILICITO, tipificado y sancionado en el art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas en perjuicio de la Salud Pública. Dicha calificación responde a que en el transcurso de la presente vista pública, se planteó vía incidental el cambio de calificación antes apuntado, lo cual fue sustentado en que de la relación de los hechos acusados es esta la figura delictiva correcta, por lo tanto se dejó sin efecto la calificación de POSESION Y TENENCIA por la antes referida.

La presente Vista pública ha sido dirigida por los Jueces del Tribunal Tercero de Sentencia, Licenciados DELMY YANIRA CHOTO DE CONTRERAS, MARTIN ROGEL ZEPEDA y JOSE ISABEL GIL CRUZ, siendo presidida por el Juez MARTIN ROGEL ZEPEDA, de conformidad al art. 53 inciso primero n° 9 Pr. Pn., en relación al artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

Han intervenido de la representación Fiscal el Licenciado RAFAEL HERNAN CORTEZ SARAVIA, y como Defensores Particulares de las acusadas los Licenciados MARLON GRANADOS PINTO, ROLANDO ANTONIO MORAN CASTELLON y JOSE MALAQUIAS NERIO RAMOS.

RELACION DE HECHOS:

"Que en el interior de la casa número ciento veintiséis de la Comunidad Tutunichapa número cuatro ubicada entre Octava y Décima Avenida Norte, Barrio San Miguelito de esta ciudad, a las diez horas del día dos de Noviembre del año recién pasado, cuando agentes de la Policía Nacional Civil se apersonaron a la dirección citada con el objeto de darle cumplimiento a una orden de Registro o Allanamiento emitida por el Juzgado Decimoquinto de Paz de esta ciudad. Al llegar al lugar se tocó la puerta y dos señoras se opusieron al ingreso de los agentes, razón por la que se esperó un tiempo prudencial y se utilizó la fuerza para ingresar; seguidamente salió la imputada BLANCA ARACELY HERRERA GARCIA, juntamente con la imputada LIZETH MARISOL RODRIGUEZ HERRERA y manifestó la primera ser la propietaria del lugar; al realizar el Allanamiento se encontró una considerable cantidad de marihuana y cocaína en diferentes lugares de la casa, así como bolsas conteniendo hojas de papel periódico con las que envuelven la marihuana, una balanza con su respectiva pesa, una gran cantidad de monedas de diferentes nominaciones, un arma de fuego y una caja de municiones conteniendo en su interior treinta y cinco cartuchos. El Tribunal ordenó la experticia pertinente y resultó positivo a marihuana, a

cocaína y a cocaína base, siendo sus cantidades exactas las siguientes: a) Tres bolsas de marihuana = peso neto de 7, 569.9 gramos, 7, 029.897 gramos y 6, 439.899 gramos, b) Una bolsa de cocaína clorhidrato = peso neto de 52.952 gramos, c) Dos bolsas de cocaína base = peso neto de 96.328 gramos y 17, 178 gramos".

Los puntos sometidos a deliberación según lo dispuesto por el artículo 356 Pr. Pn., fueron:

En cuanto al n° 1, dado que la Defensa planteó incidentes de Nulidades los cuales se dejaron para resolver al momento de la deliberación y votación por parte de estos Jueces, será éste el primer elemento que será abordado, tomando como parámetros valorativos los elementos probatorios que fueron producidos durante el presente Juicio, en virtud de ello se procederá a relacionar lo manifestado por los testigos.

Declaró en juicio Boanerges Gerardo Ayala conocido como René Arnoldo Ayala, quien manifestó que no tiene parentesco con las partes ni interés en favorecer a alguna de las partes; que en la actualidad se desempeña como agente investigador de la Delegación Centro de la P.N.C. desde mil novecientos noventa y cinco; que se ha especializado en investigar cualquier tipo de delitos; que el día veintinueve de octubre del año recién pasado, cuando realizaba diligencias de investigación que la fiscalía le había encomendado en un lugar llamado Tutunichapa Cuatro, cuando se le apersonó una persona del sexo masculino y les informó que en el interior de una casa que no tenía número pero dio las características de la misma, veía a un sujeto que guardaba armas en dicha vivienda y también objetos de dudosa procedencia, describiendo y diferenciando dicha vivienda por tener una ventana color verde, de construcción mixta, ladrillo rojo y techo de lámina, en la que había un árbol color amarillo y dicha vivienda tenía dibujada una "X" de color blanco, por lo que el día domingo treinta y uno de octubre fueron a verificar la información con sus compañeros Mario Alas y Fernando de Jesús, logrando verificar que habían muchas personas pendientes de dicha casa, y fue debido a lo que constataron que levantaron un acta de pesquisa, verificando que la casa no tenía número visible, solamente se observaba desde la gasolinera Santa Eugenia, que ésta tenía una x, y que era de color azul claro; que él plasmó los movimientos y la ubicación del inmueble por medio de un croquis de ubicación. Posteriormente se hizo del conocimiento de la fiscalía, pero el fiscal les dijo que si no tenía la entrevista del individuo que le había dado tal información no se podía proceder, por lo que por orden de su jefe Jaime Osmio López Reyes, fueron a pedir la autorización de allanar la vivienda, al Juez quinceavo de paz, ante quien presentó la solicitud e informó todo lo que habían investigado y se le presentó el acta de pesquisa y croquis elaborado, emitiendo tal autoridad la orden de registro o allanamiento en busca de armas, aunque era posible que encontrarán drogas pero como no era seguro, sólo se emitió para armas. Que la orden fue ejecutada a las diez de la mañana del día dos, apersonándose al lugar Mario Antonio Alas Cortés y Fernando de Jesús Barahona Guzmán, habiéndolos apoyado compañeros de la UTO, y otros compañeros, quienes sólo estuvieron para la seguridad del ingreso, luego se retiraron. Que la vivienda es una casa dividida con plybood y que para ingresar tuvieron que hacer uso de la violencia en la primera puerta, porque se les negó el ingreso, siendo que al ingresar encontraron a dos personas del sexo femenino, a quienes se les dio a conocer la orden que llevaban habiendo hecho eso el declarante, estando dentro el declarante, levantó el acta del allanamiento y que el registro lo realizaron entre todos sus compañeros, detallando lo encontrado, y manifestó que el registro se inició en la sala de la casa y desde que iban entrando, al costado norte de la sala se encontraba una mesa, sobre ésta, unos paquetes abiertos de algo seco, al aparecer marihuana, posteriormente se registró el dormitorio y no se encontró nada, a la par de la mesa, como al Poniente se sube como a una champa que pertenece a la misma vivienda, ya que está casi al límite del solar y al subir las gradas, observando que dentro de dicha champa habían porciones grandes, al parecer de la misma hierba seca encontrada abajo y al presumir que se trataba de droga, solicitó a la DAN que llegaran técnicos y como no estaban en la zona, llegó

como a las once horas veinte minutos, el técnico De la Cruz y fue él quien hizo las pruebas de campo correspondientes, realizando dicha prueba en presencia de el declarante, el otro investigador, otro policía y las señoras que se encontraban en el lugar, resultando la prueba positivo a marihuana y como también encontraron piedras cristalizadas y polvo blanco, también dio resultado positivo a cocaína; que estas sustancias de polvo blanco estaba ahí mismo en la mesa. El técnico embaló la evidencia, en unas bolsas especiales que ellos portan, luego se apersonó otro técnico no recordando su nombre, pero llegó como a las trece horas, y éste realizó la prueba de campo encontrada en el tatúa, y para guardar la de custodia correspondiente éste se la entregó al primer técnico que llegó anteriormente. Que en el lugar encontraron un VHS y sólo un arma de fuego con su permiso, y que fue decomisado porque por el procedimiento era necesario para su investigación, ya que el arma estaba entre la droga. Que luego de haber terminado el procedimiento, a las trece y cuarenta y cinco minutos, se trasladaron todos a la Fiscalía. Manifestó el declarante que en el croquis sólo dibujó dos casas, pero que éstas no son las únicas que hay en la realidad ; que la orden la pidió por armas porque no estaba seguro que hubiera cocaína. Que la prueba de campo de la droga hallada en el tatú no fue presenciada por las señoras imputadas; que el comiso del arma fue porque ésta puede estar involucrada en el delito, que sobre el VHS, se lo llevaron, porque no tenía documentación. Que el tribunal que dio la orden, el día que hicieron el registro había finalizado su turno, por eso no le informaron de lo secuestrado. Que el testigo consignó en el acta el número de casa, por medio de un recibo de luz que le facilitó la persona propietaria detenida, y que fue hasta después que se dio cuenta que tenía número, pues éste no lo pudo constatar, solamente por medio del recibo de la luz. Que él basado en el ciento setenta y tres procesal penal, está facultado para hacer la investigación y solicitar a la fiscalía o al juez la práctica de diligencias de investigación.

La primera puerta estaba cerrada y cuando la golpearon, la señora abrió la segunda puerta y les dijo que no hicieran mucho relajo ahí; que en dicha vivienda encontró aparte de lo encontrado en la mesa, un televisor, un VHS, dinero en efectivo, una juguetera y no recuerda más. Que la información que les dio el sujeto, fue que un sujeto de nombre Marcos Santos vivía en esa casa.

El testigo Mario Antonio Alas Cortéz, declaro: Que no es familiar de ninguna de las partes y no tiene especial en declarar y como empleado de la Delegación Centro de la PNC. En investigaciones cuando se hacia acompañar de Barahona Guzmán y René Arnoldo Ayala, buscando testigos de unas diligencias encomendadas se les apersonó una joven que les dio una información sobre una champa en la que almacenaban armas y objetos de dudosa procedencia. Informaron al jefe inmediato por ordenes de este hicieron el treinta y uno de octubre del año pasado una vigilancia, hicieron un reconocimiento del lugar señalado siendo este en la comunidad Tutunichapa cuatro por la octava y décima Avenida Norte, la casa no tenía número, estando en las cercanías del río Aselhuate, teniendo una ventana pintada de verde y una x pintada de blanco, al Nor Poniente un árbol de flores Amarillas, observaron a gente en el interior de la casa de forma sospechosa y otras que frecuentaban el lugar. Se acercaron a la colonia a pie no sabiendo cuando tardó, pero pudieron observar que entraban y salían personas que llevaban y traían algo, no sabiendo que objetos eran, porque iban envueltos.

Fueron a la fiscalía para que se solicitara un allanamiento, pero al no ser atendidos pues se negó el fiscal de turno se fueron para el Juzgado Décimo Quinto de Paz, a solicitar el allanamiento, este lo solicitó el Sub Inspector de Investigaciones, López Reyes, basándose en la información y la pesquisa realizada, lo agregaron a la petición, juntamente con un croquis de orientación que se elaboró, se le s extendió la orden y el dos de noviembre del año pasado la ejecutaron, iniciaron a las diez de la mañana, llegaron ellos y fueron apoyados por miembros de la UTO; al llegar hicieron saber el motivo de su presencia, fueron atendidos por la señora Blanca Guzmán, ella se negó a permitirles entrar se le leyó la orden por su compañero Ayala y al no abrir optaron por forzarla esta

se cayó y al ver eso la señora les atendió y les autorizó para que entraran a la vivienda, al registrar encontraron dinero, joyas, teléfonos, un VH.

En una mesa encontraron droga, crac, marihuana, polvo blanco, le hablaron a un técnico de la DAN, para que realizara una prueba de campo, fue positivo a droga, primero se apersono un técnico como a las once u once y veinte , WILFREDO Campos de la Cruz, este realizó las pruebas de la hierba seca, a las piedritas como de color amarillo, a presencia de la señora Blanca Aracely Herrera y de LIZETH MARISOL Rodríguez, fue cuando les dijeron que quedarían detenidas y las identificaron con sus cédulas.

Al Nor Oriente, también por unas gradas que daban acceso a una media champa de la misma propiedad, había un hoyo, con veintíun bolsas de distintos colores, que contenían hierba seca, ahí se hizo presente otro técnico de la DAN,. Ricardo Teos Alas, les hizo prueba de campo y dio positivo a marihuana, siempre a presencia de las señoras detenidas y los agentes, las emboló y se la entregó a Wilfredo Campos de la Cruz. Posteriormente se condujeron con los objetos y las detenidas hacia la fiscalía.

Que la información recibida fue de la existencia de varias armas pero solo encontraron una la que si tenia permiso de portación que al pedir la orden fue especifica para localización de armas. Que el informante les señalo la casa además de decir sus características eso lo hicieron desde las areneras frente al río existiendo visibilidad.

Que quien negó la posibilidad de pedir orden de allanamiento por medio de la fiscalía fue el fiscal Jaime Ortega, les dijo que no podía ayudarles porque no tenían la entrevista de la persona, ni identificada y que de la diligencias del día veintinueve no levantaron acta.

Que la vigilancia fue ordenada por el Sub Inspector, López, y que desconoce porque no la remitieron al juzgado que dio la orden ya fue una coordinación de los Jefes enviarla a la fiscalía.

Que la persona que dijo ser encargada de la casa fue la señora Aracely Guzmán, y el numero de casa la proporcionaron por medio de un recibo que encontraron, ya que en el reconocimiento que hicieron la casa no estaba numerada, y que las demás viviendas tampoco estaban numeradas

Que el informante no les especificó quien era el encargado de la casa.

FERNANDO DE JESUS BARAHONA GUZMAN, en su declaración dijo: Que el día treinta y uno de Octubre se apersonó a la Décima y Octava Avenida Norte a verificar un supuesto lugar donde se almacenaban armas con ALAS CORTEZ y ARNOLDO AYALA, en esa ocasión se les acercó un muchacho y les da la siguiente información que en una casa de la Tutunichapa, pintada de color verde, techo de lámina, mixta, ladrillo rojo, ahí se guardan armas; que Arnoldo levantó acta de pesquisa el día treinta y uno como a eso de las dieciséis horas, el siguiente día solicitan orden de Allanamiento a la Fiscalía General de la República, como no se lo dan van al Juzgado Quince de Paz, como a las dieciocho horas, se la entregan, o sea el dos y tenía una vigencia de ocho horas a catorce horas, se apersonaron tres agentes investigadores y de la Unidad Táctica Operativa U.T.O., al llegar a la vivienda ARNOLDO AYALA, toca la puerta, dice que es policía, no acceden a abrir la puerta, les dicen que llevan orden de allanamiento, la Señora toma un celular e intenta llamar porque trabaja como puente, que luego al entrar encontró una joven, la Señora y una niña, observa unas gradas y ahí estaba una chumpa, observando también hierba seca al parecer marihuana; en un hoyo tipo tatú, encontró trece porciones y sobre el piso otras doce porciones, así como una porción tipo tortilla amarillenta y polvo sobre una mesa; que Arnoldo Ayala solicitó otro

técnico, la prueba de campo se hace a presencia de sus compañeros y los demás que estaban en el interior de la casa.

La cadena de custodia está a cargo de WILFREDO CAMPOS DE LA CRUZ, quien fue el que lo embaló, luego los remiten al departamento de Antinarcóticos de la Fiscalía General de la República y se les dijo a los imputados que quedaban detenidos pues el resultado de la prueba de campo había sido positivo, que la propietaria de dicha casa es BLANCA ARACELY HERRERA, el día veintinueve de Octubre como a las diez horas dan la información, que la casa esta entre dos árboles y que el responsable es MARCOS SANTOS, que el dicentedicha casa de una distancia de quince a veinte metros.

WILFREDO CAMPOS DE LA CRUZ, durante su intervención manifestó lo siguiente: Que es técnico en análisis de sustancia dudosa, el día dos de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve, estuvo de turno, ocasión que le hablaron que tenía que ir a la comunidad Tutunichapa, porque miembros de la Delegación del Centro encontraron sustancia sospechosa, llegando al lugar como a las once horas y veinte minutos, le hace la prueba de campo a varias sustancias, entre ellas polvo blanco, amarillenta y eso fue en la casa número ciento veintiséis de la Comunidad Tutunichapa, encontrándose sobre la mesa y el suelo que el número de la casa lo toma de un recibo, que la prueba de campo lo hace a presencia de las personas de la casa y de los agentes y luego la embaló, que hubo un segundo hallazgo pero que esa prueba de campo la realizó Ricardo Teos Alas, luego remiten a las personas y la sustancia a la Fiscalía General de la República y que ambos técnicos realizaban simultáneamente las pruebas de campo.-

El testigo RICARDO ALEJANDRO TEOS ALAS, externó: Que el día dos de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve, realizó una prueba de campo en la Comunidad Tutunichapa número cuatro, que llegó a apoyar a sus compañeros a la casa número ciento veintiséis que no vio el número de la residencia, sino que lo preguntó, que la sustancia a la que le hizo la prueba de campo la encontraron en una galera improvisada, dentro del hoyo se encontraron trece porciones y fuera otras doce porciones, las que al hacerles la prueba respectiva dio positivo a Marihuana, la hizo a presencia de la encargada de la casa y agentes, luego se la entrega a CAMPOS DE LA CRUZ, pues él era el encargado de la comisión en su calidad de técnico.-

Se introdujo por su lectura el análisis físico químico practicado por los bachilleres José Adonay Duarte Elías y Oswaldo Ernesto Sánchez Tobar, técnicos dependientes del Laboratorio de la división Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil que se encuentra agregado a folios 50 a 52; de igual forma el análisis químico realizado por el Licenciado Noé Guillermo Guirola, en el Laboratorio de Investigación Científica del Delito de la Policía Nacional Civil que consta a folios 93 y 94; además se dio lectura al acta de allanamiento, acta de remisión; la primera agregada a folios 24 a 27 y la segunda de folios 28 a 29, se introdujo también por su lectura la certificación dada por el Juzgado décimo quinto de paz de esta ciudad que contiene diligencias de allanamiento de folios 144 a 155, de esta misma manera se incorporó correspondencia enviada por la Compañía de alumbrado eléctrico de San Salvador, S. A. de C.V. a folios 53

Con las informaciones producidas estos Jueces se encuentran en condiciones para analizar los incidentes planteados por la Defensa, los cuales son los siguientes:

En el presente proceso ha existido una inobservancia de derechos y garantías fundamentales en virtud de que la orden de Allanamiento librada por la Jueza Décimo Quinto de Paz de esta ciudad, carece de motivación pues no se especifica cuales son los argumentos que tuvo aquella para dar dicha autorización, en donde se da para la búsqueda de armas y no para la búsqueda de droga,

aunado a esta situación que la autorización se da de manera amplia al no precisar el lugar de la pesquisa, no obstante que en el acta suscrita por los agentes policiales consta de manera fehaciente que dicha vivienda tiene un número específico.

Además se ha planteado como incidente que los objetos incautados por los agentes policiales no fueron puestos a la orden del Juez que dio la autorización de Allanar, lo cual es contrario a lo dispuesto en el art. 173 inc. 2° Pr. Pn., el cual plantea "que si en la practica de la diligencia se encontraren efectos concernientes a acciones delictivas distintas a las que se investigan, la policía deberá incautarlos y entregarlos al juzgado que libró la orden de registro junto con un informe pormenorizado de su actuación."

Del material probatorio que se ha vertido en Juicio ha quedado evidenciado que efectivamente para poder llegar ha solicitar el Allanamiento a la Jueza Decimoquinto de Paz, los agentes policiales acudieron a la Fiscalía General de la República con el objetivo de poner en conocimiento de dicho ente estatal el hallazgo que aquellos habían conocido por medio de un informante que les había manifestado que en el lugar existía una casa en la cual presuntamente existían armas, lo que además fue documentado por aquellos agentes policiales mediante acta que corre agregada a fs. 146 y 147, en donde incluso se detalla las personas que presuntamente habitan dicho lugar, más sin embargo un representante Fiscal que se encontraba de turno se negó a proceder, por considerar que dicha pesquisa no era lo suficientemente robusta para solicitar el Allanamiento al Juzgado respectivo. Fue de esta forma como los agentes policiales RENE ARNOLDO AYALA, MARIO ANTONIO ALAS CORTEZ y FERNANDO DE JESUS BARAHONA, que acudieron ante su jefe policial, quien les manifestó que solicitaran la referida diligencia al Juzgado respectivo, es así como presentaron ante el Juez de Paz el acta de fs. 146 y 147, con un croquis de ubicación, en donde únicamente se dibuja la casa en la cual presuntamente habían armas.

El Juez Decimoquinto de Paz, emite un auto el que está a fs. 149 en el que autoriza el Registro con posibilidad de Allanamiento dando como único fundamento lo siguiente: "Dado el fundamento en el acta de Inspección Ocular policial y el croquis de ubicación presentado, en virtud de considerarse que en los mismos se establece una fuerte presunción sobre el posible hallazgo de armas o cualquier otro objeto u objetos de procedencia ilícita", luego de ello emite un oficio tal como se dijo con anterioridad.

Este Tribunal en primer termino observa que ha existido una Inconstitucionalidad en la actuación policial al no habersele dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 193 de la Constitución, el cual prescribe que corresponde al Fiscal General de la República: n° 3) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la Ley, este punto pese a que no ha sido advertido de manera expresa por parte de la Defensa, es de vital importancia ya que en numerosas decisiones dadas por la honorable Sala de lo Constitucional se ha dicho que toda detención sin la dirección funcional de la Fiscalía adolece de Inconstitucionalidad, y esto es así porque el Ministerio Público está en la obligación de velar por la legalidad del proceso y con mucha mayor fuerza cuando estemos ante actos que van a limitar derechos fundamentales de los ciudadanos, en todo Estado que se diga respetuoso de los Derechos de los ciudadanos debe dársele plena vigencia a los imperativos establecidos por la Ley primaria porque de lo contrario el Estado mismo pierde legitimidad al momento de sancionar y perseguir a la delincuencia. En la Sentencia de Inconstitucionalidad sobre algunos artículos de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre el particular al manifestar: "Que la dirección de la investigación del delito es encomendada al Fiscal General de la República, junto con las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y promover la acción penal, atribuciones que deben entenderse complementarias entre si, y sometidas a los principios de legalidad e imparcialidad, tal carácter

protagónico de dicho funcionario requiere ineludiblemente la colaboración y la dependencia funcional de la Policía Nacional Civil, cuando esta realice labores de investigación de delitos, ello con el fin de verificar y garantizar el efectivo cumplimiento de la legalidad en la pesquisa de los hechos delictivos y la pureza constitucional del proceso penal desde su fase administrativa."

El razonamiento antes transcrito bastaría a juicio del redactor de esta Sentencia, para dar al traste con el caso que ha sido sometido a Juicio, el que constituye un mal ejemplo de cómo no deben hacerse las cosas, más sin embargo hay que seguir abundando por que se hace necesario dejar claramente establecido los vicios producidos para que de esa forma la autoridad policial en coordinación con la Fiscal se enmarquen dentro de los parámetros fijados por la Carta Magna, la cual constituye el norte y el sur de la actividad que deben desarrollar los entes Estatales, y que como Juzgador de la Constitución estamos en la obligación de cumplir y hacer que se cumpla.

Por otra parte entrando a analizar la autorización emanada de la Jueza Decimoquinto de Paz, Licenciada MAYRA ALCIRA SALGUERO DE AGUILAR, se determina sin mayor esfuerzo mental que carece de fundamento, al no expresar los motivos de hecho y de derecho en que ha basado su decisión para afectar el Derecho Fundamental consagrado en el art. 20 de la Constitución, que prescribe la inviolabilidad de la morada. Debe decirse que si bien es cierto que la morada en principio es inviolable, ésta puede ser allanada mediante un mandato judicial, pero éste no es cualquier autorización dada por el Juez, porque no por el solo hecho de ser Juez ya basta para limitar un derecho fundamental; se requiere que el Juzgador exprese de manera clara y precisa porqué ha llegado a la conclusión de limitar un derecho fundamental, porque de esa manera esa decisión puede ser efectivamente controlada. Una decisión dada por una autoridad en donde no exprese las razones de hecho y de derecho carece de toda legitimidad y es contraria a la Ley. En la misma Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, la Sala de lo Constitucional expresa sobre la necesidad de motivar las decisiones jurisdiccionales cuando señala "En una interpretación desde la perspectiva constitucional, es indispensable que el juez exteriorice en la resolución los motivos para estimar que efectivamente se dan en el caso concreto tales circunstancias, así como consignar las razones por las cuales resulta adecuado a los fines de ese caso concreto decretar la detención provisional del imputado". Esta línea de pensamiento no es exclusiva cuando se vaya a decretar una Detención Provisional, sino que para todas las decisiones que de el juzgador en las que se limite derechos fundamentales, tal como de manera expresa lo dispone el art. 130 Pr. Pn., el cual establece como pena la nulidad de aquellas decisiones jurisdiccionales que carezcan de fundamento, nulidad que al entender de este Juzgador no son de carácter relativo como lo expreso la defensa, sino que son de carácter absoluto, porque ha existido una vulneración de una garantía fundamental, tal como lo dispone el art. 224 n° 6 Pr. Pn., el que prescribe: "Que el proceso es nulo absolutamente en todo o en parte cuando el acto implique inobservancia de Derechos y Garantías fundamentales previstos en la Constitución de la República", en este caso la violación es al art. 20 Cn.

La orden de Allanamiento dada sin fundamentación alguna para registrar o en su caso allanar el inmueble ubicado en la casa sin número de la Comunidad Tutunichapa número cuatro, constituye una autorización dada a la autoridad policial sin especificar de manera concreta el lugar objeto de la pesquisa, lo cual en algunos casos puede ser justificable, porque hay algunos lugares en los que no es posible precisar dirección exacta, más sin embargo en el caso objeto de juicio se ha determinado que la referida vivienda si tenía número, tal como se lee en el acta labrada por los agentes policiales en donde se lee: "En el interior de la casa número ciento veintiséis de la Comunidad Tutunichapa número cuatro, ubicada entre la octava y décima Avenida Norte del Barrio San Miguelito de San Salvador", esta situación es justificada según la representación fiscal porque en el lugar constantemente las personas cambian los números de las casas o los esconden, más

sin embargo el testigo RENE ARNOLDO AYALA, claramente expuso que él no se fijó en el número de la casa, sino que en un recibo de la electricidad que le mostró una de las acusadas, esta situación lo que nos viene a corroborar es la necesidad de que el Ministerio Público tome la dirección funcional de la investigación del delito, a fin de evitar este tipo de ligerezas que afectan el debido proceso y que el Ministerio Público está en la obligación de probar que efectivamente no era posible individualizar la casa objeto del allanamiento, tal como en otros casos conocidos por este tribunal así se han probado, cuando el representante fiscal ha concurrido junto a la Policía a realizar los actos de investigación, situación que en el presente caso no ha existido y por lo tanto no estamos ante los supuestos que el fiscal ha traído a relación para argumentar el porqué no se especificó la vivienda objeto de allanamiento. Este Tribunal quiere dejar consignado que en decisiones anteriores dadas en donde no se ha consignado el número de las viviendas allanadas, se ha probado la imposibilidad de individualizar la vivienda por medio de un guarismo, pero ha existido la dirección funcional de la investigación por parte del Ministerio Público, circunstancia que en el caso ventilado no existió, por lo tanto estamos en un supuesto completamente distinto al que ha sido debatido, son muchos los vicios observados en el presente caso los que no pueden ser pasados por alto por estos Jueces, pues ello sería ser cómplices del irrespeto a las normas Constitucionales, las que según lo dispuesto en el art. 235 Cn., deben cumplirse y hacerse cumplir por todo funcionario; puesto que las normas Constitucionales constituyen preceptos que no pueden dejarse de cumplir con el pretexto de evitar la impunidad, puesto que ello es una mala señal para los órganos persecutores del delito, que deben ceñir su actuación a la norma primaria.

El autor LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, en su obra "Delito de Tráfico de Drogas, aspectos Penales y Procesales", señala resoluciones dadas por el Tribunal Constitucional Español en lo concerniente a la motivación de las resoluciones lo siguiente: "La doctrina de esta Sala ha recordado reiteradamente que las resoluciones judiciales deberán ser debidamente motivadas porque son fruto de la aplicación razonable y razonada del derecho y no de la arbitrariedad del poder. La exigencia de motivación no solo se limita a las Sentencias, como pudiera decidirse de una interpretación literal y restrictiva del art. 120-3 de la Constitución española, sino que alcanza también a los autos a los que afecta igualmente la necesidad de evitar la arbitrariedad aún aparente, viniendo exigida su motivación por las Leyes ordinarias, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que el incumplimiento de dicha exigencia implica lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva", cita tomada de la página 384 de la obra antes citada editada en Valencia en 1999.

Como producto de la violación a los derechos fundamentales antes acotados es que los agentes policiales RENE ARNOLDO AYALA, MARIO ANTONIO ALAS CORTEZ y FERNANDO DE JESUS BARAHONA, es que concurrieron a la vivienda número ciento veintiséis de la Comunidad Tutunichapa número cuatro, y es en este lugar en donde se encuentra las sustancias ilícitas que fueron objeto de peritación a fs. 50 a 52 y 93 a 94, así de igual forma fueron objeto de análisis de orientación efectuado por los señores WILFREDO CAMPOS DE LA CRUZ y ALEJANDRO TEOS ALAS, dicho hallazgo es sumamente impresionante, a tal grado que produce un efecto psicológico en la mente del Juzgador, pese a que nos encontremos ante una prueba de carácter ilícito tal como lo regula el art. 15 Pr. Pn., en razón de ello es que existe una doctrina que señala que es preferible en los casos de prueba ilícita inutilizar la misma, es decir que el Juzgador debe prohibir la admisión de la misma para que de esa forma no sea valorada, porque debe dársele un tratamiento distinto a la ilicitud de la prueba que el que se le da a la nulidad de los actos procesales, puesto que ésta opera en ámbitos diferentes, es por ello que modernamente se está asumiendo una nueva terminología para referirse a las pruebas ilícitas prescindiéndose del término nulidad de las pruebas por su inadecuación; congruente con esta línea de pensamiento el autor Español MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en su obra "El concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal", señala: "En este sentido se debe comenzar por precisar que cuando se hace

referencia a la supuesta nulidad de ciertas pruebas se utiliza una terminología propia de la teoría de los actos jurídicos que, en verdad, hace referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de las nulidades de los actos o negocios jurídicos. Por el contrario se trata de la cuestión de si una prueba puede ser valorada en el proceso o si, por la forma de su obtención o por otras circunstancias, existe respecto de ella una prohibición de valoración....." Nada impide que el Organo Judicial rechace en el trámite de admisión o inadmisión aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, porque aquellas pruebas obtenidas ilícitamente no deben ser admitidas y en caso de haberlo sido no deben ser tenidas en cuenta." No obstante lo anteriormente mencionado por el connotado autor, nuestro sistema procesal faculta para que se le de el tratamiento que estos Jueces dieron al incidente referido a la ilicitud de la prueba, pero, este tratamiento como se dijo en un principio produce un efecto psicológico en la conciencia del Juzgador que tiene incidencia en tratar de valorar los elementos probatorios ilícitos, por lo que el redactor de esta Sentencia es de la opinión de que para evitar dicho efecto psicológico es mejor rechazar de entrada la prueba obtenida por medios ilícitos, lo cual debe hacerse por el Juez encargado de admitir la prueba, para el caso sub judice, debió haber correspondido al Juez Instructor.

El art. 15 y el 162 del Código Procesal Penal nos señala que los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este código. Se trae a referencia dicha disposición porque las sustancias encontradas en la casa número ciento veintiséis de la Comunidad Tutunichapa número cuatro, fueron obtenidas de manera ilícita, y ella atenta contra lo dispuesto en el art. 12 Cn., inciso primero, que señala: "que toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". La presunción de inocencia como verdad interina de inculpabilidad exige para poder ser destruida la concurrencia de prueba que haya sido practicada conforme a las garantías Constitucionales y Procesales, en consecuencia la prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva por tanto de la consagración Constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. Las pruebas irregularmente practicadas son pruebas de valoración prohibida, por cuanto su utilización como prueba de cargo podría vulnerar la presunción de inocencia.

El mismo artículo 15 Pr. Pn., señala que también se puede producir una ilicitud de la prueba cuando esta sea incorporada al procedimiento y no se respeten las disposiciones del código, debe observarse que la diligencia de allanamiento realizada por los agentes policiales no cumple con lo dispuesto en el artículo 175 inc. 2° Pr. Pn., en donde se refiere que el acta será firmada por los concurrentes y dos testigos hábiles, asimismo el art. 330 Pr. Pn., señala en el número cuarto que las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a la Ley podrán ser incorporadas al Juicio, es decir que además de todas las irregularidades ya relacionadas tenemos que al allanamiento no concurrieron los testigos exigidos en el art. 175 ya relacionado, por lo tanto estamos ante un acta de allanamiento ilícita.

Se puede argumentar que el hallazgo de haber encontrado droga en la casa número ciento veintiséis de la Comunidad Tutunichapa número cuatro ubicada entre la octava y la décima Avenida Norte del Barrio San Miguelito de esta ciudad, constituye un delito flagrante y que ello constituye una excepción para poder violar el domicilio, más sin embargo dicha aseveración no debe de ser generalizada porque ello es sumamente peligroso y atentatorio para el fortalecimiento del Estado de derecho, realmente se considera como delito flagrante el que se está cometiendo o acaba de cometerse, lo que nos lleva a una actuación urgente por parte de la Policía, más sin embargo ha quedado plasmado en el presente Juicio que la información que recibieron los agentes policiales fue dada cuatro días antes de la fecha del allanamiento, por lo que dicha intervención policial no era de carácter urgente para pasar por alto una garantía fundamental, la cual no es pensada por el constituyente para proteger delincuentes, sino que para garantizar las libertades

fundamentales de los ciudadanos, es decir que esa garantía esencial no debe de ser desechada de forma baladí.

El Tribunal Constitucional Español exige las notas siguientes para que se configure la flagrancia: "que la acción delictiva se este desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe, además que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o relación con aspectos del delito, debe haber una percepción directa y efectiva (nunca meramente presuntiva o indiciaria) de aquellas condiciones antes dichas; así como la necesidad urgente de intervención, urgencia que si bien va normalmente unida a las situaciones de flagrancia (como medio de evitar ya la consumación del delito que se está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se esta percibiendo directa y sensorialmente) ha de valorarse siempre en función del Principio de Proporcionalidad, evitando intervenciones desmedidas o lesiones de derechos desproporcionados respecto al fin con ellas perseguidas", tomado de la pagina 378, 379 de la obra de LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO ya citada.

Por lo expuesto es fácil descartar la sustentación de que estamos ante un caso flagrante el cual puede habilitar el ingreso de los agentes de autoridad pública.

Deben de rechazarse todos aquellos elementos probatorios que han tenido como origen la prueba ilícita, porque estamos ante los efectos reflejos de la prueba ilícita, esto es así, porque la ineficacia de la prueba ilícita obtenida debe alcanzar también aquellas otras pruebas que si bien son en si mismas lícitas, se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas.

En el presente caso además se argumento por vía incidental que los agentes policiales que buscaban armas no le dieron cumplimiento a lo dispuesto en el art. 173 inc 2° Pr. Pn., es decir que como no encontraron armas sino droga, estaban en la obligación de incautarla y entregarla al Juzgado Decimoquinto de Paz de esta ciudad, esto efectivamente fue inobservado por los agentes policiales, quienes manifestaron que la droga junto con las personas detenidas fueron llevadas a la Fiscalía General de la República y que no se la llevaron al Juez de Paz respectivo porque aquel el día siguiente ya no estaba de turno. Esta situación es una irregularidad más en el presente proceso, la que de la lectura de la disposición antes citada no se determina sanción de nulidad, más sin embargo es un acto irregular que afecta la legalidad del proceso.

Por todo lo anteriormente expuesto estos Jueces son de la opinión que ha existido en el presente caso la existencia de prueba ilícita, la cual no permite entrar a hacer valoraciones sobre la misma y eso impide analizar los aspectos consignados en el art. 356 n° 2 Pr. Pn., referidos a la existencia del delito y a la culpabilidad de las personas sometidas a Juicio, imponiéndose con ello una decisión absolutoria, puesto que no es posible construir la culpabilidad sobre la base de la ilegalidad ya que ello es atentatorio con la existencia de un Estado Constitucional, el cual debe hacerse valer ante todo puesto que solo de esa forma los Organos del Estado encargados de la persecución del delito van a realizar su actuación conforme a la Carta Magna, limitando su actuación a lo consignado en la Ley, puesto que ningún órgano del Estado tiene más atribuciones que las que la Constitución le da.

Redactó la presente Sentencia el Juez MARTIN ROGEL ZEPEDA, formando mayoría en la presente decisión con el Juez JOSE ISABEL GIL CRUZ.

POR TANTO, conforme a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y los artículos 11, 12, 15, 20, 193 n° 3, 235 y 246 de la Constitución de la República, 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 1 y 4 Pn.; 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 1, 2, 3, 4, 8, 9, 15, 16, 83, 130, 162, 163, 173, 175, 180, 224 n° 6, 225, 239, 240, 241, 330 n° 4, 338, 339, 344, 353, 354, 356, 357, 359 y 360 Pr. Pn., a nombre de la República de El Salvador fallamos: A) ABSUELVASE a LIZETH MARISOL RODRIGUEZ HERRERA, de generales ya expresadas en el preámbulo de esta Sentencia por el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO; B) ABSUELVASE a BLANCA ARACELY HERRERA GARCIA o BLANCA ARACELY HERRERA DE SANTOS, de generales ya expresadas en el preámbulo de esta Sentencia por el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO; C) ABSUELVESELES de toda responsabilidad Civil a ambas procesadas por el delito referido; D) Líbrense las ordenes de LIBERTAD pertinentes; E) Procédase oportunamente a la destrucción de la droga incautada; en cuanto a los otros objetos a quien demuestre ser legítimo propietario devuélvase en su oportunidad.

Si las partes no recurrieren de esta resolución se considera firme el fallo.

Archívese el expediente; mediante lectura integral notifíquese esta Sentencia.

VOTO RAZONADO de la Licenciada DELMY YANIRA CHOTO DE CONTRERAS.

Con base en la facultad otorgada en el art. 356 CPP, por ser una decisión tomada por mayoría de los Jueces, fundamento mi voto de la siguiente manera:

Se ha declarado la absolución de las imputadas, con base en la ilegalidad de la orden de allanamiento emitida por el Juez Decimoquinto de Paz de esta ciudad, por las siguientes razones:

- 1) Por no haber especificado el número de casa que se autorizaba allanar, existiendo otras casas en el lugar y estando comprobado que aquella tenía un número con el cual se identificaba de las demás;
- 2) Por estar fundamentada tal orden en menos de un renglón, por lo que no se ha cumplido con la exigencia de motivación necesaria de las resoluciones de los funcionarios;
- 3) Por haberse autorizado con dicha orden, allanar casa por casa y haberse encomendado tal diligencia al órgano policial; y
- 4) Por contener dicha orden únicamente el permiso de secuestrar armas de fuego y al haberse encontrado otros objetos no buscados, éstos, tuvieron que haberse puesto a la disposición del juez que autorizó el allanamiento para su ratificación y no al Juez Quinto de Paz; violándose de esta manera el debido proceso.

En cuanto a la primera situación, es necesario advertir que si bien es cierto la orden de allanamiento no especifica número de casa a allanar, consta en el acta de pesquisa que la vivienda fue individualizada desde un primer momento de la investigación por los agentes investigadores, describiendo la vivienda de una manera tal que la diferenciaba de otras viviendas del lugar, el tener por ejemplo dibujada una X color blanco, paredes de ladrillo rojo, techo de lámina, una ventana color verde, encontrarse dentro de dicha vivienda un árbol color amarillo, así como los nombres de las personas encargadas de dicha vivienda, todo lo cual quiere decir que hubo una investigación previa, en la cual se logró identificar la casa a allanar, no obstante no haberse podido identificar

con un número específico por razones atendibles, ya que los testigos fueron unánimes y contestes al manifestar que no lograron visualizar el número de la vivienda ni cuando realizaron la pesquisa y ni cuando efectuaron el allanamiento, siendo hasta que una de las imputadas les proporcionó un recibo de luz, que pudieron verificar que la casa estaba identificada con el número ciento veintiséis, por tal razón en el acta de allanamiento consta el número referido. En conclusión quiere decir que dicha casa al momento de la pesquisa y el allanamiento mismo, no tenía visible el número que le pertenece, siendo justificable que los agentes no hayan proporcionado a la Juez su correspondiente identificación, no provocando tal situación duda alguna acerca de que la casa allanada fue la que realmente los agentes habían previamente investigado y, por tanto, no procedente declarar la nulidad de tal acto.

En relación a la segunda situación que ha dado motivo a una absolución, ciertamente dicha orden de allanamiento, no contiene una fundamentación de su legalidad, sin embargo, es claro el artículo ciento setenta y tres del código procesal penal, cuando establece que dicha orden deberá expresar el lugar en que la diligencia habrá de practicarse, el tiempo durante el cual estará vigente la orden y la determinación de los objetos que se buscan, siendo todos éstos, los únicos requisitos exigidos por el legislador, los que a juicio de la suscrita se cumplieron, no obstante no estar especificado el número de casa, pues como ya se dijo anteriormente no existe duda acerca de su identificación. Es necesario aclarar que no es precisamente la orden de registro o allanamiento la que deberá expresar la motivación, sino más bien, la resolución del Juez que autorizó tal diligencia, pudiendo advertir la Suscrita, que ciertamente la resolución judicial no está expresa o ampliamente fundamentada, sin embargo, la funcionaria hace referencia a los documentos que motivaron su decisión, los que al ser analizados, a juicio de la suscrita, fueron suficientes para motivar tal resolución y no obstante la Juez incumplió con la obligación que el artículo treinta del código procesal penal le exige, bajo pena de nulidad, tal nulidad sólo deberá ser declarada, cuando la violación de tal precepto, traiga consigo un agravio, lo cual no ha sido así, pues se allanó precisamente la casa que previamente había sido investigada y en la cual efectivamente se encontraron sustancias las cuales está prohibido almacenar, además de comprobarse que la vivienda efectivamente estaba a cargo de las personas que se menciona en el acta de pesquisa. Diferente fuera la situación, si del estudio de la misma, se advirtiera que no existió ningún fundamento que la amparara, lo cual no fue así, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el artículo doscientos veintitrés del código procesal penal, que ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo, aunque la nulidad esté expresamente determinada por la ley cuando el defecto que la motivó no ha producido, ni puede producir perjuicio o agravio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido, por tanto, el defecto contenido en la resolución de la Juez Decimoquinto de Paz, por sí sólo, no es suficiente para declarar la nulidad de tal resolución, mucho menos declarar nulo el proceso en su totalidad y por el absolver a las imputadas.

Por otra parte, se ha alegado que no tuvo que autorizarse al órgano policial, la realización de tal diligencia de tal diligencia, pues ésta tuvo que realizarse bajo el control fiscal, sin embargo, es necesario advertir primeramente la existencia de una disposición que permite al órgano policial realizar tal diligencia, aún sin control fiscal, siendo ésta el art. 173 Pr.Pn., en la que se establece que "el fiscal" o "la policía" deberán solicitar al Juez, la expedición de una orden de registro, del lugar en donde hayan motivos suficientes para presumir que se encuentran objetos relacionados con un delito investigado, de igual manera el art. 239 del mismo cuerpo de leyes, permite a la policía que por iniciativa propia o por denuncia o por orden de la fiscalía proceda a investigar los delitos de acción pública e impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, lo cual así hicieron los agentes policiales, constituyendo sus actuaciones actos de urgencia, pues de no haberse hecho así se temía la obstaculización de la investigación e incluso la impunidad de los autores en esta clase de delito; Existiendo además una razón justificada, para

que los agentes policiales, no hayan actuado bajo el control fiscal, pues todos los testigos fueron unánimes al manifestar que ellos recurrieron a la fiscalía, pero el fiscal de turno les había manifestado que no se podía proceder al allanamiento sino obtenían la entrevista con sujeto que les había dado la información y debido a que el sujeto no quiso identificarse por corre peligro su vida, no fue posible obtener su declaración y su nombre, por lo que ante la negativa de la fiscalía recurrieron al "control judicial", actitud que es de considerar como responsable de parte de dichos agentes, pues cumplieron con la obligación y el deber de investigar un delito de acción pública y no permitieron que el hecho delictivo continuara produciendo consecuencias ulteriores. Por tanto, a juicio de la suscrita no hay precepto legal violado por el cual tenga que declararse la nulidad de tales actos policiales y por ello absolver a las imputadas de este delito.

En relación a que la orden de allanamiento iba dirigida a secuestrar armas y no droga, tal situación ya está prevista por el legislador en la disposición antes señalada (art 173) disponiendo que en tal situación deberá la policía incautarlos y entregarlos al Tribunal que libró la orden de registro, junto con un informe pormenorizado de su actuación, no siendo posible que los agentes policiales dieran, es sabido por todos los involucrados en la administración de justicia y en la investigación del delito, que existen quince Tribunales de Paz en San Salvador, los cuales, realizan turnos, siendo atendible la razón que los testigos captores dieron, en la vista pública que cuando ellos terminaron la diligencia encomendada, el Tribunal Decimoquinto de Paz ya no se encontraba de turno cuando ellos terminaron la diligencia encomendada. Siendo lógicamente razonable que debido a la clase de sustancias incautadas en el lugar, éstos no iban a guardarse la droga para mientras el Tribunal Decimoquinto de Paz estuviera abierto al público, ni tampoco llevar las sustancias al Tribunal que se encontrara de turno en ese momento, ya que por la experiencia común y precisamente salvaguardando la cadena de custodia de la clase de sustancias incautadas, éstas nunca se llevan al juez que libra la orden de registro, sino inmediatamente, según el caso, a la DAN o a la Fiscalía General de la República como lo fue en el presente caso. En consecuencia, por la omisión antes mencionada, no se ha violado precepto legal alguno que cause nulidad en la actuación policial.

Por las razones expuestas no es procedente absolver a las imputadas basando tal decisión en la nulidad de todos estos actos.

ASÍ MI VOTO EN DISCORDIA.

4. **34-02-2a**, TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA S.S. Allanamiento ilegal en operativo policial de registro en la comunidad el Hoyo sin orden judicial. Examen de los hechos sobre la base de las siguientes preguntas: a) ¿Qué consecuencia se genera de que la policía, al desarrollar un operativo policial, ingrese a una morada sin orden judicial?. (b) ¿Si la Policía dice haber ingresado a la morada, con el consentimiento del morador, en qué condiciones debe prestarse ese consentimiento?.(c) ¿Si la Policía tiene permitido obtener información de la persona cuya casa se va a registrar?.(d) ¿Si la Policía debe proceder en la investigación del delito, sin el control y la dirección de la Fiscalía General de la República.(IV) La prueba ha afirmado, sin duda alguna, que los agentes de Policía: Joaquín Cruz López, Mario Eliseo Palma Gutiérrez y otros ingresaron a la casa de Ana Cecilia Morales, sin contar con una orden judicial que autorizara tal registro.

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA, San Salvador, a las dieciséis horas del jueves dieciséis de mayo de dos mil dos.

Visto en juicio oral, el presente proceso penal documentado en el expediente número 34-02-2a, desarrollado contra ANA CECILIA MORALES, de treinta y ocho años de edad, soltera, de oficios domésticos, nacida en San Salvador, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y dos, hija de Blanca Mérida Morales; residente en Sexta Calle Poniente, San Salvador; procesada por el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito de droga, tipificado y sancionado en el artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la salud pública. La vista pública fue dirigida por los jueces del Tribunal Tercero de Sentencia, Licenciados MARTIN ROGEL ZEPEDA, CARLOS ERNESTO SÁNCHEZ ESCOBAR y JOSÉ ISABEL GIL CRUZ, presidida por el primero de ellos, de conformidad con el artículo 53 inciso 1° n° 9 del CPP, en relación con el artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

Han intervenido como partes: los Licenciados Miguel Eduardo Parada Rodezno, en representación de la Fiscalía General de la República; en calidad de defensor particular el Licenciado Héctor Gregorio Zelaya.

HECHOS SOMETIDOS A JUICIO (fs. 142)

En una habitación sin número, del mesón sin nombre, contiguo al taller "San Jorge" de la comunidad "El Hoyo", ubicado en sexta calle poniente y final de la diecinueve avenida sur de San Salvador, a las dieciocho horas del día treinta y uno de julio de dos mil uno, constituidos en ese lugar los agentes MARIO ELISEO PALMA GUTIÉRREZ, JOAQUÍN CRUZ LÓPEZ, el técnico en identificación de drogas JUAN CARLOS MORALES SANTANA, y el fotógrafo JUAN JOSÉ PÉREZ CORTÉZ, dándole cumplimiento a lo establecido en los artículos 177 n° 1 del CPP y 10 lit. 'e' de la LRARD, con el fin de proceder al registro del referido lugar sin orden judicial, por tenerse conocimiento que en dicho lugar se dedican al comercio de droga, al llegar fueron atendidos por una señora quien manifestó llamarse ANA CECILIA MORALES, autorizando el ingreso a su vivienda, obteniéndose el resultado siguiente: al realizar el registro sobre una repisa inferior del perchero, se encontró en una bolsa de plástico con la leyenda de 'Super Selectos', conteniendo en su interior setenta y cuatro porciones de hierba seca, a las cuales al realizarles la prueba de campo resultó positivo a MARIHUANA, luego se encontró una bolsa suspendida en la pared, la que contenía en su interior veintitrés porciones de hierba seca, a las que se les realizó prueba de campo, dando resultado positivo a Marihuana, en la referida bolsa también se encontraron cincuenta y cinco colones y dos dólares, motivo por el que se le manifestó a ANA CECILIA MORALES que sería detenida por el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.

PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO

Se incorporó mediante su lectura la prueba pericial siguiente:

(1) experticia físico-química en material vegetal decomisado, agregada a folios 28, practicada por los peritos: Bachilleres Ricardo Alejandro Teos Alas y Juan Carlos Morales Santana, de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil; (2) experticia físico-química, agregada a folios 84 y 85, practicada por el perito: Licenciado Noé Guillermo Guirola de la Dirección Policía Técnica Científica de la Policía Nacional Civil.

Se reprodujo para incorporar al juicio, en concepto de prueba documental los siguientes elementos: (i) la lectura del acta de registro y captura, agregada a folios 8 y 9; (ii) cassette de video, filmado por el noticiero local "Noticias Cuatro Visión", (iii) álbum fotográfico, agregado de folios 19 a 22.

Se contó con la declaración de los testigos siguientes:

JOAQUÍN CRUZ LÓPEZ, al declarar en lo principal manifestó: que labora en la Policía Nacional Civil, como agente investigador en la Unidad Antinarcóticos, y el día treinta y uno de julio del año pasado, en la tarde de ese día les encomendaron una misión, de hacer un patrullaje preventivo en la comunidad "El Hoyo", ubicada sobre la Sexta Calle Poniente y final de la Diecinueve Avenida Sur, esta comunidad catalogada como de alta incidencia, donde se comercializa droga. Que el declarante forma pareja con el agente Palma Gutiérrez, aunque iban más agentes, que eran varios, no recordando cuantos más; que el declarante y su compañero y otros policías iban uniformados con pantalón y camisa azul, conocido como uniforme de fatiga, el declarante y su compañero no llevaban cubierto su rostro, pero que otros policías sí llevaban cubierto el rostro con gorros pasamontañas y otros agentes andaban sin uniforme.

Que el declarante y los demás policías, llegaron como a las diecisiete horas cuarenta y cinco minutos sobre la sexta y la diecinueve, observando que había un grupo de sujetos; que dichos sujetos al verlos comenzaron a correr hacia el final de la Diecinueve Avenida Sur, que ellos intentaron seguirlos pero fue imposible, por lo que caminaron a paso rápido hacia el lugar donde se dirigieron; que al llegar a la altura del taller que se denomina "San Jorge" una persona no identificada les manifestó que en una 'champa' en el interior del mesón, había una señora que comercializaba drogas y les dio las características, una mujer morena delgada de pelo negro. Que con tal información decidieron ingresar al mesón, por lo que entraron por el portón principal, que este estaba abierto, y como se les había dicho que en la segunda 'champa' al lado derecho, llegaron a ese lugar, que era una 'champa' construida de lámina, que tenía una puerta de acceso, la que estaba medio abierta. Que entonces su compañero Palma Gutiérrez tocó la puerta y salió una señora, con las características que les habían dado, que ella les manifestó "qué desean", por lo que le explicaron lo que necesitaban, y que si les autorizaba a realizar un registro. Que La señora les autorizó y entonces el agente Palma, le dijo "que si ella tenía droga en ese lugar, que se las enseñara"; que la 'champa', en el interior hay una sola habitación una cama, una mesa, una cocina y un perchero. Que después que la señora le dijo donde estaba la droga, señalándole el lugar, el compañero Palma Gutiérrez se dirige al lugar hay una bolsa en la parte inferior del perchero, bolsa plástica blanca; procediendo a verificar lo que contiene y encuentra en su interior varias porciones pequeñas de hierba seca envueltas en papel periódico, eso lo determinaron por la experiencia que ellos tienen, que entonces se llamó al técnico y que éste llegó acompañado de un diligenciador y un fotógrafo. Que fue el técnico quien verificó lo que contenía la bolsa, él la contabiliza, eran setenta y cuatro porciones, procediendo a realizarle prueba de campo, que la misma se realizó ante ellos: la señora, el fotógrafo y el diligenciador, dando la prueba positivo a marihuana que luego el técnico la etiqueta y embala. Que entonces continuaron con el registro y en la parte de la pared encontraron otra bolsa plástica de pañales Hoggies, contenía en su interior más porciones de la misma sustancia de la primera, se le avisa al técnico quien la contabiliza y le realiza prueba de campo en esta bolsa encontraron veintitrés porciones, el resultado de la prueba de campo fue positivo a marihuana. En esta misma bolsa habían cincuenta y cinco colones y tres dólares. Que luego de haberse verificado que era drogas su compañero le dice que quedaría detenida por el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito. Que procedió a leerle los derechos y se identificó a la detenida como Ana Cecilia Morales y la trasladaron a la División Antinarcóticos.

Al ser contrainterrogado dijo: Que la comunidad 'El Hoyo' es un lugar de incidencia de droga, que llegaron a las diecisiete horas aproximadamente, que no recuerda cuántos agentes de policía iban, pero sí iban varios, que el declarante y su compañero Palma Gutiérrez no portaban gorros pasamontañas, pero los otros policías sí. Que ellos sí andaban armados con pistolas y otros agentes con armas largas, que una persona no identificada les dijo que una señora vendía droga,

que en el mesón hay varias champas de lámina, que a la puerta del mesón ingresaron por que estaba abierta, que la puerta de la vivienda de de la señora la tocó el agente Palma Gutiérrez, que ellos sólo entraron a esa champa, que la señora les dio autorización para entrar, que Palma le dijo que le dijera donde estaba la droga, que a la señora el declarante no la vio vendiendo droga, que en el procedimiento de registro no habían fiscales.

MARIO ELISEO PALMA GUTIÉRREZ declaró en lo fundamental: Que es empleado de la Policía Nacional Civil, en la División Antinarcóticos como agente investigador y el día treinta y uno de julio del año pasado, realizaron ese día un operativo preventivo en la comunidad "El hoyo" catalogada como sector de Comercialización de droga. En el operativo participaron como veinte personas más, fue compañero del declarante el agente Cruz López. Que los agentes de Policía andaban uniformados, algunos con gorro navarón, llevaban uniforme de fatiga, de color azul, que sólo algunos andaban de civil. Que al lugar llegaron como a las diecisiete cuarenta y cinco horas aproximadamente a la entrada de la comunidad, la Sexta Calle Poniente y final de la Diecinueve Avenida, al bajarse ellos, varios sujetos se corrieron y entraron a diferentes champas del sector, por lo cual el declarante y los demás policías, se bajaron y se introdujeron a la comunidad y una persona les dijo que en un mesón que estaba contiguo a aun taller una señora comercializaba con droga, que era la segunda champa al costado derecho. Que la señora que le manifestó eso no quiso identificarse, que sólo le dio las características de la persona, diciéndoles que era morena y delgada. Que los policías ingresaron al mesón para verificar tal situación, que la puerta de entrada al mesón estaba abierta, por lo que se dirigieron hacia la segunda champa para verificar la versión, siendo tal vivienda de lámina, puerta de lámina con un varandalito de madera a la entrada, estando la puerta semiabierta, por ello tocaron la puerta y una persona atiende, era una señora morena delgada pelo negro, y el declarante le solicitó permiso para hacer un registro a la casa de ella, manifestándole la misma les dijo que no había inconveniente, preguntándole entonces si ella tenía algún tipo de droga en su poder que se lo dijera, que ella manifestó repentinamente que sí, y señaló un perchero que ahí tenía una bolsa; ante tal información el declarante y su compañero ingresaron a la vivienda y observaron la bolsa y la dejaron, tenía paquetes pequeños recortados en papel periódico, tenía logo de super selectos. Por radio llamaron para que enviara un técnico y un fotógrafo, que llegó al momento y revisó la bolsa para verificar el contenido de las porciones y le hizo prueba de campo el que dio positivo a droga marihuana, la embala y procede a la cadena de custodia, la prueba la hizo ante los presentes: ellos y la señora propietaria. Que posteriormente practicaron un registro por el declarante y encontró otra bolsa colgada en un clavo en la misma pared, esta era de pañales 'Hoggies', revisó la bolsa en su interior y efectivamente tenía porciones envueltas en papel periódico. El técnico verificó lo que contenía, realiza prueba de campo y fue positivo a marihuana, procediendo a embalarla y resguardarla. A la señora de la casa se le detuvo por el delito de comercio tráfico y almacenamiento ilícito. Se le leyeron los derechos. En la primera bolsa encontraron setenta y cuatro y en la segunda veintitrés.

Al ser conrainterrogado dijo: Que sabían que en esa comunidad se comercializaba con droga, y por ello fue el operativo, que iban específicamente a ese lugar, a la comunidad "El Hoyo", que fue una señora quien les dio la información de que una señora vendía droga, que no quiso identificarse, que ellos entraron al mesón a confirmar la situación. Que iban compañeros policías cubiertos de la cara con gorro 'navarone', pero él y su compañero no. Que al llegar al mesón la puerta estaba abierta, y por eso entraron, que el mesón es sólo de champas de lámina, que ellos llegaron a la champa del lado derecho, que la puerta estaba semiabierta y el declarante tocó la puerta, saliendo una persona, que el declarante le preguntó si tenía droga y manifestó que sí y dio permiso para entrar; que habían más policías pero el objetivo del declarante era la champa, que llamaron a un fotógrafo, que la señora no estaba vendiendo droga, que en la diligencia no fueron

fiscales. Al ser preguntado nuevamente contestó. Que la señora se identificó como Ana Cecilia Morales, a esta persona no la identificó con ningún documento.

JUAN CARLOS MORALES SANTANA declaró que el día treinta y uno de julio practicó una prueba de campo en la Comunidad "El hoyo", fue hierba seca, distribuida en dos bolsas en unas setenta y cuatro porciones, envueltas en papel periódico, en otra: veintitrés porciones, cada una de las bolsas era una de 'Super Selectos' y otra de pañales 'Hoggies'. De lo encontrado tomaron una pequeña muestra, utilizaron reactivo específico para marihuana dando un resultado positivo a marihuana y cada una de las cantidades la embalaron, las etiquetaron. La prueba la desarrollaron ante dos agentes y la persona de Ana Cecilia Morales, el declarante se presentó coma a las dieciocho horas, y como a los dos o tres minutos de presentado realizó la prueba de campo desarrolló dos pruebas de campo. Mientras se desarrolla la prueba el fotógrafo tomó fotos. La función del declarante fue rápida se tardó un poquito en el embalaje, tardó como media hora. El reactivo se llama Kn, y da un color rojo ladrillo, no sabe si en ese momento el fotógrafo tomó fotos. En la segunda bolsa no se encontró nada más; que se encontró dinero pero estaba sobre una mesa, la fijó como tercera evidencia.

RAÚL ADALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, el día treinta y uno de julio del año pasado, cuando estaba en el taller de enderezado y pintura, como aprendiz, entraba a las ocho de la mañana salía a las cinco de la tarde, trabaja desde hace un año; el vio en la comunidad "El Hoyo" bastantes policías, vio que al zaguán de "El Hoyo", los policías estaban dándole golpes para ingresar al mesón, en él hay champas de lámina, el portón es de lámina. El vio como unos veinte policías, unos andaban de civil con gorros navarone. Los golpes que le daban era con un objeto que lo toman entre tres o dos y luego lo derribaron, el declarante estaba a una distancia como de quince metros. Como a los cinco minutos de esto, llegaron unas personas de un noticiero. No le consta que si la persona de Ana Cecilia Morales tenga en su poder droga, que ella hace pupusas y también lava ropa ajena, porque ella le ha dicho que a él que le puede lavar ropa, a ella la conoce desde hace cinco años, antes trabajaba en un laboratorio dental que está arriba, el propietario quebró y se fue para Estados Unidos. En donde vive la señora Morales vive con dos hijos, una hija y un hijo, la hija de la señora Morales tiene familia y ahí vive con ella. Sabe que la comunidad "El Hoyo" es de venta de drogas pero no sabe de qué droga. Sabe que ingresaron policías, porque los vio vestidos de negro y algunos andaban gorros navarone. La señora tiene el negocio de pupusas en la esquina, afuera de la comunidad, lo hace de las cuatro en adelante. Los agentes llegaron como de las cuatro de la tarde, ella ya había sacado, las cosas para afuera. El ya le había encargado unas pupusas en el lugar donde ella hecha pupusas. Luego la vio que ya la traían detenida los policías. El noticiero llegó después que los policías habían botado la puerta. El declarante observó que detuvieron a dos personas más. Que a la puerta sólo se rompió el pasador. GERARDO CRISTIAN VARELA VALENCIA, trabajaba en la Sexta Calle Poniente en un laboratorio dental, cerca de ahí como a una cuadra hay una Comunidad llamada "El Hoyo". El treinta y uno de julio en horas de la tarde, él se dirigía hacia donde la señora Ana Cecilia Morales, como a las cuatro y media de la tarde, regresó a su trabajo, cuando llegaron los agentes se dirigieron hacia donde ella e impulsaron el portón, eran como veinte policías, sabe que eran policías porque iban uniformados. Tomaron un hierro e ingresaron a la casa donde ella habita, donde tiene su negocio, la casa es de lámina. En el lugar había niños y el vio desde como veinte metros que al rato llegó una señora con una niña cargándola que venía lesionada, los policías ingresaron violentamente y comenzaron a revisar la casa. La señora estaba haciendo pupusas. Para ingresar a la casa de la señora hay que ingresar primero al portón que es de lámina, luego está la casa de la señora Cecilia. En el momento que ocurría eso no vio ninguna cámara de televisión. Eso duró como una hora, el declarante lo vio todo, en ese momento no llegó ninguna cámara de televisión. Cuando

finalizó eso la traía detenida a la señora Cecilia, a ella la fueron a traer de donde ella estaba haciendo pupusas. Que en el lugar de ahí no toda la gente está metida en drogas, de lo que se le acusa a los policías. Que los policías andaban vestidos de azul, algunos, otros con gorros, y otros de civil.

FEDERICO ANTONIO VALLE MALDONADO. Manifestó que es Licenciado en Derecho, y trabaja en el Seguro Social de Zacamil, de seis y media a dos treinta de la tarde. Que el declarante vive cerca de una comunidad denominada "El Hoyo". Que el día treinta y uno de julio del año pasado, a eso de las cuatro y treinta a cinco de la tarde, llegó un contingente de policías como de veinte aproximadamente e ingresaron por la Sexta Calle Poniente, y sobre la Diecinueve Avenida ingresaron otros por el lado de la "Gerardo Barrios"; que era notable el contingente de policías que llegaron: unos uniformados, pero unos iban encapuchados y otros de civil, que se bajaron y entraron al pasaje donde vivía la imputada Ana Cecilia Morales, la que él conoce desde hace treinta años aproximadamente, que la policía con un tubo de hierro, rompieron la puerta que está a la entrada del pasaje, siendo dicha puerta de lámina y madera, que el declarante se encontraba de la puerta como a unos quince metros y no sabe que hay en el interior, es decir que pasó, si sabe que en el interior hay champas, por que ha ido a la vivienda de la señora a comer. Que El declarante llegaba a donde la señora Morales, porque ella hace almuerzos y además vende pupusas, etc. Que ese día ella estaba laborando, ella tiene de cuatro a cinco hijos, en lo que él la conoce nunca la ha visto vendiendo droga.

Al ser contrainterrogado dijo: Que ese día treinta y uno de julio él sólo se dio cuenta que detuvieron a la señora Cecilia. Que la señora fue capturada en el lugar que habitaba, aunque ella mueve la plancha para hacer las pupusas, es decir la saca de casa. Que Todo lo que ocurrió sucedió de cuatro a treinta a cinco y treinta aproximadamente, en ese lapso de tiempo no pudo ver medios de comunicación que llegaran.

Los puntos sometidos a deliberación y votación según lo dispuesto en el artículo 356 del CPP fueron: en cuanto al n° 1, en vista de que no fue planteada ninguna cuestión incidental que se haya diferido para este momento no se tomó como tema de deliberación.

Procediéndose al n° 2 de dicho precepto legal, en lo referente a la existencia del delito y la culpabilidad. Al redactar su voto el Juez Sánchez Escobar dijo: que la deliberación que ha precedido con los otros jueces, permite fundar el voto en el sentido siguiente:

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

(I) El conjunto de la prueba desfilada ha demostrado varias situaciones así: (1) Que el día de los hechos, a la Comunidad "El Hoyo" se hizo presente un contingente de policías, para realizar un operativo policial; (2) que de todo el personal policial, unos iban completamente uniformados, otros además vestían gorros 'pasamontañas' que cubrían sus rostros y otros vestían de civil; (3) que al llegar a un mesón frente al taller "San Jorge", penetraron a un mesón contiguo, forzando el portón que estaba cerrado. (4) Que penetraron a la vivienda de ANA CECILIA MORALES, sin orden judicial y sin dirección de la Fiscalía General de la República; (5) que los agentes de policía dicen haber entrado con el consentimiento de Ana Cecilia Morales; (6) Que en la morada de Ana Cecilia Morales la policía le preguntó que adonde tenía la droga; (7) Que Ana Cecilia Morales les manifestó una bolsa donde tenía Marihuana; (8) Que la policía registró la morada de Ana Cecilia Morales, encontrando Marihuana en dos bolsas plásticas.

(II) Para el Ministerio Fiscal, aunque la casa se registró sin orden judicial, tal acto es legal, por que a la morada se ingresó con el consentimiento de la titular y por que había un delito flagrante, según el aviso que recibieron de una persona no identificada, quien les manifestó que en el mesón, una señora vendía drogas. Para la defensa, el allanamiento de la vivienda de Ana Cecilia Morales sin orden judicial ha sido ilegal y solicitó nulidad absoluta por dicho motivo. El Tribunal, sobre esa

cuestión incidental, definió examinarla al pronunciar sentencia y ello, una vez recibida toda la prueba, es lo que a continuación se considerará.

(III) El examen primordial de los puntos que el Tribunal va a considerar son los siguientes: (a) ¿Qué consecuencia se genera de que la policía, al desarrollar un operativo policial, ingrese a una morada sin orden judicial?.

(b) ¿Si la Policía dice haber ingresado a la morada, con el consentimiento del morador, en qué condiciones debe prestarse ese consentimiento?.

(c) ¿Si la Policía tiene permitido obtener información de la persona cuya casa se va a registrar?.

(d) ¿Si la Policía debe proceder en la investigación del delito, sin el control y la dirección de la Fiscalía General de la República.

(IV) La prueba ha afirmado, sin duda alguna, que los agentes de Policía: Joaquín Cruz López, Mario Eliseo Palma Gutiérrez y otros ingresaron a la casa de Ana Cecilia Morales, sin contar con una orden judicial que autorizara tal registro.

La inviolabilidad de la morada es una garantía normada al más alto rango, ello en virtud de que se reconoce en el artículo 20 de la Constitución de la República, en el artículo 17 n° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 n° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La garantía de inviolabilidad de la morada no es una norma que se justifique en sí misma; ella preserva importantes derechos fundamentales de la persona, como son: la intimidad, la dignidad personal, la libertad, protege en suma que la persona no sea perturbada en su vida mediante injerencias indebidas o irrazonadas, no sólo por los particulares, sino también de parte de cualquier representante del Estado.

Este derecho de no injerencia a la morada supone la premeditación legal de mecanismos que eviten la transgresión a esa garantía, tales mecanismos en nuestro ordenamiento se devienen de la misma Constitución, puesto que el artículo 20 prevé los supuestos únicos y legítimos por los que una persona o autoridad del Estado puede ingresar a la morada. Dichos supuestos son específicos y no pueden ampliarse por ninguna circunstancia, en detrimento de la garantía citada por que ello alteraría su contenido esencial –artículo 248 de la Constitución– y la procedencia de los motivos por los cuales procede ingresar a la morada, debe ser interpretada restrictivamente, es decir, no permitiendo intelecciones extensivas que desmejoren la tutela que hace a la garantía citada.

De las causas que la Constitución autoriza para ingresar a una morada, una de ellas es el consentimiento del morador, pero este mecanismo no debe conducir a erradas interpretaciones de que el consentimiento del morador suple *ab initio* la necesidad de que la autoridad policial en la investigación del delito, so pretexto de invocar la anuencia del consentimiento del morador no requiera la orden de un Juez para habilitar el allanamiento y registro de la morada.

El consentimiento del morador es un mecanismo precario y muy excepcional para la autoridad, y lo es más cuando esta actúa en una actividad de persecución sancionatoria. En tales casos, la razonabilidad aconseja que el ingreso a la morada sea mediando una orden judicial, salvo circunstancias excepcionales que más adelante se tratarán.

Para elucidar ello, conviene considerar cuál es la finalidad de un registro de domicilio en una actividad policial. Para graficar la necesidad de un registro, diremos que este acto no se realiza para que un policía se solace con el panorama interior de una vivienda. Cuando la Policía solicita un registro de morada, lo hace con el único presupuesto de encontrar evidencia de un delito o de detener a una persona sujeta a la privación de libertad.

Este acto –el ingreso a la morada– supone la restricción inmediata de varios derechos fundamentales que la persona tiene garantizados, es por ello que la decisión de ingresar a su vivienda no puede quedar librada al arbitrio y potestad de la Policía. En materia de restricción de

derechos y garantías fundamentales, esa decisión corresponde con exclusividad al juez y sólo excepcionalmente –en casos específicos– la Constitución faculta a la Policía a afectar tales derechos –por ejemplo el artículo 19 de la Constitución– pero en cambio, la decisión de si ingresa o no a una morada, no le está confiada a la entidad policial, salvo el caso del delito flagrante o de peligro hacia las personas.

Esto lo decimos por que la solicitud de la policía hacia el morador, de que preste su consentimiento para ingresar a su morada, no es un simple acto de un ciudadano, es un requerimiento de una persona investida del poder del Estado y que ejerce con imperio ese poder; en tal sentido no se trata de una petición inocua, sino de un acto de autoridad, mediante el ejercicio de una función estatal.

La solicitud de ingreso a la morada o la obtención del consentimiento del morador debe suponer necesariamente una valoración de circunstancias que el policía conoce y valora para solicitar el ingreso, con una finalidad que es registrar la morada en busca de evidencias de un hecho delictivo. Ahora bien, lo que debe preguntarse el Tribunal es si los policías están facultados por la Constitución para hacer esa valoración de en qué casos y bajo qué circunstancias solicitarán el consentimiento para ingresar a la morada. Mi respuesta es negativa, y es así porque ello supondría usurpar una función jurisdiccional, que implicaría la evaluación de indicios y sospechas para ponderar si una garantía constitucional debe ser restringida. Esa valoración corresponde, entratándose del ingreso a la morada, únicamente a un juez –salvo el caso de delito flagrante–; puesto que en esencia de la preservación de la incolumidad de la morada radica en que una autoridad independiente e imparcial pueda razonadamente, por medio del análisis de elementos de convicción, que le han sido presentados, decidir si hay causa probable para ordenar el registro y allanamiento de la vivienda de un ciudadano.

En verdad, la inviolabilidad de la morada, como garantía primaria, es un acto de razonabilidad del constituyente que ha querido preservar la morada de sus habitantes de ingresos compulsivos e irrazonados de la autoridad. De ahí que esa decisión razonable resulta materialmente quebrantada por parte de la Policía, cuando en lugar de requerir órdenes judiciales para el ingreso en la morada, lo hacen amparándose en el consentimiento del morador, el cual en este caso es ilegítimo, como más adelante se dirá.

Aceptar por el tribunal, que la Policía –so pretexto de obtener de consentimiento del morador– no está obligada a investigar, presentar los hallazgos de su investigación y requerir la orden judicial, es permitir la afectación sustancial de la garantía respecto de actos de investigación del delito; y es que nosotros entendemos que en la investigación de los hechos delictivos, la norma del artículo 20 no está habilitando ordinariamente que a la morada se ingrese por el consentimiento de la víctima, sino que para ello, el mecanismo idóneo y acorde con el principio de proporcionalidad, es la autorización judicial; es decir, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, se debe buscar el medio menos lesivo y el que más potencia la efectividad de la garantía y de los derechos que tutela y en tal sentido nos parece más garantizada para la inviolabilidad de la morada que se solicite la orden judicial de registro y no que el policía se aboque al morador a pedir autorización para ingresar a la misma. Desconocer esto, sería avalar que en cualquier circunstancia bastaría, con pedir el consentimiento del titular, sin necesidad de pedir órdenes judiciales, con lo que este último supuesto perdería normatividad y ello no es admisible en la interpretación constitucional, pues supondría una desmejora en la tutela de la garantía.

Como ya lo expresamos, la Policía no está legitimada para hacer valoraciones respecto de las informaciones probatorias y decidir si una garantía debe ser afectada; la Policía está para encontrar y presentar esa información y no para valorarla. Ello lo decimos porque el solicitar consentimiento para ingresar a una morada, no es una cuestión que nace por generación

espontánea, sino que necesariamente debe surgir de unas valoraciones de hechos, que esa actividad le está vedada al órgano policial. Aceptar que la Policía tiene esta facultad valorativa equivale a admitir que la Policía pueda dirigirse a la vivienda de cualquier ciudadano para obtener su consentimiento para ingresar a la misma, sin que se sepa y se controle bajo que condiciones la policía ha decidido hacer la solicitud de ingreso, esa valoración en verdad sustituiría la valoración de un juez, porque no se sabría si con la información que el policía dice haber recibido un juez habría o no accedido a que se ingresara a la morada, en suma opinaron que estas cuestiones valorativas, la Constitución no ha querido que queden en manos de la Policía –salvo el delito flagrante– y por ello se ha señalado la necesidad del mandato judicial, el que quedará defraudado si la solicitud de ingreso, la Policía en lugar de presentarla al juzgado, la presenta al morador para que ésta autorice el ingreso.

El Tribunal, al evaluar este caso, debe cuestionarse cuál sería la consecuencia a la que expondríamos la garantía de inviolabilidad de la morada, si permitiéramos que el consentimiento sustituya a la orden judicial como medio de ingreso a la morada, por parte de la autoridad policial. Entendemos que la consecuencia sería volver dúctil, frágil e inoperante la garantía que establece la inviolabilidad del domicilio, porque su contenido esencial protector quedaría sensiblemente reducido. Qué necesidad habría entonces de abocarse a solicitar una orden de registro al Juez, si el Policía estaría siempre facultado para llegar ante el morador como agentes de autoridad en un acto de poder y solicitar su permiso para ingresar a la morada; el resultado de avalar este proceder será el propalar allanamientos sin orden de Juez sustituyéndolo por el consentimiento del morador; ello sería conducir la garantía de inviolabilidad de la morada a una abstracción lírica de buenas intenciones que ya no estaría sujeta al control del Juez, sino al control del poder policial y a ello nos oponemos, porque la orden judicial para allanar y registrar moradas en un acto de persecución del delito, no es ni debe ser tratado como una eventualidad accidental, sino como un acto necesario –la orden judicial– sin cuyo concurso el acto es ilegal, salvo otras condiciones que en adelante se evaluarán.

Ahora conviene examinar más a fondo el aspecto del consentimiento, puesto que aunque ya se abordaron algunos puntos del mismo, éstos se matizaron por su estrecha vinculación a la necesidad de la orden judicial que autoriza el allanamiento y registro de una morada. En este apartado se examinará cuál es el alcance del consentimiento del morador para habilitar el ingreso a su morada y bajo qué circunstancias este consentimiento es legítimo y válido.

Lo primero que debemos examinar es que el consentimiento no es un acto enteramente objetivo, es decir aséptico de la realidad en la cual se presta por el ciudadano, en este caso ante la autoridad policial que lo ha requerido. Así el consentimiento del morador debe meritarse de acuerdo a las circunstancias particulares en las que es prestado. Y de ello, el tribunal debe elucidar si un consentimiento que se dice se ha prestado válidamente, en verdad lo es. En el caso *sub judice*, cuando el consentimiento se requiere en el desarrollo de un operativo policial, donde concurren diversos agentes de policía inclusive algunos cubiertos de sus rostro, con gorros tipo ‘navarone’ y otros vestidos de civil utilizando armas cortas y largas, y que han ingresado por la puerta principal del mesón mediante inusitada violencia, puesto que la han forzado con un instrumento "tubo de hierro". Entendemos que en ese contexto la razón nos indica que no puede obtenerse un consentimiento totalmente válido, puesto que ante el despliegue de fuerza que es común en estos actos –según lo informa la experiencia– no puede aspirarse a obtener un consentimiento del morador para permitir el ingreso a su vivienda libre de una compulsión al menos latente que en nuestra opinión deslegitima la obtención de un consentimiento válido. Es que se trata de un operativo policial donde concurre gente armada y enmascarada, que ingresa

violentemente por la puerta principal del mesón, en esas circunstancias no hay, entendemos según la razón, la prestación de un verdadero consentimiento.

El consentimiento que preste el morador a la autoridad, que no se ha provisto de registro para convalidar ese acto, debe ser un consentimiento libre de toda sospecha que la voluntad del morador puede estar constreñida de manera implícita o explícita. Si hay duda en este punto, debe negarse todo valor al consentimiento.

Ahora debemos volver a la finalidad verdadera de los registros y allanamientos cuando los ejecuta la autoridad policial con fines de investigación del delito, en estos actos, la policía no tiene como finalidad directa dominar o no el consentimiento de la persona para entrar a su vivienda. La finalidad única, de ingresar a la vivienda de un ciudadano, se reducen a la obtención de evidencia material sobre un hecho criminal o la búsqueda de una persona que tiene orden de detención. Sólo que esa finalidad de persecución del delito, se da nada más y nada menos que ante una garantía fundamental que es valiosísima: la morada de la persona que resguarda diversos derechos fundamentales de las personas que viven en ese lugar. Es por ello que el ingreso a la morada se restringe a una serie de específicos casos que no pueden extenderse. Y como un registro, para la actividad policial, tiene que ver: o con la obtención de prueba, o con la captura de una persona, el consentimiento del morador no está vinculado de manera necesaria a esos supuestos. En otras palabras, no es igual que el morador consienta ante un particular, que ante una autoridad que ejerce imperio porque actúa amparada bajo el poder estatal. Es por ello que el artículo 20 Cn. de entre varias situaciones estatuye el ingreso a la morada bajo mandato judicial. Y en qué casos es que normalmente debe acudirse a la autoridad judicial cuando se va a ingresar a la morada de una persona por parte de la Policía; precisamente es en estos casos en los que hay una función de persecución del delito, porque el ingresar a una morada, es un acto de suma gravedad, que no puede quedar librado a la estimación del policía para decidir en qué casos deberá o no pedir el consentimiento del morador, inclusive el allanamiento por orden de juez es una medida sumamente gravosa, de *ultima ratio* que debe ser concedida, previa demostración de motivos fundados, que el juez está en la obligación de valorar y motivar y sólo agotado ese acto podrá decidir fundada y razonablemente si procede, allanar la morada de una persona. Todas estas garantías quedan aniquiladas si el tribunal consintiera que de ordinario la policía pueda juzgar en qué casos solicitará el consentimiento del morador para entrar a su vivienda y obviar el cumplimiento de presentar evidencia posible para solicitar ante el juez la orden respectiva, salvo el caso del delito flagrante.

Aquí debe reiterarse lo que ya dijimos, no es Constitucionalmente válido que la Policía, en lugar de presentar las solicitudes al juez, con la información respectiva para satisfacer su pretensión de investigación o persecución del delito, se dedique a obtener el consentimiento del morador. En este caso no tenemos ninguna información que nos acredite imposibilidad real de la Policía para solicitar órdenes de registro. Se ha probado que los policías se dirigían específicamente a la comunidad "El Hoyo", que iba un contingente de aproximadamente veinte policías, que todos iban equipados para un operativo de esta naturaleza, es decir de búsqueda de droga, no se trata meramente de un operativo de patrullaje, esa conclusión para el tribunal es irrazonable, según lo informa la lógica y la experiencia común. Es que la prueba ha demostrado que los policías van todos juntos, unos van uniformados, algunos llevan cubierta la cara con gorros tipos 'navarone', otros van de civil, inclusive llevan artefactos para forzar las puertas, lo cual así hacen con la puerta principal del mesón. En esas circunstancias resulta obvio que los agentes de Policía tienen una finalidad determinada: montar un operativo de búsqueda de drogas, pues pertenecen a la Unidad Antinarcóticos, y si ello es así, nada ha impedido para que pudiesen haberse provisto de órdenes de registro, pero ello no ha sucedido, ni siquiera había concurrencia de la autoridad fiscal, no

obstante la obligación constitucional de la Policía de subordinar la persecución del delito a la dirección funcional del ministerio fiscal.

Y en el caso que nos ocupa, dado el operativo montado y que se sabía que la Policía se constituiría a la comunidad "El Hoyo", para pesquisar en relación con conductas de narcoactividad, no ha concurrido –a juicio del tribunal– causa legítima alguna, que impidiese a la Policía, presentar los recaudos respectivos para solicitar las órdenes de allanamiento respectivo; si ello no ha ocurrido y la Policía ha preferido solicitar en el desarrollo del operativo el "consentimiento" de los moradores para que éstos permitan su ingreso, ello es para el tribunal una razonable presunción de que la Policía está procediendo ilegítimamente en cuanto a su actuación, y en este caso debemos señalarlo; ahora bien, tal presunción no corresponde probarla a quien resulta afectado en su derecho, sino a la autoridad le corresponde probar que no ha actuado ilegítimamente. Y sobre ello, qué confiabilidad puede darnos la prueba que se apoya en el dicho de los agentes de Policía, si estos en lo concerniente a la entrada al portón principal del mesón que hizo la Policía, manifestaron que entraron al lugar porque la puerta de acceso estaba abierta, y se ha demostrado, por otro testimonio, que nos parece más creíble –el del testigo Valle Maldonado– que los agentes de Policía al penetrar a ese portón, lo forzaron, pegándole con instrumento de hierro. En tal sentido y con la fehaciencia de esa prueba, el tribunal no puede ya conceder valor a esos dichos y por lo tanto esa sospecha de un actuar ilegítimo se mantiene.

Con lo considerado queremos indicar claramente que, a juicio del tribunal, el consentimiento del morador no es el medio más idóneo para que la Policía, en actividades de persecución del delito, ingrese a las moradas de los ciudadanos, y es que aquí se trata de una cuestión de control del poder estatal; si la Policía decide en qué casos solicitará el consentimiento de los moradores, esta determinación escapa al control legítimo que sobre su actividad deben desarrollar jueces y fiscales, y es que el ingresar a la morada de un ciudadano, es un acto de ejercicio de poder, que no se trata de una mera formalidad o un simple procedimiento, se trata del respeto a una de las garantías fundamentales, que resguarda derechos primarios de la persona. Es por ello que entendemos que, salvo determinadas excepciones –que más adelante se tratarán– el ingreso a la morada de una persona, por parte de la Policía, en actos de persecución del delito, está sujeto a la decisión del juez para conceder o no la orden de allanamiento; con ello estamos indicando, que el policía no puede tomar, de *muto proprio* como en este caso, la decisión de si restringe o no la garantía aludida. El domicilio es una institución demasiado sagrada para que la decisión de su registro descansa en la convicción policial –salvo el caso del delito flagrante– esa trascendental decisión únicamente compete al poder judicial, custodio natural de la misma Constitución y de vigilar su cumplimiento o de declarar las ilegalidades cuando las actuaciones del poder lesionen los mandatos constitucionales.

Como corolario de este punto examinado, debemos considerar en qué casos la Policía se encuentra legitimada para entrar al domicilio de una persona sin el requerimiento de orden judicial. Uno de los supuestos ha sido ya sometido a consideración del tribunal bajo el argumento de que el registro era legítimo porque se está en presencia de un delito flagrante.

La flagrancia es uno de los mecanismos que el artículo 20 Cn. señala como actuación legítima constitucional para ingresar a la morada, en lo pertinente se dice: "por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración". Ahora bien, conviene examinar que es la flagrancia para fijar los límites de hasta dónde se puede ingresar legítimamente ingresar a un domicilio, bajo este supuesto normativo, sin afectar el núcleo esencial de la garantía de morada, es decir, sin volverla inoperante como medio de tutela de los derechos fundamentales.

La flagrancia es un regulativo de carácter procesal, que sirve como mecanismo legítimo para la restricción de algunos de los derechos fundamentales, y que sólo procede cuando por la evidente

constatación de una conducta con apariencia criminal, apreciado *in situ*, por el que la percibe, quien por su vinculación directa e inmediata, con ese hecho puede proceder a restringir un derecho primario del perpetrador de la conducta, sin esperar mandato judicial para ello.

Entonces lo que legitima la flagrancia y enerva en ese momento la actividad jurisdiccional, es la evidente percepción del hecho, por la persona que restringirá el derecho fundamental. Sólo en este caso, de percepción palmaria e inmediata del suceso criminal, se permite al policía que valore los hechos, para decidir si allana la morada, incluso sin el consentimiento del morador, y obviamente sin orden de juez, puesto que lo urgente de la situación hace que sea razonable la limitación de una garantía en esas circunstancias. Pero el requisito esencial y no fungible es que el policía por él mismo, observe la manifestación de la conducta que le permitirá en ese caso excepcional, decidir si ingresa o no a la morada. Por el contrario, si a la Policía le brindan información que él no puede constatar de manera inmediata y directa, de que se está cometiendo un delito, por que no puede percibir ese fenómeno, no le es dable en tal caso decidir valorativamente si ingresa a la morada, o como en este caso, si requiere el consentimiento del morador. Por que el juicio que se forme en estos casos ya no está sustentado en su propia observación y constatación de los hechos, es decir, ya no está ante un delito flagrante y en tal situación no le es permitido a él, subrogarse funciones que no le competen, como es: si se restringe o no un derecho fundamental, aún pidiendo el consentimiento del morador, porque como ya lo expresamos en estos casos, que ya no son de urgencia, la Policía actuaría sin control –como ha sucedido en el caso *sub judice*– tanto de la Judicatura como de la misma Fiscalía, y las decisiones que tomara estarían supeditadas a la propia discrecionalidad policial, de admitirse ello, haría que la garantía de que la morada es inviolable resulte disfuncional para su tarea de prevenir los abusos no sólo de particulares sino de la misma autoridad.

Lo anteriormente expuesto se puede reconducir a la flagrancia en los términos de los presupuestos de intermediación temporal y personal de la flagrancia, lo cual no sólo involucra al hecho sucedido y a la persona que aparece como ejecutora del hecho, sino también debe ser predicado del o de los sujetos que perciben el hecho flagrante; es decir, si se trata de policías que serán quienes restringirán el derecho fundamental, ello tiene que estar en una intermediación temporal y personal directa e inmediata con el suceso flagrante. Sobre ello, en este caso particular, esa necesidad relacional entre hecho flagrante y agentes de Policía no ha ocurrido, consta de toda la prueba testimonial que los agentes de policía no perciben el suceso por ellos mismos, sino que una persona que no identifican, les indica que hay una persona delgada morena que vende droga. Nótese la falta de requisitos esenciales de inmediatez, no sólo temporal, sino personal, que determinan que en verdad en este caso no haya ocurrido una verdadera flagrancia, ni una cuasi flagrancia negativa y que por ende el allanamiento no pueda justificarse en este supuesto de flagrancia, por lo que el apercibimiento de la orden de registro emanado de la autoridad judicial era necesario.

Lo único que legitima un allanamiento sin orden judicial es el delito flagrante, por que para decirlo parafraseando a Brichetti, en estos casos el policía ve flamear el delito, lo percibe con sus sentidos en alguna de sus manifestaciones. Precisamente a ello es equiparable el otro supuesto normativo constitucional: el peligro inminente de su perpetración y como lo indica Vassali, esta es la llamada cuasi flagrancia negativa, en el sentido de que aunque no ha ocurrido el delito en cuanto inicio de ejecución, este ya va a perpetrarse de manera probable, ello también habilita el registro pero con la misma condición que el agente de policía percibe él directamente por sus sentidos este suceso de inminencia delictual, sólo así su proceder es legítimo, conforme a la garantía de inviolabilidad de la morada que en este caso cede razonablemente ante la flagrancia delictiva o ante la inminencia del delito, pero sujeta a los términos que hemos indicado.

Otro punto importante, que debe abordarse, es el tocante al hecho probado de que los agentes de Policía, particularmente el agente Palma Gutiérrez, antes de proceder al registro exteriorizó ciertas preguntas a la imputada, directamente concernientes a si ella tenía droga en su poder. Sobre lo anterior, cuando la Policía por alguna razón –justificada o no– solicita a alguien ingresar a su morada para registrar, no lo hace más que con otro afán que el de obtener evidencia demostrativa que sospecha se encuentra en ese lugar, si no fuera así, el registro sería un acto excesivo e irrazonable, puesto que la Policía no puede –al azar– decidir si registrará una morada, aún por la vía del consentimiento.

De ahí que el registro de morada se hace respecto de una persona ya sospechosa, y por ende, ante esa calidad inminente se debe asegurar, al menos, por los policías, ante la persona, el derecho a guardar silencio, que equivale a explicarle, que no está obligada a manifestar nada y que todo lo que manifieste puede ser utilizado en su contra; sin embargo en este caso, es la misma Policía quien provoca la información de la persona, que inclusive ya ha sido señalada ante tal autoridad, en tal caso, esa información que los agentes dicen que la imputada les manifestó es violatoria del artículo 12 Cn. que no obliga a nadie a declarar contra sí mismo. Y es que esta garantía no debe verse como un instrumento que tutela únicamente las declaraciones compulsivas, al contrario actualmente hay formas más refinadas de violar ese principio, una de ellas, es la que nos ocupa en este caso, la cual es no informar a la persona del derecho que tiene a guardar silencio y explicar a la persona que ya es sospechosa, es decir que no se le aclara que no está obligada a brindar información que pueda incriminarla en el hecho que se investiga, si ello no se cumple, obviamente estaremos en presencia de una declaración obtenida sin la verdadera voluntad de la persona, por que lo que se afecta, es el conocimiento de que esta persona no está obligada ante ninguna solicitud de la Policía a brindar algún tipo de información. En tal sentido dicho proceder policial ha violentado el artículo precitado.

Conviene ahora examinar, si la evidencia que se ha obtenido en el registro –el hallazgo de la marihuana– debe ser valorada como evidencia demostrativa en contra de la acusada. Admitir que esa prueba tiene algún valor, es admitir que la Policía puede perfectamente violar principios, derechos o garantías constitucionales, sin que esa actitud de transgresión a la normativa constitucional genere ningún efecto. En este punto el tribunal debe ser categórico, la Policía está obligada en la investigación del delito a respetar el marco constitucional y las violaciones que en su proceder inflija a la Constitución afectarán sus actuaciones a nivel probatorio. Es que aquí no se trata de una mera formalidad o de cuestiones de "mero tecnicismo", al contrario, se trata de mantener incólume nuestro régimen Constitucional, que no debe ser violentado, mucho menos por las autoridades constituidas, y si se violenta, esa actividad debe ser declarada inefectiva, es decir debe perder su legitimidad probatoria. Y es que la evidencia obtenida por las autoridades, para juzgar a una persona por un delito, debe ser una evidencia válidamente obtenida, por lo que cuando dicha obtención se hace mediante procedimientos injustificados, violatorios, no sólo de la mera legalidad, sino de una norma constitucional, tal evidencia debe ser excluida por ser sustancialmente ilícita, aunque el propósito de la autoridad haya sido descubrir un delito, porque ello lesiona el debido proceso.

Es que si se está, en verdad, en un auténtico Estado Constitucional de Derecho, la primera obligación de las autoridades es la sujeción a la Constitución y a la estricta legalidad, quienes ejercen el poder del Estado no pueden, ni aún so pretexto de que se enfrenta el delito, transgredir el orden jurídico, ni mucho menos el orden supremo que se deriva de la Constitución. Es por ello que la integridad del poder judicial y de una proba administración de justicia no puede apoyarse en pruebas que son violatorias de la misma Constitución, en verdad, que la correcta administración de justicia se vería comprometida si para fundamentar una sentencia de condena los tribunales admitieran prueba que violenta una norma constitucional en cuanto su obtención, cuando

precisamente el juez como todo funcionario ha jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución – artículo 235 Cn– y ello significa que los tribunales deben hacer prevalecer la Constitución sobre cualquier acto que signifique la transgresión de la misma.

Y es que la misma Constitución establece la punición de aquellos actos que entre otros violen las disposiciones constitucionales –artículo 244 Cn– si ello es así, queda claro que las infracciones a la Constitución no son meras transgresiones que puedan tolerarse por los órganos de justicia. En materia de prueba, toda aquella evidencia que se obtenga violando un derecho, principio o garantía fundamental no puede tener ningún valor apreciativamente porque dicha prueba es ilícita y es facultad de los jueces declarar que una prueba ha sido obtenida ilícitamente; ello por ejemplo se ha confirmado por precedentes del tribunal constitucional que ha dicho: *"Que la facultad de determinar la licitud o ilicitud de la prueba, es facultad exclusiva del juez ordinario que conoce en materia penal"* HS001299R.99 Y aquí reiteramos: la administración de justicia, como poder en el que descansa la tutela imparcial de la Constitución –los jueces sólo nos debemos a la Constitución, artículo 172 Cn– debe ser respetuosa al máximo del orden constitucional y de las leyes infraconstitucionales, y de este orden que debe ser en extremo irreprochable, no puede ser beneficiario de aquellas actividades originadas en procedimientos violatorios de la Constitución, que producen no otra cosa que prueba ilícita; tampoco una imparcial, recta y proba administración de justicia puede consentir sin más, que actos quebrantadores de la Constitución, sean legitimados, aceptando como lícita la prueba que se ha obtenido violando la misma Constitución. Es que aunque la Constitución constituye un orden que todos debemos respetar, las actuaciones excesivas que podrán violentarla, son las que le otorgan validez y legitimidad, porque ante las violaciones de que es objeto, la constitución mantiene su vigencia normativa, ahí se confirma su señorío a través de las transgresiones, en cuanto que éstas ni deben ser toleradas, ni mucho menos coonestadas, sino que deben ser extirpadas, suprimiendo todo valor a aquellos actos que la transgreden.

En atención a ello, el tribunal entiende que la evidencia que se dice se encontró en el lugar donde se registró, constituye prueba ilícita, en el sentido de ser obtenida directamente como consecuencia de unos actos ilegales, puesto que se han violentado para su obtención, tanto la garantía de inviolabilidad de la morada, como la de no declarar contra sí mismo, artículos 20 y 12 Cn.

La consecuencia de un procedimiento ilícito, en este caso realizado por la Policía, que es ilegítimo y violatorio de las garantías antes enunciadas, es la exclusión de la valoración de toda esa información proveniente de una misma fuente ilícita. Y la razón de excluir esa prueba es la siguiente: qué legitimidad puede tener aquella autoridad que para obtener recaudos materiales probatorios, procede a violentar el ordenamiento jurídico y de este, el orden constitucional; obviamente si la autoridad en este caso policial ha procedido de esa manera, los actos que ha practicado son totalmente ilegítimos, y no puede este tribunal conferirles valor alguno. En este caso debe quedar muy claro: que la persecución del delito, cualquiera que éste sea, no habilita a la policía a actuar ilegalmente en violación de las garantías constitucionales para obtener prueba sobre los hechos. Si nosotros admitimos semejante ilegalidad y le dotamos de valor probatorio, deslegitimamos nuestra alta función de jueces, no sólo independientes e imparciales, sino también sometidos a la Constitución y a velar por el exacto cumplimiento de la misma y por que las otras autoridades cumplan su mandato de resguardar el orden constitucional. En un Estado Constitucional de Derecho, las violaciones de las garantías primarias, con el fin de tener una investigación "eficiente" son intolerables, y la prueba debe ser excluida por espuria, por que la investigación del delito no se erige sobre la arbitrariedad e ilegalidad de las actuaciones de los

representantes del Estado, sino sobre una actuación ceñida a la estricta legalidad, en la que se respeten a todas las personas sus derechos fundamentales y las garantías que tutelan los mismos. Una muestra de la sujeción de todas las autoridades al orden constitucional es el precedente en este punto, que sienta nuestra Sala de lo Constitucional cuando dice: *"El Estado Constitucional de Derecho mantiene, pues, el principio de legalidad, pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de constitucionalidad"*; y continúa *"El Estado Constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley in suo ordine sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en alguno de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional"*.

Y como regulativos del Principio de Estado Constitucional se citan: *"la limitación de la actividad de los órganos del poder por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos fundamentales; y la teoría del control jurisdiccional de toda la actividad del Estado"*.

El artículo 15 del CPP, que se encuentra dentro del Capítulo de las Garantías Mínimas y que establece la legalidad de la prueba, se explica precisamente a partir de lo que se ha dicho en los fundamentos que preceden. La prueba solamente será válida si esta ha sido obtenida lícitamente, sino la misma debe excluirse en el ámbito de su valoración, o dicho en otras palabras, con prueba ilícita no se puede fundamentar una sentencia de condena. Es que admitir como prueba válida, aquélla que se ha obtenido con violación de derechos fundamentales, sería en primer lugar: desconocer el derecho a la dignidad personal, en el sentido que a la persona deben respetársele todos sus derechos que le acuerda la Constitución, sólo por ese hecho tan meritorio de ser persona humana, proclamar esos derechos y no hacerlos cumplir cuando se violan, sería un averroismo jurídico del orden constitucional que no estamos dispuestos a permitir.

Pero además, la persona tiene derecho a un proceso penal justo, o como se dice, a un debido proceso; la pulcritud de este procedimiento no sólo se dispensa para la actividad jurisdiccional, sino que se vincula a toda actividad de investigación de delito, incluido su génesis, en tal sentido, también la policía está obligada a respetar este marco normativo, porque un proceso justo, es esencialmente aquel en el que se respetan todos los derechos y garantías fundamentales de la persona, y cuando se irrespetan, esta actividad lesionadora, genera consecuencias que afectan la finalidad de los actos que perjudicaron tales derechos. Entendemos que también la prueba ilícita compromete, en alguna medida, la seguridad jurídica, en el sentido que la prueba ilícitamente obtenida es la más clara expresión de la no sujeción de la autoridad al principio de estricta legalidad, y ningún ciudadano puede estar seguro, si la misma autoridad que debe –por sobre todo– un respeto inmaculado a la Constitución y las leyes, es quien se encarga de transgredir las mismas, sea intencional o con grave falta de prudencia sobre su actuación.

Con todo lo dicho, el tribunal declara que los elementos de convicción que se obtuvieron en el registro constituyen prueba ilícita en el sentido que la obtención de dicha evidencia fue posible mediante la violación de las garantías de inviolabilidad de la morada y de no declarar contra sí mismo, y por ello, esos recaudos deben ser excluidos de toda valoración, conforme a los artículos 2, 12, 20, 86 inciso final, 172, 235 y 244 Cn, artículos 1 y 15 del CPP que en su esencia se oponen a todos aquellos actos abusivos del poder que lesionen el orden constitucional.

Por último, agregaremos dos situaciones más, una de ellas también es de orden constitucional y se refiere, en este caso, a la actuación de la Policía, de realizar sus actividades de persecución del delito sin el control de la Fiscalía General de la República; la Policía, en esta tarea de perseguir el delito, no es una corporación autónoma, que responda a un organismo sin control, su actuación en el marco constitucional supedita la actividad policial a la dirección fiscal. Ello no es nuevo, ya desde

añejas sentencias, el tribunal constitucional ha sido contundente en este punto, la policía no puede actuar al margen de la Fiscalía, en la persecución del delito, excepción hecha únicamente por el delito flagrante, cuando éste verdaderamente sucede, que no es el caso que nos ocupa, según se dijo supra. Los precedentes a los que se ha hecho alusión son los siguientes: HS02C96R.96 *"Existe infracción constitucional cuando la Policía Nacional Civil, no cumple con el mandato constitucional e infraconstitucional de la dirección funcional del Fiscal General de la República"*. HS037C96.96 *"El órgano auxiliar está obligado a consultar al Fiscal General de la República cualquier decisión que tenga relación con la detención, allanamiento o decomiso"*; Proceso de Habeas Corpus 2-B-96, de las trece horas con treinta minutos del día veintitrés de enero de mil novecientos noventa y seis; del que resulta importante lo siguiente: *"Se insiste que la Policía debe subordinar su actuación a la Fiscalía, no al contrario. Ello porque en tanto autoridad, está sometida al ordenamiento constitucional, y son la Constitución y la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, claras en cuanto al papel que deben desempeñar tales instituciones en la represión del delito, siendo competencia de esta Sala, garantizar regular el funcionamiento de los órganos del Estado en tanto su competencia es materia constitucional"*. En igual sentido el HSS/Nac. HS034992.92 en el cual se dijo: *"La consulta o dependencia funcional de la Policía Nacional Civil con respecto a la Fiscalía General de la República, no pretende llenar con una formalidad más la investigación preliminar, sino garantizar la ejecución y verificar de tales diligencias y que no revisten el carácter de ilegales o arbitrarias."*

En este caso, entendemos inferencialmente que ha concurrido una omisión deliberada de la Policía, de realizar su tarea de persecución del delito sin el control de la dirección funcional del Ministerio Fiscal, lo que precisamente conduce a las violaciones de garantías y derechos fundamentales como los que se han expuesto en párrafos que anteceden. Precisamente sobre este punto y entrándose de allanamientos, se ha dicho por el tribunal constitucional lo siguiente: *"La actividad de investigación concedida a la Fiscalía General de la República, encuentra su asidero en el artículo 193 numeral 3 de la Constitución y 84 del Código Procesal Penal, permitiéndole la realización de las diligencias iniciales de investigación, lo que implica el practicar el allanamiento de la vivienda del imputado, respetando las disposiciones constitucionales respectivas y avalado por la autorización judicial"*. (Sentencia en Habeas Corpus 06/IV/1999-589-98).

Para finalizar, el último punto que abordaríamos está centrado en lo siguiente: los dichos de los testigos Joaquín Cruz López y Palma Gutiérrez, en este caso en particular, no nos merecen entera fe para acreditar todos los hechos que ellos narran como sucedidos. Y no nos merecen credibilidad porque han sido contradichos razonablemente por otra prueba testimonial, en este caso la del testigo Francisco Antonio Valle Maldonado. Y es que si algo le quedó claro al tribunal, es que los agentes de Policía, que intervinieron en el operativo, no entraron al mesón por una puerta que estaba abierta, sino que ellos mismos forzaron este portón; este dato, no precisado por los testigos, desdice de su fehaciencia y a partir de estas inexactitudes graves, el tribunal ya no puede concederle el suficiente valor probatorio a unos testimonios que no le inspiran esa convicción. La prueba testimonial para que permita fundar una sentencia de condena, debe ser razonablemente incuestionable, objetiva, libre de toda vacilación notoria y que no permita dudar de la veracidad de los hechos que narran los testigos. En este punto los testigos declaran como ocurrido, algo que ocurrió, a nuestro juicio, de manera totalmente diferente y ante ello, negamos suficiencia probatoria a sus dichos, por lo que esta incredibilidad también se conecta, al consentimiento libre y espontáneo de la imputada que los testigos dijeron haber obtenido, así como al hallazgo de la evidencia encontrada, de todo ello el tribunal tampoco tiene certeza y este es otro fundamento que es conveniente citar a la fundamentación de esta sentencia.

Sobre el restante material probatorio, básicamente el de la prueba videográfica, lleva razón el fiscal que cuestionó la veracidad de la misma, para tener por acreditado los hechos que refleja, el video por si sólo poco demuestra y sin mayor valoración, el tribunal no lo alcanzará pues por esa insuficiencia probatoria, no es apto para fundamentar nuestra decisión ni en beneficio ni en perjuicio de la acusada.

En suma, el tribunal es de opinión que según todos los argumentos predichos, los agentes de Policía, en su actuación transgredieron las garantías de los artículos 12 y 20 Cn. que tutelan la inviolabilidad de la morada y el derecho a no declarar contra sí mismo, y por ende la información probatoria que devino de dichas violaciones al orden constitucional, son prueba ilícita, que hace invalorable la misma para fundar una sentencia de condena, y de igual manera, la credibilidad del dicho de los policías, por lo que se deberá absolver a la imputada de la acusación fiscal, tanto en lo atinente a la responsabilidad penal como a la civil. En consecuencia, la imputada deberá permanecer en libertad y cancelarse todas las medidas cautelares impuestas en defecto de la privación de libertad provisional a la que estuvo sometida. En cuanto a la droga marihuana secuestrada, deberá ordenarse su comiso y posterior destrucción y respecto del dinero secuestrado, por haberse encontrado junto a la droga, se ordena su pérdida, debiendo destinarse definitivamente a la cuenta del Fondo General de la Nación.

Las decisiones fueron asumidas por UNANIMIDAD de votos, y a la redacción del voto del Juez Sánchez, se han adherido plenamente los jueces Rogel Zepeda y Gil Cruz.

POR TANTO: Conforme a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y los artículos 11 y 12 de la Constitución de la República, 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 1 y 4 del CP; 2, 5 y 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 1, 15, 130, 162, 354, 356 inciso 1°, 357 y 360 del CPP, a nombre de la República de El Salvador con votos unánimes FALLAMOS: A) Absuélvese de toda responsabilidad penal y civil a ANA CECILIA MORALES, de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia, de la acusación fiscal por el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, en perjuicio de la salud pública; B) Continúe en la libertad en que se encuentra la procesada; C) Devuélvase la cantidad de doscientos veintiocho punto cincuenta y siete dólares, depositados como fianza, debiendo para ello, girarse oficio en formato especial al Ministerio de Hacienda, específicamente al Departamento de Fondos Especiales y en Depósito, de la Dirección General de Tesorería; D) Líbrese oficio a la misma dependencia del Ministerio de Hacienda, indicando que los ocho punto veintinueve dólares, pasan a formar parte del Fondo General de la Nación; E) Procédase oportunamente a la destrucción de la droga incautada y demás accesorios. F) Si las partes no impugnan esta sentencia considérese firme el fallo. Notifíquese mediante lectura integral y entrega de copias.

8. **P0901/4-2000** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE CHALATENANGO. Inspección corporal ilegal. Extracto: "Es así que todo procedimiento esta basado en normas reguladoras para la actuación ante los organismos administrativos y jurisdiccionales y en este caso "el procedimiento Rutinario" que se argumentó fue utilizado, no tiene, en la manera tal como fue practicado, un respaldo legal, ya que se puede llegar a utilizar y dañar a través de un "*fraude de etiquetas*" como es la Requisa Personal, prevista en el artículo 178 del Código Procesal Penal, Derechos Constitucionalmente reconocidos como lo son el Artículo 2 inciso 2°, en el que garantiza el Derecho a la Intimidad Personal y el artículo 10 establece que: "La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la perdida o el irreparable sacrificio de...la dignidad de la persona...", en razón que se somete a la persona a una opción menor entre dos gravosas como son: "o someterse a la "Requisa", a través de un procedimiento como el señalado o abstenerse definitivamente de visitar a la persona requerida", que en el caso que nos ocupa es el hijo de la procesada.

P0901/4-2000

TRIBUNAL DE SENTENCIA: Chalatenango a las nueve horas del día nueve de febrero del año dos mil.

Causa número 03-01-2000, seguida contra la señora **María Teresa Almendarez Navarrete**, de cuarenta y cuatro años de edad, acompañada, de oficios domésticos, originaria y del domicilio del Cantón Teosinte, Arcatao, Chalatenango, hija de los señores Apolinaria Almendares y Raymundo Navarrete; por el delito de **COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO**, previsto en el artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública.

Figurando como representante de la Fiscalía General de la República, el Licenciado René Orlando Peña Velázquez, quien actúa en su carácter de Agente Auxiliar, Adscrito a la Unidad Antinarcostráfico de la Fiscalía General de la República, y el Licenciado José Javier Clavel Flamenco en su carácter de Defensor Público. Conociendo la presente causa el Tribunal de Sentencia, integrado por los Licenciados Sandra Luz Chicas Bautista, Dina Elizabeth Castaneda Interiano y Oscar Ernesto Contreras Quintanilla; Presidiendo la audiencia de Vista Pública, la Licenciada Sandra Luz Chicas Bautista, en su calidad de Jueza Presidente del Tribunal.

RESULTADO:

I Que el Ministerio Fiscal presentó acusación en contra de la imputada **María Teresa Almendarez Navarrete** por el consiguiente hecho: "Que el día diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, a las nueve horas y cinco minutos en el cubículo de registro de señoras visitantes del Centro Penal de esta ciudad, la señora María Teresa Almendarez, se encontraba ingresando a dicho penal a visitar a su hijo interno José Antonio Almendares y al momento de pasar el registro la señora registradora Marta Elizabeth Ruiz, al proceder a hacerle el registro y al tocarle su parte íntima y por sospecha de llevar algo ilícito le pidió que hiciera cinco cuclillas fue que se le salió y ella misma se lo retiró cuando vio que era una bolsa transparente plástica, sostenida con una cinta adhesiva transparente, siendo que la señora registradora va a llamar al cabo de turno para entregárselo en presencia de la señora Almendarez y el cabo Francisco Alejandro Almendarez, llevó a la señora a la oficina del Alcaide quien se encontraba de fin de semana de turno de nombre Carlos Alfredo Erazo Romero; seguidamente se llamó al comandante de turno Raúl Jovel Amaya, para que en presencia de dicha señora María Teresa Almendarez verificara el contenido del envoltorio el cual se abrió y se pudo verificar que el contenido era hierba seca de color verde olivo, al parecer marihuana; posteriormente bajo el oficio número 1039 el comandante de servicio Raúl Jovel Amaya informó al señor jefe de la Policía Nacional Civil de Chalatenango, sobre la detención de la señora María Teresa Almendarez, asimismo hizo constar que le hizo saber a la señora el motivo de la detención y sus derechos, anexando la Cédula de Identidad Personal de la misma, el decomiso de la hierba seca al parecer marihuana y Acta original de procedimiento..."

II- Que los hechos narrados han sido promovidos por el Ministerio Fiscal, por el delito de **COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO**, previsto en el Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

III- El debate se celebró en AUDIENCIA PUBLICA, el día siete de febrero del año dos mil.

IV- En los procedimientos se han observado las prescripciones y términos de la ley, y.

CONSIDERANDO:

I- Que este **TRIBUNAL DE SENTENCIA**, resolvió todos los puntos sometidos a su conocimiento y, en la aplicación de las reglas de la sana crítica establecidas en los Artículos 162 inciso 3° y 356 inciso 1° del Código Procesal Penal, valoró la prueba vertida en la Vista Pública que a continuación se describe:

a) Prueba Pericial ofrecida por la representación fiscal, consistente en:

Experticia físico química, practicada el día veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, por los Técnicos en Identificación de Drogas y Sustancias Psicotrópicas, del Laboratorio Técnico de la Policía Nacional Civil, Bachilleres Oswaldo Ernesto Sánchez Tobar y Gregorio Rodas Martínez; en el cual en lo pertinente hacen constar: Haber tenido a la vista una porción mediana de hierba seca, en el interior de dos bolsas plásticas transparentes y selladas con cinta adhesiva transparente, dicha porción se encontraba en el interior de una bolsa plástica gruesa y sellada con cinta adhesiva color amarillo con el logotipo de esa División Policial que la porción de hierba seca objeto de análisis, es de **marihuana**, con un peso de **dieciocho gramos dos décimas de gramo**, y tiene un valor económico de **ciento ochenta colones**, droga que por sus efectos es clasificada como **alucinante**, sometida a la fiscalización nacional e internacional conocida científicamente como cannabis sátiva linneo. Al pie de dicha pericia, aparecen dos firmas ilegibles pertenecientes a los Bachilleres Oswaldo Ernesto Sánchez Tobar y Gregorio Rodas Martínez, Técnicos, y un sello que se lee: Policía Nacional Civil, El Salvador, División Antinarcóticos Laboratorio Técnico.

Análisis físico y químico practicado a la hierba, de fecha uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, en el Laboratorio de Investigación Científica del Delito, por el Licenciado Noé Guillermo Guirola, Analista de Drogas, Policía Nacional Civil, en el cual hace constar: Haber tenido a la vista una bolsa de papel manila con el sello del Juzgado Segundo de Paz de Chalatenango en la que se lee: " Causa Penal No. 083-99-4, C/ María Teresa Almendarez, por Comercio, Tráfico y almacenamiento ilícito", en su interior la evidencia 1/1, recibida con un peso bruto de 62.6 gramos, consistente en una bolsa plástica transparente, en la que se lee: "Ratificación de Secuestro No. 027-99-4, Causa Penal No. 083-99-4, cerrada con cinta adhesiva color amarillo de la DAN, divididas en cuatro secciones por sellos de color; en la primera sección una viñeta color blanco con información general acerca de la evidencia y procedencia de la misma; en la segunda sección, una bolsa plástica transparente cerrada con sellos de calor conteniendo material vegetal; en la tercera sección, dos bolsas plásticas transparentes sujetadas con cinta adhesiva color azul y blanco de evidencia; en la cuarta sección una bolsa plástica transparente con cinta adhesiva color amarillo, conteniendo un sobre elaborado de papel bond y grapas, y una viñeta que contiene información general de la evidencia. Del análisis realizado se obtuvo que el peso neto del material vegetal es de diecisiete gramos cuatrocientos sesenta y tres milésimas de gramo, positivo a cannabis sátiva linneo, conocida comercialmente como marihuana, obteniéndose un valor comercial de ciento setenta y cuatro colones sesenta y tres centavos. A pie de dicha pericia, aparece una firma ilegible perteneciente al Licenciado Noé Guillermo Guirola, Analista de Drogas, PNC, lo mismo que un sello que se lee: Policía Nacional Civil, El Salvador, Laboratorio de Investigación Científica del Delito, Drogas.

b) – Prueba testimonial ofrecida por la representación fiscal consistente en: Testigo Marta Elizabeth Ruiz, quien lo esencial manifestó: "Que labora en el Centro Penal de Chalatenango, desde hace año y medio, desempeñándose en el cargo de registradora y lleva registro de alimentos y registro personal; que el diecinueve de septiembre del año pasado, estaba en registro personal desde como a las siete y treinta de la mañana; que registró a la señora María Teresa Almendarez, y después que la registró y le dijo que hiciera cinco cuclillas, que le tactó y le sintió algo en su parte íntima, por lo que le dijo que hiciera otras cinco cuclillas por que estaba segura que llevaba algo, que ella llevaba algo raro y cuando su persona pasó la mano y le tocó algo le dijo "sáqueselo" por lo que la señora por voluntad propia se lo sacó; al principio la señora decía que no traía nada, pero luego se lo sacó y lo puso en un papel de diario, por lo que su persona llamó al cabo Francisco Alejandro Almendarez, quien llegó hasta la puerta, y se lo puso en la mano del cabo ya que se lo acababa de sacar; que la señora decía que no sabía nada de eso y tampoco como le había entrado y se puso a contar varias historias; que luego se la llevaron para oficina administrativa donde el Alcaide, luego llamaron al comandante para verificar que era, ya que no lo sabían, pero por la experiencia que tienen y el hecho de llevarlo escondido, fue que sospecharon que era algo prohibido; que su compañero le facilitó unas tijeras y le cortaron un pedacito y vieron que era monte color verde olivo, estando presente la señora; que la bolsa era transparente, estaba redoblada y sujeta con una cinta adhesiva transparente; que luego levantó un acta la cual leyó y firmaron todos, posteriormente se coordinó por parte de los jefes y se llevaron a la señora a la PNC, dos de sus compañeros y su persona, **** iba portando la bolsa decomisada, pues era la encargada de la misma, luego se la entregaron al cabo de turno y esperaron para ir a hacer la prueba a la DAN, para realizarle la prueba de campo, luego se fueron juntos con dos agentes que pusieron de allí, la señora y su persona, que en la DAN a presencia de la señora y de ellos, el técnico les explico la prueba de campo y luego les dijo que iba a dar color rojo ladrillo y así fue, por lo que posteriormente le dijeron a la señora que quedaba detenida y le leyeron los derechos; que luego la hierba se puso en una bolsa y se selló y desde el momento que pintó rojo la prueba dijo el técnico que era positivo; que la señora dijo que otra persona le dijo que se metiera la hierba al Penal y que le iba a pagar por pasar eso, pero ella no sabe nada acerca de eso, agregando que ellos no estaban en disposición de ayudarle a alguien que hace eso, y le dijo la señora que tenía que decir lo que creyera conveniente, que al momento de registrar a la señora, por la experiencia y sospecha de que ella estaba introduciendo droga, se le hizo que hiciera las cuclillas, que le tactó lo que llevaba en su parte íntima, siendo donde la señora llevaba la droga, y la señora si sabe que va a un penal sabe que se expone a un registro bajo la sospechas correspondiente; que después que se tactó, le hizo que le hiciera las cuclillas y ella solita se lo sacó por que ella se lo ordenó, y se lo entregó al cabo indicándole a la señora que no podía entrar al Centro Penal, pero no estaba detenida ya que su persona no estaba autorizada para ello, solo que no podían dejar ir ya que por la experiencia que tienen, la señora llevaba algo prohibido; que luego se hicieron presentes a la delegación de Chalatenango, con toda la seguridad disponible con otros compañeros, luego se hizo acta de todo y como no había como hacer la prueba les dijeron que tenían que ir a la DAN,".

Testigo Raúl Jovel Amaya, quien en lo pertinente manifestó: "Que se desempeña en el Centro Penal de Chalatenango, desde hace dos años dos meses, su función es supervisar los servicios durante la semana y siempre en el fin de semana es subdirector del Centro Penal; que el diecinueve de septiembre del año pasado, tuvo conocimiento de parte de Marta Elizabeth Ruiz, que como a las nueve cinco horas la señora María Teresa Almendarez, al pasar al cubículo del registro, se le encontró una cosa extraña en sus partes íntimas, y cumpliendo con su obligación de registradora le dijo que le hiciera cuclillas, luego le dijo que se sacara lo que llevaba, entregándolo la señora al cabo Francisco Almendarez, posteriormente se fueron a la Alcaldía donde se verificó que era hierba seca al parecer marihuana, por lo que le indicó a la señora registradora que hiciera un acta del decomiso, la cual se transcribió y se dirigió a la Policía Nacional Civil, para que se verificara si era droga y se realizara el procedimiento correspondiente que realizaron ese día, es

parte de sus Obligaciones, además ha conocido de otros casos en los que se ha encontrado droga; que aquí el registro no es tan minucioso, solo que si algo se sospecha se registra más, sin dañar la dignidad de la persona, logrando que si la persona lleva algo, ella misma lo entregue; Que cuando se sospecha, se ordena a la persona que hagan cuclillas, siendo cuando toca y siente algo anormal que se ordena eso y como había algo de sospecha, fue que se le dijo a la señora que mejor se lo sacara; Que la registradora verificó y luego ellos vieron que era hierba seca al parecer marihuana; que el objeto iba en vuelto en plástico de bolsa transparente, que la señora al interrogarla dijo que lo había hecho ignorantemente, ya que le habían pagado noventa y cinco pesos para que lo hiciera; que el contenido de la bolsa se verificó a presencia de la señora, a quien la registradora le preguntó porque llevaba eso en su parte íntima; Posteriormente la registradora levantó el acta y la firmaron todos lo que estaban presentes; agregando que el cabo Almendarez preparó una pareja de agentes para que trajeran a la señora a la Policía Nacional Civil, para que allí verificaran el contenido. Que hallazgo el día domingo diecinueve de septiembre del año pasado, lo cual le consta porque estuvo presente en el registró; luego se hizo la remisión por parte del señor Alcaide; que la señora iba a la policía no en calidad de detenida solo se estaba remitiendo poniéndola a disposición de la autoridad; Dicha señora fue trasladada a la policía juntamente con el objeto decomisado, que los agentes que trasladaron a la señora a la Policía, era una comisión preparada y la registradora era quien llevaba el decomiso hacia la Policía Nacional Civil,".

Testigo Francisco Alejandro Almendarez, quien en lo esencial manifestó: " Que labora en el Centro Penal de Chalatenango, desde hace dos años ocho meses, como agente de seguridad, que el diecinueve de septiembre del año pasado se desempeñó como cabo de turno siendo ese un día de visita y la registradora lo llamó y abrió la puerta, saliendo la señora imputada también y le entregó un objeto, siendo las nueve y diez de la mañana; que la registradora es Marta Elizabeth Ruiz; Que su persona no entró al cuarto de registro sino que se quedó afuera; que ella abrió la puerta y lo llamó y afuera la señora imputada María Teresa Almendarez le entregó el objeto, agregando que no supo dónde se había encontrado el objeto, la registradora le dijo que la señora traía un objeto y la imputada se lo puso sobre una hoja de papel bond oficio; Luego procedieron con la señora y la registradora a dirigirse hacia la oficina del señor Alcaide Carlos Erazo, estando presente también el señor Raúl Jovel Amaya; que la señora registradora abrió la bolsa, pero se podía ver lo que contenía la bolsa sin abrirla; que por la experiencia sabían que lo encontraron era algo sospechoso por lo que el Alcaide levantó un acta y luego todos la firmaron; luego se le pidió que seleccionara dos agentes para proceder a entregar a la señora y el objeto a la policía, siendo que también los acompañó Marta Elizabeth Ruiz, quien lleva el decomiso, acompañada del encargado de la Comisión Roberto Alas Alas y Eliseo Guevara. Agregando que el día de los hechos sucediendo algo anormal, siendo que la señora Marta le manifestó que a la hora de registrar a la señora se le encontró algo, su persona vio el objeto, que por encima se miraba que contenía algo que no se podía identificar; la señora le puso el objeto sobre una hoja de papel y en la oficina del Alcaide fue abierta por la señora Marta Elizabeth Ruiz, observando que contenía hierba seca, la cual no podían identificar; que a la imputada no se le manifestó nada, solo se hizo el acta, la remisión y luego se trasladaron a la policía. Que la señora imputada no manifestó nada acerca de lo encontrado."

Testigo Carlos Alfredo Erazo Romero, quien en lo pertinente manifestó: "Que la labora en el penal de Chalatenango desde hace cuatro años y medio, desempeñándose como encargado de ingreso y egreso de reos; que el diecinueve de septiembre del año pasado laboro de ocho de la mañana a cuatro de la tarde; ese día presencié que la señora María Teresa Almendarez, llevaba droga y fue remitida a la policía; lo cual supo porque la registradora, el cabo Francisco Almendarez y Raúl Jovel, le dijeron eso, ya que su persona estaba encargado de la coordinación administrativa, que todo sucedió como a eso de las nueve, encontrándose en su oficina y llegaron ellos llevando a

la señora; que el señor Francisco Almendarez llevaba el paquetito en sus manos, el cual se procedió a abrirlo para verificar el contenido, el objeto era más o menos como una pelotilla envuelta en bolsa plástica transparente con cinta aislante; luego la señora registradora abrió el paquetito, observándose que en su interior contenía hierba seca color verde olivo; posteriormente se hizo el acta y se afirmó, ya que a presencia de los cuatro se hizo la verificación, que la señora imputada manifestó que a ella le habían pagado para que llevara esa cosa allí; después de firmar el acta, su persona elaboró el oficio de remisión para la policía de Chalatenango y se remitió a la señora; que solamente la registradora manipuló y tocó el objeto decomisado, ya que solamente hay una registradora. Que estuvo de turno el día dieciocho y diecinueve, y sucedió que la señora llevaba un objeto extraño en su parte íntima, por lo que se siguió el procedimiento, y la registradora procedió a abrir el objeto verificando que contenía hierba seca color verde olivo y por el lugar donde la señora lo llevaba y su experiencia, era droga, pero no lo asegura porque para ello se debe hacer el procedimiento respectivo, que no se realizó ningún otro acto ni se le manifestó nada más a la señora".

Testigo Hugo Arnoldo Murcia, quien en lo pertinente manifestó: "Que labora en la Delegación de la Policía Nacional Civil, Chalatenango, desde hace seis años, desempeñándose como cabo de la División Antinarcóticos, que el diecinueve de septiembre del año pasado, se les informó que en la delegación se tenía a una persona que se le había encontrado hierba seca, por lo que al hacerse presente como a las dos o tres de la tarde, encontró que estaba la señora que está aquí presente en la delegación, acompañada de una muchacha que trabaja en el penal y dijo que ella le había encontrado el objeto cuando practicaba el registro; que le dijo la registradora como habían encontrado el objeto y el procedimiento que habían llevado, el cual era normal; que la encargada del registro era quien llevaba el objeto; agrega que su persona fue apoyado por el cabo Amilcar Mejía; que el cabo le entregó un oficio y un acta, posteriormente se le dio el trámite legal, se practicó la experticia para verificar si era droga lo decomisado, ya que se hizo el traslado de la sustancia, la señora y la registradora a la División Antinarcóticos, llegando a la División como a las diecinueve horas, donde el técnico encargado le hizo la prueba de campo a la sustancia, y puso una porción al reactivo, manifestándoles que si daba un color rojizo era positivo a droga, de lo cual se levantó un acta, ya que se verificó que el contenido del objeto era marihuana, luego se le comunicó a la señora que quedaba detenida y se le leyeron los derechos, siendo su persona quien hizo esa diligencia; que el técnico luego de hacer la prueba de campo, procedió a embalar la evidencia estando presente todos, agregando que el diecinueve de septiembre del año pasado, estaba haciendo un procedimiento de droga en La Palma, y se le informó por radio que había una persona a quien en el penal se le había encontrado droga, por lo que al terminar tal diligencia se trasladaron hacia la delegación de Chalatenango; que no recuerda a que ahora salió La Palma hacia Chalatenango, que la señora no estaba detenida porque no se había comprobado el tipo de sustancia que se le decomisó; que el cabo Mejía fue quién recibió a la señora, que su persona firmó el acta de detención en la DAN, que la detención se hizo con base al resultado de la sustancia encontrada, y no la ordenó nadie, por lo que su persona le manifestó a la señora que quedaba detenida, posteriormente le leyó los derechos; que no recuerda donde se encontraba el día veinte de septiembre del año pasado, que el veintiuno de septiembre, asistió a la división Antinarcóticos a que se le recibiera una entrevista por parte de un diligenciador a quien le ignora su nombre, pero manifestó los hechos, el motivo de la detención y como pasaron los hechos; que cuando el técnico sacó el contenido del objeto, se miraba una hierba seca y según la prueba que hizo éste dijo que era marihuana, la cual realizó el día diecinueve, que no recuerda si estuvo el defensor de la señora imputada".

Testigo Amilcar Mejía Alas, quien en lo esencial manifestó: "Que labora en la Policía Nacional Civil de Chalatenango, desde hace seis meses y medio, que el diecinueve de septiembre del año pasado, estuvo como auxiliar del Oficial de Servicio, que en esa oportunidad el señor Hugo Murcia,

había salido a una comisión a la zona de La Palma, regresando en horas de la tarde después de las dos; que había un procedimiento con una señora que había llevado allí, y ese procedimiento lo tomó el cabo en horas de la tarde; que como a eso de las once de la mañana llegaron dos señores vigilantes del centro Penal De Chalatenango, acompañados de una señora a quien entregaron en la delegación porque llevaba un monte seco, por lo que su persona la recibió, siendo que la entregaron los dos señores manifestándole que la llevaban porque le encontraron un poco de hierba seca, por lo que su persona levantó acta y la firmó. Que en la Policía recibió a una señora de nombre María Teresa, siendo acompañada por dos agentes del penal y otra señora y llevaban una porción de hierba seca envuelta en bolsa plástica transparente, la cual no sabe si es marihuana, solo sabe que era monte o hierba seca; que recibió la comisión con la imputada el diecinueve de septiembre del año pasado, en la comandancia de guardia de la Policía de Chalatenango, siendo remitida del Centro Penal de Chalatenango, ya que se había remitido por lo encontrado; que después que recibió a la señora, se llamó al cabo Murcia Pocasangre ya que él estaba de clase de servicio, para que realizara o continuara con el procedimiento. Que ha la señora la entregaron los agentes y también los mismos agentes le entregaron la evidencia,".

Testigo Wilfredo Campos de la Cruz, quien en lo esencial manifestó: " Que trabaja en el Laboratorio de la DAN, desde hace seis años; que el diecinueve de septiembre del año pasado, como a eso de las siete de la noche, le llamaron para que se hiciera presente a la oficina de diligencias para que realizara una prueba de campo, encontrando a una persona que habían detenido y le entregaron una bolsa plástica transparente, dentro de un sobre de papel bond, que supo el nombre de la persona pero en este momento no lo recuerda, que era una persona del sexo femenino; que se encontraba la señora, un agente y la persona detenida; que hizo la prueba del campo con reactivo KN, dando como resultado una coloración rojo, por lo que inmediatamente puso la evidencia dentro de una bolsa y la selló con cinta adhesiva para darle la protección debida; que el agente que estaba presente le manifestó a la señora que quedaba detenida y le leyó los derechos, que la señora manifestó que portaba la evidencia y no escuchó nada más; que el diligenciador levantó un acta de l procedimiento realizado. Que hizo la prueba de campo, tomando una porción pequeña de la hierba y la introdujo en un tubo de ensayo y utilizando reactivo KN, obtuvo resultado positivo a marihuana; que la evidencia estaba en un sobre de papel bond, sellado con grapas, que la diligencia la practicó a presencia de la detenida, el agente, el diligenciador y la registradora; que quien lo llamó para que realizara la diligencia respectiva, fue el diligenciador de turno".

c)- Prueba testimonial ofrecida por la representación de la defensa:

Testigo Jesús Orellana castro, quien en lo pertinente manifestó: " Que reside en Cantón Teosinte, Arcatao, que conoce a la señora María Teresa Almendarez desde hace veinte años, que ella se dedica a halar leña para venderla en Chalatenango, que ella no vende marihuana y su conducta es buena hasta la vez; que no se ha escuchado por la voz pública que ella venda marihuana: que la señora tiene ocho hijos, y la ha conocida como persona honesta y respetuosa en el vecindario; que sabe que está detenida la señora pero no sabe porqué. Que no estuvo presente cuando se detuvo a la señora, que se visitara su casa y que no ha visitado al hijo de la señora en el penal".

Testigo Celestino Crespín Menjívar, quien en lo esencial manifestó: "Que reside en Cantón Teosinte, Arcatao, que conoce a la señora María Teresa Almendarez desde hace veinte años, que la señora es originada de ese cantón y desde que la conoce nunca ha oído mencionar que venda marihuana; que la conducta de la señora es buena ya que es honrada y respetuosa y se dedica al trabajo doméstico y hala leña para vender y poderse mantener; que la señora vive con sus hijos y le consta que nunca ha vendido droga. Que no estuvo presente al momento que capturaron a la

señora, solo se dio cuenta que la habían detenido, por medio de los mismos hijos de ella; que sabe que uno de los hijos de la señora María Teresa está en el penal pero nunca lo ha visitado".

Testigo Manuel de Jesús Hernández, quien en lo pertinente manifestó: "Que reside en Cantón Teosinte, Arcatao, lugar de donde es originario, que conoce a la señora María Teresa Almendarez,, desde hace mucho tiempo y también son vecinos; que desconoce que venda marihuana, ya que la conoce que hala leña y la vende; que el comportamiento de la señora es bueno, ya que está presta a hacer un favor y tiene ocho niños, por lo que ella trabaja y no conoce que la señora viva de la venta de droga. Que desconoce de la captura de la señora ya que lo que sabe es que vino a Chalatenango y cayó presa, lo cual les extraño por que no sabían de esa situación; que conoce a los ocho hijos de la señora y ninguno de ellos está preso ".

d)- Prueba documental ofrecida por la representación fiscal, consistente en:

Acta de Registro y detención de la señora María Teresa Almendarez Navarrete, levantada a las nueve horas cinco minutos del día diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, en la cual se hace constar: Que la señora María Teresa Almendarez Navarrete, manifestó que iba a visitar al interno José Antonio Almendarez que es su hijo; en el momento que paso el registro la registradora señora Marta Elizabeth Ruiz, al tocarle su parte intima que por sospecha le dijo que hiciera cinco cuclillas y cuando le tocó le sintió algo y le dijo que volviera hacer cinco cuclillas, entonces se le salió algo y ella misma se lo retiró, cuando vio era bolsa transparente plástica sostenida con cinta adhesiva transparente y llamó al cabo de turno para entregárselo en presencia de dicha señora y el cabo Francisco Alejandro Almendarez, la llevó a la oficina del Alcaide, quien se encontraba con fin de semana de turno, señor Carlos Erazo Romero; seguidamente se llamó al Comandante de Turno, señor Raúl Jovel Amaya, para que en presencia de dicha señora verifica el contenido de dicho envoltorio, por lo que se abrió y se pudo verificar que el contenido era una hierba seca color verde olivo al parecer marihuana. Al pie de dicha acta, aparecen cuatro firmas ilegibles, pertenecientes a comandantes de turno, cabo de turno, Alcaide y registradora, lo mismo que un par de huellas dactilares pertenecientes a la señora María Teresa Almendarez, "imputada".

Acta de Remisión de la señora María Teresa Almendarez Navarrete, levantada en las instalaciones de la Policía Nacional Civil de esta ciudad, a las once horas treinta minutos del día diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el cabo Amilcar Mejía Alas, en la cual se hace constar: Que reciben a la señora María Teresa Almendarez, quien es remitida por los señores Eliseo Alvarado Guevara y Alberto de Jesús Alas Alas, vigilantes del Centro Penal de Chalatenango, y manifiestan que la señora fue sorprendida infraganti en momentos que se disponía a pasar a las instalaciones a visitar a su hijo José Antonio Almendarez Castro, siendo que al pasarle un registro la señora registradora, encontró en su parte íntima una regular porción de hierba seca al parecer marihuana, por lo que procedieron a detenerla haciéndole saber sus derechos. Que quedando a disposición de esa, se le hizo saber el motivo de su detención, se le explicaron sus derechos y garantías que la ley le confiere, manifestando la detenida que se avise de su detención a su compañero de vida señor Manuel de Jesús Mena Quijada. Que al recibir la detención, fue recibido el decomiso de hierba seca en envoltorio de plástico transparente y su Cédula de Identidad Personal. Al pie de dicha acta, aparece una firma ilegible perteneciente al cabo Amilcar Mejía Alas y dos huellas dactilares pertenecientes a la señora María Teresa Almendarez "Detenida".

Acta de Prueba de Campo, levantada en División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, San Salvador, a las diecinueve horas quince minutos del día diecinueve de septiembre de mil

novecientos noventa y nueve, por el cabo Hugo Arnoldo Murcia, en la cual se hace constar: Que ante la presencia de la detenida señora María Teresa Almendarez, Marta Elizabeth Ruiz, registradora, y Cabo Hugo Arnoldo Murcia, el Técnico en Identificación de Drogas Wilfredo Campos de la Cruz, procede a efectuar prueba de campo a una porción mediana de hierba seca al parecer marihuana, envuelta en plástico transparente, decomisada a la señora María Teresa Almendarez, manifestando el técnico que es positivo a marihuana, motivo por el cual se le comunicó a la señora María Teresa de Almendarez que quedaba en calidad de detenida por el delito de Posesión y Tenencia, en Perjuicio de la Salud Pública, previsto en el Artículo 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, haciéndole saber los derechos que la ley le confiere, manifestando la imputada que de su detención se notifique a su hijo Santos Almendarez Navarrete quedando en calidad de decomiso la porción de droga. Al pie de dicha acta, aparecen tres firmas ilegibles pertenecientes al captor Hugo Arnoldo Murcia, Marta Elizabeth Ruiz y Técnico Wilfredo Campos de la Cruz, lo mismo que un par de huellas dactilares pertenecientes a la señora María Teresa Almendarez, detenida.

e)- Prueba documental ofrecida por la representación de la defensa, consistente en:

Certificaciones de partidas de nacimiento: Partida número sesenta y dos, a nombre María Teresa Almendarez, en la que se hace constar que es hija de la señora Apolinaria Almendarez, asentada el diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en la Alcaldía Municipal de la Villa de Arcatao, constando las respectivas firmas y sellos de Alcalde y Secretaria Municipal, respectivamente.

Partida número veinticuatro, a nombre de Policarpio; partida número doscientos setenta, a nombre de Silverio Antonio; partida número cuatrocientos, a nombre de José Mártir; el primero y último, hijos de los señores Marcelino Castro Navarro y Teresa Navarrete; y el segundo, hijo de los señores Marcelino Castro Navarro y Teresa Navarro; asentadas el dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco; veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro; y veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, respectivamente; extendidas por la jefe de Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de Comasagua, La Libertad, El Salvador, apareciendo la correspondiente firma y sello de la encargada del Registro del Estado Familiar de esa Alcaldía.

Partida número ciento quince, a nombre de Tomás Castro; partida número setenta y tres, a nombre de Celestina Castro Navarro; partida número setenta y tres, a nombre de Salvador Almendarez; partida número veintitrés, a nombre de Rosa Míriam; partida número doce, a nombre de María Fermína; partida número catorce, a nombre de José Guillermo asentadas el quince de julio de mil novecientos ochenta; veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y dos; quince de octubre de mil novecientos ochenta y ocho; veintiséis de abril de mil novecientos noventa y uno; uno de febrero de mil novecientos noventa y tres y quince de febrero de mil novecientos noventa y cinco, respectivamente, en las que se hace constar que las personas asentadas son hijos de los señores Marcelino Castro Navarro y Teresa Navarrete siendo debidamente firmadas y selladas por el señor Alcalde y Secretaria de la Alcaldía Municipal de Villa de Arcatao, Chalatenango.

II- La imputada María Tersa Almendarez, en lo perteneciente declaró: "Que ese día que venía a ver a su hijo ahí en la panadería del punto, llegó la señora y la dijo "mire ya se va a ir", "si ya me voy a ir", le respondió, entonces se fue con ella, quien le iba diciendo cosas por el camino, manifestándole su persona que no sabía como se pasaba eso, entonces la señora le dijo que le iba a dar veinticinco pesos, y que le iba a decir como pasar eso, entonces ella se lo dio, pero como su persona venía de lejos, se quedó ahí cambiándose la ropa y ella se fue adelante, cuando su

persona entró al penal ella ya estaba adentro, entonces cuando llegó le hicieron el registro y se lo hallaron, pero como no sabía porque era primera vez se le cayó, luego tuvo que decir de quien era y ellos le dijeron que ya la conocían, que había estado presa y que de la gente humilde se estaba agarrando, por que la llevaba para el consumo del esposo que esta preso, entonces la trajeron para la Policía, llegó un señor y le dijo que como había sido su caso, entonces su persona no quería decirle, y el le dijo "no se preocupe señora", al rato volvió a llegar dicho señor, por lo que su persona le dio el nombre de la señora, de ahí el le dijo "no tenga miedo señora, nosotros le vamos ayudar", luego la llevaron a la Fiscalía y éste último señor le dijo el lugar donde vendía dicha señora y que ya se la podían, además él era controlador de todos los que tienen droga, luego se la llevaron para San Salvador y lo mismo tuvo que decir allá; después la llevaron a otra oficina donde le dijeron que tenía que colaborar y decir todo, que no conocía la droga y que no sabía lo que llevaba, por veinticinco pesos ignora que le pasó pues nunca había hecho eso. Agregando que se cambió en un Conacaste y la otra señora se fue adelante, que dicha señora solo la veía por las calles, pero no eran amigas, que conoce a la señora por María Angélica Paz, y la sabía ver por llegaba a comprar pan, pero no tenían amistad, que nadie la obligó a decir nada y tuvo que decir la verdad, que eran como las nueve cuando la descubrieron en el Penal, como su persona no sabía no se lo puso bien y se le cayó, la señora la tentó y cuando se le cayó tuvo que decir el nombre de la señora que le había dicho que le entrara eso al Penal a la Registradora y ésta le dijo que cuando la señora salió de adentro del Penal había salido riéndose de ella, haciéndole chiste. Que visitaba a su hijo cada quince días, a él lo detuvieron por que decían que entre tres habían hecho un robo; pero su hijo ante Dios no debe eso, a lo que se le cayó le hicieron una prueba en la DAN, recordando que un señor que estaba ahí la hizo, ahí estaba la señora que le encontró eso en el Penal y el señor al que le dio los datos de quien era la droga, que lo que se le cayó lo llevaban el señor y la Registradora. Que cuando la llevaban a San Salvador dijo que iba a colaborar y le dijeron que tenía que decir lo mismo y que le iban a ayudar, que la persona que le dijeron que era su Defensor no le dijo nada ni como declarar, que la persona que le dijo que le iban a ayudar le preguntó de quien era la droga, entonces tuvo que darle el nombre de la señora". Que fue en la DAN donde le hicieron la prueba a la droga, pero en el Centro Penal no le hicieron nada, que cuando hicieron la prueba en la DAN estaba un señor y una señora que era su esposa, la Registradora y el señor que llevaba los datos de la mujer, eran cuatro los que estaban allí.

III- Análisis y valoración de la prueba incorporada a la Vista Pública conforme a las reglas de la sana crítica y determinación precisa y circunstanciada del hecho acreditado:

Al valor en forma integral la prueba vertida, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

1) - Que se contó con prueba Pericial, Documental y Testimonial que a continuación se analiza: Al examinar la prueba en todo su contexto, el primer término se acredita la existencia del ilícito, en cuanto se contó con el análisis de droga, rendido por el Laboratorio de Investigación Científica del Delito de la Policía Nacional Civil, en razón que reúne los requisitos procesales del Artículo 206 del Código Procesal Penal, como son: **Uno**, descripción de la sustancia tal como ha sido observada, plasmando en su dictamen: "Bolsa plástica transparente cerrada con cinta adhesiva color amarillo de la DAN, dividida en cuatro sellos de calor..., decomiso: "material vegetal"....; **dos**, se han detallado las operaciones describiendo que se practicó un análisis físico y químico para determinar el tipo de sustancia, especificando que se utilizo balanza semianalítica, microscopio estereoscópico y reactivo de duquenois levine modificado; resultando de este análisis que el peso neto del material vegetal es de **diecisiete gramos cuatrocientos setenta y tres milésimas de gramo**, siendo positivo a marihuana, conocida científicamente como cannabis sátiva linneo; practicandose dicho peritaje los días treinta de noviembre y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, concretándose con un último requisito para este caso en particular, las **conclusiones** del perito Licenciado Noé Guillermo Guirola, en donde plantea que la evidencia efectivamente es cannabis

sátiva linneo; produciendo este tipo de experiencia, un grado de certeza positiva respecto de la naturaleza de hierba, por cuanto en dictamen Pericial se describe que se realizaron procedimientos físicos y químicos, independientemente uno del otro, siendo que por medio de la observación microscópica se detectaron características propias de las cannabisáceas como son filamentos y cristolitos, aunado al resultado de la acción química arrojada por el reactivo duquenois, el cual dio una coloración azul violeta, por medio de la que el perito constató la naturaleza de la hierba seca; por lo que debido a los procedimientos realizados, los cuales dieron resultado positivos y la acreditación profesional del perito, el referido dictamen merece fe a este Tribunal.

Por su parte se corrobora la legalidad de este dictamen en virtud que al mismo fue introducido legalmente al proceso, en lo referente a los momentos procesales de su actividad probatoria, como son ofrecimientos, admisibilidad, producción y valoración; así mismo se hace ver que el referido dictamen fue practicado por un analista en drogas quien tiene título relativo al área objeto de análisis, por lo que se acredita su calidad habilitante y haber sido nombrado y juramentado con notificación de las partes.

Por su parte, también se incorporó por lectura el análisis del Laboratorio Técnico de la División Antinarcótico de la Policía Nacional Civil, elaborado por los Bachilleres Oswaldo Ernesto Sánchez Tobar y Gregorio Rodas Martínez, en el que relacionan que en fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, recibieron oficio número dos mil ochocientos treinta y ocho procedente de la oficina de Diligenciadores, solicitándose se determine por medio de métodos físicos y químicos, si la porción de hierba seca es o no droga, en un proceso que se le instruye a la señora María Teresa Almendarez, constituyendo dicho análisis una hipótesis de probabilidad acerca de la naturaleza de la hierba seca, siendo que dio resultado positivo a marihuana o cannabis sátiva linneo, sirviendo este dictamen para fundamentar el Requerimiento Fiscal ante la autoridad Judicial Competente.

En cuanto al Acta de Prueba de Campo, en la misma se establece que el técnico Wilfredo Campos de la Cruz, practicó la referida prueba, a una porción de la hierba seca, en la que únicamente se establece dicha prueba dio resultado positivo a marihuana, no haciendo constar el procedimiento utilizado, quien la embolsó, así como en poder de quien quedó; cubriéndose parcialmente dicho vacío con la declaración testimonial de este perito, ya que declara: "Que le entregaron una bolsa plástica transparente dentro de un sobre de papel bond..., sellado con grapas"; asimismo manifestó el procedimiento que utilizó, siendo reactivo KN, dando como resultado una coloración roja, procediendo a introducir la evidencia dentro de una bolsa y sellarla con cinta adhesiva; siendo suscrita dicha acta por cabo Hugo Arnoldo Murcia (captor), técnico Wilfredo Campos de la Cruz y por Marta Elizabeth Ruiz, constando dos huellas dactilares, en que se lee el nombre de María Teresa Almendarez, acreditándose dicha prueba por contar el acta con los requisitos necesarios para ser valorada, así como por haber declarado el técnico en forma clara y espontánea.

2) - Como segundo aspecto a analizar, estima este Tribunal que como requisito previo, es imprescindible auscultar la obtención de los Medios Probatorios, la fuente de información y la veracidad de los mismos, para la eficacia de estos al ser valorados, es en este orden de ideas que se han encontrado en el presente caso procedimientos irregulares y defectuosos que ameritan pronunciamiento y son los siguientes:

a)- Con La Prueba Documental, consistentes en las Actas de Registro y Acta de Remisión, claramente de las mismas se sustrae que la señora María Teresa Almendarez Navarrete, fue sometida a un procedimiento seriamente cuestionado, ya que en dichas actas consta: "...Que la señora Registradora al tocarle y tactarle su parte intima..., le sintió algo...", asimismo consta: "...

que la señora Registradora del Penal al pasarle a la señora Almendarez un registro, encontró en su parte íntima una... "corroborándose dicho procedimiento con la prueba testimonial de la Registradora del Penal, señora Marta Elizabeth Ruiz quien manifestó que al practicarle el registro tactó a la imputada en su parte íntima refiriéndose a su genital. Al respecto es de señalar que si bien es cierto todo Centro Penal debe tener controles necesarios para el ingreso de personas particulares a los mismos estos controles deben ser apegados a un Estado de Derecho, Estado de Derecho que no es simplemente un conjunto de leyes sino una manera de corresponder y ejercer la convivencia ciudadana y que puede resolverse a través del respeto a la dignidad, consagrado en la Constitución; por lo que, cada uno de los operadores del sistema de justicia Penal, está obligado a respetar tanto los intereses de los bienes tutelados por el Estado, como los del imputado, a fin de buscar un equilibrio; en este orden de ideas es el caso en particular y se soslayó claramente por un lado el Derecho a la Dignidad y por otro lado el Pudor, conceptos que si bien es cierto pueden ser sometidos a mayores o menores valoraciones, no son "meras declaraciones programáticas". Es así que todo procedimiento esta basado en normas reguladoras para la actuación ante los organismos administrativos y jurisdiccionales y en este caso "el procedimiento Rutinario" que se argumentó fue utilizado, no tiene, en la manera tal como fue practicado, un respaldo legal, ya que se puede llegar a utilizar y dañar a través de un "fraude de etiquetas" como es la Requisa Personal, prevista en el artículo 178 del Código Procesal Penal, Derechos Constitucionalmente reconocidos como lo son el Artículo 2 inciso 2º, en el que garantiza el Derecho a la Intimidad Personal y el artículo 10 establece que: "La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de...la dignidad de la persona...", en razón que se somete a la persona a una opción menor entre dos gravosas como son: "o someterse a la "Requisa", a través de un procedimiento como el señalado o abstenerse definitivamente de visitar a la persona requerida", que en el caso que nos ocupa es el hijo de la procesada.

Vale reflexionar al respecto el valor que tiene "el posible consentimiento", que, para el caso en concreto, otorgan las personas particulares del sexo femenino que solicitan ingresar al Centro Penal, ya que como lo expresa Julio B. J. Maier, en su obra Derecho Procesal Argentino 1B.Fundamentos, Pag. 457, "La sola presencia de órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal implica, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado, o al menos otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y por lo demás le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se reflejarán al juzgar el acto o fáciles de ocultar al documentarlo...Es por todo ello que la constitución contiene al lado del Derecho de Intimidad, como posibilidad de exclusión de terceros **de ciertos ámbitos privados**, una garantía frente al poder estatal que reside en prohibir la ingerencia de los órganos del Estado, por regla general y solo permitirla en casos y bajo la observancia estricta de las formalidades que la ley prevé al reglamentar racionalmente la garantía".

b)- Con la prueba Testimonial de los señores Marta Elizabeth Ruiz y Raúl Jovel Amaya, se establece que la imputada María Teresa Almendarez Navarrete fue interrogada sin Defensor, inobservando lo que establecen los artículos 12 de la Constitución de la República de El Salvador, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 inciso 3º, 10, 87 numeral 6, 242, 262 inciso 2º todos del Código Procesal Penal, ya que dichas declaraciones, llevan implícitas la asunción del hecho acusado.

No menos importante es señalar que en la Vista Pública los testigos antes mencionados negaron rotundamente que la incoada al momento de ser trasladada del Centro Penal a las instalaciones de la Policía fuera en calidad de detenida, no obstante ello, la señora Marta Elizabeth Ruiz suscribe "el Acta de Prueba de Campo en donde reconoce que la imputada fue detenida en el Centro Penal, cabe distinguir que no es con el objeto de cuestionar si fue una detención, retención o aprehensión

lo que se practicó, sino lo manifestado en la Vista Pública por la testigo y lo reconocido en el Acta referida.

c)- Como parte de Prueba Testimonial se contó con las declaraciones de los señores Hugo Arnoldo Murcia y Amilcar Mejía Alas, a los cuales si bien es cierto no presenciaron el hecho nuclear del ilícito sus testimonios así como los de la señora Marta Elizabeth Ruiz, no son irrelevantes para efectos de la "Cadena de Custodias", la cual a criterio de este tribunal se quebrantó ya que en primer lugar, la señora Ruiz, en el Penal procedió a abrir la evidencia, constando dicha circunstancia en Acta, pero no se estableció en la misma en que momento se embaló nuevamente, ni como se hizo, estableciéndose únicamente con la Prueba Testimonial que fue ella quien la trasladó a la sede policial; sin embargo por su parte se contó con la declaración del señor Wilfredo Campos de la Cruz quien manifestó que la hierba seca iba en una bolsa plástica, la que a su vez iba en un sobre blanco con las grapas y por su parte en la descripción del análisis pericial que hacen los Técnicos Oswaldo Ernesto Sánchez Tobar y Gregorio Rodas Martínez, de lo que tuvieron "a la vista", no mencionan sobre blanco con grapas, ya que refieren que dicha porción se encontraba "en el interior de una bolsa plástica gruesa y sellada con cinta adhesiva color amarillo, con el logotipo de esa División Policial", por lo que no hay certeza que se trate de la misma evidencia, en virtud que ésta en un primer momento fue abierta y pudo haber sido embalada ya sea por la Registradora del Centro Penal, por el testigo Francisco Alejandro Almendarez, quien en un primer momento recibió la hierba seca o por el agente Amilcar Mejía Alas, que fue quien recibió la referida hierba seca en la sede policial de esta ciudad; constituyendo esto un factor determinante para cuestionar la identidad y cantidad de la evidencia originalmente incautada.

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa, tanto testimonial como documental, se descarta por no proporcionar elementos que ayuden directa o indirectamente a esclarecer los hechos acusados, asimismo al no ser necesarias circunstancias que valorar por no haber pena que imponer.

Por las razones antes señaladas, se tienen por acreditados los siguientes hechos: Que a las nueve horas cinco minutos del día diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, la señora María Teresa Almendarez, fue registrada a través de un procedimiento irregular, en la habitación de registro de señoras visitantes del Centro Penal de Chalatenango, encontrándosele una porción de hierba seca, habiendo sido interrogada sin la presencia de un defensor, lo cual constituyó un agravio por la información que proporcionó la señora Almendarez.

IV- Calificación Legal: Los hechos vertidos en la Vista Pública, fueron acusados por el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO, previsto en el Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, el cual establece: "El que sin autorización legal adquiere, enajenare a cualquier título, importare, exportare, depositare, almacenare, transportare, distribuyere, suministrare, vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florecencias, o las sustancias o productos que se mencionan en el artículo 34, será sancionado con prisión de cinco a quince años"; sancionando el tipo penal toda actividad de trafico de plantas, o parte de ellas de las cuales se pueden obtener drogas que puedan producir dependencia física o psíquica, este extremo que es el objeto específico de la conducta delictiva, no se ha establecido en el curso de la Vista Pública con prueba que merezca fe a este Tribunal, por cuanto no se determinó que la hierba seca decomisada a la señora María Teresa Almendarez Navarrete, es la misma a la que se le practicó análisis pericial, en la que se determinó resultado positivo a Cannabis Sátiva Linneo, por lo que es improcedente analizar los restantes elementos que configuran el tipo penal.

POR TANTO:

De conformidad a los Artículos 1, 11, 12, 20, 65, y 81 de la Constitución de la República de El Salvador; Artículos 1, 2, 3, 4, y 5 del Código Penal; Artículo 3 y 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Artículos 1, 2, 10, 15, 53, 87, 88, 129, 130, 162, inciso 3°, 260, 285, inciso 2°, 316, 317, 226, inciso 2°, Artículos del 224 al 260, 262; Artículos 411, 443, 447 y 448 todos del Código Procesal Penal y Artículo 43 de la Ley Penitencial; habiéndose este Tribunal, votado sobre cada una de las cuestiones planteadas en la liberación, fundado en los motivos de hecho y de derecho antes expuestos, y por mayoría, en nombre de la República de El Salvador.

FALLA: Declarando **ABSUELTA DE RESPONSABILIDAD PENAL**, a la señora **María Teresa Almendarez Navarrete**, por el delito de **COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO**, en perjuicio de la Salud Pública; por lo que en tal concepto decretase la irrestricta libertad a la señora **María Teresa Almendarez Navarrete**. Los gastos procesales son a cargo del Estado. En cuanto a la droga que se haya en calidad de decomiso, de conformidad al Artículo 67 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, y 184 inciso 3° del Procesal Penal, una Vez Firme el FALLO, ordénase la destrucción de la misma, de conformidad a la Ley, para tal efecto, háganse las comunicaciones correspondientes. Oportunamente archívese el expediente y margínese en el libro de entradas; mediante lectura, justifíquese esta sentencia.

VOTO RAZONADO:

El suscrito Juez de Sentencia, se pronuncia en desacuerdo con los planteamientos del anterior fallo, respecto a las diferentes anomalías aducidas por el Tribunal mayoritario, considerando en primer lugar que no ha existido en el procedimiento de requisita practicado a la señora María Teresa Almendarez Navarrete, por parte de la señora Marta Elizabeth Ruiz, anomalías que lleguen a generar una violación al derecho a la intimidad de la requisada, por cuanto éste se practicó amparado en las disposiciones legales pertinentes tales como el Artículo 93 de la Ley Penitencial y 178 del Código Procesal Penal, por cuanto consta que éste se practicó preservando la dignidad y pudor de la requisada, por cuanto que se practicó en un recinto privado y persona del mismo género, quien no transgredió los límites de la requisita, por cuanto no realizó una inspección corporal en aberturas naturales corporales de la requisada, como tampoco se puede deducir que existió fuerza por parte de la requisante, que viciara la voluntad de la requisada, asimismo el procedimiento es justificado, por cuanto la requisita personal para el ingreso a un Centro Penal, se avala en razón de la seguridad y salud de los internos, por lo que proporcionalmente se debe aplicar la restricción al derecho fundamental de la requisada, en pro de los derechos fundamentales de los internos, máxime en las condiciones que preservaron la dignidad y el pudor de la requisada. En segundo lugar, tampoco arroja una nulidad el hecho de haberse interrogado a la imputada, sin la presencia del defensor, por cuanto los elementos arrojados de ese interrogatorio, no se han hecho valer en juicio, como medio de prueba, y tampoco arrojaron elementos pendientes a obtener otras pruebas sobre la existencia del hecho ilícito y la Autoría del mismo, por lo que según el Artículo 223 inciso 1° del Código Procesal Penal, esta nulidad no puede declararse por las razones antes expuestas, al no haber ocasionado agravio en la defensa de la imputada. Como tercer punto en discordia, el Suscrito, al contrario del Tribunal Mayoritario, tiene por probada la existencia del ilícito y de la participación, aún cuando los testigos policiales hayan sido esquivos en su declaración, pero es de resaltar que estos no fueron testigos de los hechos, sino de las circunstancias posteriores al mismo, que solo han servido para establecer la Cadena de Custodia en sede policial, de la hierba seca decomisada, por lo que no es suficiente la falta de espontaneidad para descartar sus dichos, por cuanto estos están respaldados por la prueba documental incorporada en la audiencia pública y corroborada por el dicho de la testigo Marta Elizabeth Ruiz; por tanto a opinión del Suscrito, procede declarar la responsabilidad penal de la señora María Teresa Almendarez Navarrete, en el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, de conformidad al Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las

Drogas, por haberse comprobado el cuadro fáctico respecto del verbo rector "transporte", que contempla esta disposición legal; respecto de la sanción penal imponible, considera el Suscrito, que corresponde a la pena mínima para este delito, la cual es de cinco años de prisión.

9. **P0901-26-2001**, TRIBUNAL DE SENTENCIA DE CHALATENANGO. Inspección corporal ilegal. Extracto: “Finalmente es de señalar que llama la atención el hecho que con la prueba vertida, se estableció que a la procesada se le ordenó (por la registradora del centro penal) que hiciera cinco cuclillas, encontrándose ésta sin su ropa interior, lo cual con base a la experiencia común, de haberse encontrado superficialmente la bolsa que contenía el dinero y la droga, con las cinco cuclillas, ésta hubiera caído al suelo, sin embargo no sucedió así, ya que tuvo que palpar la registradora a la incoada para detectar la presencia de un objeto extraño en la vagina, utilizando un guante para tal procedimiento, lo que lleva a este Tribunal a concluir con estos dos aspectos, que fue un procedimiento dudoso que da pie a una prueba ilícitamente obtenida”. Pág.51

P0901-26-2001

TRIBUNAL DE SENTENCIA: Chalatenango a las catorce horas treinta minutos del día veintitrés de abril del año dos mil uno.

Causa número 15-02-2001, seguida contra la imputada **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**, de treinta años de edad, comerciante, soltera, residente en Calle Modelo número doscientos cuarenta y seis, San Salvador, hija de los señores Manuel de Jesús Martínez Osorio y Raymunda Rivas González; por el delito de **COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO**, previsto en el Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública. Figurando como representante de la Fiscalía General de la República, el Licenciado Enrique Alberto Calles Rivas, y como Defensor Público de la imputada, el Licenciado Angel de Jesús Martínez. Conociendo de la Vista Pública el Tribunal de Sentencia, integrado por los Licenciados Sandra Luz Chicas Bautista, Dina Elizabeth Castaneda Interiano y Oscar Ernesto Contreras Quintanilla; presidiendo la audiencia la Licenciada Sandra Luz Chicas Bautista, en su calidad de Jueza Presidente del Tribunal.

RESULTANDO:

I- Que la Representación Fiscal, acusó a la imputada **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**, por el hecho siguiente: "...Que a las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil, el agente José Eduardo Velásquez Beltrán, se presentó al Centro Penal de esta ciudad, por tenerse informes que la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, en momentos que intentaba ingresar al Centro penal, con el propósito de visitar al interno José Miguel Contreras, llevaba consigo una bolsa plástica transparente conteniendo un total de diez porciones de sustancia color blanco, envueltas en papel aluminio, así como doscientos colones en efectivo; al ser practicada la prueba de campo a las porciones a presencia de los señores Manuel de Jesús López Palacios, Marta Elizabeth Ruiz y Eusebio flores, se obtuvo resultado positivo a cocaína, por lo que en ese momento se le comunicó que quedaría detenida por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, haciéndole saber sus derechos y posteriormente fue trasladada hacia la Unidad Antinarcóticos de la Fiscalía General de la República...".

II- Que los hechos narrados han sido promovidos por el Ministerio Fiscal, por el delito de **COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO**, previsto en el Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

III- El debate se celebró en **AUDIENCIA PÚBLICA**, el día veintitrés de abril del año dos mil uno.

IV- En los procedimientos se han observado las prescripciones y términos de ley, y

CONSIDERANDOS:

I- Que este **TRIBUNAL DE SENTENCIA**, resolvió todos los puntos sometidos a su conocimiento y, en la aplicación de las reglas de la sana crítica establecidas en los Artículos 162 inciso 3º y 356 inciso 1º del Código Procesal Penal, valoró la prueba vertida en la Vista Pública que a continuación se describe:

a) Prueba Pericial ofrecida por fiscalía consistente en:

Experticia físico química practicada el día veintitrés de octubre del año dos mil, por los técnicos en Identificación de Drogas y Sustancias Psicotrópicas, del Laboratorio Técnico de la Policía Nacional Civil, Bachilleres Gregorio Rodas Martínez y Juan Carlos Morales Santana; en el cual en lo pertinente hacen constar: Haber tenido a la vista una bolsa plástica transparente sellada con cinta adhesiva color amarillo con el logotipo de la División, conteniendo en su interior **diez** porciones pequeñas de sustancia sólida envueltas cada una en recortes de papel aluminio, y la cantidad de doscientos colones. Que se obtuvo un peso neto total de **tres décimas de gramo**, con un valor económico de **sesenta y seis colones**; concluyéndose que las porciones de sustancia sólida objeto de análisis son base libre cocaína, conocida como "crack", clasificada por sus efectos como **estimulante**, sometida a fiscalización a nivel nacional e internacional. Al pie de dicha pericia, aparecen dos firmas ilegibles, pertenecientes a los Bachilleres Gregorio Rodas Martínez y Juan Carlos Morales Santana; Técnicos, y un sello que se lee: Policía Nacional Civil, El Salvador, C. A., División Antinarcóticos, Laboratorio Técnico.

Análisis Físico Químico, de fecha seis de febrero del año dos mil uno, realizado en el Laboratorio de Investigación Científica del Delito, por el Licenciado Noé Guillermo Girola, Analista de Drogas, en el cual hace constar: Haber tenido a la vista evidencia recibida con un peso bruto de cincuenta y cuatro gramos tres décimas de gramo, consistente en una bolsa plástica transparente, cerrada con cinta adhesiva color amarillo de la División Antinarcóticos, con información referente al decomiso realizado a la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas o Angela Marina Funes, dividida en cuatro secciones por sellos de calor; en la primera sección información referente al decomiso; en la segunda sección, una bolsa plástica transparente pequeña, cerrada y dividida en dos partes por sellos de calor, conteniendo en la primera parte trozos de papel aluminio y en la segunda, fragmentos color beige de origen desconocido; en la tercera sección un envoltorio plástico transparente con cinta adhesiva color amarillo y una viñeta; en la cuarta sección, una bolsa plástica transparente, cerrada con cinta adhesiva color rojo de evidencia, conteniendo billetes de diferentes denominaciones en moneda nacional. Del análisis realizado a la evidencia, se obtuvo que el peso neto de los fragmentos color beige es de **cero punto doscientos cuarenta y tres milésimas de gramo**, concluyéndose que efectivamente son cocaína base, clasificada por sus efectos como **estimulante**, sometida a fiscalización a nivel nacional e internacional, con una pureza del ochenta punto cuarenta y ocho por ciento, y un valor económico de **cincuenta y tres colones cuarenta y seis centavos**. Al pie de dicho peritaje, aparece una firma ilegible perteneciente al Licenciado Noé Guillermo Guirola, Analista de Drogas, lo mismo que un sello que se lee: Policía Nacional Civil, El Salvador, C.A., División Policía Técnica y Científica, Toxicología y Sustancias Controladas.

b) Prueba Testimonial, ofrecida por la Representación Fiscal:

Testigo **José Eduardo Velásquez Beltrán**, quien en lo pertinente manifestó: " Que el veintiuno de octubre del año pasado, realizó una prueba de campo a una droga decomisada a la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, ya que a las dieciséis horas treinta minutos aproximadamente recibió llamada telefónica por medio de la que solicitaban presencia policial para tal efecto, por lo cual él preparó los reactivos que utilizaría para la prueba de campo y fue acompañado por el agente Eusebio, llegando al penal como a las dieciséis y cuarenta minutos, siendo atendidos por el personal del seguridad del Centro penal, que la droga estaba en el interior del penal en el pasillo de registradores y le entregó la droga a su persona la señora Registradora Marta Ruiz, la cual estaba envuelta en papel bond, sellada con grapas y al romperla su persona había una bolsa plástica transparente y dentro habían diez porciones de crack, sacó una porcioncita a la cual le realizó la prueba de campo explicando a los presentes en qué consistía la misma y todo el procedimiento, obteniendo él resultado positivo a crack, por lo que le comunicó a los presente dicho resultado, por lo que le manifestó a la señora que quedaría detenida por comercio, tráfico y Almacenamiento Ilícito, haciendo de su conocimiento los derechos que la ley le otorga,

posteriormente selló la droga y luego se trasladaron con el Sargento Eusebio a la delegación para notificar que irían a Antinarcóticos para poner la reo a la orden de fiscalía y la droga ponerla a la orden del Laboratorio, trasladándose hacia san Salvador y al llegar dejó a la señora en fiscalía y la droga la entregó personalmente al técnico del laboratorio; que la bolsa transparente estaba sellada en papel bond, porque estaba un poquito rota. Que el veintiuno de octubre del año pasado, se encontraba en la oficina Antinarcóticos de Chalatenango, donde recibió una llamada telefónica aproximadamente a las dieciséis horas treinta minutos, donde le solicitaban su presencia para verificar si era droga o no la encontrada en la parte genital de la señora Roxana Elizabeth Martínez, llegando al penal a las dieciséis horas cuarenta minutos; que la droga se la entregó la señora Marta Ruiz y el decomiso estaba protegido con una hoja de papel bond sellada con grapas y en el interior estaba la droga (diez Porciones), envueltas en papel de aluminio y doscientos colones más, agregando que la bolsa plástica estaba un poco rota, que no recuerda las denominaciones de los billetes, solo recuerda que eran doscientos colones; que a una de las porciones practicó prueba de campo y al resultar positivo, embolsó la droga al igual que el dinero, trasladando en ese momento junto con la señora hacia la delegación de Chalatenango, comunicando que se dirigían a poner a la señora a la orden de la fiscalía y la droga ponerla a disposición de la División Antinarcóticos donde entregó la droga al Técnico del Laboratorio, quedando a la orden de éste, no recordando el nombre del técnico que se la recibió, aclarando que ellos solamente reciben la evidencia, llenan una ficha donde ponen el nombre a quien se le han decomisada y el que entrega firma la ficha, la cual queda en el laboratorio. Que ellos hacen un acta de remisión donde se hace mención de la hora, fecha, el nombre de la persona detenida y el motivo de su detención, que en un oficio se hace constar el lugar, hora, persona detenida, la persona que la detuvo, el decomiso realizado tal como su cantidad y la clase de decomiso. Que al momento de embalar el decomiso, se hizo constar el nombre de la imputada quien se había identificado con el nombre de Roxana Elizabeth Martínez Rivas. Que elaboraron un acta de remisión la cual firma la persona detenida, su persona, el sargento Eusebio y las personas involucradas como son las del Centro Penal"

Testigo **Eusebio Flores**, quien en lo pertinente manifestó: "Que él se encontraba de servicio en la delegación de la Policía Nacional Civil, cuando recibieron llamada telefónica por medio de la cual informaron que a una señora que iba de visita le encontraron droga y fue el veintiuno de octubre del año pasado, y recibió la llamada el Agente Velásquez Beltrán, que su persona fue nombrado por el oficial de servicio y se trasladaron ambos al Centro Penal y Velásquez Beltrán llevaba un tubito para hacer la prueba de campo y la droga se la entregó al agente la señora registradora y estaba en una bolsa que habían hecho de papel bond engrapada, que la registradora es algo gorda y algo pequeña, que después el sargento Velásquez Beltrán le hizo prueba de campo a un pedacito de droga y su persona se encontraba muy cerca de donde estaba realizándose la prueba de campo; que dentro de la bolsa que le entregaron al agente Velásquez, habían diez pedacitos de droga envuelta en papel aluminio; que el sargento Velásquez Beltrán explicó que iba ha hacer la prueba de campo para ver si era droga y luego dijo que efectivamente era crack; que después de la prueba de campo el sargento Velásquez Beltrán guardó la droga y se detuvo a la señora, no recordando si la droga fue embalada; que como su persona andaba de auxiliar del Sargento, después de obtener el resultado de la droga, se trasladó a la señora hacia la delegación de Chalatenango y después cree que la trasladaron para San Salvador, pero él no fue. Que el veintiuno de octubre del año pasado, se encontraba en la Policía Nacional Civil, Chalatenango y como a las dieciséis y cuarenta minutos se recibió una llamada telefónica, solicitando que fuera personal de la DAN al Penal, ya que al parecer una señora que ingresaba a visita íntima llevaba droga, por lo que ellos se hicieron presente al penal como a eso de las dieciséis horas cuarenta minutos junto con el agente Velásquez Beltrán, no recordando quien los atendió solo que ingresaron y los registraron; que al estar dentro del Centro Penal, la señora registradora los atendió pero no recuerda su nombre, pero les dijo que allí estaba la persona que iba a ingresar a visitas y

al parecer le habían detectado droga, que el decomiso en ningún momento se los entregaron a ellos, pero sabe que era droga según la prueba de campo que se le realizó a la droga que estaba envuelta en pedacitos de papel aluminio y practicó la prueba de campo el sargento Velásquez Beltrán, ya que la registradora se la entregó al sargento envuelta en una bolsa de papel bond color blanco engrapada y dentro habían diez pedacitos envueltos en papel aluminio y en su interior tenían pedacitos de droga color blanco y eran de sustancia sólida; que juntamente con la droga habían doscientos colones en efectivo lo cual vio y fueron contados, no recordando las denominaciones de los billetes; que después de haber obtenido el resultado de la droga se le leyeron los derechos a la imputada y fue remitida para la Delegación de Chalatenango y después se imagina que fue trasladada hacia San Salvador. Que él es Seguridad Pública, y no tiene conocimiento sobre el procedimiento de droga, cadena de custodia ni nada, pero de ello se encargó el sargento Velásquez Beltrán"

Testigo **Marta Elizabeth Ruiz** quien en lo esencial expresó: "Que se le decomisó una droga a la señora presente señalando a la imputada, mediante un registro realizado el veintiuno de octubre del año pasado, quien iba a visita íntima; que el registro practicado es rutinario para que no se introduzca droga al mismo, que ella labora en el Centro Penal desde hace tres años y las mujeres tratan de introducir droga en sus partes íntimas; que el registro es en todas sus partes íntimas como son brasier, pechos, ropa y hasta se les pide que se bajen el pantalón, se les indica luego que hagan cinco cuclillas y luego al pasar la mano ellas en la parte íntima cabal se siente el bulto, agregando que eso pasó en este caso y al revisarle la parte íntima a la señora ésta dijo que era el aparatito, por lo que ella le dijo que lo iban a verificar con la enfermera, por lo que la señora le dijo que no, que lo que cargaba eran doscientos colones porque era prohibido y al hacerle la pregunta que si solo llevaba el dinero y que si también llevaba droga ésta dijo que solo llevaba el dinero, que luego ella sola se sacó lo que llevaba y ella misma rompió la bolsa y le entregó los doscientos colones y le dijo "solo esto llevo seño", pero hasta se había caído una piedrita y tenía la droga en la mano; que en las pertenencias que la señora llevaba, en la cédula tenía doscientos colones; que eran diez paquetitos envueltos en papel aluminio con el que estaba en el suelo; que la señora se quedó con la droga en la palma de su mano y había pegado la mano al pantalón; que el procedimiento de hacer el registro y las cuclillas se los dicen a ellos; que después de encontrar la droga le comunicó al comandante de guardia, luego al jefe de servicio quien le dio una hoja de papel bond y se selló, luego al llegar el sargento rompió la bolsa y dijo que iba a realizar la prueba de campo y vio que tenía un tubito de ensayo y al hacer la prueba se obtuvo positivo; que ella desde que recibió la droga de parte de la señora, su persona se quedó con la misma hasta que se la entregó al Sargento, quien le comunicó a la señora que quedaría detenida. Que en horas de la tarde del día veintiuno de octubre del año pasado se encontraba trabajando en el centro Penal; que de cuatro y media a cinco tienen la orden de revisar la gente que entra y le decomisó la droga entre las cuatro y media a cinco de la tarde; que el procedimiento de que se bajen las mujeres el pantalón y bloomer, lo hacen cuando se tiene conocimiento que éstas están ingresando droga y a la señora la observó un poco nerviosa y le dijo que se bajara el pantalón para que hiciera las cinco cuclillas, luego su persona le tocó su parte íntima y sintió algo raro; que después que la señora hizo las cinco cuclillas, le tacto con su mano y con guantes su parte íntima y sintió algo extraño y al preguntarle a la señora qué era, ésta respondió que era el aparatito y ella le dijo que se tenía que corroborar y que para ello llamaría a enfermería y al decirle que dijera la verdad, ésta dijo que lo que llevaba eran doscientos colones para el interno porque no pueden llevar mucho dinero, agregando que luego ésta le mostró los doscientos colones y se quedó ella misma con la droga, lo cual afirma porque la llevaba la señora escondida; que luego ella llamó al comandante de guardia, luego la llevaron donde el Jefe de Servicio y como la bolsa que la señora le entregó estaba rota le entregó el Jefe de Servicio, Comandante Manuel de Jesús, una hoja de papel bond y la puso en ella, quedándose ella con la cadena de custodia hasta que se la entregó a los agentes de la Policía Nacional Civil, quienes le preguntaron qué había pasado y como, luego explicaron a los presente

que realizarían prueba de campo a la droga y el color que daría y la detenida estuvo de acuerdo y resultó positivo ya que dio color azulito; que el sargento que hizo la prueba de campo es Velásquez Beltrán, quien leyó los derechos a la imputada y le dijo que iba a quedar detenida. Que el sargento Velásquez Beltrán, introdujo el decomiso dentro de una bolsa y la selló. Que la señora tenía abajo su bloomer porque se lo había bajado ella misma y al decirle primero que lo que llevaba era el aparatito, luego le preguntó que si eso era lo que llevaba ésta le dijo que sí, posteriormente al decirle que se los mostrara fue que se sacó la bolsa de su vagina y le entregó los doscientos colones pero se quedó con la droga en sus manos"

Testigo **Luciano Aguilar Campos**, quien en lo pertinente manifestó: "Que el veintiuno de octubre del año pasado, se encontraba laborando y llegó la señora Marta Elizabeth a manifestarle que habían decomisado a la señora Roxana Elizabeth Rivas, diez bolitas envueltas en papel aluminio, por lo que fueron donde el jefe de Servicio a quien se le informó de lo sucedido y la señora Marta Elizabeth se quedó con la droga y la envolvieron en papel bond engrapado, luego no sabe porque se regresó hacia su puesto y se quedó con el jefe de servicio la señora Marta Elizabeth, que luego llegaron los agentes policiales quienes realizaron una diligencia en la cual él no estuvo presente. Que su persona no vio la droga, solo se lo informó la señora registradora Marta Elizabeth, agregando que él únicamente tomó datos y se le informó de lo sucedido al Jefe de Servicio, pero luego llegaron dos agentes Policiales donde estaba el Jefe de Servicio y la señora Marta Elizabeth Ruiz, pero su persona no observó qué diligencias realizaron".

Testigo **Manuel de Jesús López**, quien en lo esencial expresó: "Que el veintiuno de octubre del año pasado, como entre cuatro y media a cinco de la tarde él se encontraba de Jefe de servicio en su oficina, cuando se presentó la registradora Marta Elizabeth Ruiz, junto con el señor Luciano Aguilar Campos, mostrándole diez paquetitos envueltos en papel brillante y le dijo que se los había decomisado a dicha señora y la registradora se los mostró y le dijo "mire", luego hizo ella una bolsa con una hoja de papel bond y ella misma la mantuvo; luego su persona llamó a la Policía Nacional Civil, para que verificaran si lo decomisado era o no droga, recordando que llegó un agente de apellido Beltrán, a quien la registradora le entregó la bolsa y esta la abrió y con un tubito practicó la prueba de campo y obtuvo un color azul violeta y el sargento dijo que era droga, por lo que el sargento le dijo a la señora que quedaba detenida por Tráfico de droga y luego él mismo volvió a empaquetar la droga; que la visitante fue entregada a la policía y éstos le leyeron los derechos como detenida y levantaron y acta, posteriormente se retiraron. Que el veintiuno de octubre del año pasado como a las dieciséis horas cuarenta minutos, se encontraba en su oficina de seguridad; que ese día se detuvo a la visitante Roxana Elizabeth Martínez, ya que la registradora del Centro Penal, le encontró diez paquetitos y la cantidad de doscientos colones, agregando que dicha señora fue registrada en un cuartito en un lugar privado; que la señora Marta se presentó en su oficina y le mostró el decomiso en una bolsa plástica y eran diez paquetitos envueltos en papel aluminio y doscientos colones, que su persona no verificó el decomiso porque estuvo a cargo de la señora registradora quien lo puso dentro de una bolsa que hizo de papel bond y siempre ella mantuvo el decomiso; que los agentes llegaron como a eso de las cinco de la tarde y la señora Ruiz les entregó los paquetitos quienes en un tubito con líquido que llevaban practicaron la prueba de campo y dio resultado positivo, porque dio un color azul violeta; que la droga la mantuvo bajo su custodia el sargento Velásquez Beltrán desde que se las entregaron y éste la puso dentro de una bolsita que portaba, y la puso junto con la bolsa que le habían entregado"

c) Prueba documental ofrecida por la Representación Fiscal, consistente en:

Acta de Registro Personal de la imputada, levantada en el Centro Penal de Chalatenango, a las dieciséis horas cuarenta minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil, en la que se hace constar: Que encontrándose de turno la registradora del Centro Penal, se presentó la señora

Roxana Elizabeth Martínez Rivas, a visitar al interno José Miguel Contreras, resultando que al momento de entrar al cubículo de registro de mujeres, ésta se mostró nerviosa, por lo que después de hacerle un registro minucioso se le indicó que hiciera cinco cuclillas y al palparle su parte íntima sintió algo extraño, preguntándole qué tenía, manifestando ésta que era el aparatito, luego dijo que era un dinero que le traía al esposo, por lo que se le indicó que se lo sacara, extrayendo de su parte íntima doscientos colones y junto al dinero traía diez bolitas envueltas en papel aluminio al parecer crack. Al pie de dicha acta, aparecen cuatro firmas ilegibles bajo las que se lee: Sra. Roxana Elizabeth Martínez, Visitante, Marta Elizabeth Ruiz, Registradora, Cabo Luciano Aguilar Campos, Comandante de Guarda, Comandante Manuel de Jesús López Palacios, Jefe de Servicio del Centro Penal.

Acta de Prueba de Campo, levantada en el Centro Penal de Chalatenango, a las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil, por el Sargento José Eduardo Velásquez Beltrán, en la cual se hace constar: Que a presencia de los señores Manuel de Jesús López Palacios, Marta Elizabeth Ruiz y Eusebio Flores, se procedió a realizar prueba de campo a una sustancia color blanco que la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, portaba dentro de su parte íntima, la cual a su vez se encontraba dentro de una bolsa plástica transparente, siendo un total de diez porciones envueltas en papel aluminio, haciéndose constar que en la misma bolsa también habían doscientos colones; obteniéndose como resultado de la prueba de campo, resultado positivo a cocaína, por lo que se le comunica a la señora Roxana Martínez, que queda detenida por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito. Al final del acta, aparecen cuatro firmas ilegibles.

II- La imputada **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**, en lo pertinente declaró: "Que eran como las cuatro y cuarenta de la tarde cuando ingresaba al Centro Penal a visitar a su compañero de vida, cuando la registradora la indicó que pasara al cuarto de registro y comenzó a tocarle los senos y las partes de su cuerpo, luego le dijo que se bajara el pantalón y el bloomer y que le hiciera cinco flexiones, las cuales su persona hizo y posteriormente la registradora comenzó a tocar, siendo que posteriormente le tocó su parte íntima y le introdujo el dedo, preguntándole que si qué tenía en su vagina, a lo que ella le respondió que el aparatito, agregando que luego la registradora la dijo que iba a llamar a la enfermera para ver si eso era, por lo que su persona se sacó lo que llevaba y eran doscientos colones y unas chibolitas envueltas en papel; aclarando que ella hizo eso porque un amigo de su compañero de vida le había dicho que lo hiciera y además éste le metía miedo, que su persona entregó lo que llevaba a la registradora. Que conoce al amigo de su esposo pero no le sabe el nombre, solo sabe que le dicen hormiga, y fue él quien le entregó las chibolitas que iban envueltas en papel aluminio, aclarando que éste amigo de su esposo le entregó la bolsa completa con todo y el dinero; que su compañero de vida está detenido como desde finales de agosto por el delito de Hurto y que antes de ser detenido consumía droga, que ella no sabía que las chibolitas iban dentro de la bolsa ya que no la revisó porque quien se la entregó era una persona de confianza de su compañero de vida; que en el penal solo le dejan entrar como doscientos colones y ella siempre que hay visita llegaba a visitar a su compañero de vida, siendo dos veces por semana, ese día le llevaba doscientos colones; que ella se introdujo la bolsa en su parte genital porque además llevaba dinero en efectivo para comprar su venta, que eran más de cien colones y en el Penal no dejan entrar mucho dinero. Que el dinero que le decomisaron eran tres billetes de a veinticinco, los demás eran de diez y de a cinco. Que ella nunca había hecho eso. Que ella conoce al muchacho solo por el apodo de Hormiga pero no conoce donde vive, solo que éste a ella ya la conocía y también sabía donde vivía, pero ella solo lo conoce de vista y el mismo le entregó el dinero a su persona dentro de una bolsa transparente".

III- Análisis de la prueba incorporada a la Vista Pública conforme a las reglas de la sana crítica y determinación precisa y circunstanciada del hecho acreditado:

Al valorar en forma integral la prueba vertida, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

1)- Que se contó con prueba Pericial, Documental y Testimonial que a continuación se analiza:

En primer término se determina que la evidencia material analizada, es droga, en cuanto se contó con el análisis pericial, rendido por el Laboratorio de la División Policía Técnica y Científica de la Policía Nacional Civil, en virtud que cuenta con los requisitos procesales del Artículo 206 del Código Procesal Penal, como son: **Uno**, descripción de la sustancia tal como ha sido observada; **dos**, se detallaron las operaciones, describiendo que se practicó un análisis físico, químico e instrumental, para determinar el tipo de sustancia controlada; resultando de este análisis que el peso neto del material vegetal es de **cero punto doscientos cuarenta y tres gramos**, siendo positivo a cocaína base; practicándose dicho peritaje el día seis de febrero del presente año, concretándose como último requisito para este caso en particular, las **conclusiones** del perito Licenciado Noé Guillermo Guirola, en donde plantea que la evidencia efectivamente es cocaína base; produciendo este tipo de experticia, un grado de certeza positiva respecto de la naturaleza de la sustancia, por cuanto en el dictamen pericial se describe que se realizaron procedimientos físicos y químicos de elevada precisión, acreditándose la calidad habilitante del perito, por cuanto es un profesional analista de drogas.

Por su parte, también se incorporó por lectura el análisis del Laboratorio Técnico de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, elaborado por los Bachilleres Gregorio Rodas Martínez y Juan Carlos Morales Santana, en el que relacionan que en fecha veintitrés de octubre del año pasado, recibieron oficio número mil trescientos noventa y tres, procedente de la Unidad Antinarcotráfico de la Fiscalía General de la República, con fecha veintidós de octubre del mismo año, remitiéndoles un decomiso consistente en diez porciones de sustancia sólida amarillenta y la cantidad de doscientos colones, decomisados a la señora **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**, solicitando se determine por medio de métodos físicos y químicos, si la sustancia decomisada es o no droga, en un proceso que se le instruye a la señora antes relacionada, constituyendo dicho análisis una hipótesis de probabilidad acerca de la naturaleza de la sustancia, siendo que dio resultado positivo a base libre de cocaína, conocida como crack, sirviendo este dictamen para fundamentar el Requerimiento Fiscal ante la autoridad judicial competente.

En cuanto al Acta de Prueba de Campo, en la misma se establece que el día veintiuno de octubre del año dos mil, a las dieciséis horas cuarenta minutos, en las instalaciones del Centro Penal de Chalatenango, el Sargento José Eduardo Velásquez Beltrán, practicó la referida prueba, a una muestra de la sustancia decomisada a la señora Roxana Elizabeth Martínez, estableciéndose que dicho análisis dio resultado positivo a cocaína, lo cual sirvió para detener provisionalmente a la señora Martínez Rivas.

Como segundo aspecto a analizar, es la cadena de custodia de la evidencia incautada la cual en el presente caso se atribuye que son diez porciones de cocaína base libre; al respecto tenemos: Que se contó con la declaración del Sargento José Eduardo Velásquez Beltrán, quien en lo pertinente manifestó que se presentó al Centro Penal de esta ciudad, el día veintiuno de octubre del año dos mil, aproximadamente como a las dieciséis horas cuarenta minutos, habiendo recibido de parte de la señora Marta Elizabeth Ruiz, registradora de dicho Centro Penal, un sobre elaborado de papel bond engrapado, el cual contenía una bolsa plástica transparente y en el interior de la misma habían doscientos colones y diez porciones pequeñas de sustancia sólida amarillenta, razón por la cual practicó la respectiva prueba de campo, obteniendo un resultado positivo a cocaína; por lo que procedió a embalarla, sellarla y custodiarla en una trayectoria en la que primeramente se dirigió a la División de la Policía Nacional Civil de esta ciudad y posteriormente la trasladó personalmente

hacia el Laboratorio Técnico de la Policía Nacional Civil, San Salvador, recibíendose a un técnico de turno. Sin embargo, se contó con el análisis del Laboratorio de la División Antinarcostráfico de la Policía Nacional Civil, en el que se hace constar que el decomiso fue recibido de parte de Unidad Antinarcostráfico de la Fiscalía General de la República; sobre este punto es de señalar, que se objetó el rompimiento de la cadena de custodia, por cuanto existe una contradicción entre lo que el Sargento Velásquez Beltrán, afirmó al haber sido él quien trasladó, entregó y remitió la droga, y por otra parte los técnicos Gregorio Rodas Martínez y Juan Carlos Morales Santana, en el oficio respectivo, hagan referencia que fue el Ministerio Fiscal quien la remitió. Sobre esta contradicción, estima este Tribunal que pudo haberse aclarado con el testimonio de los técnicos de haberse contado con los mismos, sin embargo queda la duda a este Tribunal, quién realmente remitió la evidencia a la que se ha hecho referencia, dato que no es irrelevante, en virtud que es con estos medios de prueba con los que se acredita o no la transparente trayectoria que se le dio al decomiso, el cual es objeto de análisis, ya que no se puede afirmar si la droga sometida a análisis, era la misma que se decomisó a la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, o se trata de otro decomiso. No menos importante es señalar que a esta contradicción no se le puede tildar de un mero formalismo, por cuanto se ha contado con ambos medios de prueba, y éstos al ser valorados en conjunto, deben guardar armonía y no contradecirse entre sí, por lo que ante dicha circunstancia este Tribunal determina que la cadena de custodia no fue debidamente acreditada.

Como un siguiente elemento a analizar respecto a la prueba vertida, es si los medios y elementos de prueba, han sido obtenidos legalmente para la eficacia de éstos al ser valorados de conformidad a lo que señala los Artículos 15, 162 y 362 numeral 3°, todos del Código Procesal Penal, por lo que en el caso en particular se ha detectado un procedimiento irregular al cual se hace el siguiente análisis: 1)- Se contó con prueba documental consistente en el Acta de Registro Personal, practicado en el Centro Penal de Chalatenango, a las dieciséis horas cuarenta minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil, por la señora Marta Elizabeth Ruiz, en su calidad de Registradora, en la que se establece "que la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, quien pretendía ingresar a visita íntima, y al practicarle el respectivo registro, la denotó nerviosa, por lo que se procedió a hacerle un registro minucioso en un cubículo, manifestándole que hiciera cinco cuclillas, palpándole su parte íntima, sintiéndole algo extraño..."; 2)- Por otra parte, se contó con la declaración de la señora Marta Elizabeth Ruiz, quien en lo medular manifestó: "Que la señora Roxana Elizabeth Martínez, el día veintiuno de octubre del año pasado, iba a visita íntima en el Centro Penal de esta ciudad, que ese día la notó nerviosa y que además ya tenía sospechas, por lo que le practicó un registro rutinario en todas sus partes íntimas como son brasier, pecho, ropa y hasta se le pidió que se bajara el bloomer y el pantalón, ordenándole que hiciera cinco cuclillas, posteriormente con guantes en sus manos, procedió a tocar su parte íntima y sintió algo raro o extraño, y al preguntarle a la señora qué era, ésta respondió que el aparatito, por lo que ella le dijo que se tenía que corroborar y que para ello llamaría a enfermería, y al decirle que dijera la verdad, ésta dijo que lo que llevaba eran doscientos colones para el interno porque no pueden llevar mucho dinero, por lo que la señora Martínez Rivas, se sustrajo una bolsa de su vagina, la cual rompió y procedió a entregarle doscientos colones, y le dijo "solo esto llevo seño", descubriendo que se quedó con la droga en sus manos, siendo un total de diez porciones pequeñas envueltas en papel aluminio. Al valorar esta prueba, es de señalar que si bien es cierto todo centro penal debe tener controles necesarios para el ingreso de personas a los mismos, estos controles deben ser apegados a un estado democrático de derecho, el cual no es simplemente un conjunto de leyes muertas, sino una manera de corresponder y ejercer la convivencia ciudadana y que puede resolverse a través del respeto a la dignidad, consagrado en los Artículos 1 y 2 de la Constitución de la República; por lo que cada uno de los operadores del sistema de justicia Penal, está obligado a respetar tanto los intereses de los bienes tutelados por el Estado, como los del imputado, a fin de buscar un equilibrio; en este orden de ideas se soslayó claramente por un lado el Derecho a la Dignidad y por otro lado el Pudor y la Intimidad personal, conceptos que si bien es cierto pueden

ser sometidos a mayores o menores valoraciones, y no haber un concepto unívoco sobre los mismos, éstos no son "meras declaraciones programáticas". Es así que todo procedimiento esta basado en normas reguladoras para la actuación ante los organismos administrativos y jurisdiccionales y en este caso "el procedimiento Rutinario" que se argumentó fue utilizado, no tiene, en la manera tal como fue practicado, un respaldo legal, ya que se puede llegar a utilizar y dañar a través de un "*fraude de etiquetas*" como es la Requisa Personal, prevista en el Artículo 178 del Código Procesal Penal, Derechos Constitucionalmente reconocidos, como lo son el Artículo 2 inciso 2º, en el que garantiza el Derecho a la Intimidad Personal y el Artículo 10 establece que: "La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de... la dignidad de la persona...", en razón que se somete a la persona a una opción menor entre dos gravosas como son: "o someterse a la "Requisa", a través de un procedimiento como el señalado o abstenerse definitivamente de visitar a la persona requerida", que en el caso que nos ocupa era el compañero de vida de la procesada.

Vale reflexionar al respecto, el valor que tiene "el posible consentimiento", que, para el caso en concreto, otorgan las personas particulares del sexo femenino que solicitan ingresar al Centro Penal, ya que como lo expresa Julio B. J. Maier, en su obra Derecho Procesal Penal Argentino 1B, Fundamentos, Pag. 457, "La sola presencia de órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal implica, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado, o al menos otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y por lo demás, le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se reflejarán al juzgar el acto o son fáciles de ocultar al documentarlo... Es por todo ello que la Constitución contiene, al lado del Derecho de Intimidad, como posibilidad de exclusión de terceros **de ciertos ámbitos privados**, una garantía frente al poder estatal, que reside en prohibir la injerencia de los órganos del Estado, por regla general, y solo permitirla en los casos y bajo la observancia estricta de las formalidades que la ley prevé al reglamentar racionalmente la garantía". Es importante señalar a su vez, que el procedimiento utilizado, se encuentra en un limbo entre lo que es una requisita personal y lo que es una inspección corporal, sin embargo al tener que ubicarla en una categoría o en la otra, por la naturaleza del mismo se aproxima más a una injerencia en la esfera de la intimidad de la persona, lo cual supone un sometimiento a un trato humillante y degradante que invalida la prueba así obtenida, tal como lo señala la doctrina mayoritaria, para el caso en particular Carlos Climent Durán, en su obra la prueba penal, página 943; circunstancia que por todo aquel que se dice ser conocedor del derecho, no debe entenderse como un mal mensaje a la sociedad, ya que los mensajes que se deben enviar a través de las resoluciones judiciales, es el de absoluto sometimiento a la Constitución y a las demás leyes; por lo que surge una imperante necesidad de que este tipo de procedimientos tengan una determinada regulación y no conformarse con lo que señala el Artículo 93 inciso 2º de la Ley Penitenciaria, el cual manda a que se haga con respeto a la dignidad de las personas.

Finalmente es de señalar que llama la atención el hecho que con la prueba vertida, se estableció que a la procesada se le ordenó que hiciera cinco cuclillas, encontrándose ésta sin su ropa interior, lo cual con base a la experiencia común, de haberse encontrado superficialmente la bolsa que contenía el dinero y la droga, con las cinco cuclillas, ésta hubiera caído al suelo, sin embargo no sucedió así, ya que tuvo que palpar la registradora a la incoada para detectar la presencia de un objeto extraño en la vagina, utilizando un guante para tal procedimiento, lo que lleva a este Tribunal a concluir con estos dos aspectos, que fue un procedimiento dudoso que da pie a una prueba ilícitamente obtenida con la cual no se puede avanzar para dictar una sentencia condenatoria en contra de la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas. En cuanto a la declaración de la procesada y la de los señores Eusebio Flores, Luciano Aguilar Campos y Manuel de Jesús López, se descartan, la primera de ellas por no proporcionar una declaración lógica y sostenible, en cuanto afirmó desconocer el contenido total de la bolsa plástica que se introdujo en la vagina,

habiéndosela proporcionado una persona para ella desconocida, y las demás declaraciones, por haber declarado sobre aspectos periféricos y no sobre lo medular a fin de esclarecer los hechos.

Por las razones antes señaladas, se tienen por acreditados los siguientes hechos: Que aproximadamente a las dieciséis horas treinta minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil, en el Centro Penal de esta ciudad, la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, fue registrada a través de un procedimiento irregular, en el cubículo de registro de señoras visitantes de dicho centro, encontrándosele diez porciones de sustancia amarillenta, la cual no se puede comprobar que sea droga, por no haberse acreditado fehacientemente la cadena de custodia de la evidencia incautada.

IV- Calificación Legal: Los hechos vertidos en la Vista Pública, fueron acusados por el delito de COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO, previsto en el Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, el cual establece: "El que sin autorización legal adquiriere, enajenare a cualquier título, importare, exportare, depositare, almacenare, transportare, distribuyere, suministrare, vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florecencias, o las sustancias o productos que se mencionan en el artículo 34, será sancionado con prisión de cinco a quince años"; sancionando el tipo penal toda actividad de tráfico, de plantas, o parte de ellas de las cuales se puedan obtener drogas que puedan producir dependencia física o psíquica, este extremo que es el objeto específico de la conducta delictiva, no se ha establecido en el curso de la Vista Pública con prueba que merezca fe a este Tribunal, por cuanto no se determinó que la sustancia decomisada a la señora Roxana Elizabeth Martínez Rivas, es la misma a la que se le practicó análisis pericial, en la que se determinó resultado positivo a cocaína base, por lo que es improcedente analizar los restantes elementos que configuran el tipo penal.

POR TANTO:

De conformidad a los Artículos 1, 2, 11, 12, 20, 65 y 181 de la Constitución de la República de El Salvador; Artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal; Artículo 3, 36 y 67, de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Artículos 1, 2, 10, 15, 53, 87, 88 129, 130, 162 inciso 3º, 178, 184 inciso 3º, 260, 285 inciso 2º, 316, 317, 326 inciso 2º, Artículos del 324 al 360, 362; Artículos 411, 443, 447 y 448 todos del Código Procesal Penal y Artículo 93 inciso 2º, de la Ley Penitenciaria; habiendo este Tribunal, votado sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, fundando en los motivos de hecho y de derecho antes expuestos, por unanimidad, en nombre de la República de El Salvador, FALLA: Declárase **ABSUELTA DE RESPONSABILIDAD PENAL**, a la señora **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**, por el delito de **COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO**, en perjuicio de la Salud Pública; por lo que en tal concepto decretase la irrestricta libertad de la señora **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**. Los gastos procesales son a cargo del Estado. En cuanto a la droga que se haya en calidad de decomiso, una Vez Firme el FALLO, ordénase la destrucción de la misma, de conformidad a la Ley, para tal efecto, háganse las comunicaciones correspondientes. Respecto a los doscientos colones que se encuentran en calidad de decomiso, por no haberse comprobado que son de ilegítima procedencia, entréguesele a la señora **Roxana Elizabeth Martínez Rivas**. Oportunamente archívese el expediente y margínese en el libro de entradas; mediante lectura en este acto, queda notificada esta sentencia.

11. **P1301/4-00** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN VICENTE. Allanamiento ilegal por falta de motivación de la resolución judicial, Extracto: “La motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales, es una obligación de los jueces que pese a que no se encuentran consagrada a nivel constitucional, se deriva de los principios de seguridad material y jurídica, puesto que implican una intromisión a la morada de la persona, y por esa razón, el Juez debe exponer los motivos de hecho y de derecho por los cuales ordena tal intromisión en la vida privada de las personas, y en este caso, de la morada; esto es, hacer una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, como son la intimidad de la morada y la necesidad de violentar tal derecho fundamental”.

P1301/4-00

TRIBUNAL DE SENTENCIA: San Vicente, a las trece horas y veinte minutos del día once de Febrero del año dos mil.

I. TRIBUNAL.

La presente Sentencia es pronunciada por los Suscritos Jueces *María Eugenia Hernández de Guzmán, Aída Castaneda de Flores y Juan Antonio Durán Ramírez*, y sobre la base de la prueba producida en Juicio Oral y Público celebrada este día en el proceso penal instruido en contra de los imputados OSCAR ARMANDO MONTANO, y DINORA ALICIA OLIVA OLIVA, por el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO, tipificado y sancionado en el Art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. dirigida por la señora Presidenta, *María Eugenia Hernández de Guzmán*, autoriza la presente Sentencia, la Secretaria Interina del Tribunal, *Suyapa Concepción Araniva de Hernández*.

II. INTERVINIENTES.

Han intervenido en la presente Vista Pública, en nombre y Representación del señor Fiscal General de la República, el agente auxiliar MIGUEL ÁNGEL FLORES DUREL, en la Representación Técnica de los imputados OSCAR ARMANDO MONTANO, y DINORA ALICIA OLIVA OLIVA, los Defensores Públicos Licenciados ABEL ANTONIO VELASCO ESCOBAR y OSCAR ISAAC NOVOA MARTÍNEZ.

III. GENERALES DE LOS IMPUTADOS.

OSCAR ARMANDO MONTANO MONTERROSA, de veintidós años de edad, Panificador, acompañado, salvadoreño, originario de María, Departamento de Usulután, hijo de Lucía Montano y de Miguel Antonio Monterrosa, residente en Colonia Santa Rosa de esta ciudad, con Cédula de Identidad Personal número trece- uno- cuarenta y ocho mil setecientos sesenta y ocho.

DINORA ALICIA OLIVA OLIVA, de veintiocho años de edad, acompañada, empleada, originaria de San Vicente, hija de Amalia Miranda Franco y de Lucio Rafael Oliva Durán, residente en Casa sin número de la calle El Tempisque de la Colonia Santa Rosa de esta ciudad, con su carnet del Seguro Social número ciento noventa setenta mil quinientos cinco;

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA.

4.1 Descripción de los hechos.

Que el día once de Agosto del presente año, se recibió una llamada telefónica, en la Sección Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil de la ciudad de San Vicente, donde se informaba que un sujeto conocido por OSCAR, junto con su compañera de vida se dedican a comercializar con droga, en su vivienda ubicada en su casa sin número, sobre la calle El Tempisque de la Colonia Santa Rosa de esta ciudad, quien es de piel blanca, de un metro con sesenta centímetros aproximadamente y pelo castaño, por lo que de conformidad a lo anteriormente se procedió

autocabeza de investigación a realizar diligencias para determinar el auto del hecho punible y fue así como el Agente JAIME ROBERTO BELTRÁN ORELLANA, realizó la vigilancia los días doce, dieciocho y diecinueve de agosto del presente año, dentro de las cuales observaron primeramente que la vivienda a investigar no tiene número visible, construida con adobes, con repello de cemento, sin pintar, techo de tejas, con una puerta de madera y una ventana de madera, así mismo se observó que llegaban jóvenes y eran atendidos por un sujeto e intercambiaban unos objetos pequeños al parecer droga envueltos en papel periódico, también dichos intercambios se observaron en la ventana de la misma vivienda del sujeto investigado, el cual recibía dinero a cambio de lo que entregaba y posteriormente se retiraban del lugar; así mismo dentro de las demás vigilancias se pudo observar el mismo movimiento en ese lugar por el mismo sujeto y una mujer; así también personas vecinas del lugar no se identifican pero aseguran que en ese lugar investigado no es tienda sino que en ese lugar se dedican al comercio de droga. En base a lo anterior y para verificar el posible comercio de droga en ese lugar de conformidad al Art. 63 de la ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se solicitó al Jefe de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil autorizara y comisionara a un agente para que realizara una compra controlada, es así como el agente JAIME ROBERTO BELTRAN ORELLANA, previa autorización llega a la casa sin número visible de la Calle El Tempisque de la Colonia Santa Rosa, de esta Ciudad, a las diez horas del día veintitrés de agosto del presente año, y este al tocar la ventana del inmueble antes relacionado, se le acercó una mujer de piel blanca, como de unos veintisiete años de edad aproximadamente, de un metro cincuenta centímetros de estatura, a quien le solicitó le vendiera un cinco de Monte, o sea de marihuana, habiendo observado en esos momentos, que la mujer se acercó a una juguetera de metal que se encuentra cerca de la ventana y sacó de una de las gavetas una pequeña porción envuelta en papel periódico recortado y se la entregó al agente BELTRAN ORELLANA, dándole a cambio un billete de cinco colones, serie número cero ocho millones setecientos treinta y nueve mil ochocientos ocho, y se retiró del lugar para realizarle la prueba de campo a lo obtenido lo cual dio positivo a marihuana. Posteriormente de conformidad a la información obtenida de las presentes investigaciones se procedió a solicitar orden de Registro y Allanamiento de la vivienda investigada la cual fue resuelta por el Señor Juez Primero de Paz de esta Ciudad, según certificación de la resolución de las nueve horas y cincuenta y cinco minutos del día veinticinco de agosto del presente año, obteniendo el resultado siguiente: Registro o allanamiento de Morada: Al llegar a la casa sin número visible ubicada en la Calle El Tempisque de la Colonia Santa Rosa de esta Ciudad, a las quince horas del día veinticinco de agosto del presente año, a presencia de los testigos particulares CARLOS ROBERTO MENDEZ y JULIO ALBERTO MONZON, fuimos atendidos por el propietario de la vivienda DINORA ALICIA OLIVA OLIVA y OSCAR ARMANDO MONTANO, quienes manifestaron ser responsables de la vivienda, leyéndoles la orden de Registro y haciéndole saber la presencia policial en ese lugar, así también en la vivienda se encontraban la señora Lucía González Pérez y Ana María Hernández, luego con el consentimiento de los propietarios a presencia de los testigos particulares se da el inicio al registro, en la primera habitación se encuentra un mueble de metal tipo juguetera y en el interior de éste, se encuentra una bolsa plástica transparente, conteniendo una porción mediana de hierba seca al parecer marihuana, también se encuentra cuatro porciones pequeñas de la misma hierba envueltas en papel periódico, siguiendo el registro en ese mismo inmueble, se encuentra otra porción grande de hierba seca al parecer marihuana y en el interior de una bolsa plástica transparente, se encuentran diez porciones de sustancia sólida amarillenta envueltas en papel aluminio al parecer crack. Así también, se decomisaron en dicha vivienda los siguientes objetos relacionados con el delito: una balanza, una pesa, una guillette, un arma de fuego tipo pistola marca Lorcin, calibre nueve milímetros, serie número

cero veinticinco mil cuatrocientos ochenta y siete, un cargador y seis cartuchos para la misma, con un permiso a nombre de Juan José Orellana, un reloj marca Cassio, color negro, dos cadenas, un anillo, un dije y un broche todos de metal amarillo al parecer oro, y la cantidad de Setenta y cinco colones en billetes de distinta numeración. Posteriormente el técnico de investigación de drogas Ricardo Alejandro Teos Alas, le realiza prueba de campo a toda la hierba seca encontrada la cual resulta positiva a MARIHUANA, y la sustancia sólida amarillenta encontradas resultaron positivo a COCAINA EN BASE LIBRE, por lo que el Sargento Jaime Roberto Beltrán Orellana, les comunica a OSCAR ARMANDO MONTANO, y a la compañera de vida DINORA ALICIA OLIVA OLIVA, que quedarían detenidos por el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO DE DROGA, por lo que se les hicieron saber a las dos personas detenidas, los derechos que la Ley les confiere y al preguntarles si iba a nombrar defensor particular, estos manifestaron de que no por no tener recursos económicos, por lo que los imputados OSCAR ARMANDO MONTANO MONTERROSA y DINORA ALICIA OLIVA OLIVA, fueron asistidos por el licenciado Jesús Ovidio Carmona, de la Procuraduría General de la República de esta Ciudad. Posteriormente se ordenó al Laboratorio Técnico de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil con sede en la Ciudad de San Salvador, efectuarán EXPERETICIA FISICO- QUÍMICA en el material incautado, dando el resultado siguiente: EXPERTICIA FISICO-QUMICA : se afirma que las porciones de hierba secas son de MARIHUANA, droga que por sus efectos es considerada ALUCINANTE, fiscalizada nacional e internacionalmente y conocida científicamente como CANNABIS SATIVA L, dando un peso neto de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO GRAMOS CON SIETE DECIMAS de gramos, devolviendo la cantidad de doscientos noventa y cinco gramos con cinco décimas de gramos, ya que se tomaron dos décimas de gramo para las pruebas respectivas, y dando un valor COMERCIAL APROXIMADO DE DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO COLONES, de los cuales puede confeccionarse un promedio de QUINIENTOS NOVENTA Y UN CIGARRILLOS de manufactura casera. Y las porciones de sustancia sólida amarillenta resultaron positivo a COCAINA EN BASE LIBRE, de droga que por sus efectos es considerada ESTIMULANTE, fiscalizada nacional e internacionalmente, dando un peso de CINCO DECIMAS DE GRAMO, de las cuales se toman dos décimas para su análisis, con un valor comercial de CIENTO DIEZ COLONES, las personas encargadas de dicho examen fueron los técnicos WILFREDO CAMPOS DE LA CRUZ y JOSE ADONAY DUARTE ELIAS, miembros del Laboratorio Técnico de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil.

4.2 La calificación jurídica planteada por la representación fiscal en la acusación, y abierto a Juicio por el Juez Segundo de Instrucción de esta ciudad, es la de COMERCIO, TRAFICO y ALMACENAMIENTO ILÍCITO tipificado y sancionado en el Art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública, atribuido a los imputados OSCAR ARMANDO MONTANO MONTERROSA y DINORA ALICIA OLIVA OLIVA.

V.- DESARROLLO DE LA VISTA PÚBLICA y PRODUCCIÓN DE PRUEBA.

5.1 DECLARACIÓN DE IMPUTADOS:

a) OSCAR ARMANDO MONTANO MONTERROSA, de veintidós años de edad, panificador, vive en Colonia santa Rosa, pasaje Principal, San Vicente, nació en Santiago de María, hijo de Miguel Tomás Monterrosa, y de Lucía Montano

González, y con relación a los hechos al interrogatorio efectuado por las partes dijo: Que cuando ellos llegaron, ellos se encontraban adentro, entraron sin permiso, y les mandaron manos arriba, sin preguntarles nada, ellos dijeron a uno que le fuera a hablar al testigo, la droga estaba en la mesa, a saber quién la puso allí, a lo mejor un vecino, que les tiene odio, pero ellos, trabajan y no tenían esa droga. Cuando dice ellos, a quien se refiere es a los señores agentes, y que no les dijeron de que Institución eran, y que ellos no les dijeron nada, sin pedirle permiso, la puerta de la casa estaba abierta. Los supuestos agentes, fueron a traer los testigos particulares. El dueño de la casa no es él, es la señora Oliva. Que llegaba accidentalmente, cada diez o quince días. El con la señora Oliva son compañeros de vida. Cuando llegaba permanecía en la casa, lo mucho un día o dos días. Cuando entran los dos testigos lo que les dijeron es que iban a presenciar todo lo que estaba en la mesa y él les dijo que no dependía de eso, sino de su trabajo. Los pusieron manos arriba sobre la pared, y que no volvieran a ver a ninguna parte, y que se callaran, porque sino iban hacer maltratados. Les leyeron los derechos hasta que estaban en la Delegación. El tiempo desde que los detienen hasta cuando les leen sus Derechos en la Policía era de una hora y media.

b) DINORA OLIVA OLIVA, de veintinueve años de edad, trabajaba como empleada en una empresa, vive en Colonia Santa Rosa, Calle Principal, casa número tres, San Vicente, acompañada con Oscar Armando Montano Monterrosa, nació en colonia Espiga de Oro, San Vicente, y con relación a los hechos al interrogatorio efectuado por las partes dijo: Que ese día , se encontraba haciendo la cena de sus hijos, llegaron cuatro sujetos desconocidos, sin identificación alguna, ordenándoles que pusieran las manos sobre la pared, él les preguntó de que se trataba, ellos le dijeron que no hablara porque podían ser maltratados, luego fueron a llamar a unos testigos, después a ellos los sentaron en una Sala. Ellos estaban viendo a la pared, los testigos no vieron las cosas, y cuando ellos llegaron ya estaban las cosas sobre la mesa, y que los Derechos se los hicieron saber en la PNC., luego firmaron.

PRUEBA TESTIMONIAL :

CARLOS ROBERTO MENDEZ, de Veinticuatro años de edad, albañil, vive en Colonia Los Angeles, pasaje San Agustín, número ciento ochenta y nueve, San Vicente, y con relación a los hechos contesta: Que tiene de residir nueve años, vive con sus padres, su mamá, y un hijo, tiene tres años de ser albañil, y que de vez en cuando, arregla radios, televisores, y grabadoras, y con relación a los hechos dice: Que ese día él venía del trabajo, llegó a la colonia, se acerco al lugar, donde jugaban naipes unos amigos, llegó la Policía Nacional Civil, y les solicitó la Cédula de identidad personal, luego les dijo que los acompañara a un lugar donde iban a realizar un trabajo, la casa está ubicada en la Colonia Santa Rosa, los llevaron a la casa, a él y a Monzon, luego al llegar encontraron abierto, allí estaban unos policías, leyeron un papel, haciendo constar que era un cateo, y les leyeron algo, pero antes les dijeron que tenían que presenciar, observando que se dirigieron a una juguetera, arriba estaba el televisor, en el interior de esa gaveta estaba la droga, comenzaron a sacarla por partes, después sacaron una bolsa mediana, dentro de ella, se encontraban cuatro porciones envueltas en papel de diario, luego sacaron otra bolsa, que contenía hierba seca, esta estaba envuelta en papel periódico, allí encontraron diez porciones de crack, encontraron dos cadenas de oro, un dije, un reloj casio, una pesa, una guillete, y pisto en efectivo, allí se encontraba Dinora y el Señor Oscar. Después salieron para el otro cuarto, donde había una refrigeradora, allí encontraron una balanza. Que la señora Dinora y Oscar, aquí se encuentran presentes, y que no les puede señalar porque se siente mal. El señor de la droga hizo un experimento, saco unos tubitos, agarro un paste

de hierba seca, lo mezcló con agua, el agua se hizo roja, él dijo que era positivo a marihuana, después hizo otro experimento de igual forma y el agua se hizo color azul, y dijo que era positivo a Crack. Que la distancia de donde estaba con las personas que jugaban naipes, a la casa hay media cuadra. El señor Monzón se llama Julio Alberto. Tres personas les dijeron que los acompañara a la casa y la Distancia que había desde donde se encontraba la persona que le dio la orden de cateo a él, era de un metro, y escucho que dijo "orden de cateo", pero no recuerda más. El señor Monzón estaba también allí. En la casa se encontraban familiares del muchacho y de ella. Además estaba la madre del muchacho, una señora que es empedida de un pie. Recuerda unas pocas palabras de lo que les manifestaron y leyeron a los imputados, pero no el artículo, y les dijeron "Quedan detenidos por droga", y les leyeron los derechos "que podrían permanecer cayados, que si no tenían abogado la policía les dará uno, conoce el crack porque los amigos se lo han enseñado y le han dicho que no lo consuma porque si lo hace va a llegar a vender hasta la cama. A la marihuana la conoce porque una señora se la enseñó ya que ella la necesitaba para un remedio. No ha consumido de esas sustancias. No recuerda como andaban vestidas ese día las dos personas detenidas. Que no tiene nada en contra de esas dos personas.

JULIO ALBERTO MONZON, de treinta y siete años de edad, trabaja en albañilería, vive en la Colonia Santa Rosa, pasaje Lorenzana, casa sin número. Con relación a los hechos contestó: que labora en albañilería, además pinta casas, que si ya estuvo detenido, y que en algunos casos cree en la Justicia, porque algunas veces favorece a unos y debería favorecer a otros y con relación a esas fechas él estaba jugando cartas con unos amigos enfrente de su casa, a las tres de la tarde, en donde vive con su madre y sus hermanas. Cuando llegaron unos agentes de la PNC., quienes le dijeron que los acompañara porque iban a hacer un allanamiento a una vivienda, a la casa, de Dinora Oliva, y que viera lo que iban a sacar de esa casa, en la cual encontraron hierba seca. Que ahí se encontraban Dinora y Oscar. Y que solo iba Carlos y él, los policías leyeron una orden del Juez de Paz, que llevaban, a Oscar, posteriormente hicieron el registro. La bolsa estaba en la juguetera, de más ó menos uno punto cincuenta metros de alto, la cual tenía una gaveta en medio y de largo unos sesenta centímetros o cincuenta centímetros. La bolsa se encontró en la juguetera y esta contenía hierba seca, y paquetes de hierba seca, diez porciones de crack. Llego un señor con una caja, y manifestó que haría una prueba de campo, y que si se hacía rojo, era marihuana. Luego dijo que si lo otro se hacía celeste era positivo; Después del hallazgo de las cosas, entre ellas dos cadenas, les dijeron que quedaban detenidos por comercio de droga. Ella le decía que se fijaran bien en lo que andaban haciendo. Que tiene como ocho a diez años de conocer a Dinora y a Oscar, nunca la había conocido a ella como comerciante de droga, sino como trabajadora de maquila, y al señor Oscar, como trabajador también. Que si recuerda que les leyeron los Derechos uno de los agentes que se encontraba a la par de él. Que ese veinticinco de agosto, no estaba trabajando, que no escucho el contenido de la orden que se leyó. Él estuvo como a un metro de la juguetera, pero no se recuerda el color, y que tenía una gaveta, pero no recuerda si tenía más depósitos. Conoce la hierba seca, porque sabe que es marihuana, ya que cuando estuvo de alta en El Belloso, se la enseñaron y ya la ha consumido. Más o menos conoce el crack, porque ha visto a otros amigos que han comprado y estos se la han enseñado. Ha estado detenido solamente dos días, por ebrio. Tiene conocimiento de armas de fuego, hay muchas diferencias, entre pistola y revolver y reconoce el arma que le es mostrada como la decomisada ese día. En la casa de la señora Dinora, encontraron una pesa y una balanza. Las cuales le son mostradas y las reconoce como las decomisadas ese día.

JAIME ROBERTO BELTRAN, de treinta y ocho años de edad, investigador, trabaja en la Sección Antinarcóticos de la PNC de esta Ciudad. Se graduó como policía en 1993, recibió especialización en la DEA, de la División Antinarcóticos. Recibiendo capacitación constante relacionado a las drogas, tiene de ejercer la profesión cinco años, ha estado en el Aeropuerto de Ilopango, en el Aeropuerto de Comalapa, y en la División de caso en la Sección Antinarcóticos. La investigación inicia con una llamada telefónica, en donde denuncian a dos personas que vendían droga, se hizo informe a la Fiscalía General de la República, la dirección funcional la ejerció el Licenciado Erick Ferrufino Machado, él le ordenaba las diligencias a seguir, la Señora que les llamo les dijo que conocía a un muchacho de nombre Oscar, que ellos comerciaban con droga, en la Lotificación El Tempisque. Después se ordenaron vigilancias y levantamiento de croquis en el lugar, las vigilancias fueron realizadas por él, fueron efectuadas el día doce de agosto, a las diez horas, levantamiento de croquis, y 19 y 23 agosto. Observo en las vigilancias el día doce agosto, en la calle El Tempisque, al costado sur de la Colonia Santa Rosa, llegó a la Calle encontró la vivienda, observó que permanecían jóvenes en la vivienda, luego hizo un croquis que le envió al Licenciado Ferrufino Machado, luego en otra vigilancia el día diecinueve, observo que un muchacho se acercó a la casa de adobe, observó que un niño, atendía al muchacho, el le pidió que le vendiera marihuana, y le entregó un billete de a cinco colones, el niño le entregó algo envuelto en papel periódico. En la vigilancia segunda, el día diecinueve, el se dio cuenta que llego otro individuo a comprar una sustancia observó que una mano salió, esta mano era de una persona adulta, y de las características de una persona morena. El día diecinueve de agosto se ve otra transacción el niño hacía, esta transacción , el niño parece que es hijo de los señores Oscar Armando Montano Monterrosa, y de Dinora Alicia Oliva Oliva. En la otra vigilancia el día veintitrés de agosto se hizo la compra controlada, bajo la comisión del Señor Torres Prieto, hizo la venta la Señora Oliva Oliva, señalándola en este mismo momento. El estableció la compra controlada pero fue hasta en ese momento que se dio cuenta que la casa donde se iba a hacer la compra los dueños eran los señores. Reconoce como suya la firma del oficio que se le muestra y la del acta donde se plasma la recepción de la llamada telefónica, así también la de los fs. 20, 23, acta del día 18 de agosto y el acta del día 19 de agosto, así como en la que consta que el actúo como agente encubierto. También el acta de fs. 32 y 33, todo esto lo reconoció como suyo. El día veinticinco se llega al registro bajo la orden del Juzgado Primero de Paz, tramitada por el Fiscal Ferrufino Machado, y este los comisiono para que se hiciera presente a la casa, en la cual lo realizaron, al llegar a la casa fueron atendidos por la Señora y le explicaron que iban en busca de droga. Ella los paso adelante, e intento deshacerse de algo, que tenía en un mueblecito y él le ordenó que no tocara nada, y la señora obedeció y se sentó en una mesa, el registro se comenzó en la primera habitación. Al registrar el mueble de metal en la gaveta, encontró hierba seca, cuatro porciones envueltas en papel periódico recortado. Encontró otra porción grande envuelta en papel periódico de la misma hierba, de las cuatro porciones, seguidamente encontraron diez porciones de sustancia solida. Un reloj, una cadena, un broche, anillo y setenta y cinco colones, dentro de la misma gaveta, se acerco a la ventanita cuando le hizo la compra y la señora del mismo mueble saco la porción del que les hayaron , cuando se hizo el registro. El mueble es sencillo, de metal, tiene una gaveta, tiene espacio para zapatos, un televisor y abajo de este se encontró una guillete y es de color rojo. La balanza es utilizada de acuerdo a su experiencia, en los casos de droga, para pesar libras de marihuana. El tipo de pesa que se hayó no es para marihuana, sino otras sustancias, este gramaje de droga, como crack o cocaína. El arma que fue encontrada dijo el señor que era suya, pero que estaba el permiso a nombre de otro señor, y que ya tiene antecedentes penales, por casos de droga. La marihuana se comercializa en porciones de cinco colones, diez colones y veinticinco colones, envuelta en papel, las porciones más grandes, se envuelven

en bolsas plásticas. El crack se envuelve en papel aluminio, en páginas de cuaderno y otros. Hasta ese momento ya se había comprobado que se comercializaba con droga. Solo quedaba notificarles que iban a quedar detenidos, después de haberles leído los derechos, cuando se dio lectura a la orden judicial, estaba el compañero agente, el fotógrafo, los testigos particulares, las señoras madres de los detenidos, no estaban en el momento del ingreso, sino que se fueron a llamar para que les notificaran de la Detención, ha participado como instructor. No puede recordar un total de registros pero en San Vicente, son treinta y dos o treinta y tres registros pero en forma total pasa de los cuatrocientos. Como investigador fue oportuno la llamada que se recibió y durante la investigación se determinó que él ahí vivía refiriéndose al señor Oscar Armando Montano Monterrosa, ya que con la mamá de la señora Dinora Alicia Oliva Oliva, se dio cuenta que era el compañero de vida, el estuvo allí, cuando se realizó la compra controlada, el día del registro, allí estuvo, y él es compañero de vida, dentro de las investigaciones él nunca ha plasmado que él vendía droga. El registro se llevo a cabo a las quince horas y se termino a las dieciséis horas con cincuenta minutos de ese mismo día. El no individualiza la persona, porque no era la persona indicada para hacerlo, ya que en la investigación se involucran a dos personas. A él se le coarta el Derecho de interrogar a las personas en el allanamiento, porque no es ese el objetivo, sino el de investigación, y que en la policía no se le puede hacer este interrogatorio sino está el defensor presente. El decomiso de las cosas se hizo porque en la orden que se les dio el señor Juez, allí se los ordenaba, en este caso serán bienes muebles o inmuebles, en todo lugar, donde venden droga, hay joyas o armas, porque este es el dinero producto de la droga, en todo caso sino tiene dinero lo pagan con oro o armas. Y que en todo caso, es una presunción, cuando se dice que los señores que estaban allí comercializan con droga. Por que él hace la prueba de campo y si no es marihuana, no detiene a la persona, la compra fue el veintitrés y el allanamiento fue el veinticinco, y no fue encontrado ese billete. A los dos testigos particulares los encontró jugando naipes, les pidieron la colaboración y los llevaron al lugar donde se practico el allanamiento. Fue él quien leyó la orden de registro y allanamiento. Los señores imputados estaban dentro de la primera habitación, la señora estaba parada frente al mueble, los testigos estaban a la par de ella. La distancia entre ellos y él que estaba leyendo la orden fue de cero centímetros a dos metros. De cinco colones arriba, puede ser producto de la venta de droga, más si se encuentra junto con la droga, durante las diligencias de investigación platico incluso con la madre de la imputada y ella le manifestó que los que vivían en esa casa eran su hija y su yerno. Les leyeron los derechos contenidos en los artículos 12Cn., 87 CPP.,

MAURICIO ERNESTO SANCHEZ LOPEZ de treinta años de edad, empleado, trabaja en la Sección Antinarcóticos, de la Policía Nacional Civil de esta Ciudad. Y con relación a los hechos contestó: Que tiene ocho años de estar trabajando en la Sección Antinarcóticos. Que ha practicado más o menos cien a ciento veinticinco registros, en lo que va de su labor, en la Sección Antinarcóticos; a parte de esto, él es estudiante de la Facultad de Derecho, y que su única distracción a parte de su trabajo es el estudio. Recuerda que el día veinticinco de agosto del año pasado, como a las quince horas llegaron a una vivienda, junto con el compañero Beltrán Orellana Osorio, el técnico en droga y dos testigos particulares, que iban a realizar un registro a una vivienda, ya que tenían conocimiento que ellos vendían droga, y que el encomendado para tal diligencia era Beltran Orellana, en esa casa, ubicada en la calle El Tempisque, de la Colonia Santa Rosa, la casa estaba abierta, Beltrán Orellana, toco la puerta, se encontraba allí el señor Oscar Armando Montano Monterrosa y la señora Dinora Alicia Oliva Oliva, la que se encontró en el registro realizado, en un mueble de metal, se encontró seis porciones de marihuana y otra bolsa que contenía crack, joyas, dinero, y en una ventana se encontró otra porción de marihuana; quien procedió al registro fue Beltran Orellana; después de

encontrar las sustancias al parecer crack y marihuana , le realizaron la prueba, se encontraban los señores aquí presentes, Beltrán Orellana, los testigos y su persona. Después del análisis, o sea la prueba de campo, que se hizo , el técnico embala la droga, se procede al registro, él encontró en una mesa, un arma de fuego, una balanza de metal, sobre una refrigeradora, una pesa, con la cual pesaba cualquier objeto. La balanza presumiblemente, si en un lugar se encuentra una balanza graneteria, esto se deduce que es para pesar la droga, que venden. El arma encontrada es de nueve milímetros pavón negro, se encontró un carnet a nombre de Juan José Orellana, porque los señores aquí presentes no tenían documento que comprobara la legalidad del arma. El técnico embala la evidencia para guardar la cadena de custodia, ya que es responsabilidad de él. Que participó en el registro de la vivienda. En la autorización que el señor Juez de Paz extiende se solicitó hacer el secuestro de los objetos que tengan relación con el delito. Las joyas, se trajeron por que podían tener relación con el hecho delictivo. Así tenemos como los mareros roban las prendas a cambio de los cuales en esos lugares reciben a cambio droga. Que solo una casa se iba a registrar, como lo dijo él no llevo la investigación, en lo previo él participo, en el momento del allanamiento, y procede a darle lectura al auto de orden de allanamiento por parte del Juez de Paz. El sargento Beltrán Orellana, llevaba la dirección, le hizo saber el motivo de la visita, le leyó la orden judicial a la imputada. A los testigos se les pidió la colaboración y estaban encima a cincuenta o setenta y cinco centímetros, de donde sucedió el hecho. la pistola se encuentra en la parte íntima de ellos.

HUGO NELSON OSORIO VILLANUEVA, de veintinueve años de edad, especialista canino, trabaja en la División Antinarcóticos, con relación a los hechos dice: Las funciones de él, es trabajar con los perritos, su especialización la sacó en veterinaria. Que como un especialista canino, esta en una división Central en San Salvador, y cuando necesitan su presencia se hace presente al lugar. Su único papel fue que cuando el llegó allí, estaban sus compañeros, que solo es de apoyo nada más, que el entró a la vivienda, revisó y no encontró nada, y que no hubo ningún resultado por lo que tuvo que retirarse.

JOSE ADONAY DUARTE ELIAS, de treinta y seis años de edad, Técnico en Análisis de droga, trabaja en la División Antinarcóticos de la Policia Nacional Civil. que si reconoce su firma en la experticia . Que se le entregó una porción mediana, una porción grande, 10 porciones pequeñas, una porción pequeña. A la hierba seca salió positivo a marihuana y la sólida a Crack. Puede repetir las cosas que les llevaron al Laboratorio para realizar la experticia. Una porción mediana de hierba seca , diez pequeñas porciones envueltas en papel periódico , una de sustancia sólida. Los casos que les envían son varios, para practicar las experticias respectivas. Que él recibió una porción mediana, diez porciones pequeñas de sustancia sólida, que las cantidades que reciben pueden ser de diez casos a la semana. La cantidad que recibió una semana antes de esa fecha, no recuerda. El veintiséis de agosto lo recuerda por que fue una experticia que se hizo. Se le muestra el folio donde esta la evidencia al testigo, y este contestó : Que es una evidencia y que lo hace para conservar la cadena de custodia, y que el original se lo dan a la Fiscalía General de la República, juntamente con el informe, lo hacen para comprobar las diligencias que están haciendo.

WILFREDO CAMPOS DE LA CRUZ, de treinta y nueve años de edad, empleado, trabaja en el Laboratorio Técnico de la División Antinarcóticos de la Policia Nacional Civil. al interrogatorio efectuado por las partes contestó: Que tiene seis años de trabajar en el Laboratorio , su función es realizar pruebas, a las evidencias recolectadas, y reconoce como su firma la que aparece al pie de dicha evidencia, con la cual comprueban que dan fe al trabajo realizado por ellos. A él llega

embalada la evidencia, y la persona que le dio esa protección fue el compañero Teos Alas, el embalaje se garantiza con cinta adhesiva de la División Antinarcóticos. No llevan un sello de un Tribunal porque no asiste nadie de éstos.

RICARDO ALEJANDRO TEOS ALAS, de veintitrés años de edad, empleado del Laboratorio Técnico de la división Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil. Al interrogatorio efectuado por las partes contestó: Que es Técnico de la DAN desde hace tres años. A las tres de la tarde del día del registro su función fue identificar las sustancias y embalar las evidencias, cuestiones de investigación no le competen a él, las sustancias las encontraron en un mueble de metal, dando un resultado positivo a marihuana y crack. Se les hace el análisis y protege la evidencia embalándola. La responsabilidad de lo que se encuentra es de él, y fue la única persona que la embolsó. Cuando embalsan evidencias, les ponen una etiqueta. Se embalsaron joyas, dinero, balanzas y pesas. Procedió a trasladarlas hacia el Laboratorio Técnico de la DAN. El sólo realizó la prueba de campo, y ese día hizo cinco. Los dos imputados se encontraban el día de dicha diligencia y dos personas más del público. Que él trasladó la evidencia, cuando se les designa hacer eso ellos son los responsables porque en la viñeta queda la firma de ellos, que no recibió ninguna orden para enviarla. Al venir de un registro hacen una hoja de entrega de evidencias y se le da al de turno y éste le firma de recibido. Ha asistido a unos quinientos registros aproximadamente.

ROSA CANDIDA SANTACRUZ DE GARCÍA, de cincuenta años de edad, de oficios domésticos, vive en Colonia Santa Rosa, y al interrogatorio efectuado por las partes contestó: Que hace unos seis años que conoce a la señora Dinora, es una persona trabajadora, que trabaja en una fabrica, y al señor Oscar hace unos cinco años, es trabajador, trabaja en una panadería, ella vive en Colonia Santa Rosa, antes de que ellos fueran detenidos, ella nunca les ha visto nada. Antes de ser detenidos ella trabajaba en una fabrica, en soyapango, ella dejo de trabajar porque se enfermó le hicieron una operación, que vive como cuatro casas debajo de donde ella .

JUAN ANTONIO VILLALTA SALINAS, de cuarenta años de edad, vive en Colonia Jiboa, al interrogatorio efectuado por las partes contestó: Que conoce a los dos señores a Dinora desde pequeña y al señor Oscar desde hace unos seis años. La señora Dinora, trabaja en una fabrica, él vive como a diez metros de la señora. El está recién llegado a la Colonia, sabe que ella trabaja en una fabrica porque la señora venía en las tardes de trabajar. Que él vive hace un año en la Colonia Jiboa, que la panadería donde trabaja Oscar está en el Santuario.

CEFERINO ADRIAN AGUILAR, de Cincuenta y cuatro años de edad, residente en Barrio El Niño San Lorenzo, de este Departamento, es dueño de una panadería . Al interrogatorio efectuado por las partes contestó: Que conoce al Señor Oscar Armando desde cipotillo, con el aprendió el trabajo, que no sabe la fecha cuando fue detenido, que ese día faltó en su trabajo y hasta la señora le conoció cuando ya estaba acompañado con él, que él nunca se ha dado cuenta que comercializara con droga. Que él nunca se ha dado cuenta que ha andado cometiendo delitos, como trabajador lo conoce, es una persona muy buena, que ha trabajado con él como diez años.

LUCIA MONTANO GONZÁLEZ, de cincuenta y cinco años de edad, de oficios domésticos, y vendedora de pan francés, vive en Cantón Chucuyo, al interrogatorio efectuado por las partes contesta: En esos momentos llegó a traer un viaje de agua. La puerta estaba abierta y vio que entraron unos sujetos y ella entró y los vio a los imputados, con las manos contra la pared. Cuando entro esos sujetos le

dijeron era droga, y que iban a hacer un registro y ellos que estaban dentro de la casa fueron a traer a unos testigos. No pudo ver si encontraron algún paquete. A sus hijos desde pequeños los puso a que aprendieran un oficio. No conoce las drogas porque nunca las ha vendido. Los testigos llegaron a presenciar pero lo único que ella vio es que en la mesa tenía un paquetito. Que a los testigos que fueron a traer se encontraban jugando naipes, los nombres de los testigos son Julio Monzón, el otro no sabe el nombre solo lo conoce de cara, ella no vio que tubieran cosas en la mesa. Que es mamá del imputado, padece de los ojos, y le tienen que hacer raspado.

PRUEBA DOCUMENTAL: 1) acta de las once horas del día once de Agosto del año pasado, b) Actas de vigilancias, la primera de las diez horas del día doce de agosto y la segunda de las nueve horas del día dieciocho de agosto, la tercera de las diez horas del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y nueve, la cuarta de las trece horas del día diecinueve de agosto todos del año pasado. c) Auto emitido en San Salvador, a las once horas del día doce de agosto del año pasado, en donde el Jefe de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, autoriza y comisiona al sargento Jaime Roberto Beltran Orellana, para realizar la compra controlada. d) Acta donde consta la diligencia realizada por el Sargento Beltran Orellana, de las diez horas del veintitrés de agosto del presente año, e) resolución del Juzgado Primero de Paz de las nueve horas y cincuenta y cinco minutos del veinticinco de agosto del año pasado, donde consta la orden Judicial para realizar el registro de los imputados. f) Acta de Registro y allanamiento, realizado en la casa sin número visible ubicada en la calle El Tempisque, de la Colonia Santa Rosa de la Ciudad de San Vicente, a las quince horas del veinticinco de agosto del año pasado, g) informe procedente del Laboratorio Técnico de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, realizado por los Técnicos de identificación de droga Wilfredo Campos de la Cruz y José Adonay Duarte Elias, h) Croquis de ubicación de la vivienda investigada y álbum de fotografías realizadas;

ALEGATOS DE CIERRE Y RÉPLICA:

Después de recibida la prueba ofrecida por las partes se escuchó los alegatos de las partes, así como la réplica en la que la representación fiscal solicita un fallo condenatorio en base a la prueba vertida en ésta vista, por su parte la defensa solicita un fallo absolutorio en vista de no haberse logrado establecer la participación de sus defendidos en el hecho atribuido.

ÚLTIMA PALABRA:

Finalmente el acusado OSCAR ARMANDO MONTANO MONTERROSA: Con todo respeto pide le den su libertad, por que de lo que lo acusan es falso, ellos son personas que son útil a la Sociedad.

Por su parte DINORA ALICIA OLIVA OLIVA dijo: Tiene doce años de laborar en una empresa con lo cual le ha dado de comer a sus dos hijos y pide que le tengan compasión a sus hijos, por que estos seis meses han sido injustos.

VI. COMPETENCIA, PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN PENAL, ACCIÓN CIVIL Y CUESTIONES INCIDENTALES DIFERIDAS PARA ESTE MOMENTO.

Respecto a la *competencia* del Tribunal de Sentencia, el hecho atribuido ha sido calificado por la acusación y abierto a la Vista Pública, como es el de COMERCIO,

TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO, tipificado y sancionado en el art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública, atribuido a los imputados, es competencia del Tribunal de Sentencia en forma colegiada de conformidad al Art. 53 No.9 CPP.

Con relación a la *procedencia de la acción penal*, es un delito de acción penal pública que conforme al art. 19 CPP; y el tipo específico, no establece condiciones prejudiciales de penalidad ni procesabilidad, por lo que es procedente la promoción efectuada por la representación fiscal.

En cuanto a la *acción civil*, la misma no ha sido promovida por la Representación Fiscal, por ser un delito de peligro abstracto, y por lo tanto, no habiendo sido promovida, este Tribunal deberá omitir pronunciarse respecto de tal responsabilidad.

Cuestiones incidentales: No se presentaron.

VII. EXISTENCIA DEL DELITO Y CULPABILIDAD.

Con la prueba producida el Tribunal analizará previamente la existencia del delito, a partir del análisis del tipo, la antijuricidad y luego el de culpabilidad.

7.1 Tipo penal.

El tipo penal descrito en el art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, el sujeto activo puede ser cualquier persona imputable, y el sujeto pasivo es la sociedad, la que se ve perjudicada en la Salud Pública, que es el bien jurídico tutelado por la Norma Penal.

En cuanto a la acción descrita en la norma penal está compuesta de varias conductas dentro de las que se tiene que el adquirir, enajenar a cualquier título, importar, exportar, depositar, almacenar, transportar, distribuir, suministrar, vender, expender o realizar cualquier otra actividad de Tráfico, de semillas, hojas, plantas, florescencias, o las sustancias o productos descritos en el Art. 34 de la Ley de Drogas, siendo tal acción el sustrato fáctico sobre el cual se harán las valoraciones respecto a la existencia del delito. Requiriendo tal acción dolo, es decir la intencionalidad de cometer tal conducta. En el presente tipo penal no se exige la realización de un resultado específico, pues se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad, sin que se elija la producción de un resultado lesivo.

Basta realizar los actos descritos en la norma penal, para que el delito se produzca, y en consecuencia tampoco se requiere el nexo causal entre acción y resultado, pues basta la mera actividad para que el delito se perfeccione.

Por otra parte, tal como lo argumenta la defensa, conforme el Art. 180CPP., y Art. 66 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, no se ratifica el secuestro de la droga incautada, por lo que no se ha garantizado la protección de la cadena de custodia. Obviamente, esa es la finalidad de la ratificación del secuestro, y precisamente el legislador amplía el margen para tal ratificación a 48 horas, para facilitar la operatividad de la policía y la fiscalía en sus actuaciones, y tengan un margen mayor de tiempo para ello. El art. 180CPP., no hace excepciones a tal ratificación del secuestro, el que en principio, en tanto acto lesivo de derechos fundamentales, es de reserva jurisdiccional.

En cuanto a la nulidad alegada por la defensa este Tribunal, considera que la orden de registro y allanamiento, dada por el señor Juez Primero de Paz de esta Ciudad, a las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del día veinticinco de agosto del año pasado, que corre agregada a fs. 36 del expediente, no fue motivada ni fundamentada tal como la exige el Art. 130 CPP., omisión que la Ley sanciona con la nulidad del acto; y que conforme el Art. 223 y 224 No. 6 CPP., constituye una nulidad absoluta, puesto que la inviolabilidad del domicilio es de rango constitucional Art.20Cn., y cuya reposición del acto viciado es material y jurídicamente imposible efectuarse.

La motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales, es una obligación de los jueces que pese a que no se encuentran consagrada a nivel constitucional, se deriva de los principios de seguridad material y jurídica, puesto que implican una intromisión a la morada de la persona, y por esa razón, el Juez debe exponer los motivos de hecho y de derecho por los cuales ordena tal intromisión en la vida privada de las personas, y en este caso, de la morada; esto es, hacer una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, como son la intimidad de la morada y la necesidad de violentar tal derecho fundamental.

En el presente caso, analizado que ha sido el auto que ordenó el registro en las dos viviendas, dictado por el señor Juez Primero de Paz de esta Ciudad, como ya se dijo, no fue fundamentado ni sobre los hechos ni sobre el derecho aplicable; por el contrario el Juez se limita a manifestar que ordena el allanamiento y registro "por tener motivos suficientes para creer que en dichas diligencias instruidas contra un sujeto conocido como Oscar N., por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito", sin exponer con precisión los motivos suficientes que tiene para acceder a tal petición; en consecuencia adolece de nulidad conforme al Art. 130CPP.

Como consecuencia de ello, tal resolución que autorizó el registro y allanamiento se vuelve nula, y por lo tanto, conforme a los art. 15, 162 inciso 2, 223, 224 No.6 y 225 todos PP., el Tribunal se encuentra en la obligación de excluir la prueba que ha sido producida en la presente vista pública y ha implicado una infracción legal, que afecta el registro practicado por la policía, el secuestro de la droga incautada, el análisis pericial practicado por los técnicos en identificación de droga de la DAN.

Por otra parte, la nulidad de la resolución dictada por el señor Juez Primero de Paz, de esta Ciudad, por la cual ordena el Registro y Allanamiento de las dos viviendas, genera por conexión, la nulidad de los actos derivados de la misma, es decir, todas aquellas actuaciones y evidencias que son derivadas de la orden de registro ilegal, y por lo tanto, habrán de declararse nula y excluirse como pruebas, o no valorarse como tales, pese a ser admitidas y producidas como tales. Ellos son el registro del inmueble de los objetos decomisados, los análisis físicos químicos practicados como diligencias iniciales de investigación y peritajes practicados; así como las declaraciones de los testigos y peritos relacionados sobre tales puntos; ello, como consecuencia del efecto refleja de las pruebas ilícitas o doctrina del fruto del árbol envenenado o venenoso.

En cuanto al punto de la *flagrancia* alegado por el Fiscal, ya los supuestos de *allanamiento sin orden judicial* en casos de flagrancia, están claros en el art. 177 CPP, como son la persecución actual de un delincuente o que se pida auxilio o se oigan voces de que se está perpetrando un delito. En los supuestos de *tenencias* o de delitos permanentes, que eran regulados en el anterior art. 181 Nos. 4° y 5° Pr. Pn. (1974), en casos de drogas y de armas de guerra, supuestos que por ser

contrarios a la Constitución y no adecuarse al concepto de flagrancia en sentido estricto, no fueron adoptados por la nueva normativa procesal penal.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español se pronunció en la STC 341/93 de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y tres, en el caso *Ley de Seguridad Ciudadana*, en el que dijo en cuanto a un supuesto de extensión del término flagrante para autorizar registros y allanamientos sin orden: *"(...) pese al aparente rigor de la redacción del precepto, el mismo da lugar a una desnaturalización ampliatoria del delito flagrante que afecta no ya a su acreditada formulación legal, jurisprudencial y doctrinal sino además –lo que es más grave- al sentido con que la Constitución contempla esta excepción a un derecho fundamental (...) La finalidad de esta "excepción" es evitar las dificultades que, a efectos de los requisitos de la flagrancia, presentan los delitos de tracto continuado, pero no es menos claro que el tráfico de drogas es, además, un delito de peligro, y no de resultado (...) Al ampliarse, en definitiva, la base conceptual del delito flagrante y excepcionarse un determinado tipo delictivo dentro de ese régimen, se diluyen los estrictos límites que separan los arts. 18.2 y 55.2 CE, creando una peligrosa zona intermedia, absolutamente fuera de la previsión constitucional (...)"*, habiendo declarado inconstitucional el precepto legal que ampliaba la idea de la flagrancia a los casos de tenencia de droga, que permitían el ingreso sin orden judicial a la morada.

Tales consideraciones son retomadas por este Tribunal, pues la idea de la flagrancia, que exigen una inmediatez temporal y personal, pero sobre todo, una necesidad urgente y grave de intervención, no se dan; puesto que la tenencia de drogas es un delito de peligro abstracto, cuya puesta en peligro del bien jurídico salud, no amerita una urgente y grave intervención, mediante el ingreso a la morada sin Orden Judicial.

Y en cuanto al consentimiento de ingreso a la morada, en el acta consta que la propietaria dio consentimiento para el ingreso y registro. Por su parte los imputados manifiestan que la puerta estaba abierta y ellos entraron sin permiso, y que leyeron la orden de registro dentro de la vivienda, los testigos dicen que cuando ellos llegaron al lugar, los policías ya estaban adentro de la casa, y que les leyeron la orden de registro dentro de la casa. Se concluye entonces que no hubo consentimiento para el registro.

En cuanto a la compra controlada efectuada por el Sargento Jaime Roberto Beltrán Orellana, si bien podría considerarse fuente independiente, respecto de la prueba excluida, tal evidencia tampoco fue incorporada legalmente, y no puede valorarse como prueba Art. 15 y 162 en relación al Art. 180 CPP., ya que no fue ratificado el secuestro, para la protección de la cadena de custodia; requisito que es obligatorio en casos de compra controlada, casual y hallazgos en flagrancia.

En conclusión este Tribunal debe absolver a los acusados de responsabilidad penal por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito de droga, en virtud de que la prueba de cargo en contra de ellos fue excluida, al haber sido producto de un registro ordenado por el Juez, sin fundamentar su decisión.

IX. RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES.

No habiéndose promovido la acción civil correspondiente por la representación fiscal, por tratarse de un delito de peligro abstracto, este Tribunal debe absolver a los acusados de dicha responsabilidad, lo mismo que de las costas procesales, en

virtud de no haber sido reclamada, no haberse acreditado en el proceso su existencia, y no existir actuación maliciosa por la parte acusadora.

POR TANTO,

Con base a los considerandos antes relacionados y a los artículos 11, 12, 14, 15, 19, 20, 65, 172, 181 y 193 Nos. 3 y 4 de la Constitución de la República; artículos 1, 2, 3, 4, 13, 18, 19, 32, 33, todos del Código Penal ; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 15, 19 No. 1, 162, 173, 177, 180, 200, 201, 324 y siguientes, 338 y siguientes, 354 y siguientes, 444 del Código Procesal Penal; artículos 2, 10 letra d y f), 36, 63,66, 67, 68 , 69, de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas; y sobre la base de la prueba producida durante el desarrollo de la presente Vista Pública, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, este Tribunal FALLA:

a) Declárase la nulidad absoluta del auto de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del día veinticinco de agosto del año pasado, por no encontrarse debidamente fundamentado, de conformidad al Art. 130 CPP., así como de los actos derivados de dicha diligencia, Art. 223, 224 No.6 y 225 CPP., b) ABSUÉLVESE de la responsabilidad penal a los señores OSCAR ARMANDO MONTANO MONTERÍAS y DINORA ALICIA OLIVA, de generales conocidas en el preámbulo de la Sentencia, como AUTORES DIRECTOS del delito de COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO, tipificado y sancionado en el art. 36 de la Ley Reguladora de las actividades relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública; en vista de no haberse fundamentado la orden de registro, y no tratarse de un supuesto de flagrancia, ni consentimiento libre y espontáneo de permiso para ingreso de la morada, y no haberse ratificado el secuestro de la droga obtenida, mediante compra controlada, Art. 180CPP.,c) PÓNGANSE EN LIBERTAD, en consecuencia, líbrense las correspondientes órdenes al Centro de Evaluación y Tratamiento Hombres, Cojutepeque, Cuscatlán y Centro de Readaptación para Mujeres, Ilopango; d) ABSUÉLVENSE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL y de las COSTAS PROCESALES, por no haberse promovido la correspondiente acción, por tratarse de un delito de peligro abstracto, y por no haberse acreditado la existencia de costas procesales, ni haber sido la acusación maliciosa o temeraria; e) DECRETASE EL COMISO de los objetos secuestrados ofrecidos por la Representación Fiscal como droga, consistente en CERO PUNTO CERO OCHENTA Y TRES GRAMOS y CERO PUNTO DOSCIENTOS SETENTA Y DOS gramos de cocaína base, y DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES PUNTO SETECIENTOS SETENTA Y OCHO gramos, y CERO PUNTO TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE gramos de marihuana, respectivamente; una balanza metálica, una pesa de metal amarillo; f) DESTRÚYASE en su oportunidad la droga secuestrada y caída en comiso; g) DEVUÉLVANSE los demás objetos secuestrados no caídos en comiso. h) HÁGANSE LAS COMUNICACIONES correspondientes a las autoridades competentes; i) DECLÁRASE EJECUTORIADA LA PRESENTE SENTENCIA, si no se interpusiere recurso alguno; j) NOTIFÍQUESE mediante su lectura integral, para lo cual se señalan las catorce horas del día dieciocho de Febrero del presente año, en la Sala de Audiencias de este Tribunal.

12. **P0501-4-2001** TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USULUTAN. Requisa ilegal por falta de acta policial. Extracto “Si la ley exige formalidades es porque reconoce que se limita el goce de un derecho fundamental, que ciertamente no es absoluto, pero que por su carácter de fundamental, su restricción no puede estar sujeta a la voluntad del agente, sin observar los requerimientos de forma y fondo exigidos; es a través de ellos, donde se establece la ponderación del derecho a la libertad y a la intimidad por un lado, y el interés social por descubrir y perseguir el delito”.

P0501-4-2001

TRIBUNAL DE SENTENCIA: Usulután, a las trece horas con diez minutos del día catorce de febrero de dos mil uno.

Causa Número **U-153-08-00** seguida contra **JOSE ABELARDO FAGOAGA**, de treinta y ocho años de edad, comerciante de mariscos, acompañado con Yessi Rosina Ramos, del domicilio de Jiquilisco, residente en Salinera Salvadoreña, ubicada en Cantón Tierra Blanca, originario de Mercedes Umaña, nacido el día tres de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, hijo de Julio Alberto García y de Dolores Fagoaga; **YESSI ROSINA RAMOS**, de veinticuatro años de edad, comerciante de mariscos, acompañada con José Abelardo Fagoaga, del domicilio de Jiquilisco, residente en Salinera Salvadoreña, ubicada en Cantón Tierra Blanca, originario del Puerto de Acajutla, nacido el día cinco de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, hija de Noé Ramos Portillo y Dina Romero; los datos de los justiciables no han podido ser confrontados con ningún documento de identidad personal, por no portarlos, pero según la acusación fiscal ambos fueron detenidos en flagrancia, por lo que se tiene por acreditada la identificación, de conformidad al Art. 243N° 5 Pr. Pn., por ser esta casual y directa; procesados por el delito de **COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO DE DROGA**, previsto y sancionado en el Art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública. El Tribunal de Sentencia fue integrado por los Jueces Mario Angel Guandique Martinez, Hugo Noé García Guevara y Aenne Margareth Castro Avilés, siendo presidido por el primero. Actuaron, como representante de la Fiscalía General de la República, la Licenciada Leonor Isabel Parada Romero, y como Defensor Particular el Licenciado Manuel Augusto Parada Flores. Y en nombre de la República de El Salvador, se resuelve.

RESULTANDO:

Que la Fiscalía, conforme al Art. 314 Pr. Pn., presento acusación contra la imputada por los siguientes hechos: Como a las once horas del día diecisiete de marzo del año en curso, sobre la cuarta avenida norte y segunda calle oriente del cantón Tierra Blanca de la jurisdicción de Jiquilisco, los agentes José Víctor Guerrero Sánchez y Miguel Angel Martínez Escobar, proceden a la detención de los señores José Abelardo Fagoaga y Yessi Rosina Ramos, por haber tenido conocimiento con anterioridad que trasladaban droga a bordo de un pick up procedente de las salineras; fue así como al momento de efectuar el procedimiento se procedió al decomiso de la droga, la cual se encontraba en el interior de una mochila de color negro y envueltos en bolsas plásticas color verde, dos porciones de hierva seca, al parecer marihuana.

CONSIDERANDO:

I. Que luego de apreciadas las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica, los Jueces del Tribunal entraron a deliberar y resolvieron por unanimidad de sus votos, todos los puntos sometidos a su conocimiento, conforme a lo establecido en el Art. 356 Pr. Pn., de acuerdo al orden que se expresan en los numerales romanos siguientes.

II. De conformidad a los Arts. 18 del Código Penal, 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 19 Pr. Pn., y por vía de exclusión de los Arts. 26 y 28 Pr. Pn., el delito de **COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO DE DROGA**, es grave, siendo

perseguibles mediante acción penal pública propia; estando sujeto al conocimiento del Tribunal de Sentencia en Pleno, de conformidad al Art. 53 N° 9 Pr. Pn.

III. Para la vista pública se ofreció prueba en relación a la existencia del delito y a la culpabilidad, siendo esta la siguiente: **A)** La Fiscalía ofreció como elementos de prueba: **1) Prueba testimonial:** José Víctor Guerrero Sánchez, Miguel Ángel Martínez Escobar, Víctor Manuel Hernández Blanco y perito forense Kevin Ulises Juárez Hernández; **2) Prueba Documental:** Acta de detención de los justiciables; **3) Prueba Pericial:** Experticia química practicada a la droga decomisada. **B)** La Defensa no ofreció pruebas. De conformidad al Art. 350 Pr. Pn., este Tribunal prescindió del testimonio de los testigos José Víctor Guerrero Sánchez y Víctor Manuel Hernández Blanco; el primero por haberse informado a Secretaría por parte del Jefe de Puesto de Tierra Blanca que este había solicitado permiso por un año, información que fue corroborada en la Sub Delegación Policial de Jiquilisco, y en la Administración de la Delegación Departamental; del segundo testigo no se menciona dirección en la acusación.

IV. VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA: El delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito de Droga, de conformidad al Art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, requiere para su configuración de una acción típica consistente en 'adquirir, enajenar, a cualquier título, importar, exportar, depositar, almacenar, transportar, distribuir, suministrar, vender, expender o realizar cualquier otra actividad de tráfico, de semillas, hojas plantas, florecencia o las sustancias o productos que se mencionan en el Art. 34 de la ley de la materia.' Al adecuar la acción típica antes descrita a los hechos deducidos del desfile probatorio se establece: **1)** Que según el acta de detención, se expresa que se remiten a los imputados "por haber sido detenidos en flagrancia por el delito de tráfico, comercio y almacenamiento ilícito de droga, Artículo treinta y seis de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, a dichos individuos en el momento de su detención se les decomisó dos porciones de hierba seca, al parecer marihuana, en el interior de una mochila de color negro y envueltas en bolsas de plástico de color verde (...)" **2)** El agente captor, Miguel Ángel Martínez Escobar, al declarar como testigo en la audiencia de vista pública, en lo sustancial corroboró lo relacionado en la "relación circunstanciada de los hechos" contenida en la acusación fiscal, agregando, que la droga se encontraba en un maletín negro; que cuando detuvieron el vehículo este iba en marcha; que por la voz pública tenían conocimiento que los imputados traficaban con droga, que el día de la captura un informante anónimo les dio características físicas, como andaban vestido y que acababan de abordar un pick up por lo que fueron a montar el reten; que en el pick up iban diez personas; que en éste habían más bolsos y fueron tomados por los pasajeros, quedando solo el bolso que contenía la droga, los imputados no tomaron ningún bolso, dicho maletín iba sobre la cama del pick up pegado a la cabina, en la mochila no iban documentos; que luego de detenidos los imputados llamaron a la División Antinarcóticos de la Policía, quienes hicieron la prueba de campo; que no se entrevistó a los demás ocupantes del vehículo, únicamente se les preguntó si de quien era la mochila, no observo en que posición del pick up viajaban los imputados; que antes de la captura no había visto a los imputados; que nadie de los que se conducían en el pick up señaló que los imputados hayan llevado la mochila. **3)** Al rendir su declaración indagatoria el imputado José Abelardo Fagoaga manifestó, que el juntamente con su compañera de vida venían de la ciudad de San Salvador, de averiguar los precios de los mariscos, habiéndose bajado en el Cantón Tierra Blanca, abordando el pick up dos cuadras antes del reten; que en este los bajaron a todos y registraron las maletas; que preguntaron de quien era el maletín, pero nadie se hizo cargo; que luego un Agente lo llamo y le preguntó si con quien andaba y el le respondió que son su esposa; que luego dicho agente le dijo que ambos se quedaban detenidos, no diciéndole porque, sino hasta las cinco de la tarde cuando llegaron agentes de la DAN; que en el pick up iban con quince personas. **4)** Que según prueba de laboratorio practicada para determinar científicamente si las sustancias decomisadas son drogas, se obtuvo como resultado que las dos porciones de hierba seca de regular tamaño contenidas en

dos bolsas plásticas color verde claro, resultado positiva a marihuana, teniendo un peso bruto de ochocientos treinta y uno punto cinco gramos y un peso neto de ochocientos dieciocho punto cinco gramos, y un valor económico de ocho mil ciento ochenta y cinco colones; tal experticia fue ratificada por el perito Kevin Ulises Juárez Hernández en la audiencia de vista pública, quien se sometió al interrogatorio de las partes, con lo que el informe pericial que en principio era solo un acto de investigación, se ha convertido en un acto de prueba. **5)** Conforme a la síntesis del desfile probatorio antes anotado, este Tribunal hace las consideraciones siguientes: **a)** dado el valor económico que se le asigna a la droga, este tribunal considera que la cantidad de esta decomisada es presumiblemente comerciable; **b)** No existe acta de requisa personal, la cual debió haberse levantado de conformidad a lo prescrito en el Art. 178 inc. 2º. Pr. Pn.; **no pudiéndose dar el valor de acta de requisa a la acta de detención, porque esta no reúne requisitos fundamentales de lo que debe ser una acta de requisa, como los móviles que sustentan la sospecha de que esa persona conduce droga, datos del vehículo en el cual se conducían, nombre de personas que les acompañaban, donde portaban la droga, etc.; tal exigencia del Código Procesal Penal, sin lugar a dudas tiene su base en el derecho a la intimidad de la persona, el cual como derecho fundamental que es, según el Art. 19 Cn., su limitación debe ser restrictiva, proporcional y fundada, despejando toda posibilidad de que el acto fue ejecutado de manera arbitraria;** el significado de lo anterior puede verse reflejado en las mayores limitaciones que le imponía a la autoridad policial el Art. 178 Pr. Pn., en su versión original, es decir antes de ser reformado, como la advertencia a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado invitándola a exhibirlo, y que, la requisa se hiciera a presencia de dos testigos hábiles vecinos del lugar y desvinculados de la policía, quienes deberían firmar el acta que sobre el procedimiento se levantaría; debe tenerse presente, que según los hechos descritos en la acusación, el hallazgo de la droga no fue casual, sino que como resultado de la sospecha de que los imputados transportaban droga, y para ello se establece el reten policial, tal como aparece en la "Relación circunstanciada de los hechos", contenida en la acusación fiscal, y tal como lo ha relacionado el testigo Miguel Angel Martínez Escobar en su declaración como tal en la audiencia de vista pública; **c)** Si para tal procedimiento policial se exige acta es porque para acreditar el hecho en una audiencia de vista pública no bastará el que la Policía relate el procedimiento, por lo que tampoco la inexistencia del acta de requisa se puede tener por salvada con la declaración de los agentes que efectuaron el procedimiento; en todo caso, en sus declaraciones, difícilmente los agentes captadores van a expresar situaciones que debieron hacer constar en el acta de registro. **d)** Si la ley exige formalidades es porque reconoce que se limita el goce de un derecho fundamental, que ciertamente no es absoluto, pero que por su carácter de fundamental, su restricción no puede estar sujeta a la voluntad del agente, sin observar los requerimientos de forma y fondo exigidos; es a través de ellos, donde se establece la ponderación del derecho a la libertad y a la intimidad por un lado, y el interés social por descubrir y perseguir el delito. **e)** Según el Art. 10 lit. "o" de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, la Unidad Ejecutiva, hoy División Antinarcóticos, tiene la facultad de investigar con "carácter de exclusividad" todas las infracciones penales que establece dicha ley; en el presente caso, el hallazgo de la droga no fue casual, ya que se tenía conocimiento por medio de la voz pública que los procesados se dedicaban al tráfico de droga, debiendo hacer eso del conocimiento de la División Antinarcótico. **f)** El testimonio del Agente Miguel Angel Martínez Escobar, arroja indicios contingenciales a los cuales se puede oponer contra indicios, como el que todos los pasajeros del pick up, tomaron sus maletas y los imputados no, deduciendo de ello que estos eran los que portaban las drogas; que las características físicas y vestimentas, que les había dado un testigo anónimo, coincidían con la de los imputado; en todo caso, tales indicios debían ser corroborados por otros elementos de juicio. **6)** Por lo antes relacionado, este Tribunal tiene por no acreditado los hechos expuestos en la acusación fiscal.

POR TANTO:

De conformidad a los Arts. 2, 11, 12 y 181 de la Constitución de la República; Arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 10 lit. "o", 34 y 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; Arts. del 1 al 5 del Código Penal; Arts. 1 al 4, 18, 19, 26, 28, 43, 53, 162, 184, 265, 314, 324 al 354, 356 al 359, 360 y 361 del Código Procesal Penal; por unanimidad y en el Nombre de la República de El Salvador **FALLAMOS: A)** Declárase a **JOSE ABELARDO FAGOAGA** y **YESSI ROSINA RAMOS**, de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia, **ABSUELTOS** de toda responsabilidad de la acusación presentada en sus contra por el delito de **COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO DE DROGA**, en perjuicio de la Salud Pública. **B)** Póngase inmediatamente en libertad a los justiciables. **C)** Líbrense los oficios y certificaciones respectivas a donde correspondan. **D)** Oportunamente procédase a la destrucción de la droga en comiso, para lo cual convóquese a las autoridades que señala la ley. **NOTIFÍQUESE.**

P0501-20-2001

TRIBUNAL DE SENTENCIA: Usulután, a las doce horas del día uno de junio del año dos mil uno.

Causa U-184-10-2000, contra SERGIO DARIO PRIVADO ROLDAN, de veintisiete años de edad, soltero, mecánico de estructuras metálicas, originario de San Miguel, a quienes se les atribuye el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO DE DROGAS, previsto y sancionado en el artículo treinta y seis de la Ley Reguladora de las Actividades Relativa a las Drogas, en perjuicio de la SALUD PUBLICA.

El tribunal de Sentencia fue integrado por los Jueces MARIO ANGEL GUANDIQUE MARTINEZ, HUGO NOÉ GARCIA GUEVARA Y AENNE MARGARETH CASTRO AVILES, siendo presidido por el primero, actuaron como representantes de la Fiscalía General de la República el Licenciado Gabriel Caballero Portillo; como Defensor particular Samuel Hernández Molina.

Que la fiscalía, conforme al Art. 314 Pr. Pn. Presentó acusación contra el imputado por los siguientes hechos: Que el día once de los corrientes, como a eso de las quince horas, cuando los agentes José Santos Coto Avalos, auxiliado del Jefe de Grupo realizaban ronda rutinaria en el interior del Centro Preventivo, esto en el sector poniente del tercer dormitorio, momentos cuando fue sorprendido el indiciado ya en mención, rodeado de varios internos, fue en ese instante que se le procedió a realizarle un registro personal, encontrándosele una porción de hierba seca y diez piedras amarillentas de base libre crack, estas envueltas en papel de aluminio, por lo que se procedió a mandar informe a las autoridades correspondientes.

Durante la Vista Pública desfiló prueba en relación a la existencia del delito y a la culpabilidad, siendo esta la siguiente: I.- La fiscalía ofreció como elementos de prueba: **PERICIAL:** Experticia Química practicada a la sustancia decomisada por el Perito Kelvin Ulises Juárez Hernández. **TESTIMONIAL:** José Santos Coto Avalos. **DOCUMENTAL:** Informe suscrito por la Directora del Centro Preventivo de Jucuapa, Dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, donde se le practico examen toxicologico.

En cuanto a la existencia del delito y a la participación del imputado en el mismo, es de considerar por este Tribunal que para que el ilícito penal de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito de Droga se configure, según el art.36 de La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas requiere de una acción típica consistente en " vender, suministrar, distribuir o tener semillas, hojas fluorescentes, plantas o parte de ellas, o drogas que posean dependencia física ó psíquica sin autorización legal; en cantidades que a juicio prudencial del Juez sean presumiblemente comerciables, o siendo autorizada no justifique su tenencia". En el presente caso se pueden hacer las siguientes consideraciones: **a)** El testigo José Santos Coto Avalos, al declarar en la audiencia de vista pública, en lo sustancial manifestó que el día de los hechos efectuaba una ronda rutinaria en el interior del Centro Penal de Jucuapa, y vio al imputado rodeado de otros internos, por lo que le pareció sospechoso y les hizo una requisa a todos, encontrándole al imputado en la bolsa izquierda de su short una porción de marihuana, aproximadamente como para diez puros y diez piedritas de sustancia, al parecer crack, por lo que procedió a informar y entregar lo decomisado al Jefe de Turno Luis Alonso Cerón, informando por escrito como veinte minutos después; que supo que su superior informo a la Fiscalía, no teniendo conocimiento posterior; que no vio que el imputado estuviera vendiendo droga; **b)** se verificó por medio de la experticia realizada por el perito Kelvin Ulises Juárez Hernández, e incorporada por su lectura al juicio, que la porción de hierba decomisada al imputado dio un resultado positivo a marihuana en un cien por ciento, la cual tenía un peso de uno punto seis gramos, siendo el valor comercial aproximado de esa cantidad de droga de dieciséis colones, y las diez piedrecitas dieron positivo a cocaína, tiene un peso de uno punto cinco gramos, siendo su valor económico de trescientos treinta colones; no compareció el perito a la audiencia de vista pública, pero la defensa no cuestiono su dictamen; **c)** Según análisis de sangre y orina efectuada al imputado por el Licenciado en Laboratorio Clínico José Saúl Lovo Gómez, se determino que el imputado tiene en su organismo una cantidad de ciento diecinueve Ng/ml de cannabinoides, o sea de sustancia contenida en la marihuana, y una cantidad de mil quinientos cuarenta y uno punto siete Ng/ml de cocaína, **d)** Según oficio de fecha doce de junio del año recién pasado, la Directora del Centro Penal de Jucuapa informa a la Fiscalía sobre el decomiso. **e)** Con base a los elementos de evidencia antes relacionado se hacen las consideraciones siguientes: **1)** Este tribunal considera que la actitud que el testigo José Santos Coto Avalos, observa en el imputado no se adecua al tipo penal por el cual la Fiscalía acusa, o sea el de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito de Droga, ya que no advirtió que este efectuara una venta de droga o que efectuara cualquiera de las actividades comprendida como tráfico, según el Art. 5 de la Ley de la materia; **2)** La actitud del imputado encuadraría dentro de lo que se podría calificar como una tenencia o posesión de droga, la cual a criterio de los suscritos jueces no es presumiblemente comerciable, porque se ha acreditado que el imputado es un consumidor o adicto a la droga, según examen toxicológico; no se efectuó un estudio socio económico del imputado que acredite su capacidad para poder adquirir la cantidad de droga encontrada, es decir, si se la habían dado para que la vendiera o la había adquirido solo para su consumo por tener capacidad económica él o su familia, por lo que tal duda debe resolverse a favor del imputado; **3)** Es de hacer notar que según el Art. 178 Pr. Pn., en caso de requisa debe levantarse un acta que deberá ser firmada por el policía o quien efectuar la requisa y por el requisado; tal deber no se puede eludir porque con la requisa se limita de manera excepcional y restrictiva el derecho a la intimidad personal y en el acta se tendría que justificar la necesidad y proporcionalidad de la requisa, así como otras circunstancias mas que se dan en el acto de la requisa; **f)** Por lo antes relacionado, este tribunal tiene por no acreditados los hechos expuestos en la acusación fiscal.

POR TANTO:

En base a los Arts. 2, 11, 12 y 144 de La Constitución de La República; 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 de La Convención Americana de Derechos

Humanos; 1 al 5 del Código Penal; 354, 356, 357,359 y 361 del Código Procesal Penal, Art. 36, 60 de La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, por unanimidad y en Nombre de La República de El Salvador FALLAMOS: **I)** Declárase a al señor SERGIO DARIO PRIVADO ROLDAN, de generales antes mencionadas, ABSUELTO de toda responsabilidad penal de la acusación presentada en su contra, por el delito de COMERCIO, TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO DE DROGAS, previsto y sancionado en el artículo 36 De La Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la SALUD PUBLICA. **III) Si no existiere restricción a su libertad, póngasele inmediatamente en libertad.** **III)** Las Costas Procesales corren a cargo del Estado. **IV)** Procédase posteriormente a la destrucción de la droga. **V)** Envíense los oficios y certificaciones a donde correspondan. **VI)** Si no se recurriere de esta sentencia, téngase por firme. **NOTIFIQUESE.-**

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

(Tribunal Constitucional Español)

▣ **Jurisprudencia ESPAÑOLA**

13. **22/1984** de 17 de febrero. **Extracto:** “Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (Art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (Art. 18.1 de la Constitución).

Sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero.

RA 59/1983.

BOE 59, de 9 de marzo

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la sentencia]

Voto Particular

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, y don Antonio Truyol Serra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 59/1983, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Tomás Cuevas Villamañana, asistido del Letrado don Santiago Hernando Cascales, en nombre de doña María Dolores Tomás Pravia contra determinados actos jurídicos y vías de hecho, producidos por el Ayuntamiento de Murcia, en relación con el desalojo de una vivienda a consecuencia de una orden de derribo de la misma.

Han sido parte en el asunto el Fiscal general del Estado y el Ayuntamiento de Murcia, representado por el Procurador de los Tribunales don José Pérez Templado y defendido por el Letrado don Tomás Baño.

Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Díez Picazo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

Primero.-La Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Murcia adoptó un acuerdo, en la reunión de 29 de noviembre de 1977, por el cual concedió a don Francisco Vera Aznar una licencia para construir, en la plaza de los Apóstoles, esquina a la calle de Eulogio Soriano, de la mencionada ciudad, un edificio de cinco plantas en la fachada de la primera de las calles citadas y de cuatro en la segunda, de acuerdo con las características urbanísticas de la zona. Algún tiempo después, el Servicio de Inspección de Obras del Ayuntamiento comprobó que el señor Vera Aznar estaba llevando a cabo la edificación aludida sin ajustarse al proyecto que había servido de base al otorgamiento de la licencia. Por ello, con fecha 27 de febrero de 1979, la Alcaldía dictó un Decreto, en el que requirió la inmediata suspensión de las obras, su ajuste al proyecto y la iniciación de un expediente sancionador. La Orden de inmediata suspensión no obedecida por el señor Vera, fue renovada por un Decreto de la Alcaldía de Murcia de 15 de octubre de 1979.

La Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento, en su sesión de 26 de febrero de 1980, adoptó un nuevo acuerdo en el asunto indicado, disponiendo la demolición de las obras

extralimitadas, por considerarlas como ejecutadas sin licencia y con infracción grave de las normas urbanísticas aplicables en la zona de emplazamiento de las mismas. En el referido acuerdo, se establecía que la demolición se iniciaría en el plazo de cuarenta y ocho horas y que si transcurría este plazo sin haberse efectuado realizarían la demolición las brigadas municipales o personal contratado para tal menester, a costa del señor Vera Aznar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Contra la resolución de 26 de febrero de 1980, el señor Vera Aznar interpuso un recurso de reposición, que fue desestimado por la Comisión Permanente en 3 de julio de 1980. Esta última resolución fue a su vez objeto de un recurso contencioso-administrativo, que se sustanció ante la Audiencia Territorial de Albacete y que terminó por sentencia de 22 de septiembre de 1981, que desestimó el recurso y declaró la conformidad a derecho del acto administrativo recurrido.

En 5 de septiembre de 1980, la Alcaldía de Murcia decretó de nuevo que las plantas construidas fuera de licencia fueran demolidas por las brigadas municipales o por personal idóneo contratado al efecto. Con este motivo, el 17 de diciembre siguiente el dueño de la obra solicitó la suspensión de la demolición hasta que recayera sentencia firme en el recurso contencioso-administrativo que antes se ha mencionado y que entonces estaba todavía pendiente. Al solicitar la suspensión, ofreció el señor Vera las garantías legalmente procedentes para asegurar la demolición y para asegurar en su momento y caso se cumpliría el acto cuya suspensión se interesaba. El Ayuntamiento accedió a la suspensión y concretó las garantías que el señor Vera debía prestar. Entre ellas figuró la obligación de satisfacer los gastos de la demolición, la de no realizar ningún acto dispositivo y la de facilitar el acceso a las plantas a demoler para su clausura por la Administración. (...)

Quinto.-Por escrito fechado el 1 de febrero de 1983, presentado en el Registro de este Tribunal el siguiente día 3, el Procurador de los Tribunales, don Tomás Cuevas Villamañana, asistido del Letrado don Santiago Hernando Cascales, interpuso recurso de amparo, en cuya súplica literalmente decía que formulaba el recurso contra los actos jurídicos y vías de hecho, allí descritos, producidos por el Excelentísimo Ayuntamiento de Murcia, su Alcaldía-Presidencia y funcionarios de la corporación municipal, por ser causa de la violación de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución.

En la mencionada súplica del escrito de demanda de amparo pedía el recurrente que se reconociera en su favor el derecho supuestamente vulnerado y se le restableciera en la integridad del mismo, para lo cual solicitaba la nulidad de las decisiones o actos, resoluciones y vías de hecho que han impedido el pleno ejercicio de los derechos y libertades cuya protección se invoca, y que se le reconozca el derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios que habrán de computarse en el trámite del proceso y, en todo caso, en el de sentencia y cuya cifra «ad cautelam» fijaba en un millón de pesetas.

Alegaba el recurrente en el recurso de amparo, para fundamentar su pretensión, que el origen de este recurso de amparo no está solamente en los acuerdos municipales de 7 de mayo y 4 de junio de 1982, sino también en la actuación de los funcionarios municipales en sus intentos reiterados de penetrar en el domicilio de la recurrente, lo que por fin consiguieron, a pesar de la negativa de la misma, haciendo caso omiso del derecho fundamental que le asistía a la inviolabilidad de su domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución.

La cuestión objeto del debate es si la Administración, el Ayuntamiento de Murcia a través de sus funcionarios, puede ejecutar sus actos cuando implican, como en este caso, una violación del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución.

Según el criterio del recurrente, el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo no autoriza a la ejecución sin más de los actos propios de la Administración cuando éstos dejan de estar revestidos de los privilegios de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio, porque el ejercicio de dichas potestades choca frontalmente con un derecho fundamental consagrado en la Constitución. El artículo 18.2 de la Constitución -dice el recurrente- no distingue cuando de la entrada o registro en el domicilio de un español se trata, exigiendo en todo caso consentimiento del titular o resolución judicial y estableciendo una única excepción que es el caso de flagrante delito.

El artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la Administración Pública podrá proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos por sí misma, «salvo cuando por

Ley se exija la intervención de los Tribunales», referencia ésta que coincide plenamente con la exigencia que la Constitución la establece para la entrada en el domicilio, en el caso de que no exista consentimiento del titular o caso de flagrante delito. Se ha dicho que la Ley ordinaria no ha previsto el auxilio de los Tribunales en supuestos como el contemplado, lo cual nunca puede permitir llegar a una conclusión que suponga la violación de la norma constitucional en la que claramente se exige resolución judicial previa. Serán los Tribunales los que habrán de suplir las deficiencias que la legislación ordinaria contenga, situándose ante un supuesto, en el que una inconstitucionalidad, por omisión o por exclusión, impide la protección jurisdiccional expresamente prevista en la Constitución para los derechos fundamentales y libertades públicas y adoptando para ello la resolución que proceda. El artículo 18.2 de la Constitución debe considerarse de aplicación directa, sin necesidad de Ley ordinaria que lo desarrolle, pues no en vano en ella se configura un estado social de derecho en el que existen normas de aplicación inmediata que, por consiguiente, obligan y sujetan directamente a la Administración y a los Jueces.

La tesis de la recurrente se apoya, también según ella, en el artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo cuando establece que los actos que impongan a los administrados una obligación personalísima podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre sus personas «en los casos en que la Ley expresamente lo autorice y dentro siempre del respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles» (hoy Constitución Española). Sin perjuicio de examinar más adelante si la Ley autoriza o no la compulsión directa de la Administración, es lo cierto que entre los derechos reconocidos en la Constitución se encuentra el de que la entrada o registro en el domicilio para proceder al desalojo de sus moradores, que es obligación personalísima, se haga con el consentimiento de los mismos o mediante resolución judicial.

Los Tribunales tienen la cualidad esencial de ser guardianes de la libertad, lo que tiene como consecuencia que los Jueces sean naturalmente competentes para conocer de cualquier atentado al ejercicio de las libertades y derechos, aun cuando provengan de la Administración. Esta competencia es consustancial con la jurisdicción ordinaria y, por tanto, ineludible para la misma.

El principio de legalidad establecido en nuestro derecho y recogido en múltiples normas, entre ellas el artículo 9 de la Constitución, obliga a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, incluido el judicial. Dicho principio, unido al de jerarquía normativa, lleva de la mano a la conclusión, según la recurrente, de que las exigencias del artículo 18.2 de la Constitución han de prevalecer sobre cualquier otra norma de inferior rango que se les oponga o contradiga; y la disposición derogatoria de la Constitución ha de ser interpretada de manera que se entiendan derogadas todas las normas reguladoras de aquellas materias en que la Constitución tiene una pretensión de aplicación directa e inmediata, como son los derechos fundamentales.

En el caso que se debate existen unos procedimientos administrativos y contencioso-administrativos en los que la recurrente no tuvo ni pudo tener intervención alguna, referidos a la legalidad de la construcción de la vivienda adquirida por ella posteriormente, con la posible demolición consiguiente. La recurrente no fue en ningún momento advertida de este riesgo, lo que le ha ocasionado una total y absoluta indefensión, pues el Ayuntamiento no se hizo eco de los recursos planteados contra sus acuerdos, limitándose a hacer extensiva a doña Dolores Tomás Pravia la eficacia de una resolución que esta señora no había podido combatir, lo que hace más necesaria todavía la intervención de los Tribunales para la tutela del derecho que se invoca, pues de otra forma quedaría totalmente desprovisto de dicho derecho de una mínima garantía, conclusión a la que en anteriores instancias han llegado a modo de conclusión o solución fatal e inexorable ante lo que se ha calificado como ausencia de Ley que confiera a los Juzgados la función de otorgar autorizaciones para la entrada en domicilios particulares cuando la Administración pretenda ejecutar sus propias decisiones, conclusiones que en todo caso y por lo que venimos alegando tenían que haber sido exactamente de sentido contrario. (...)

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Para delimitar de una manera concreta el presente recurso de amparo es necesario establecer cuáles son los actos de los poderes públicos impugnados en él. De acuerdo con la construcción de

la demanda, ésta se dirige contra un complejo de actos y de hechos de distinto cariz. Según literalmente se dice en la súplica, el amparo se formula contra actos jurídicos y vías de hecho del Ayuntamiento de Murcia, de su Alcaldía-Presidencia y de funcionarios de la corporación municipal. Es de destacar, sin embargo, que en el anterior recurso contencioso-administrativo, articulado conforme con la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, se impugnaron únicamente los acuerdos del Ayuntamiento de Murcia de 7 de mayo y 4 de junio de 1982, por los que se requería a doña Dolores Tomás Pravia para que desalojara la vivienda de su propiedad, por entender que sólo en estos acuerdos concurría el hipotético vicio de la lesión de derechos constitucionales. Aun cuando entonces se esgrimió que la recurrente no había sido parte en el procedimiento en el que se había ordenado la demolición de su vivienda, que se había seguido únicamente contra el promotor del edificio, el amparo no se fundó primordialmente en la supuesta violación del artículo 24 de la Constitución, sino en la del artículo 18.2, y el recurso no se dirigió especialmente contra el acto material de desalojo, que en la medida en que poseía cobertura legal corroborada por los Tribunales no puede ser calificado como vía de hecho, sino contra los acuerdos municipales que lo amparaban.

En estos términos, se hace preciso separar el doble objeto del ataque que «prima facie» se produce en el presente proceso, de manera que por un lado se sitúen los acuerdos municipales, que ordenaban la demolición de un edificio, y por otro, los actos concretos de ejecución de aquellos acuerdos. De este modo, queda claro que los acuerdos municipales que ordenaron la demolición no violaron en modo alguno el artículo 18 de la Constitución. El agravio que se esgrime respecto de ellos es que se dictaron sin prever la eventual solicitud de autorización judicial, que sería necesaria, en su caso, para la entrada en la vivienda de una persona si se producía la oposición de ésta. Mas sin examinar por ahora el problema relativo a si la autorización judicial era o no necesaria en el caso de especie, no es discutible que los acuerdos municipales que ordenaban la demolición no tenían por qué prever la totalidad de los pormenores necesarios para su propia ejecución, que sólo debían ir quedando resueltos a medida que la ejecución avanzara, y que esta omisión no se les puede imputar como vicio constitutivo de lesión de derechos fundamentales. De esta suerte, ha de decirse que el presente recurso de amparo, en cuanto dirigido contra los acuerdos del Ayuntamiento de Murcia de 7 de mayo y 4 de junio de 1982, por los que se hizo un requerimiento de desalojo, no puede prosperar por no haber en tales acuerdos violación del artículo 18 de la Constitución.

Como éstos fueron los únicos actos jurídicos frente a los que se reclamó la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales conforme con la Ley 62/78, podría pensarse que respecto de los restantes actos jurídicos o de hecho no se ha seguido una genuina vía judicial previa. Sin embargo, aun cuando a la demanda de amparo en este punto le falte la necesaria nitidez, puede admitirse que en la de protección jurisdiccional junto con los acuerdos municipales estaban implicados los posteriores actos de ejecución, por lo que, si bien en los acuerdos municipales que ordenaron la demolición y requirieron el desalojo no puede detectarse violación del artículo 18 de la Constitución, hay que plantearse la cuestión respecto de las actuaciones practicadas en ejecución; y no es impertinente reiterar que a los actos referidos hay que considerarlos como actos de ejecución, sin que les convenga la calificación de «vías de hechos» que la recurrente les da, pues por vías de hechos hay que entender los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico, cosa que en el caso concreto no ocurría, toda vez que la conformidad de los actos administrativos con el ordenamiento legal ha sido decidida positivamente por los Tribunales y el único punto que está en discusión es el relativo a si en ellos se ha violado o no un derecho constitucional, que en todo caso se habría producido de manera lateral y no en lo que constituyó el objeto central de la actuación administrativa, que fue la demolición de un edificio que vulneraba la disciplina urbanística y el desalojo del mismo como medida instrumental previa.

2. Una de las objeciones que en su momento se formuló frente a la pretensión de la actora consistía en que ésta no tenía su domicilio en el local litigioso, que habría sido, por ello, un domicilio meramente simulado, de manera que no habría existido la violación del derecho fundamental, objeto de protección. Esta cuestión, no obstante, no puede ser actualmente objeto de debate. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, al examinar la pretensión de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dijo expresamente que del

acta del desalojo, de 18 de junio de 1982, podía surgir la duda acerca de si el piso desalojado estaba o no destinado a la vivienda fija de doña Dolores Tomás Pravia, pero concedió a la interesada el beneficio de la duda, no cuestionando, en definitiva, que el piso fuera efectiva vivienda. En el proceso de amparo que nosotros resolvemos la cuestión no ha sido replanteada por las partes y por ello todo el razonamiento que en lo sucesivo hagamos partirá de la premisa de que la recurrente tenía en el local de autos su domicilio. En relación con este tema debe señalarse que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos «prima facie», un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo.

3. La singularidad más llamativa del asunto que resolvemos consiste en que, por lo menos aparentemente, en él entra en colisión el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18 de la Constitución y los actos de ejecución llevados a cabo en un procedimiento administrativo por la Administración municipal en virtud de la llamada potestad de autotutela o de ejecución, de sus propias decisiones.

El párrafo segundo del artículo 18 concreta la inviolabilidad del domicilio en la interdicción de entrada en él y en la interdicción del registro. Estos términos, no obstante su aparente concreción, deben considerarse comprensivos de toda invasión que rompa el bien jurídico protegido.

En el texto constitucional, la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas: el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no necesita ser expreso; la existencia de una resolución judicial que la autorice y la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución del domicilio de la persona afectada.

El carácter taxativo de las excepciones hace que no se puedan compartir algunas de las afirmaciones que en el presente proceso han sido hechas por el Fiscal General del Estado y las que en el previo proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales hizo la Audiencia Territorial de Albacete. Es la primera la de que, según el artículo 546 de la LECr., sólo el Juez que conoce de una causa criminal puede expedir un mandamiento de entrada y registro, y que el artículo 117, apartados 3 y 4, de la Constitución impide al Poder Judicial ejercitar otras funciones que no sean las de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Por ello se entiende que fuera de los casos del artículo 546 de la LECr y de aquellos otros en que tal medida se encuentre expresamente establecida por una Ley, como es el caso del artículo 130 de la Ley Tributaria para que el recaudador pueda entrar en el domicilio del contribuyente moroso, el Juez no puede expedir un mandamiento de entrada y registro. Esta tesis no puede ser compartida. De conformidad con una larga y ya tradicional doctrina de este Tribunal, la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además, indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los artículos 14-30, por ser objeto del proceso de amparo. Por consiguiente, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3.º del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones.

La segunda de las razones que esgrime el Fiscal General del Estado es la idea de que «el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior». Una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos

individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, será de rango superior por serlo, y únicamente menciona de modo expreso la presunción de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarrollos diferentes.

Tampoco podemos compartir, como hemos dicho, algunas de las afirmaciones hechas en el proceso previo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 7 de diciembre de 1982, recaída en la apelación del recurso contencioso-administrativo tramitado ante la Audiencia Territorial de Albacete, desestima el recurso de doña María Dolores Tomás Pravia señalando, entre otras cosas, que la interpretación del precepto de la Constitución que se había adoptado es la «acorde con el conjunto del ordenamiento jurídico», que ha de ser -en opinión del Tribunal- «armónico entre sus normas» para posibilitar el «juego de todas sus respectivas esferas de actuación sin interferencias esterilizantes». En el razonamiento que se acaba de mencionar se produce una inversión en el orden de utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, pues no se impone -como sería lógico- un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución, sin que, por el contrario, según entiende dicha sentencia, es la Constitución la que debe ser interpretada de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico. Sin negar que en algunas ocasiones esta vía interpretativa pueda ser útil, no es la que primeramente debe seguirse. Por el contrario, es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional.

La segunda de las afirmaciones que la sentencia referida hace se encuentra próxima a los alegatos del fiscal, que antes hemos estudiado. Se dice que si en el ejercicio de la facultad ejecutiva reconocida a la Administración en la Ley de Procedimiento Administrativo, relacionada en el presente caso con la observancia del artículo 184 de la Ley del Suelo y el artículo 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística, se requiere autorización judicial para la entrada de la Policía Municipal en el domicilio de una persona, sería tanto como someter la valoración normativa a un Juez carente de jurisdicción para ello. La sentencia dice que repugna la actuación judicial, porque se convertiría en un automatismo formal que, además, tampoco serviría para la finalidad de garantizar los derechos individuales afectados y que ello significaría desplazar al Juez de su natural campo de indagación sumarial con las facultades que le conceden a tal fin los artículos 546 y siguientes de la LECr. Esta argumentación recogida parcialmente por el Fiscal general del Estado, la hemos examinado ya, pero merece algún comentario adicional. Ante todo, hay que dejar claro que el Juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es necesariamente el Juez penal encargado de una instrucción sumarial, el cual sólo tiene que intervenir cuando la entrada en un domicilio guarde relación directa con la investigación sumarial que llevan a cabo. Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional -fuera del Juez penal- puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona. Pensar que el Juez carece de jurisdicción es hacer supuesto de la cuestión debatida, que es precisamente ésta. Y nada autoriza, finalmente, a pensar que el Juez a quien el permiso se pide y competente para darlo debe funcionar con un «automatismo formal». No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona.

4. La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho», significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución y, por ende, puede ser ejercida por las autoridades municipales,

pues aun cuando el artículo 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la Administración municipal es una Administración pública en el sentido del antes referido artículo 103.

Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución. La vigente Ley de Procedimiento Administrativo lo establece así en el artículo 108, al ordenar al respecto de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales de la persona cuando se trata de ejecutar una obligación personalísima de no hacer o de soportar, que se ejecuta por compulsión directa sobre la persona. No es éste claramente el caso que a nosotros nos ocupa, pues los actos de compulsión directa sobre la persona de la demandante del amparo, si existieron, no han sido traídos a este proceso como objeto del mismo. Sin embargo, la regla del respeto de los derechos fundamentales del artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo, anterior a la Constitución debe generalizarse a todos los casos de ejecución forzosa por la Administración con mayor motivo después de la entrada en vigor de la Constitución. De esta manera, el objeto central de nuestro asunto se reduce a constatar si cuando la ejecución forzosa realizada en un procedimiento administrativo por la Administración, en virtud de la llamada autotutela de ejecutar sus propias decisiones, requiere la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlo a cabo basta el título que ordena la ejecución o es preciso dar cumplimiento a los requisitos del artículo 18 de la Constitución.

5.El artículo 18, apartado 2, de la Constitución contiene dos reglas distintas; una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica

resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad.

6. En el recurso que resolvemos se ha suscitado, aunque sin una formulación contundente, la cuestión relativa a si doña Dolores Tomás Pravia podía haber sido lesionada en los derechos que le reconoce el artículo 24 de la Constitución en la medida en que ha sufrido las consecuencias de un procedimiento sin haber sido parte de él, sin haber sido oída y sin haberse podido defender. Frente a esta alegación o argumentación se ha dicho que el artículo 88 de la Ley del Suelo establece una regla de subrogación real en materia de situaciones urbanísticas, que son, por regla general, vínculos «ob rem». Además de ello ha de señalarse que el principio de eficacia de la cosa juzgada, tal como se encuentra configurada en nuestro Derecho positivo, y en especial por el artículo 1.252 del Código Civil, determina que en un caso como el presente no se contraviene el artículo 24 de la Constitución, sino que el efecto frente al causahabiente de la sentencia o decisión recaída en proceso seguido contra el causante es rigurosa aplicación del mismo. Lo decidido en un procedimiento vincula a los causahabientes de los que fueron parte en ese procedimiento y a los que están unidos a ellos por los vínculos de la solidaridad, quienes no pueden pretender reabrir el proceso, ejercer la pretensión contradictoria con la ya resuelta y, además, han de soportar la ejecución de la decisión o sentencia dictada en el proceso seguido contra su causante o codeudor solidario.

7. La pretensión indemnizatoria, contenida en la demanda de amparo, no puede ser acogida, ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 de la LOTC, en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso y es manifiesto que la indemnización pretendida no preserva el derecho constitucional por cuya razón el recurso se formuló y tampoco lo restablece.

8. Según el artículo 55 de la LOTC, la sentencia que otorgue el amparo ha de contener, entre otros pronunciamientos, el relativo al restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, con la adopción de las medidas propias en su caso para su conservación. En el caso presente, tales medidas no pueden ser pronunciadas, dado que la recurrente no puede ser reintegrada en su derecho, por haber desaparecido el objeto del mismo.

9. La conclusión a la que lleva el largo razonamiento anterior es que debe estimarse producida una lesión en el derecho de la recurrente a la inviolabilidad del domicilio en aras a la general sujeción de los ejecutores de las decisiones administrativas a los requisitos marcados por el artículo 18.2 de la Constitución. Sin embargo, de ello no puede deducirse que los agentes municipales que ejecutaron los acuerdos del Ayuntamiento observaron una conducta que fuera antijurídica y culposa. La falta de definición en sede interpretativa, de los perfiles de los artículos 18 de la Constitución, antes de dictarse la presente sentencia, impide reconocer un elemento doloso o culposo, de suerte que, por esta razón, el Tribunal estima que no es procedente decretar la apertura de una investigación sumarial o de un proceso contra los autores de la lesión.

Tampoco, porque no concierne a este Tribunal, debe hacerse pronunciamiento alguno respecto a la indemnización de los daños y perjuicios; y, finalmente, no debe reconocerse, según hemos dicho, lesión de los derechos consagrados por el artículo 24 de la Constitución. De esta suerte, nuestro fallo debe limitarse a reconocer el derecho de la recurrente sin consecuencia ulterior alguna.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Estimar parcialmente el recurso y en su virtud otorgar el amparo solicitado por doña María Dolores Tomás Pravia reconociendo el derecho de dicha señora a la inviolabilidad de su domicilio y a impedir la entrada y el registro del mismo sin su consentimiento o, en defecto de éste, sin una resolución judicial expresa y desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 17 de febrero de 1974.-Jerónimo Arozamena Sierra, Francisco Rubio Llorente, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Francisco Tomás y Valiente y Antonio Truyol Serra.-Firmados y rubricados.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente en el recurso número 59/1983

Disiento de la decisión adoptada por mis colegas de la Sala en este recurso que, a mi juicio, debió ser desestimado.

Haciendo abstracción de otras consideraciones que la lectura de los antecedentes fácilmente suscita, la razón central de mi disentimiento radica en la, a mi juicio, defectuosa delimitación del acto impugnado a partir de la cual se construyen los fundamentos que conducen al fallo parcialmente estimatorio. Este acto no es, se dice, el acuerdo municipal requiriendo el desalojo, sino «las actuaciones practicadas en su ejecución». Lo cierto es que el acuerdo requiriendo el desalojo y la ejecución de éste son considerados en la sentencia como partes integrantes de un solo acto al efecto de entender cumplido el requisito de agotar la vía judicial previa que impone el artículo 43.1 de la LOTC, pero, por el contrario, son tratados como actos separados a la hora de calificarlos desde el punto de vista de la relación que media entre ambos y el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que se dice preservado por el acuerdo, pero vulnerado por su ejecución.

No son precisas muy largas consideraciones para evidenciar que hay un error lógico en esta doble conceptualización, dentro del mismo razonamiento, de unos mismos hechos. El acuerdo de desalojo y su ejecución son un mismo acto. Si aquél era, como la sentencia afirma, jurídicamente correcto, su ejecución ha de ser igualmente tenida por tal, en cuanto que, en su realización no se hayan desconocido otros derechos que aquellos que él mismo negaba, esto es, en el presente caso, el derecho a mantener como domicilio un local cuya demolición se había ordenado, incluso antes de haber sido adquirido por quien lo ocupaba.

El juicio negativo que en la sentencia se hace sobre la ejecución del desalojo se alcanza sólo merced a esta artificial desvinculación entre ella y el acuerdo que la ordena, pues sólo así es posible considerarla como una entrada en el domicilio de la recurrente sin autorización de ésta y sin mandamiento judicial. No es discutible que la acción de oficio de la Administración no legitima ninguna violación de los derechos constitucionalmente garantizados y que la acomodación de este privilegio al orden constitucional plantea problemas delicados. En el presente caso, no obstante, no hay, en mi opinión, sombra de tal problema. La Administración no acordó la entrada en el domicilio de la recurrente, sino que la requirió para que lo desalojase. Frente a tal requerimiento, la recurrente pudo solicitar el amparo judicial, como efectivamente hizo, e impetrar del Juez la suspensión del acto que consideraba lesivo. Si no efectuó tal solicitud o habiéndola efectuado no le fue otorgada, no había obstáculo alguno a la ejecución del acto; el derecho a la inviolabilidad del domicilio quedó suficientemente asegurado y no se adivina qué protección adicional de sus derechos habría obtenido la recurrente si hubiera logrado de la Administración la exhibición de un mandamiento expedido por otro Juez carente de competencia para controlar la legalidad de la actuación administrativa. La ejecutoriedad del acuerdo administrativo de desalojo no implica contradicción alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de quien, como en el presente

caso sucede, fue notificado de tal acuerdo y tuvo la posibilidad de buscar y obtener frente a él el amparo judicial.

14.114/1984 del 29 de noviembre. Sobre el contenido de la garantía del secreto de las comunicaciones. Extracto: "Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica."

Sentencia TC 114/1984, de 29 de noviembre.

RA 167/1984.

BOE 305, de 21 de diciembre

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la sentencia]

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 167/1984 promovido por don Francisco Poveda Navarro contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, de 10 de mayo de 1983, que declaró procedente el despido del actor, así como contra la Sentencia dictada en recurso de casación por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, con fecha 15 de febrero de 1984, que declaró no haber lugar al recurso de casación contra la anterior.

En dicho asunto han sido parte el recurrente, don Francisco Poveda Navarro, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y asistido por el Abogado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

Primero.-El 14 de marzo de 1984 el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez interpuso recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en nombre de don Francisco Poveda Navarro, contra las precitadas Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo. Afirmaba el actor que tales resoluciones judiciales vulneraron sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones -art. 18.3 de la Constitución- y a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 de la norma fundamental).

La violación del derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución la imputa el recurrente a una y a otra de las Sentencias impugnadas, conculcación que se extendería también, en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo, al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución.

La fundamentación jurídica que se hace en la demanda de amparo de esta queja constitucional puede resumirse del modo que sigue:

a) Por lo que se refiere a la afirmada conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones, entiende el actor que la misma se produjo en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo que consideró procedente su despido por infracción de las obligaciones de lealtad y buena fe en sus relaciones para con la empresa [arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980, en relación con los apartados c) y d) del art. 54.2 del mismo cuerpo legal], que era a la sazón la editora del periódico «Información» de la ciudad de Alicante, integrado en el Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», periódico en el que el recurrente trabaja con la categoría de Redactor. Tal violación de su derecho fundamental se habría producido porque en el proceso laboral seguido a su instancia contra el despido de que fuera objeto se consideró como prueba de sus faltas laborales, de modo exclusivo, un instrumento ilegitimamente obtenido, a juicio del señor Poveda, como fue la grabación fonográfica de la conversación por él mantenida, el 14 de septiembre de 1982, con quien ocupaba entonces el cargo de Consejero técnico del Gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicha grabación se obtuvo, según consta en las actas del proceso ante la Magistratura, por el interlocutor del señor Poveda sin conocimiento de éste, circunstancia invocada por el recurrente en amparo para calificar dicha grabación como atentatoria de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. En nueva violación de idéntico derecho fundamental habrían incurrido la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, que falló a partir de un documento, antijurídicamente obtenido, y la Sala Sexta del Tribunal Supremo, que, según el recurrente, realizó una «interpretación errónea» del mencionado precepto constitucional. Esta última interpretación, como se desprende de la propia Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1984, consistió, en síntesis, en afirmar (considerando 3.º) que la invocada infracción del art. 18.3 de la Constitución no podía imputarse a la Sentencia de instancia, en la que el Juzgador se limitó a declarar probado que en una conversación telefónica el demandante hizo las manifestaciones que motivaron su despido, hecho éste que tuvo acceso a los Autos no sólo a través de la transcripción escrita de aquella conversación, sino también mediante otras pruebas y, entre ellas, la declaración de quien fue interlocutor en la misma. Por lo demás, consideró la Sala Sexta del Tribunal Supremo que el derecho reconocido en el art. 18.3 de la norma fundamental garantiza el que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación no se interponga un tercero, sin contemplar para nada el uso que puedan hacer los destinatarios de lo que les sea comunicado. Esta interpretación es discutida por el recurrente en amparo, quien afirma en su demanda que el artículo 18.3 de la Constitución protege «la intimidad de la conversación» no sólo frente a terceros, sino también frente a cualquiera de los comunicantes, invadiendo, en consecuencia, la colocación por uno de ellos, sin conocimiento del otro, de un instrumento de grabación que recoja el contenido de la conversación. Tal conducta -se dice en la demanda- constituiría, además, una de las «intrusiones ilegítimas» que describe y sanciona el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, puesto que en el núm. 1 de este precepto se considera tal «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha». Por último, la antijuridicidad de este proceder se agravaría cuando lo así retenido se transcribiese -«con alteraciones» se dice- y se presentase como documento ante un Tribunal de justicia.

b) En lo relativo a la presunta conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución), entiende el recurrente que incurrió en ella el Magisterado de Trabajo al apoyarse, como única prueba, en la mencionada grabación fonográfica, acogiendo así un instrumento probatorio, que, según el actor, ha sido descalificado como prueba por el Tribunal Supremo e ignorando, además la máxima de que «el dolo no debe aprovechar a la persona que lo comete», «principio general del Derecho», según se pretende en la demanda de amparo. Por último, señala el recurrente como otra irregularidad procesal el no habersele requerido a efectos de que reconociera la transcripción fonográfica de la conversación en la que fue parte.

Por todo ello solicita que, otorgándose el amparo solicitado, se declare la nulidad del despido de que fue objeto por parte de la Empresa «Medios de Comunicación Social del Estado»,

reconociendo su derecho a no sufrir discriminación alguna y restableciéndole, por tanto, en la integridad de sus derechos, con readmisión en la empresa de la que fue despedido. (...)

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Según en el «petitum» de su demanda dice el actor que la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Alicante y la dictada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo han incurrido en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) y esta alegada vulneración se concreta en la fundamentación jurídica del escrito de interposición del recurso de amparo afirmándose que se habría producido por obra de la admisión como prueba (por la Magistratura de Trabajo) de un instrumento ilegítimamente adquirido y a causa, también, de lo que llama una «interpretación errónea» del art. 18.3 de la Constitución (por parte de la Sala Sexta del Tribunal Supremo).

Este razonamiento del actor no puede compartirse. El recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales por obra de decisiones jurisdiccionales halla un sentido institucional, de modo exclusivo, en la depuración de las actuaciones de estos órganos que «de modo inmediato y directo» [art. 44.1, b), de la LOTC] hayan incurrido en dichas vulneraciones, no siendo este proceso constitucional instrumento apto para revisar genéricamente lo resuelto por la jurisdicción ordinaria. En el presente caso la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución española no podría imputarse -con carácter directo e inmediato- a las resoluciones judiciales, sino, según reconoce el recurrente, a los actos extraprocesales que estuvieron en el origen de la decisión de despido. Estas últimas conductas podrían, en su caso, haber incurrido en antijuridicidad y, si así hubiera sido, tal comportamiento contrario a derecho podría haber afectado a la plena validez de las actuaciones procesales, que, en el juicio de instancia, reconocieron fuerza probatoria al objeto que se supone ilegítimamente adquirido, mas aun en tal caso, la lesión no podría referirse directa o inmediatamente a la actuación judicial. Ello es tanto más cierto cuanto que en ninguno de los procesos judiciales que han precedido al presente recurso de amparo se ha planteado como objeto de los mismos la petición de tutela de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. En ellos no ha buscado directamente el actor una reacción judicial frente a la violación que contra él firma haberse cometido, ni tal protección podría, en rigor, haberse dispensado en la vía procesal por la que se ha discurrecido. Al no haberse demandado ante la jurisdicción el amparo de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, sino la anulación del despido, no puede sostenerse que la valoración de la prueba por el juzgador o que la interpretación dada por el Tribunal Supremo al citado precepto de la norma fundamental constituyan una lesión autónoma de los derechos en él reconocidos.

En realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. Si se acogiese la tesis del recurrente, habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos. Esta regla podrá reconocerse como existente en los distintos supuestos, pero no por integrarse en el núcleo esencial del Derecho, sino en virtud de fundamentaciones diversas y a la vista de los intereses tutelados en cada caso por el ordenamiento.

2. En el caso aquí planteado lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino

como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución).

En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la «evidence wrongfully obtained» y de la «exclusionary rule», en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States V. Janis* (1976) la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada ...».

Hay, pues, que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.

Deriva de lo anterior una primera corrección del planteamiento procesal del actor en el presente recurso de amparo. La pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones.

3.Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte -en casación y ante este Tribunal- de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos probatorios con causa lícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta, por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución.

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 556 de la LECr, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A este respecto son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos.

No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el derecho comparado. Por lo general, los países de «common law» hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del derecho

norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como «nula» toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente «inconstitucionales»- en la Sentencia núm. 34 de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley núm. 98, de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que «... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada».

En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas».

Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la inefectividad procesal «de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la ley».

En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesto por el art. 10.2 de la CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Existe, sin embargo, una resolución en este ámbito que debe mencionarse, por más que su sentido no resulte de necesaria consideración en nuestro derecho sobre la base del citado art. 10.2 de la Constitución. Se trata de la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austríaco. En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente. Con independencia de que la interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros, lo cierto es que, en el presente caso, este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de que si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose sólo llamado a decidir sobre la vulneración o no el art. 6 del mismo texto, limitó a este objeto específico su acuerdo.

4. Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica ...» -Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio, fundamento jurídico 5-. Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el «deterrent effect» propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos

fundamentales, aunque no -según se dijo- ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

Esta conclusión no contraría la doctrina establecida ya por este Tribunal en los Autos de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983. Es cierto que, en estas resoluciones, el Tribunal no admitió las invocaciones de la parte fundamentadas en que el Auto del procesamiento recurrido se dictó sobre la base de movimientos probatorios ilícitamente obtenidos, pero no lo es menos que el problema entonces suscitado difería cualitativamente del que se plantea en el presente recurso. En aquellas demandas el actor se limitó a invocar abstractamente una doctrina, sin específica apoyatura constitucional, y a declarar, no menos genéricamente, graves infracciones jurídicas producidas en la obtención de los instrumentos probatorios cuya utilización atacó. Este defecto «abstractamente alegado» -como destaca el Auto de 16 de mayo en su fundamento jurídico 3 «in fine»- no podía, en verdad, ser objeto de atención por el Tribunal, máxime cuando, como también se indicó, la ilicitud invocada en la creación de la prueba hubiera requerido la declaración en tal sentido del Tribunal competente. Por lo demás, en aquel supuesto el recurrente -como advierte el Tribunal- podía haber suscitado tal queja frente al Auto de procesamiento en la fase plenaria del juicio penal, momento en el cual habría habido ocasión de apreciar la fundamentación de esta pretensión. Por ello -y porque, según se dijo, el actor no enlazó en modo alguno la alegada ilicitud en la obtención de la prueba con la defensa de derecho fundamental alguno violado por tal formación irregular- el Tribunal hubo de declarar entonces que el problema planteado era de mera legalidad y ajeno, en cuanto tal, al ámbito del amparo constitucional.

5. Todo lo que se ha dicho en el apartado anterior permite centrar la dimensión constitucional que puede mostrar el problema planteado en el presente recurso de amparo. Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá de concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido.

La lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar -en este planteamiento preliminar- por el hecho, que subrayan la Sentencia del Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal, de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en

rigor cabe llamar un «concurso instrumental» (prueba documental, y sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma.

6. Con estas precisiones es necesario ya pasar al examen de la cuestión de fondo suscitada en el caso presente, analizando si, como aduce el recurrente, la Magistratura de Trabajo falló considerando procedente su despido a la vista de pruebas obtenidas en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución). Esta indagación no afecta para nada a la exclusiva competencia en el juicio y tampoco extravasa el límite negativo señalado en el art. 44.1, b), de la LOTC en orden a la imposibilidad de «conocer» los hechos que dieron lugar al proceso al resolver al amparo constitucional. En cuanto al primer aspecto, porque tal potestad exclusiva (recordada, entre otras, por la Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre, de esta Sala, Fundamento Jurídico 9), no queda menoscabada cuando lo que se hace, a efectos de la resolución del recurso de amparo, es sólo apreciar la posibilidad constitucional de que determinado instrumento probatorio pueda llevarse a juicio, sin entrar para nada en el proceso de formación de la voluntad del juzgador. Y en cuanto al segundo aspecto, porque el examen acerca de la efectiva producción de la invocada invasión de un derecho fundamental no se realizará aquí, obviamente, para «conocer», en su acepción procesal rigurosa, de tales hechos, y sí sólo a efectos de constatar la legitimidad o ilegitimidad de la prueba así obtenida.

El actor ha afirmado en su demanda y en sus alegaciones que el hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones por su interlocutor, al proceder éste a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que «el art. 18.3 no sólo protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla ... sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte ...». La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.

7. La primera precisión que hay que hacer es que no todas las irregularidades denunciadas por el actor son relevantes en este momento a efectos constitucionales. Tiene trascendencia a considerar la calificación jurídica de la grabación subrepticia, pero no la tiene, en el presente proceso, determinar si fue o no antijurídica la ulterior comunicación a terceros de la grabación misma. El problema planteado es el de la hipotética obtención inconstitucional de una prueba, que en este caso es exclusivamente el registro fonográfico, y carece de relevancia la determinación adicional de si tuvo también causa ilícita, originariamente, el proceso de formación de la voluntad empresarial que llevó al despido del actor. Que las informaciones llegaran a la empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir en sí quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado (por ejemplo, el de guardar reserva de lo conocido como «confidencia») es algo irrelevante en este momento, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación, en lo que aquí interesa.

Con estas advertencias es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el número 1 del mismo artículo.

El derecho al «secreto de las comunicaciones ... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones

ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje - con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el art. 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 - caso Malone- (TEDH 1984\1) reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado «comptage», permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «iuris et de iure» de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a

contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación.

8. Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra norma fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.

El actor invoca, en primer lugar, en apoyo de su tesis el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a tenor del cual «tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas ... el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas», y pone en relación este precepto con el art. 18.3 de la Constitución. Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la Constitución), y además el precepto legal citado no pueden entenderse fuera de su contexto y finalidad. En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su «vida íntima» (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su «intimidad personal» (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera.

En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos artículos -192 bis y 497 bis- al Código Penal. La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la Ley entonces «in itinere» protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda, de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, «in nuce», en el art. 18.3 de la Constitución. No hay tal, sin embargo. Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la «interpretación» o el empleo de artificios para la «escucha, transmisión, grabación o reproducción», pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (arts. 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se «divulgare o revelare» la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada «ad extra» y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Denegar el amparo solicitado por don Francisco Poveda Navarro.

15.231/1988 del 2 de diciembre de 1988. Intimidad personal y familiar. Extracto:” Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”.

Número de Referencia: 0231/1988

Referencia número:231/1988

Tipo: SENTENCIA

Fecha aprobación: 02-12-1988

Publicación BOE: 23-12-1988 [«BOE» núm. 307]

Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Begué, Latorre, García-Mon, de la Vega, Leguina y López.

Ponente: don Luis López Guerra

Número Registro: 1247/1986

Recurso tipo: Recurso de amparo.

Extracto:

1. Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo.
2. Si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional, pues, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales.
3. En principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.
4. Las libertades que reconoce el art. 20 C.E. tienen unos límites derivados de otros derechos constitucionales y de los preceptos de las leyes que los desarrollen, y entre ellos, y expresamente mencionado, el derecho a la intimidad: derecho cuya protección en el orden civil se ha llevado a cabo mediante la Ley Orgánica 1/1982.
5. Cabe que imágenes que, en principio, aparecen como pertenecientes a la esfera de la intimidad queden excluidas de ella por especiales circunstancias que en las mismas concurren, como pueden ser las previstas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982 citada.
6. Sea cual sea la opinión que pueda tenerse sobre la denominada fiesta nacional, en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del

torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 C.E.

Preámbulo:

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Gloria Begué Cantón, Presidenta, y don Angel Latorre Segura, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.247/1986, interpuesto por doña Isabel Pantoja Martín, representada por la Procuradora de los Tribunales, doña Rosina Montes Agustí, y asistida del Letrado don Ramón Calderón Ramos, contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986. Ha comparecido, además del Ministerio Fiscal, la Sociedad «Prographic, Sociedad Anónima», representada por el Procurador de los Tribunales, don Ignacio Aguilar Fernández, y bajo la dirección letrada de don Juan Aguirre Alonso, y ha sido Ponente el Magistrado, don Luis López Guerra, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes:

I. Antecedentes

1. El 20 de noviembre de 1986 tuvo entrada en este Tribunal la demanda de amparo formulada por doña Rosina Montes Agustí, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de dona Isabel Pantoja Martín, contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1986, que declara haber lugar al recurso de casación y, en consecuencia, anula la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, de 16 de julio de 1985, en autos seguidos tras demanda interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de la misma ciudad sobre vulneración del derecho a la intimidad. Entiende la recurrente que la resolución judicial impugnada vulnera los arts. 18 y 20 de la Constitución, con los fundamentos de hecho y de Derecho que a continuación se relacionan.

2. Doña Isabel Pantoja Martín, ahora recurrente en amparo, interpuso en su día demanda de protección civil del derecho a la intimidad y a la propia imagen (al amparo de lo prevenido en la Ley Orgánica 1/1982 que desarrolla el art. 18.1 de la Constitución) ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Madrid y contra la Entidad mercantil «Prographic, Sociedad Anónima», Sociedad que había realizado y posteriormente comercializado, sin autorización alguna, unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su difunto marido, don Francisco Rivera Pérez, de profesión torero y conocido públicamente como «Paquirri», y muy especialmente, imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la citada plaza. La demanda solicitaba al Juzgado que se condenara a la Entidad demandada a abonar a la viuda y a los demás herederos del fallecido, la cantidad de 40.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios.

Las pretensiones de la demandante fueron favorablemente acogidas en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Madrid, con fecha 4 de febrero de 1985, que estimó parcialmente la demanda de doña Isabel Pantoja y condenó a la Entidad demandada a que indemnizara a la actora con la cantidad de 20.000.000 de pesetas, por la grabación y comercialización de unas cintas de vídeo, sin autorización, en las que se recogían escenas de la vida privada y profesional del que fue su esposo. Asimismo se acordaba ratificar la medida

cautelar, provisionalmente adoptada, que dejaba fuera del comercio las cintas grabadas.

Recurrida esta Sentencia en apelación, recayó nueva Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha 16 de julio de 1985, por la que se desestimaba el recurso interpuesto por la Sociedad demandada y se confirmaba íntegramente la resolución discutida.

No obstante, planteado recurso de casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 28 de octubre de 1986, ahora recurrida en amparo, en la que se declaraba haber lugar al recurso y, por consiguiente, se anulaba la Sentencia de la Audiencia, alzándose la medida cautelar que impedía el comercio de las cintas.

El fundamento principal de la decisión del Tribunal Supremo se encuentra en las siguientes argumentaciones. En primer lugar se destaca el carácter marcadamente profesional del contenido de la cinta de vídeo, que dedica la inmensa mayoría de su contenido a actuaciones y comentarios taurinos, así como a remembranzas del torero por parte de críticos y colaboradores; de esta línea, estrictamente profesional, únicamente se apartan algunas imágenes de su boda y de su entierro, y, muy especialmente, las escenas de la agonía del torero tomadas en la enfermería de la plaza. A juicio de la Audiencia, estas últimas imágenes debían poseer carácter privado por su propia naturaleza, conclusión que no puede ser modificada por el hecho de que en un determinado momento tuvieran acceso a la enfermería un buen número de personas; asimismo, la Audiencia distinguía entre la divulgación de estas imágenes con fines informativos (como se hizo, por vez primera, en un conocido programa de la cadena estatal de televisión) y su uso con pretensiones comerciales y ánimo de lucro. Sin embargo, el Tribunal Supremo se aparta de este criterio y sostiene que conviene relativizar la protección de los bienes de la personalidad, teniendo en cuenta en cada caso concreto las circunstancias y características singulares que concurren en los distintos supuestos de hecho y en la persona titular del derecho.

Por otra parte, se afirma que la esfera de la intimidad personal viene determinada por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto y las pautas de comportamiento que cada persona según sus actos mantenga. Partiendo de estos dos basamentos, se advierte que la persona de cuya intimidad se trata en la presente controversia tenía como profesión la de torero y había alcanzado con ella notoria celebridad; del mismo modo, se recuerda también que el riesgo de ser corneado por el animal es inherente, de un lado, al espectáculo de los toros que en sí mismo conlleva esa grave amenaza, y de otro, a la profesión de torero que requiere una libre aceptación de ese riesgo con todas sus consecuencias. En este sentido, la herida mortal que el animal le produjo al protagonista de la lidia, tuvo lugar obviamente a la vista del público y lo mismo cabe decir de su posterior traslado a la enfermería atravesando el ruedo y el callejón del coso, lo que hace que sean escenas que, según el Tribunal Supremo, no pertenezcan «en manera alguna a la concreta intimidad protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo».

Por consiguiente, se estima que tales imágenes obtenidas al final del espectáculo y luego en la enfermería no pueden ser interpretadas como una transgresión del derecho a la intimidad, porque ni los usos sociales ni la actividad profesional implicada, ni tan siquiera la propia decisión de la persona afectada excluían aquellos momentos de publicidad, «que le proporcionaba su desgracia a la que hacía frente con serenidad poco común».

3. Entiende la demandante de amparo que la resolución del Tribunal Supremo impugnada, vulnera los derechos fundamentales protegidos por los arts. 18.1 y 20.4 de la Constitución. El primero de estos preceptos porque la Sentencia olvida en sus fundamentos hacer referencia al derecho a la propia imagen e interpreta de forma errónea el derecho a la intimidad personal, pero además e indirectamente se transgrede el art. 20.4 que establece como límite de la libertad de información, entre otros, el respeto de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El derecho a la intimidad personal del torero y de su familia resulta violado, porque la decisión judicial impugnada considera lícita la divulgación de escenas tan privadas, por su propia naturaleza, como son las que corresponden a los momentos en que una persona se debate entre

la vida y la muerte. Pero el mismo lugar en que tales escenas se desarrollaron, un quirófano, posee también un carácter privado que no puede resultar modificado porque en un momento determinado algunas personas o una cámara de vídeo tengan acceso a él; una evidencia de ese carácter reservado es que el médico ordenara el inmediato desalojo de los presentes en la sala.

A juicio de la recurrente, la violación del derecho a la propia imagen, que la Sentencia del Tribunal Supremo parece desconocer, todavía es más manifiesta. La imagen de una persona es la prolongación de su personalidad y sólo a ella corresponde su utilización, por tanto, todo uso de la misma realizado con fines económicos y sin autorización del interesado o de sus herederos debe resultar vedado a terceros.

A mayor abundamiento, cuando el legislador consideró (en la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil de los derechos fundamentales recogidos en el art. 181 de la Constitución) que no debían reputarse como intromisiones ilegítimas la captación, en un lugar público, de imágenes de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad, se estaba refiriendo a la utilización de estas imágenes con fines informativos, pero no a su empleo con ánimo de lucro y afán comercial, como ocurre en el presente supuesto. No hay en este caso colisión alguna con la libertad de información, pues los hechos ya fueron divulgados por los medios de comunicación social, sino una voluntad de realizar un negocio con la venta de los vídeos a costa de una persona que no ha consentido que esto se realice, lo que supone una clara vulneración del derecho a la imagen.

En apoyo de sus tesis, la recurrente aduce distintas Sentencias de varios Tribunales extranjeros en los que respectivamente se establece: La obligación de indemnizar el daño por lesiones a la intimidad y a la propia imagen, la prohibición de exhibir imágenes por terceros sin el consentimiento de su titular y el carácter privado de los hospitales y de las operaciones quirúrgicas.

Por todo lo anterior, se solicita de este Tribunal que dicte Sentencia en la que, otorgando el amparo, se declare la nulidad de la resolución judicial impugnada y se reconozcan los derechos a la intimidad y a la imagen que ostentan los familiares del torero fallecido. Asimismo se pide que se suspenda la ejecución de la Sentencia objeto del recurso de amparo y que, como medida cautelar, se impida la venta y distribución del vídeo.

4. Mediante providencia de 22 de diciembre de 1986, la Sección Cuarta (Sala Segunda) del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda, formar la correspondiente pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión, y requerir a la Sala Primera del Tribunal Supremo para que remitiera testimonio del recurso de casación núm. 1.169/1985 y emplazara a las partes a que comparecieran en el proceso constitucional.

Por Auto de 21 de enero de 1987, la Sala Segunda de este Tribunal, una vez oídas a las partes, acordó la suspensión de la ejecución de la Sentencia de 28 de octubre de 1986 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para evitar causar perjuicios irreparables a derechos fundamentales, que hicieron perder al amparo su finalidad.

Con fecha 11 de febrero de 1987, se tuvieron por recibidas las actuaciones remitidas por el Tribunal Supremo y por personado y parte a la Entidad demandada en el proceso civil «Prographic, Sociedad Anónima», así como se ordenó dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y a las partes, para que formularan alegaciones en el plazo común de veinte días.

5. El 11 de marzo de 1987, tuvieron entrada en este Tribunal las alegaciones de la recurrente quien considera suficientemente argumentado el recurso, se ratifica íntegramente en el contenido de la demanda y solicita de nuevo la estimación de sus pretensiones.

6. Por su parte, la Entidad demandada solicita la denegación del amparo en escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 12 de marzo de 1987 quien lo envía al Tribunal Constitucional. Estima la Entidad mercantil difusora de las cintas de vídeo, que las Sentencias de Tribunales extranjeros invocadas por la demandante de amparo se refieren a supuestos de asistencia médica solicitada por el enfermo, y no a un «suceso, dramáticamente extraordinario» y ocurrido ante las cámaras de los informadores presentes en la plaza. Del mismo modo que ocurre frecuentemente en los casos de siniestros públicos y catástrofes en medios de transporte colectivos. Por consiguiente, no se

busca invadir la intimidad, sino describir cuanto ocurre por su interés general.

Respecto de la supuesta transgresión del derecho a la propia imagen, se denuncia por la Entidad demandada la concepción «puramente patrimonialista y asocial» que se refleja en la demanda, y que no tiene acogida ni en nuestra legislación ni en los demás sistemas jurídicos europeos y anglosajones contemporáneos. Así se destaca que, tras una etapa en la que, por ejemplo, los Tribunales franceses desplegaron una enorme actividad en la acogida de pretensiones indemnizatorias por estas causas, se ha ido lentamente avanzando hacia una concepción mixta de la imagen, derivada del carácter inmaterial del bien jurídico protegido. Desde esta otra visión de la cuestión, más relativista o incardinada en el uso social del derecho, cabe comprender la Sentencia del Tribunal Supremo donde se conectan los hechos con los contextos culturales y con la notable popularidad del personaje, extremos que permiten transferir la cuestión de lo privado al interés general de toda la comunidad.

7. El Ministerio Fiscal evacuó escrito de alegaciones, presentado ante este Tribunal el 11 de marzo de 1987, en el que interesa que se otorgue el amparo por entender que se ha violado el art. 18.1 de la Constitución. Según su parecer, la divulgación de escenas tan reservadas, como son las que corresponden a la lucha de una persona entre la vida y la muerte, y en un lugar privado violan el derecho constitucional a la intimidad.

También se estima vulnerado, por el Ministerio Fiscal, el derecho del torero a la propia imagen, al utilizarse con una finalidad lucrativa estas escenas filmadas sin el consentimiento de los herederos. En esta línea, se pone de manifiesto que el art. 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982 impide la utilización de la imagen de una persona para fines comerciales o de naturaleza afín y el mismo texto normativo, en su art. 7.5, considera como intromisión ilegítima la captación y reproducción por cualquier medio de la imagen de una persona en lugares y momentos de su vida privada; ciertamente, se exceptúan de esta consideración los supuestos en que se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de proyección pública [art. 8.2 a)], pero esta excepción posee a su vez un límite consistente en que la captación de imágenes no se realice en un acto privado o en lugares que no se encuentren abiertos al público. Limitación esta última que concurre en el presente supuesto.

Sin duda, afirma el Ministerio Fiscal, la argumentación del Tribunal Supremo conducente a hacer evidente que tanto la plaza de toros como la profesión del titular del derecho eran públicos, debe resultar de recibo y nada puede objetarse. Lo mismo puede incluso decirse con respecto a la existencia de una tácita manifestación de voluntad de asumir el riesgo de la muerte por todo torero. Ahora bien, la construcción del Tribunal Supremo quiebra cuando no advierte que en un determinado momento y lugar, la enfermería y los instantes precedentes a la muerte, esa situación pública de partida desaparece y los hechos se adentran en el círculo de la esfera privada, porque «no puede ponerse en duda que si hay algo íntimo en la vida de una persona es el enfrentamiento con la muerte». Pues la muerte es una realidad patética que debe ser respetada por todos y en la que no es posible que se adentren los medios de comunicación social. De la misma manera, y como criterio complementario, la enfermería por su propia definición es un lugar privado. Por último, el carácter de los hechos como intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad se hace más patente cuando se advierte la finalidad mercantil y no informativa de la reproducción visual, realizada sin el consentimiento del torero o de sus herederos.

8. Mediante providencia de 9 de mayo de 1988, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con lo prevenido en el art. 89 de su Ley Orgánica, abrir de oficio el trámite de prueba y, para su práctica, requerir al procurador de «Prographic, Sociedad Anónima», señor Aguilar Fernández, con el fin de que aportara a los autos un ejemplar de la cinta de vídeo controvertida.

La representación de la Entidad demandada manifestó que le era imposible atender tal requerimiento por encontrarse las copias y el original de vídeo retenidas en el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Madrid. A la vista de este escrito, la mencionada Sección, por providencia de 23 de mayo de 1988, requirió al precitado Juzgado con idéntica finalidad. Por

último, mediante providencia de 6 de junio de 1988, la Sección tuvo por recibida la cinta de vídeo, señaló fecha y hora para la práctica de la prueba a puerta cerrada y pudiendo asistir los Procuradores personados, y delegó en el Magistrado Ponente del recurso para la práctica de la misma.

Efectuada tal diligencia, el 16 de junio de 1988, ante la Sala Segunda integrada por todos los Magistrados que la componen, con asistencia del Ministerio Fiscal, de la Procuradora y del Letrado de la recurrente, y del Abogado de «Prographic, Sociedad Anónima», se levantó acta de la prueba documental, tras la visión de la cinta, en la que el Ministerio Fiscal afirmó no tener nada que decir y el Letrado de la Entidad demandada manifestó que las voces de fondo en el momento de la cogida y en la enfermería evidencian, así como el alto número de personas asistentes, que las imágenes eran totalmente públicas.

9. Por providencia de 21 de noviembre de 1988 se señaló el día 30 de noviembre siguiente, para deliberación y votación de la presente Sentencia.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1. Las características del presente recurso de amparo hacen necesario, antes de entrar en las cuestiones de fondo que en él se plantean y como operación previa a efectos de delimitar el objeto y alcance del pronunciamiento de este Tribunal examinar, por un lado, el acto frente al que se dirige, y, por otro los derechos que se alegan como vulnerados y la titularidad de esos derechos.

Por lo que se refiere al primer punto resulta, en una primera aproximación, que el atentado a los derechos a la imagen y a la intimidad que se dicen vulnerados procedería, de manera inmediata y directa, de la producción y difusión de una cinta de vídeo por parte de una Empresa privada, la inicialmente demandada «Prographic, Sociedad Anónima». Si así fuera efectivamente, no cabría la utilización de la vía del amparo (aun admitiendo hipotéticamente la efectiva violación de los derechos aducidos) ya que esta vía procede únicamente frente a actuaciones de los poderes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la alegada lesión de derechos se originó por la actuación de terceros particulares, se pretendió, por la parte afectada, la corrección de los efectos de esa lesión acudiendo a los órganos jurisdiccionales; y si bien se obtuvo inicialmente de ellos el remedio solicitado, el curso de las diversas alzas y recursos posibles en la vía judicial (en este caso, los recursos de apelación y casación) condujo a que los Tribunales ordinarios concluyeran por desestimar la pretensión ante ellos deducida para que se remediara la lesión alegada, y en consecuencia, por mantener desprotegidos los derechos fundamentales que la parte recurrente estimaba violados. La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna aparece pues como directamente relacionada (al restablecerla y mantener sus efectos) con una situación que la recurrente estima atentatoria a sus derechos; y por ello, y en cuanto los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el art. 53.2 C.E. a la tutela de los derechos y libertades de los arts. 14 a 29, así como del 30.2 C.E., procede considerar que la Sentencia atacada en amparo ha dado lugar, en forma «inmediata y directa», como exige el art. 44.1 LOTC, a la situación que la recurrente mantiene que vulnera derechos fundamentales. Por tanto lo que procede examinar, como objeto del presente amparo, es si la Sentencia mencionada efectivamente atenta a los derechos fundamentales que se alegan.

2. Todo ello conduce a considerar, en segundo lugar en estas reflexiones previas, cuáles son los derechos que se aducen como vulnerados, y, correlativamente, quién es el titular de esos derechos. A este respecto, debe destacarse que desde el mismo inicio de los procedimientos que han desembocado en el presente amparo la demandante ha venido empleando un doble orden de argumentos. Por un lado, se refiere a los derechos a la propia imagen y a la intimidad del fallecido don Francisco Rivera; por otro, al derecho a la intimidad de sus familiares, y concretamente, de su viuda e hijos. En este último sentido, ha invocado, en el procedimiento ante los Tribunales ordinarios «el perjuicio moral de tales actos sin consentimiento de la familia que resultará afectada

en su dolor e intimidad» (primer considerando de la Sentencia del Juzgado), y en su demanda ante este Tribunal «que ha sido violado el derecho a la intimidad del señor Rivera Pérez y de su familia, a quienes no puede negarse el derecho a que no se divulguen y visualicen, indiscriminadamente, las tristes y dramáticas imágenes vividas por aquél cuando se debatía entre la vida y la muerte».

3. En lo que atañe a los derechos que se invocan de don Francisco Rivera, muerto a consecuencia de las heridas causadas por un toro en la plaza de Pozoblanco, deben tenerse en cuenta las consideraciones que siguen. Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. Ciertamente, el ordenamiento jurídico español reconoce en algunas ocasiones, diversas dimensiones o manifestaciones de estos derechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercerse por terceras personas. Así, el art. 9.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, enumera las medidas integrantes de la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, entre las que incluye la eventual condena a indemnizar los perjuicios causados; y el art. 4 de la misma Ley prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado, o a los familiares de éste. Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad, -según determina el art. 32 del Código Civil: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas»- lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional; concretamente, y en el presente caso, sobre la explotación comercial de la imagen de don Francisco Rivera en el ejercicio de su actividad profesional. En este aspecto, el «derecho a la imagen» que se invoca (y al que la demandante concede especial relevancia) es, en realidad, el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales.

4. Sin embargo, junto a ello, la demanda de amparo presenta una segunda perspectiva, como ya dijimos: se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia. «afectada en su dolor e intimidad», y, más específicamente su viuda, y hoy demandante, doña Isabel Pantoja Martín. Desde esta segunda perspectiva, la demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar en que se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de vídeo -la enfermería de la plaza de toros- y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares.

Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a

determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.

5. Sobre esta base -y excluyendo, como se ha dicho, que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las cuestiones referentes al uso y explotación comercial de la imagen del fallecido don Francisco Rivera en sus actuaciones profesionales- la cuestión que se plantea es la de si las escenas reproducidas en la cinta de vídeo comercializada por «Prographic, Sociedad Anónima», y concretamente las correspondientes a la enfermería de la plaza en que ingresó mortalmente herido el torero, suponen una intromisión en la esfera de la intimidad personal de éste, y, dada su naturaleza, en la de la hoy recurrente, su viuda, intromisión que implica la vulneración del derecho fundamental de ésta reconocido en el art. 18.1 de la C.E. primeramente por «Prographic, Sociedad Anónima», y, subsiguientemente, y como objeto del presente amparo, por la Sentencia que se impugna.

A este respecto es necesario tener en cuenta la vía por la que la alegada vulneración se habría producido. Esta vía ha sido la difusión y comercialización por una empresa privada de una cinta de vídeo; actividad ésta que (como por otra parte señala el representante de «Prographic, Sociedad Anónima», en sus alegaciones ante el Tribunal Supremo), cabe considerar, genéricamente, incluida dentro de las protegidas como un derecho en el art. 20 de la C.E. Ahora bien, y como ese mismo artículo constitucional establece en su apartado 4, las libertades que allí se reconocen tienen unos límites derivados de otros derechos constitucionales y de los preceptos de las leyes que los desarrollen, y entre ellos, y expresamente mencionado, el derecho a la intimidad: derecho cuya protección en el orden civil se ha llevado a cabo mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. A la vista de ello, procede, primeramente, examinar si las imágenes reproducidas en la cinta editada por «Prographic» inciden en el ámbito de la intimidad de la recurrente; y, en segundo lugar, si la captación y reproducción de esas imágenes constituyen una intromisión ilegítima en tal ámbito de intimidad, habida cuenta de las circunstancias en que los hechos captados por la cámara de vídeo se produjeron, y el uso posterior dado a la cinta grabada.

6. Con respecto a lo primero, se trata de los momentos en que don Francisco Rivera es introducido en la enfermería y examinado por los médicos; en esas imágenes se reproducen, en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y la manifestación de su estado anímico, que se revela en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente, la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe pues dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa, y hoy viuda, del desaparecido señor Rivera.

7. Ahora bien, cabe que imágenes que, en principio, aparecen como pertenecientes a la esfera de la intimidad queden excluidas de ella por especiales circunstancias que en ellas concurren, como pueden ser las previstas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982 citada. En el presente caso, y a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna, y de las mismas alegaciones de la Empresa «Prographic», aparecen como circunstancias a considerar si las imágenes en cuestión pueden considerarse como parte de la profesión y espectáculo propios del fallecido, esto es, la lidia

de toros - según estima el Tribunal Supremo- lo que, de acuerdo con el mencionado art. 8 de la L.O. 1/1982, excluiría su carácter de «intromisión ilegítima», según el apartado 2 a) de ese artículo, y, si, por otra parte, el hecho de que tales imágenes hubieran sido ya emitidas por la televisión en programas informativos viene a eliminar su carácter íntimo.

8. En cuanto a la cuestión primeramente suscitada, y dado el lugar en que se capturaron las imágenes luego difundidas por «Prographic» (la enfermería de la plaza de toros de Pozoblanco, a donde el señor Rivera fue trasladado gravemente herido), ha de rechazarse que las escenas vividas dentro de la enfermería formasen parte del espectáculo taurino, y, por ende, del ejercicio de la profesión del señor Rivera, que por su naturaleza supone su exposición al público. Sea cual sea la opinión que pueda tenerse sobre la denominada fiesta nacional y sobre la importancia que en ella puedan tener, como parte del espectáculo, no sólo las heridas y muerte infligidas al animal lidiado, sino también el riesgo de graves lesiones e incluso la muerte de los lidiadores, lo cierto es que en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 de la C.E. Y éste es precisamente el caso en el presente supuesto, ya que en la cinta de vídeo se refleja lo que ocurrió cuando el señor Rivera fue trasladado fuera del ruedo (y por tanto, de la vista del público) gravemente herido y en estado de evidente alteración, a pesar de la firmeza de carácter demostrada. Ni la enfermería, por la propia naturaleza de su función puede así considerarse como un lugar abierto al público (y de hecho, los que allí entraron fueron conminados a desalojar el lugar) ni la reacción del señor Rivera ante sus heridas el ejercicio de una «profesión de notoriedad pública».

9. Queda por considerar un segundo aspecto de la cuestión. Las escenas de la enfermería de la plaza de toros se difundieron en los programas informativos de Televisión Española, de donde se recogieron para su inserción en la cinta de vídeo que dió lugar al presente litigio: hubo, pues, una cierta difusión de esas imágenes con anterioridad a la puesta en circulación de la cinta de vídeo por la empresa «Prographic, Sociedad Anónima», lo que conduce a plantearse si esas imágenes no constituirán, así, escenas que pertenecen al conocimiento público, fuera por tanto de la esfera de la intimidad. La respuesta que ha de darse a este interrogante es negativa. La emisión, durante unos momentos, de unas imágenes que se consideraron noticiables y objeto de interés no puede representar (independientemente del enjuiciamiento que ello merezca) que se conviertan en públicas y que quede legitimada (con continua incidencia en el ámbito de intimidad de la recurrente) la permanente puesta a disposición del público de esas imágenes mediante su grabación en una cinta de vídeo que hace posible la reproducción en cualquier momento, y ante cualquier audiencia, de las escenas de la enfermería y de la mortal herida del señor Rivera. Resulta pues irrelevante que esas imágenes procedieran de la realidad o de una emisión de televisión, pues no se juzga aquí la información dada en su momento por Televisión Española, sino la difusión de esas imágenes por «Prographic, Sociedad Anónima», difusión que se produjo con entidad propia, y sin relación con el origen de la grabación por vídeo ni con las informaciones que en su momento se produjeron.

10. Como consecuencia de todo ello, ha de estimarse que la resolución judicial que se impugna en lo que se refiere a la difusión de las imágenes captadas en la enfermería de la plaza de toros vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar, reconocido en el art. 18.1 de la Constitución (así como en el art. 20.4 de la misma como límite a los derechos en ese artículo reconocidos) de la señora Pantoja, viuda del señor Rivera, y es misión de este Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 55 de su Ley Orgánica, restablecer a la recurrente en la integridad de su derecho y libertad. Este restablecimiento ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la naturaleza y peculiaridades de la resolución objeto del recurso; y en el presente caso, se trata de una Sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre diversos motivos de casación propuestos por «Prographic, Sociedad Anónima», frente a una Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid. La Sentencia

impugnada señala expresamente -una vez desestimados los motivos primero y tercero- que de la suerte de los motivos segundo y cuarto formulados al amparo del núm. 5 del art. 1.692 L.E.C. (referidos al carácter público o no de las imágenes captadas, y de que predomine en ellos un interés histórico, científico o cultural relevante) pende la suerte del motivo quinto referente a la procedencia y cuantía de la indemnización, por no proceder, según la Sala, indemnización alguna si no hubiese existido la intromisión ilegítima apreciada en instancia. En consecuencia, al estimarse el recurso por los motivos segundo y cuarto, la Sala considera no haber lugar a estudiar el quinto, por lo que no hay, lógicamente pronunciamiento sobre la procedencia y cuantía de la indemnización.

Corresponde a este Tribunal, por tanto, pronunciarse sobre si se ha vulnerado o no la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, pero no puede entrar a conocer de otras cuestiones que se plantearon en la casación, como son las referentes a la procedencia de la indemnización y a su cuantía, y que corresponde resolver al Tribunal Supremo, a la vista de lo resuelto en la presente decisión. Por ello, el restablecimiento del derecho de la recurrente, en el marco del recurso de amparo, debe consistir en la anulación de la Sentencia del Tribunal Supremo y en retrotraer el proceso hasta la emisión de una nueva Sentencia en que se resuelvan los motivos de casación planteados, respetando los derechos de la hoy recurrente.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1986.

2.º Reconocer el derecho de la recurrente a su intimidad personal y familiar.

3.º Retrotraer el procedimiento al momento inmediato anterior al de dictar Sentencia, para que la Sala Primera del Tribunal Supremo dicte otra en que resuelva sobre los distintos motivos del recurso, respetando el derecho a la intimidad personal y familiar de doña Isabel Pantoja.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Voto:

Voto particular que, respecto de la Sentencia precedente, formulan los Magistrados don Fernando García-Mon y González-Regueral y don Carlos de la Vega Benayas, en el recurso de amparo núm. 1247/1986

Nuestra discrepancia frente a la Sentencia estimatoria del recurso, aprobada por la mayoría, se basa en las siguientes consideraciones que, en nuestro criterio, han debido conducir a la desestimación del amparo constitucional:

1. Nos parece necesario, ante todo, establecer una distinción entre dos derechos de diferente entidad: El derecho fundamental «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», garantizado por el art. 20.1 d) de la Constitución, con el límite que señala el núm. 4 del mismo precepto, es decir, el derecho, también fundamental, «a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 18.1 de la C.E.); y el derecho patrimonial a participar de la comercialización que, posteriormente, se haya hecho de aquella información.

El problema que la recurrente, como viuda del matador de toros don Francisco Rivera Pérez, plantea ante este Tribunal hay que resolverlo exclusivamente desde una perspectiva constitucional. Consiste en determinar si la cogida y cura de urgencia del torero en la plaza de toros de Pozoblanco, desde el momento en el que se produjo aquella en el ruedo de la plaza, hasta su

ingreso en la enfermería, a la que tuvo acceso el informador, lo mismo que otras muchas personas, y la filmación en dicho recinto de los momentos anteriores a su fallecimiento, ocurrido después y en otro lugar, constituyen la «intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal o familiar» protegido por la Constitución; o si, por el contrario, la información inmediata de esa noticia veraz y con acusada resonancia pública, no incide en la limitación que a la libertad de información impone el núm. 4 del art. 20 en salvaguarda del derecho reconocido por el art. 18.1 de la Constitución, es decir, el derecho de información veraz.

Entendemos que no corresponde al ámbito constitucional el problema relativo a los posibles derechos patrimoniales que, para los herederos de la víctima, puedan derivar de la comercialización de aquella noticia mediante su inserción en el montaje de un vídeo en el que, como una parte de la vida del torero, se reproducen los momentos anteriores a su muerte, que es a lo que se reduce el derecho de la recurrente, dado que, como creemos, el recurso planteado carece de contenido o dimensión estrictamente constitucional .

2. Opinamos que la información del suceso tal y como fue difundida por T.V.E. -primero como noticia en los telediarios y, días después, en el programa «Informe Semanal»-, no entraña infracción alguna del art. 18.1 de la Constitución, ni de la protección que a ese derecho otorga el art. 20.4. La profesión de la víctima, el riesgo inherente a su ejercicio y el carácter público del espectáculo, legitiman aquella información .

Esto es precisamente lo que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo al excluir el hecho del concepto de intromisión ilegítima -autorizado por el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982-, es decir, la realidad social que, guste o no, ampara y patrocina la fiesta de los toros, realidad que obliga a calificar como «normal» incluso la contemplación de las heridas y muerte del protagonista humano de la fiesta por parte del público, así como, desde la psico-sociología del torero, la eliminación en él de toda idea de desconsideración o indignidad por su «cogida» y consecuencias. En todo caso hay que tener en cuenta, por lo demás, que, aunque sea cierto que la enfermería de la plaza no es un lugar público, lo es también que la filmación comienza con la cogida, sigue con su traslado a la enfermería, toma las escenas de la primera cura y allí se corta, al ordenarse la retirada de todos. No hay intromisión, sino secuencia, permisible por lógica y por costumbre taurina, aparte del ejercicio del derecho de información, que la C.E. también ampara [art. 20.1 d)] y que en el caso elimina por prevalencia el alegado derecho a la intimidad familiar.

No se puede, pues, desconectar, tan radicalmente como lo hace la mayoría, la escena filmada de la cura de urgencia con el espectáculo en sí de la fiesta, con sus actos anteriores, que en realidad formaron un todo que justificaba la información no intromisiva.

Por otro lado, no cabe olvidar que si la primera información visual de la noticia y su posterior difusión en un reportaje emitido por televisión, no mereció de la actual recurrente reacción alguna en defensa de sus derechos -sin duda por entender que la importancia de la noticia trascendía de su propia intimidad-, no parece coherente que ahora, con su recurso, pueda valorar los mismos hechos ya divulgados como una intromisión ilegítima en su derecho constitucional a la intimidad. No queremos decir con ello que su reclamación sobre la comercialización del vídeo realizada sin su consentimiento por la sociedad demandada en el proceso del que trae causa este recurso, fuera improcedente, sino que sobre ese derecho de naturaleza privada y de contenido patrimonial, por no tener la dimensión constitucional con que ahora se plantea, no puede pronunciarse este Tribunal.

3. Sostenemos, en suma, que la jurisdicción ordinaria ha actuado dentro de su ámbito y que, en su caso, la recurrente siempre tenía libre la vía para la reclamación del resarcimiento económico al que cree tener derecho. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en uso de su potestad jurisdiccional, no desconoce o deja desprotegido el derecho fundamental reclamado, ni, menos aún, lo vulnera «de forma inmediata y directa», sino que, por encajar el supuesto debatido en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, entiende que no se ha producido la intromisión ilegítima que se denuncia en el recurso. No corresponde a este Tribunal revisar si es correcta o no la exclusión en que se apoya la Sentencia recurrida, puesto que para ello habría que entrar en los

hechos que contempla el precepto para configurar las excepciones que admite. Sino que, aplicado el precepto por unos razonamientos jurídicos que son congruentes con los hechos que enjuicia, el problema pierde la dimensión constitucional con que se plantea, única que podría merecer el amparo de este Tribunal.

Nos parece, de otro lado, que la valoración constitucional que del caso hace la mayoría no deja de plantear otros problemas graves y delicados, entre los cuales el de las presuntas vulneraciones de supuestos derechos fundamentales entre particulares y el de su tratamiento y eficacia jurisdiccional (Drillwirkung). Tema en el que no podemos insistir, en aras de la brevedad que nos hemos impuesto.

Madrid, a dos de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

16. **37/1989** del 15 de Enero de 1989, Inspección vaginal, principio de proporcionalidad. Extracto: “La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno”.

Número de Referencia: 0037/1989

Referencia número:37/1989

Tipo: SENTENCIA

Fecha aprobación: 15-02-1989

Publicación BOE: 02-03-1989 [«BOE» núm. 52]

Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, Díaz y Rodríguez-Piñero.

Ponente: don Francisco Rubio Llorente

Número Registro: 235/1987

Recurso tipo: Recurso de amparo.

Extracto:

1. El imputado aún no procesado es también titular del derecho constitucional a la defensa, según reconoce hoy el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal forma que procede instruir de tal derecho, antes de su declaración, a cuantas personas hayan podido tener alguna participación en los hechos objeto del proceso (ATC 215/1987) y siempre y cuando resulte efectivamente de las actuaciones procesales que determinada persona, pese a no haber sido procesada, es considerada ya por el Instructor como imputada o, cuando menos, «sospechosa» de haber delinquido.
2. El mandamiento judicial que hace posible la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 C.E.) se justifica, en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción, sin que sea oponible, frente a tal pesquisa legítimamente ordenada. «secreto» alguno que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso (art. 552 L.E.Cr.).
3. No es discutible que la seguridad en el disfrute y libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. 9.3 C.E.) justifica y presta sentido a la queja constitucional que se formule para defender alguno de tales derechos y libertades frente a decisiones del poder que directamente les afectaron y que están sólo a la espera de su ejecución.
4. El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.
5. La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno.
6. Lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la

situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso.

7. El derecho fundamental a la intimidad no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante.

8. Según muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.

Preámbulo:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Eugenio Díaz Eimil y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo seguido con el núm. 235/87, promovido por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de doña X. Y. Z., contra resolución del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga, que dispuso la práctica de determinadas diligencias probatorias en el sumario 88/86.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes:

I. Antecedentes

1. Con fecha 25 de febrero de 1987, se registró en este Tribunal un escrito mediante el cual don Luciano Rosch Nadal, Procurador de los Tribunales, interpuso recurso de amparo constitucional en nombre y representación de doña X. Y. Z., contra -según se dice en el encabezamiento de la demanda- «acto judicial firme, consistente en diligencias probatorias acordadas en la instrucción del sumario núm. 88/86, del Juzgado de Instrucción núm. 10 de los de Málaga». Los hechos que se exponen en la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) A resultas de la apertura del sumario 88/86, seguido por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de los de Málaga, y por medio de exhorto dirigido al Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Jerez de la Frontera, la demandante fue citada para su presentación ante este último órgano judicial. Luego de su comparecencia se le informó que se trataba de la práctica de determinadas diligencias de prueba, dimanantes de aquel sumario, y consistentes, según cita, que en la demanda se hace, en:

Interrogatorio de la demandante, «cuyo contenido íntegro no poseemos, pero claramente dirigido a obtener una auténtica confesión sobre determinados hechos que podrían involucrar a mi representada en un presunto delito de aborto, previsto y penado por nuestro Código Penal».

«Prueba pericial, consistente en el examen de mi representada por el señor Médico Forense, al objeto de que por el mismo se procediera a detectar (...) señales de una posible interrupción del embarazo» por parte de la actora.

b) La demandante -«tras prestar declaración en el sentido que consideró oportuno»- fue citada de nuevo para el día 11 de febrero de 1987, en el mismo Juzgado de Instrucción y a efectos de la realización del citado examen médico- forense, requerimiento éste desatendido por la actora, quien invocó entonces sus derechos fundamentales a la intimidad personal, a la asistencia de Letrado y a ser informada de la acusación formulada, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, todos ellos vulnerados -viene a decirse- por «el acto judicial a que obedecía el exhorto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera». En particular, se dice ahora que se adujo la violación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución) tanto «por la incautación de su historial clínico, en los archivos de la Clínica del Doctor Sáez de Santamaría de Málaga», como «por las características de la prueba pericial»; también se dice que los derechos a la asistencia letrada y a la información de la acusación formulada se vulneraron, porque le fue tomada declaración «veladamente», de tal manera que, realizando en apariencia una prueba testifical, se le interrogó a la recurrente sobre actos propios, lo que, además, habría entrañado indefensión (art. 24.1 de la Constitución), pues podría la actora «verse acusada de un delito de aborto como consecuencia directa de no haber sido informada de su derecho a no declarar o a hacerlo sin confesarse culpable», en el curso de un proceso en el que, por lo demás, no se le ofreció la posibilidad de ser parte. Finalmente, se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues -se dice ahora- en el interrogatorio realizado se partió de la presunción de que «por la mera existencia de un historial clínico determinado (...) mi mandante había acudido a interrumpir voluntariamente el embarazo».

En la fundamentación jurídica del recurso se reitera que el acto judicial impugnado «es la diligencia de prueba acordada por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de los de Málaga, en sumario núm. 88/86, consistente en que se reconozca a mi representada por el señor Médico Forense, al objeto de determinar posibles indicios de que por la misma se haya interrumpido un embarazo», pese a no existir acusación alguna contra quien hoy demanda. Los derechos fundamentales que se dicen vulnerados son los antes referidos, respecto de los cuales se reitera, en esta parte de la demanda, la argumentación que acaba de resumirse:

a) La violación, así, del derecho a la intimidad personal se debería a que la prueba acordada tuvo como finalidad no la comprobación o investigación «acerca de los autores de un delito cierto», sino que, por el contrario, «tiende a verificar si ha existido tal delito, investigando para ello a determinadas personas que, por su sexo, en primer lugar, y por haber sido objeto de reconocimientos de carácter ginecológico, hubieran podido, acaso, cometer el supuesto delito cuya verificación se busca». Por lo demás, si bien se reconoce en la demanda que esta violación del derecho no habría llegado a consumarse, sí habría sido efectiva la conculcación del mismo derecho a la intimidad por medio de la resolución que acordó intervenir los historiales clínicos antes aludidos, ya que tales historiales entran en la esfera de la intimidad y también del secreto médico profesional y porque, en el presente caso, no se tendría siquiera la certeza sobre la comisión de delito alguno que pudiera imputarse a la actora.

b) También, como se dijo, habría sido menoscabado el derecho de la recurrente a ser presumida inocente, violación debida tanto al interrogatorio al que ésta fue sometida como a la prueba pericial citada, a la que se reprocha, así, ser un «reconocimiento ginecológico masivo acordado en la instrucción del sumario (...) a un elevado número de mujeres (...) al objeto de determinar si por alguna de ellas se hubiere podido cometer el delito de aborto, de cuya certeza ni tan siquiera se tiene constancia».

c) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) habría quedado también vulnerado al no haber sido llamada la demandante al proceso penal como parte y sí sólo en calidad de testigo, originándose con ello la consiguiente indefensión y desconociéndose, asimismo, el derecho a la asistencia de Letrado, a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 de la Constitución). Al efecto, se observa que la demandante, en realidad, no declaró en calidad de testigo (art. 389 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que fue objeto «de un interrogatorio, propio del que se efectúa a persona procesada, sólo que sin

las garantías que la Ley prevé para estos casos» y sin ser informada de los derechos fundamentales antes referidos.

Se invocan las Sentencias de 27 de junio de 1984 y de 11 de abril de 1985, de este Tribunal (fundamentos jurídicos 6.º y 9.º, respectivamente). Se ilustra esta cita aduciendo que, en el presente caso, no se produciría un «choque» entre el derecho a la vida y los ahora invocados, «toda vez que no existe la certeza de que haya habido vulneración del derecho a la vida y no se puede admitir, ante tal situación, que la forma de comprobarlo sea vulnerando otros derechos fundamentales».

Se suplica que se tenga por interpuesto recurso de amparo contra «los actos judiciales en virtud de los cuales se acuerda tomar declaración (...) y en la forma en que tal declaración es interesada; así como por la prueba pericial consistente en reconocimiento de mi mandante por el Médico Forense y por el también acto judicial consistente en la incautación del historial clínico (...), acto este último dimanante de sumario 88/86 (...) y aquellos dimanantes igualmente del mismo sumario y contenidos expresamente en exhorto dirigido al Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Jerez de la Frontera (...)». En otrosí se pide se acuerde la suspensión de los actos impugnados, «más concretamente el aún no llevado a efecto y consistente en reconocimiento de mi mandante por el Médico Forense, dado que su ejecución haría perder al amparo su finalidad».

2. Por providencia del día 18 de marzo, acordó la Sección Segunda poner de manifiesto a la representación actora y al Ministerio Fiscal la posible existencia en el recurso interpuesto de las siguientes causas de inadmisibilidad: 1.ª) La regulada por el art. 50.1 b), en relación con el art. 44.1 c), ambos de la LOTC, por no aparecer que se hubiera invocado en el previo proceso judicial el derecho constitucional que se dice vulnerado; 2.ª) La del art. 50.1 b), en relación con el art. 44.1 a), de la misma Ley Orgánica, por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, y 3.ª) La del art. 50.1 b), en relación con el art. 49.2 b), también de la LOTC, por no acompañarse copia, traslado o certificación de la resolución recurrida. Se acordó, asimismo, que sobre la petición de suspensión se decidiría una vez que se resolviera en orden a la admisibilidad del recurso.

En sus alegaciones, la representación actora hizo constar que lo advertido por la Sala como motivos primero y tercero de inadmisibilidad podía deberse a la falta de remisión de las actuaciones judiciales, en las que constaría la invocación de los derechos fundamentales vulnerados, con independencia de que, según se expuso en la demanda, tal invocación no fue, en este caso, necesaria. De otro lado, con el escrito de demanda se acompañó la citación judicial recibida por la actora, que sería la única documentación obrante en su poder. En lo que se refiere, en fin, a la advertida falta de agotamiento de los recursos utilizables, observó la actora que lo recurrido en amparo era una diligencia de prueba acordada en un procedimiento determinado, diligencia ante la cual no cabía sino la desobediencia o la interposición de este recurso constitucional, pues contra la misma no había otro recurso.

El Ministerio Fiscal puso, por su parte, de manifiesto que resultaba de todo punto imprescindible la aportación de lo practicado respecto de la demandante en el sumario 88/86, sugiriendo así a la Sala que recabase tales actuaciones, con arreglo a lo previsto en el art. 88 de la LOTC, dando vista de las mismas al Ministerio Fiscal.

3. Por providencia del día 27 de mayo acordó la Sección Segunda solicitar del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al sumario núm. 88/86, en uso de la facultad que le confiere el art. 88 de la LOTC. Mediante nueva providencia del día 23 de septiembre, acordó la Sección Segunda hacer entrega al Ministerio Fiscal de las actuaciones recibidas y concederle un plazo de diez días para que presentara las alegaciones a que se refiere el art. 50 de la LOTC.

En sus alegaciones observó el Ministerio Fiscal que la invocación de los preceptos supuestamente vulnerados se produjo efectivamente por parte de la actora, cumpliéndose así lo prevenido en el art. 44.1 c) de la LOTC. Sin embargo, la providencia objeto del recurso fue recurrible con arreglo a lo dispuesto en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, aun

siendo cierto que la actora no fue llamada al proceso como acusada, sino como testigo, pudo haberse constituido en parte, actuando, ante su declaración judicial, de igual forma a como lo hizo en su escrito de 11 de febrero de 1987, que impidió su reconocimiento médico-forense. Se interesó, por ello, se dictara Auto acordando la inadmisión a trámite del recurso por la causa prevenida en el art. 50.1 b) de la LOTC, en relación con el art. 44.1 a) de la misma Ley Orgánica.

4. Mediante providencia del día 23 de noviembre acordó la Sección Segunda admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, dirigir atenta comunicación al Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga participándole dicha decisión y la necesidad de emplazar, para que pudieran personarse en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la recurrente en amparo, haciendo constar en dicho emplazamiento la exclusión de quienes quieran coadyuvar con la actora o formular cualquier impugnación y les hubiera transcurrido ya el plazo que la Ley Orgánica de este Tribunal establece para recurrir.

Mediante Auto de 13 de enero de 1988, la Sala Primera acordó, tras la tramitación de la correspondiente pieza separada, la suspensión de la resolución judicial que dispuso la realización de determinadas diligencias probatorias respecto de la recurrente, en la parte aún no ejecutada.

5. Por escrito registrado el día 3 de mayo de 1988, el Procurador don Jacinto Gómez Simón compareció en nombre de doña A. B. C. y doña D. E. F., solicitando se entendieran con él las diligencias. Mediante providencia del día 12 de julio, la Sección Segunda acordó unir a las actuaciones el escrito anterior y otorgar un plazo de diez días para que la representación comparecida manifestara el carácter con que pretendían comparecer sus representadas y la posición procesal que asumían. Por escrito registrado el día 29 de julio, el Procurador don Jacinto Gómez Simón manifestó que su personación se había producido en calidad de coadyuvante de la recurrente, al ostentar sus representadas un interés legítimo en el recurso, pretendiendo así apoyar con propia argumentación el recurso de amparo.

6. Mediante providencia del día 12 de septiembre de 1988 acordó la Sección Segunda no haber lugar a tener por personado al Procurador don Jacinto Gómez Simón, en nombre de doña A. B. C. y doña D. E. F., toda vez que pretendían asumir la posición de recurrentes («coadyuvantes», decían), habiéndoles transcurrido ya el plazo de veinte días que para recurrir establece el art. 44.2 de la LOTC. Se acordó, asimismo, dar vista de las actuaciones recibidas a la representación actora y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de veinte días, pudieran presentar las alegaciones que estimaren pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 de la misma Ley Orgánica.

7. En el plazo concedido para alegaciones sólo presentó las suyas el Ministerio Fiscal. Advirtió en ellas, en primer lugar, que los cinco motivos de amparo mencionados en la demanda podrían reducirse a los tres siguientes: el referente a la presunción de inocencia, el relativo, en segundo lugar, a los derechos de defensa de la recurrente y el atinente, por último, a su derecho a la intimidad.

En cuanto a la presunción de inocencia, la misma se viola tan sólo cuando se dicta una resolución sancionatoria o limitativa de derechos sin existencia de una mínima actividad probatoria que pueda considerarse de cargo. En el caso actual, sin embargo, no se adoptó ninguna resolución de tal carácter, por lo que, en el presente estado de las actuaciones, difícilmente podría considerarse lesionado este derecho fundamental.

En lo relativo a los derechos de defensa, su supuesta vulneración se habría producido -a decir de la demanda- por dos razones: por haber sido llevada la demandante al proceso como testigo y no como parte (pero para declarar sobre extremos que la inculparían directa y personalmente), y por eludirse así, en segundo lugar, el respeto a los derechos fundamentales a la asistencia letrada, a ser informado de la acusación, a no declarar y a no declararse culpable, derechos, todos ellos, que derivan del que se ostenta para ser informado de la acusación. Ahora bien, la declaración de cuya inconstitucionalidad se duda se efectuó antes de que se dictara Auto de procesamiento y, por tanto, antes de que se dirigiera el procedimiento contra la recurrente, pues se trató de una mera diligencia de instrucción sumarial para averiguar si existían o no elementos bastantes que

mostrasen indicios racionales de criminalidad contra la demandante. Se la citó como testigo porque, en ese momento procesal, tal era su condición, lo que no impidió que la demandante solicitara la asistencia de Letrado, que declarara, como así hizo, su absoluta desconexión con los hechos investigados e incluso que se negara al examen forense, como efectivamente se negó, por más que ello pudiera acarrear unas consecuencias indiciarias en su contra que se plasmaran, como así sucedió, en un Auto de procesamiento. Se cita, a este respecto, el Auto de 15 de febrero de 1988 (asunto 1.243/87), según el cual el derecho a ser informado de la acusación no surge en toda su plenitud mientras no hay Auto de procesamiento, situación que era, entonces, la de la actora. Se sigue de ello que el resto de los derechos de defensa, que se anudan precisamente a la formulación de la inculpación, no han sido tampoco conculcados. En cualquier caso, y dado que aún no ha recaído Sentencia, es patente que las hipotéticas irregularidades en la defensa no pueden haber plasmado en consecuencia negativa alguna para la demandante de amparo, citándose el Auto de 20 de enero de 1988 (asunto 1.312/87).

Queda por ver, en fin, lo relativo a los atentados denunciados en el derecho a la intimidad personal de la recurrente, alegatos de mayor entidad que los ya examinados.

Se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho declarado en el art. 18.1 de la Constitución por haberse acordado judicialmente la intervención de la historia clínica de la demandante, que se encontraba en poder del Doctor que la atendió, procesado también por delitos de aborto en el mismo sumario. Hay que comenzar por decir, a este respecto, que es cierto que la historia clínica constituye un documento que el interesado tiene derecho a sustraer del conocimiento de los demás, estando el médico que la confeccionó vinculado a su secreto profesional. Ahora bien, no cabe compartir el criterio de la parte según el cual su derecho a la intimidad resultó vulnerado por la incautación, para la investigación del delito, de la historia clínica de una persona sospechosa de haber intervenido en un delito de aborto provocado, no pudiéndose desconocer que también el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio son claras manifestaciones del derecho a la intimidad, pese a que las intromisiones que puedan verificarse en estos ámbitos en virtud de mandato judicial no son ilegítimas. No hay derechos ilimitados y la intimidad no es una excepción, estando restringida por las actuaciones de la justicia, como recuerda el ATC 257/1985. En las actuaciones consta que la incautación de la historia médica de la actora tuvo lugar como consecuencia de un mandamiento judicial de entrada y registro en la clínica donde se habían cometido presuntamente los delitos de aborto (Auto de 5 de noviembre de 1986). No existe, por tanto, violación por esta causa del derecho a la intimidad.

Se aduce, asimismo, que la vulneración del derecho a la intimidad se produjo por obra de la resolución judicial que acordó el reconocimiento médico-forense de la recurrente al objeto de determinar posibles indicios de que por la misma se hubiera interrumpido voluntariamente un embarazo, alegato que se formula afirmando que tal medida atenta a la intimidad al imponerse en ella un medio de investigación que supone una intromisión en la esfera más íntima y personal del ser humano. No cabe duda, en efecto, de que nos encontramos ante una medida que afecta a la intimidad personal, pero el problema surge a la hora de determinar si tal intromisión es legítima o no. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 establece en su art. 8 que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada» y, en su párrafo 2.º, que «no podrá haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para ... la defensa del orden y la prevención del delito». De otra parte, el art. 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «si fuere conveniente recibir algún informe pericial ... sobre las pruebas de cualquier clase ... el Juez lo ordenará inmediatamente», estableciéndose en el art. 344 de la misma Ley que «con el nombre de Médico Forense habrá en cada Juzgado de Instrucción un facultativo encargado de auxiliar a la Administración de Justicia en todos los casos en que sea necesaria o conveniente la intervención y servicios de su profesión». De otra parte, el art. 478 determina que «el informe pericial comprenderá, si fuere posible: 1.º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en

el estado o modo en que se halle». No cabe, pues, duda de que, dentro de los amplios términos expuestos, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé el informe pericial del Médico Forense sobre la persona que el Juez ordene y al objeto de determinar el estado en que la misma se halle. El acto recurrido se encuentra así previsto en nuestra legislación y tampoco debe plantear problemas su carácter de medida necesaria en una sociedad democrática para la investigación y prevención del delito. De otra parte, la Ley Orgánica 1/1982, que desarrolla el art. 18.1 de la Constitución, establece en su art. 8.1 que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley», y aunque este texto legal está pensado para la protección civil de la intimidad, no cabe dudar de su aplicabilidad analógica a las actuaciones de los poderes públicos (ATC 257/1985) al aplicar el mencionado precepto a un supuesto de limitación del derecho a la intimidad por parte de la Autoridad judicial, por exigencias derivadas de la acción de la justicia. Las consideraciones anteriores avalan, en fin, la tesis de que la intromisión en la intimidad de la demandante fue, en este caso, legítima, pues fue ordenada por la autoridad competente (el Juez de Instrucción) en el curso de la investigación sumarial en un supuesto previsto por la Ley, y a fin de investigar un hecho delictivo, constituyendo medida necesaria para obtener las pruebas a efectos de su averiguación.

En la demanda se solicita que el incumplimiento de esta resolución judicial por parte de la actora no se considere desacato, pero, al encontrarnos ante una resolución legítima, su transgresión podría, sin duda, dar lugar a un delito de desobediencia (art. 237 del Código Penal).

Aún se afirma más en la demanda, pues se hace en ella constar la negativa de la actora al cumplimiento de la repetida resolución judicial, con lo que se viene a plantear el difícil problema de la ejecutabilidad de los Acuerdos de una Autoridad legítima contra la voluntad del interesado, esto es, del posible empleo de vis física o vis compulsiva para evitar que una resolución necesaria para la investigación de una conducta delictiva quede sin cumplimiento ante la rebeldía del obligado. Sin olvidar que nos encontramos en el ámbito de un concreto recurso de amparo, no cabe perder de vista la repercusión que la doctrina que venga a establecerse puede tener en otros ámbitos paralelos, y actualmente muy debatidos, como la posibilidad de registros personales en mujeres traficantes de drogas que las introducen en territorio nacional ocultas en sus órganos genitales, cacheos, registros aduaneros, toma de huellas dactilares a posibles implicados en hechos delictivos, etc., en los supuestos, nada infrecuentes, en que los interesados se nieguen a ello. Se trata de ponderar los valores en pugna aquí, como son, de una parte, la libertad y la intimidad, y de la otra, el respeto a la Ley (art. 10.1) o la obediencia a los mandatos judiciales (art. 118 de la Constitución). El problema es de límites, siendo evidente que existen supuestos de justificación del uso de la violencia (la detención por la fuerza pública de un delincuente o reclamado, por ejemplo), mientras que en otros casos la negativa puede dar lugar tan sólo al establecimiento de indicios o presunciones (pruebas biológicas de investigación de la paternidad, cuando el afectado se niegue a ellas, pese a lo dispuesto en el art. 127 del Código Civil). La Resolución (73) 7 del Consejo de Europa, relativa a la represión de las infracciones cometidas en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia del alcohol, establece que «nadie puede negarse o sustraerse a un test de aliento, a una toma de sangre o a un examen médico» [A.II.2.c)]. El paralelismo con el caso de autos es tal que permite la aplicación al mismo de los criterios mencionados.

Por último, no es aceptable lo que en la demanda se afirma en orden al trato inhumano o degradante, proscrito por el art. 15 de la Constitución, que entrañaría el examen médico-forense ordenado por el Juez. La STC 65/1986 declaró, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo «inhumano» implica un nivel de especial intensidad, y que sólo puede calificarse de «degradante» lo que produce una singular humillación y envilecimiento, lo que no concurre en forma alguna en este caso.

Se interesó, por todo ello, que se dictara Sentencia denegando el amparo al no haberse lesionado los derechos fundamentales invocados.

8. Mediante providencia de 21 de noviembre se señaló para deliberación y votación del recurso el día 16 de enero de 1989, quedando concluida en el día de la fecha.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1. Los diversos actos judiciales que la actora estima lesivos de sus derechos recayeron, como en los antecedentes se ha expuesto, en el curso de las actuaciones sumariales practicadas por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga, actuaciones que se iniciaron a partir de determinadas investigaciones policiales que apuntaban a la posible comisión de delitos de los tipificados en el art. 413 del Código Penal (aborto) en cierto establecimiento clínico de la misma ciudad de Málaga. Todas las resoluciones que doña X. Y. Z., impugna en este recurso se dictaron, pues, en el sumario 88/86 del señalado Juzgado de Instrucción, y es ahora preciso, antes de examinar las concretas peticiones de amparo aquí deducidas, identificar con claridad -porque no siempre se hace así en la demanda- cuáles fueron tales actos.

Atendiendo al orden cronológico en el que se dictaron, la primera de las resoluciones que aquí se habría de entender impugnada -aunque así no lo afirme explícitamente la representación actora- es el Auto de 5 de noviembre de 1986, mediante el cual el Juzgado de Instrucción núm. 10 dictó orden de entrada y registro en el Centro clínico en el que, supuestamente, se venían realizando las actividades delictivas, recogiendo en dicho registro datos o anotaciones relativos, entre otras personas, a la actora (su «historial clínico», según dice) y constituyendo tal aprehensión -estima la recurrente- una ilegítima intromisión en su derecho constitucional a la intimidad personal (art. 18.1). También se impugna, en segundo lugar, la diligencia de prueba ordenada por el mismo Juzgado de Instrucción en providencia de 21 de noviembre de 1986 y en cuya virtud (a través de exhorto de la misma fecha, dirigido al Juzgado Decano de los de Jerez de la Frontera) se interesó que se le recibiera declaración a la actora sobre si se sometió o no a una interrupción voluntaria de embarazo en la clínica sobre cuya actividad recaían las sospechas, requiriéndose también en la providencia y en el exhorto citados a fin de que doña X. Y. Z. «sea reconocida por el Médico Forense sobre dicho extremo», entrañando esta última diligencia sumarial a juicio de la actora una nueva lesión de sus derechos a la intimidad personal. De otro lado, y en tercer lugar en el orden de las impugnaciones, la recurrente deduce también su queja frente a las circunstancias mismas en las que se le tomó declaración, en cumplimiento del exhorto antes dicho, por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera, entendiéndose que la formulación de las preguntas que entonces se le hicieron desconoció su derecho a ser presumida inocente (art. 24.2 de la Constitución), y que, de otra parte, la declaración se practicó sin las garantías exigidas por este último precepto constitucional (derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informada sobre la acusación formulada contra ella y a que se le advirtiera sobre su derecho a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable), lo que habría deparado, en perjuicio de la declarante, lesión de su derecho fundamental ex art. 24.1 de la Constitución.

Son estas actuaciones judiciales objeto del presente recurso, que no se dirige -e importa destacarlo desde ahora- frente a otras Resoluciones que se hayan dictado en el sumario 88/86 ni, en particular, frente al Auto de procesamiento que, con fecha 27 de febrero de 1987 (esto es, una vez formulada ya la demanda de amparo), se dictó contra la actora. Examinaremos a continuación sus quejas atendiendo a la diversa motivación constitucional que las sustenta, considerando así, en primer lugar, la alegada infracción del derecho a la presunción de inocencia y analizando, después, si resultaron o no vulnerados los derechos de la actora a la defensa (con las diversas garantías constitucionalmente exigidas) y a la intimidad personal.

2. La violación del derecho de la actora a ser presumida inocente (art. 24.2 de la Constitución) se imputa en la demanda al «interrogatorio al que fue sometida doña X. Y. Z. así como a «la prueba pericial consistente en el reconocimiento médico forense», diligencia, esta última, que se dice constituyó «una línea de investigación del delito seguida sin tan siquiera saber de este supuesto delito, que también pudiera no haber existido nunca».

Cualquiera que sea la calificación que merezcan, desde otra perspectiva jurídico-constitucional,

las diligencias sumariales aquí impugnadas, es lo cierto que las mismas no lesionaron la presunción de inocencia de la actora, pues, como ha recordado el Ministerio Fiscal, el derecho ahora invocado garantiza, según constante jurisprudencia de este Tribunal, que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria de cargo legítimamente realizada (por todas las resoluciones en este sentido, STC 44/1987, fundamento jurídico 2.º), y es obvio que la demandante de amparo, procesada sólo tras la interposición de este recurso, no ha alegado, ni podía hacerlo, haber sido condenada a resultados de la declaración que en su día realizó ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera, ni sobre la base de su negativa a someterse a la pericia ginecológica cuya práctica se dispuso por el órgano judicial. Con independencia, en definitiva, de los posibles indicios que llevaron al Instructor a ordenar estas diligencias, la presunción de inocencia de la demandante quedó incólume en el estadio procesal que importa a este recurso, y basta con constatarlo así para apreciar la inconsistencia en cuanto a este extremo, de la presente petición de amparo.

3. Se aduce también en la demanda que la declaración prestada por la actora el día 4 de febrero de 1987 ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera se llevó a cabo sin respetar las garantías requeridas por el art. 24.2 de la Constitución (información de la acusación y advertencia de sus derechos a ser asistida por Letrado, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable), supuestas lesiones éstas que -a decir de la actora- habrían provocado entonces la indefensión proscrita por el art. 24.1 de la Norma fundamental. Entiende la recurrente, en suma, que, al darse cumplimiento a la providencia de 21 de noviembre de 1986 (en la que se dispuso se le tomara declaración), lo que se llevó a cabo fue, en realidad, un «interrogatorio propio del que se efectúa a persona procesada, sólo que sin las garantías que la ley prevé para estos casos», afirmándose que doña X. Y. Z. «debiera haber sido traída al proceso penal en forma distinta a como lo ha sido, es decir, como parte y no como testigo».

Para resolver esta queja se ha de partir del dato, ya antes reseñado, de que la actora no estaba aún procesada al tiempo de prestar la declaración que controvierte, siendo así que algunos de los derechos que hoy invoca (en especial, el derecho a ser informado de la acusación) no surgen, en toda su plenitud, mientras no haya auto de procesamiento que formule una inculpación precisa (ATC de 15 de febrero de 1988, en asunto E243/1987). Ciertamente, junto a ello, que el imputado aún no procesado es también titular del derecho constitucional a la defensa, según reconoce hoy el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Crim., en adelante) y de conformidad con lo que dijimos en la STC 44/1985 (fundamento jurídico 3.º), de tal forma que se ha de sostener la procedencia de instruir de tal derecho, antes de su declaración, a cuantas personas hayan podido tener alguna participación en los hechos objeto del proceso (ATC 215/1987, fundamento jurídico 1.º) y siempre y cuando resulte efectivamente de las actuaciones procesales que determinada persona, pese a no haber sido procesada, es considerada ya por el Instructor como imputada o, cuando menos, «sospechosa» de haber delinquido. Así fue, sin duda, considerada la actora por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga al ordenar el órgano judicial la práctica de las diligencias en cuestión, pues sólo a partir de una tal sospecha, originada por los datos que sobre la actora constaban ya en las actuaciones, cabe entender el tenor de las preguntas formuladas a doña X. Y. Z. (inquiriendo sobre si interrumpió o no su embarazo en la clínica investigada) y el mismo mandato de que se sometiera la recurrente actual a un examen médico-forense «sobre dicho extremo». Parece, pues, claro que la posición procesal que se le debió haber reconocido a doña Y. G. V. al citarla para prestar declaración, y en la práctica de la declaración misma, era la de imputada, más que la de testigo, pese a lo cual en el acta que documenta su declaración no consta que la autoridad judicial, actuante entonces por exhorto, advirtiera a la declarante sobre su condición real de inculpada y sobre los derechos que, en calidad de tal, le correspondían, recordatorio que era obligado, en una situación como la ahora enjuiciada, para evitar todo riesgo de indefensión material de la persona llamada a declarar. En el acta impresa que se cumplimentó con la declaración de la actora figura, más bien, la fórmula ritual correspondiente a la declaración de un testigo (art. 433 de la L.E.Crim.: instrucción sobre la obligación de ser veraz y de las penas

con que el Código Penal castiga el delito de falso testimonio en causa criminal) y ya se ha dicho que no era ésta, a la vista de las actuaciones, y de las diligencias interesadas, la posición que correspondía a la demandante.

De lo dicho se sigue que en la práctica de la declaración que consideramos quedaron incumplidas las garantías procesales de la imputada, que no fue advertida de sus derechos ni, en particular, de la posibilidad de hacerse asistir de Letrado (arts. 24.2 de la Constitución y 118 de la L.E.Crim.). Esta infracción de un derecho constitucionalmente protegido aunque lleva a la estimación del amparo, no permite dar a la decisión estimatoria otro alcance que el puramente declarativo, no acompañado de medida anulatoria alguna. El desconocimiento en la declaración prestada por la actora de las garantías que como imputada le correspondían, no le ha deparado, en efecto, consecuencia negativa alguna, ni en particular ninguna condena y como es evidente, la irregularidad consistente en haberse tomado declaración sin los requisitos y prevenciones precisos sólo puede dar lugar a la anulación de las correspondientes actuaciones cuando de ella se sigue una resolución condenatoria o una mayor gravedad de la condena recaída, pues sólo entonces podría este Tribunal considerar viciada la Sentencia de condena que se fundamentó en el contenido de una declaración prestada sin las garantías que la Constitución requiere, procediendo a la anulación de la resolución judicial que así, en tal hipótesis, se basó en unas manifestaciones del imputado que, ilegítimamente obtenidas, de ninguna manera podrían hacerse valer en su contra. No ha sido así, ciertamente, en este caso, en el que no consta que de la irregularidad advertida se hayan seguido resoluciones negativas para doña X. Y. Z. que merecieran ahora ser anuladas.

4. El recurso, como dijimos, se ha interpuesto también en defensa del derecho a la intimidad personal de doña X.Y.Z. (art. 18.1 de la Constitución), derecho que habría sido menoscabado tanto en virtud de la recogida de datos personales de la actora al practicarse, en la clínica investigada, el registro ordenado por el Auto de 5 de noviembre de 1986, como por causa, en segundo lugar, del mandato judicial para que la recurrente se sometiera a una pericia médico-forense encaminada a probar la verificación de una hipotética interrupción de embarazo (providencia de 21 de noviembre de 1986).

El primero de estos alegatos no puede ser acogido. Lo que, en realidad, la actora plantea al formularlo no es tanto una defensa del secreto de su historial o expediente clínico (secreto sin duda garantizado en la relación entre médico y paciente) cuanto una controversia, indirecta o implícita, sobre la decisión judicial (Auto de 5 de noviembre de 1986) que dispuso la entrada y el registro en la clínica en la que, supuestamente, se llevaban a cabo actividades delictivas, pero es del todo claro que el mandamiento judicial que hace posible la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) se justifica, en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción, sin que sea oponible, frente a tal pesquisa legítimamente ordenada, «secreto» alguno que, dentro del domicilio investigado, impone a las actuaciones judiciales en curso (art. 552, in fine, de la L.E.Crim.). Los datos cuya aprehensión denuncia la actora (relativos sólo, por lo demás, a su identidad personal y a la fecha de una aparente cita médica, según se desprende de las actuaciones) se obtuvieron, en definitiva, realizando un registro domiciliario que fue acordado por la Autoridad judicial en una resolución cuya conformidad a la Constitución misma y a la Ley Procesal no ha sido aquí discutida. No cabe por tanto conceder, en cuanto a este extremo, el amparo solicitado, pues la orden judicial no ha lesionado la intimidad de la recurrente, ni estaba falta de motivación, ni ha dado lugar a actuaciones que no guardasen relación inmediata con la finalidad perseguida.

5. En la misma providencia de 21 de noviembre de 1986 por la que dispuso el Instructor que se le tomase declaración, entre otras personas, a la actora, se acordó que fuese ésta «reconocida por el Médico Forense sobre dicho extremo» (sobre si interrumpió quirúrgicamente su embarazo), y así se interesó en exhorto de la misma fecha dirigido al Juzgado Decano de los de Jerez de la Frontera. También ha quedado dicho en los Antecedentes que doña X. Y. Z. no compareció para la práctica de dicha pericia en la fecha en que le fue fijada por el Juzgado exhortado, lo que llevó a

este órgano judicial a dictar providencia, el 10 de febrero de 1987, reiterando el mandato para el examen de la recurrente, la cual, mediante escrito fechado el día siguiente, se dirigió al Juzgado manifestando su «respetuosa negativa a someterse al reconocimiento médico en cuestión», así como su intención de iniciar los trámites oportunos para interponer recurso de amparo en defensa, por lo que ahora importa, de su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución). La actora, en definitiva, no llegó a someterse al ordenado examen ginecológico que en aquel escrito, como en el de la presente demanda, tachó de lesivo a su intimidad, alzando hoy su queja «en preservación de tal derecho, por temor fundado a que el mismo quede definitivamente vulnerado» y solicitando de este Tribunal, por consiguiente, que, anulando las resoluciones impugnadas, declare la improcedencia tanto de cualquier nuevo requerimiento judicial para la realización de la pericia controvertida como de un hipotético procesamiento por desacato que pudiera sobrevenir a resultas de su negativa a cumplir la orden judicial.

Se presenta esta queja, en apariencia, no como reacción frente a una lesión efectivamente consumada en la intimidad personal de quien recurre, sino, estando a los propios términos de la demanda, como expresión de «un temor fundado» a que la defensa que llevó a cabo la actora de lo que estima fue su derecho, le llegase a deparar consecuencias negativas, que ella cifra en una eventual acusación por desacato. Es claro, sin embargo, que este planteamiento, aparentemente cautelar o preventivo, suscita un problema inicial en orden a la procedencia misma de examinar, en cuanto al fondo, la queja deducida.

6. Es doctrina constitucional muy reiterada que, juzgando en amparo, no puede este Tribunal pronunciarse sobre meras hipótesis o sobre alegaciones referidas a supuestos aún no producidos (STC 68/1985, fundamento jurídico 5.º), por que no es este recurso un remedio cautelar o precautorio al que pueda acudir para prevenir el riesgo de temidas y futuras lesiones (ATC 65/1985, fundamento jurídico 1.º). Bien se comprende que, siendo esto así, nada podríamos decir ahora sobre esta queja si su sentido exclusivo residiera en la apreciación de la conformidad o disconformidad al derecho que se invoca de un procesamiento por desobediencia o desacato que no consta se haya verificado, pues no cabe en esta vía procesal un enjuiciamiento sobre si se acomodaría o no al derecho fundamental un acto del poder público que no se ha llegado a producir.

La doctrina que así hemos de reiterar no impide, sin embargo, el examen de esta queja. Es, a estos efectos, de relevante consideración, la circunstancia de que existe ya un acto del poder público (providencia de 21 de noviembre de 1986) que afectó de modo directo a lo que la actora estima fue el ámbito de su intimidad personal, por más que tal acto no haya alcanzado aún, a la vista de las actuaciones que ante nosotros obran, efectividad plena. Si consta en dichas actuaciones (y ello se ha de valorar, junto a lo anterior, en toda su trascendencia) que aquella resolución dio lugar a la adopción por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera de la providencia de 10 de febrero de 1987 en la que, ante la incomparecencia de la actora para ser sometida a examen médico, se reiteró lo interesado, a este propósito, por el órgano judicial exhortante, afirmándose así, de manera inequívoca, el carácter imperativo de la resolución que dispuso tal reconocimiento, mandato cuyo acatamiento, por lo tanto, pesaba sobre doña X. Y. Z. al tiempo de interponer este recurso de amparo. Se pide en él, en definitiva, que declaremos si respetó o no la intimidad personal de la recurrente, la orden judicial que la conminó a someterse, en el curso de la investigación sumarial, a un examen ginecológico, y este Tribunal, que ha de reconocer siempre la máxima efectividad posible a la petición de amparo, no puede ahora rehusar tal enjuiciamiento, pues basta, para emprenderlo, con contrastar la existencia de un acto público conminatorio, aunque no ejecutado, frente al que se reclama la preservación de un derecho fundamental. La pretensión de amparo no es así, en cuanto a este extremo, meramente cautelar, pues no es discutible que la seguridad en el disfrute y libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. 9.3 de la Constitución) justifica y presta sentido a la queja constitucional que se formule para defender alguno de tales derechos y libertades frente a decisiones del poder que directamente les afectaron y que están sólo a la espera de su ejecución.

7. La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

Esta afirmación de principio requiere, claro está, algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. La segunda es la de que, aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que, como observa el Ministerio Fiscal, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Cabe declarar que en el supuesto que ahora nos ocupa, estas previsiones fueron aquí adoptadas, pues no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina, con independencia de que, en este caso, tal examen no se llegó a realizar. Lo que si es manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen.

Para apreciar si una actuación judicial, como la que examinamos, respetó o no la intimidad de la persona no es suficiente, sin embargo, con advertir que en dicha actuación se hicieron valer ante el sujeto afectado los intereses (públicos también, por definición), a los que ha de servir toda decisión de la autoridad, pues la protección que la Constitución dispensa se delimita aquí, una vez reconocido su objeto, atendiendo a las exigencias públicas en presencia, y bien se comprende que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia. Por ello, lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite. sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. Es evidente, por todo ello, que la consideración de si se violó o no el derecho fundamental no se puede basar, en casos como el presente, en la mera constatación de lo prescrito por el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, pues tal precepto, citado en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal, dispone sólo, en lo que ahora importa, que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley», y es precisamente esto último (si la actuación controvenida se atuvo o no a la legalidad, incluida, claro está, la de rango constitucional) lo que se ha de examinar en el actual recurso.

8. A través de la providencia de 21 de noviembre de 1986 y de los actos que, por vía de exhorto, cumplimentaron esta resolución se le ordenó a la actora, entre otras personas, someterse, como venimos diciendo, a un examen ginecológico a fin de que por el Médico Forense se determinase la realización de una posible intervención quirúrgica de embarazo, lo que, en el contexto de las actuaciones sumariales, habría de confirmar la verificación del hecho delictivo presumible. Hemos de apreciar ahora, en respuesta a lo que la recurrente pide, si tal mandato resultó legítimo, a cuyo efecto es preciso considerar, ante todo, si una orden de tal carácter pudo ser dictada en el curso de la investigación sumarial y, de ser ello posible, si la que en este caso recayó puede estimarse ajustada a la garantía constitucional del derecho.

El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio -según antes dijimos- del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la L.E.Crim.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que si pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado. Y no cabe ignorar a este propósito, que la providencia de 21 de noviembre de 1986 se orientó, en el extremo que ahora importa, a la determinación de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y respecto del cual la demandante de amparo aparecía ya, según antes observamos, con la efectiva condición de imputada, siendo de relevante consideración, a estos efectos, que la sospecha judicial sobre la realización del hecho no carecía, vistas las actuaciones, de fundamento racional, como tampoco cabe desconocer que obraban ya en poder del Instructor datos relativos a doña X. Y. Z. que hacían posible su consideración, entonces, como imputada.

Lo anterior, sin embargo, no basta para afirmar la conformidad de la decisión enjuiciada a la garantía constitucional de la intimidad personal. No es suficiente, a tal efecto, con reconocer que dicho acto afectó a persona que resultaba ya, cuando menos, imputada, pues es también preciso, junto a ello, que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi. La primera de estas magnitudes no puede ser calculada sino por referencia, no sólo al criterio socialmente dominante, sino también como es claro, a la conducta que, en virtud de indicios serios se atribuye al mismo sujeto pasivo de la actuación prevista, en tanto que el segundo término de la ponderación, a su vez, no puede ignorar la palpable diferencia que existe entre una actuación dirigida, por ejemplo, a identificar al presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta y otra que persiga simplemente obtener una prueba adicional que se sume a las que, de carácter indiciario, ya se cree poseer sobre la comisión real de un delito cuya existencia se sospecha.

Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, fundamento jurídico 5.º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, fundamento jurídico 2.º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que

justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.

Es evidente que no se atuvo a estas exigencias la decisión a que aquí se impugna. La providencia de 21 de noviembre de 1986 fue -como corresponde, por lo general, a su forma- una resolución inmotivada, y ello a pesar de que, según queda dicho, toda decisión judicial que restrinja o limite derechos fundamentales deba ser adoptada con la correspondiente fundamentación, exigencia constitucional ésta que, en el orden del proceso penal, impuso ya, por lo demás, el vigente art. 141 de la L.E.Crim., al requerir la forma de «Auto», y la motivación consiguiente, para las resoluciones que decidieran «puntos esenciales que afecten de una manera directa a los procesados», referencia, esta última, que se ha de considerar comprensiva del imputado cuando se trate de afectar al ámbito de sus derechos fundamentales. El mandato judicial para que la actora se sometiera a examen médico-forense se presentó, ya por esta carencia de motivación, como una decisión ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida, y de su proporcionalidad, por referencia al derecho que tan gravemente se acordó limitar, pues tal mandato se formuló en el cuerpo de un exhorto que tan sólo indicó, en lo que aquí importa, «se interesa que sea reconocida (la actora) por el Médico Forense sobre dicho extremo». Estas carencias son, de otra parte, también patentes en la providencia de 10 de febrero de 1987, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera en cumplimiento de lo interesado en el exhorto, limitándose entonces la resolución del Juez exhortado, ante la inicial incomparecencia de doña X. Y. Z. a ordenar que se expidiera cédula para que, en el siguiente día, fuese aquélla reconocida por el Médico Forense.

De lo anterior se sigue, como es notorio, la incompatibilidad en cuanto a su forma, tanto de la resolución impugnada, como de la que en su cumplimiento se dictó, con el derecho fundamental de la actora a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado, preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida aquí examinada, ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, Ha decidido

1.º Estimar parcialmente el recurso interpuesto por doña X. Y. Z. y, en consecuencia:

a) Reconocer el derecho de doña X. Y. Z. a que la declaración que prestó ante el Juez de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera fuese precedida de las advertencias y prevenciones que la Ley ordena respecto de los imputados.

b) Anular la providencia de 21 de noviembre de 1986, del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga, en el punto relativo al reconocimiento médico-forense de la actora, así como la providencia de 10 de febrero de 1987, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera.

c) Reconocer el derecho de doña X. Y. Z. a la intimidad personal y la improcedencia, por consiguiente, de toda restricción del mismo sin las garantías señaladas en el último de los fundamentos de esta Sentencia.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

17.7/1994 del 17 de Enero. Sobre el conflicto entre el derecho a la intimidad y la investigación de la paternidad. Extracto: “En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.”

Sentencia TC 7/1994, de 17 de enero.

RA 1407/1992.

BOE 17-2-1994

[Voto Particular](#)

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la sentencia]

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de amparo núm. 1407/1992, promovido por doña E. D. A. N., representada por la Procuradora doña María Luz Albacar Medina y defendida por la Abogada doña Consuelo Abril González, contra la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 abril 1992 (rollo núm. 1126/1990), que revocó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había declarado la paternidad del demandado. Ha comparecido don E. M. V., representado por la Procuradora doña María Concepción Aporta Estévez y dirigido por el Abogado don Agustín Lozano Aguado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 junio 1992 (presentado en el Juzgado de Guardia el anterior día 2), se interpuso el recurso de amparo de referencia contra la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 abril 1992 (rollo 1126/1990), que revocó la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, y desestimó la demanda de paternidad presentada por la actora. Se pide la anulación de la sentencia de casación, por vulnerar los arts. 14, 15, 18 y 24.1 CE, y que se reconozca el derecho a la filiación declarado por la sentencia de apelación.

2. La pretensión de amparo nace de los siguientes hechos:

a) La recurrente dedujo en julio de 1987 demanda contra don E. M. V., mayor de edad, casado, para que se dictara sentencia con el siguiente fallo: que el demandado es el padre de la menor M. A. G., con el correspondiente cambio de apellidos, sin que pueda compartir la patria potestad sobre la hija ni tenga derecho a visitas, así como que se le condene al pago de diversas cantidades en concepto de alimentos.

b) El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid dictó Sentencia el 15 septiembre 1988 (autos 895/1987), desestimando la demanda. El Juzgado declaró no probada la paternidad del demandado, porque no se había logrado «la prueba plena e indubitada que precisaba la parte demandante»: el nombre del padre que consta en la certificación en extracto de nacimiento es manifestación de parte, las fotografías en donde se ve al demandado con ella y con otros amigos y amigas en actitudes de familiaridad no son suficientemente esclarecedoras, las actas notariales de manifestaciones no tienen valor, los testigos que han depuesto en los autos «casi absolutamente todo lo que saben es por manifestaciones de la demandante», y las certificaciones de los hoteles «no revelan nada de nada».

De estos datos la sentencia de instancia infirió que «falta la prueba de la relación sexual y no se ha probado ninguno de los hechos cuya concatenación lógica habría de llevar a la atribución de la paternidad al demandado»; de donde dedujo que la falta de prueba biológica, a causa de la negativa del demandado a someterse a ella, no significaba nada en su perjuicio, con apoyo en la STS 10 noviembre 1986.

c) La Audiencia Provincial (Sección Décima) de Madrid, por Sentencia de 26 febrero 1990 (rollo 873/1988), estimó el recurso de apelación, y tras revocar la dictada por el Juzgado declaró que el señor M. es padre extramatrimonial de la menor M., disponiendo el cambio de apellidos, y el abono de 50.000 ptas. mensuales en concepto de alimentos para su hija.

La sentencia razonó la importancia de las pruebas biológicas de paternidad, tanto para proteger derechos fundamentales (arts. 14 y 39 CE) como para alcanzar una convicción fiable, dado que sus resultados son absolutos, si excluyen la paternidad, y abrumadores, si la proyectan. Aceptando que, en sí misma considerada, la negativa del demandado no puede ser valorada como ficta confesio, subrayó la necesidad de valorar muy singularmente tal negativa, debidamente integrada en el conjunto de la prueba. A seguido, tras resaltar que el demandado había contestado a la pretensión de la señora A. con ambigüedades, valoró la prueba en sentido favorable a la demandante: «dos testigos -que no han sido tachados- aseguran en sus respectivas declaraciones que presenciaron cómo actora y demandado se introducían juntos, en varias ocasiones, para pernoctar, en una misma habitación, llegando una de ellas a asegurar que oyó a la actora, tras llamar telefónicamente al demandado, cómo se oponía en su conversación con el mismo a abortar, lo que al parecer le sugería el demandado. Las fotografías acompañadas a la demanda es obvio que no acreditan la existencia de relaciones sexuales de carácter coital, pero sí prueban, una al menos, relación de desenvuelta y franca relación amistosa, estando algunas de ellas realizadas en dormitorios. Al mismo tiempo, el demandado afirma que se alojó en los hoteles que se indican en la demanda, si bien niega que lo hiciera con la actora (no se entiende muy bien tal conocimiento por ésta del currículum itinerante del demandado) como tampoco se entiende muy bien el conocimiento por aquélla del grupo sanguíneo de éste».

Finalmente, la Sala valoró la reiterada negativa del demandado a la realización de la prueba biológica, alegando básicamente sus derechos constitucionales (arts. 15 y 18 CE), tanto en la instancia (en dos ocasiones, en que fue requerido por el Juzgado para ello), como en grado de recurso: la sentencia narra que, tras haberse resuelto por la Audiencia que se practicara dicha prueba en apelación, para lo que fue requerido el demandado «poniendo de manifiesto tanto la seria trascendencia de tal prueba como las posibles consecuencias legales en el caso de que reiterase su negativa», el demandado manifestó personalmente ante la Sala «que no hay ninguna razón por la que tenga que someterse a este tipo de prueba y que en uso de sus derechos constitucionales se niega a ello». La Sala afirmó que «todo el material probatorio expuesto sería valorado como insuficiente para acreditar las pretensiones actoras si no fuese acompañado de la reiterada y contumaz negativa del demandado a la realización de la llamada prueba biológica»; pues «la reiterada y bizarra negativa del demandado a la prueba biológica venía ... a dificultar muy sustancialmente la normal sobrellevanza de esa carga (de probar, en virtud del art. 1214 CC), convirtiendo la necesidad de probar en empresa cuasidiabólica». Por lo que alcanzó la conclusión

de que, «integrando esa negativa, dada su naturaleza y circunstancias, en el conjunto de las pruebas practicadas, y valorando todo ello conjuntamente y conforme a las exigencias de una sana crítica, ha sido acreditado que la menor M. es hija extramatrimonial del demandado (art. 135 del Código Civil)».

d) El Tribunal Supremo, mediante la Sentencia de 30 abril 1992 impugnada en amparo, estimó el recurso de casación interpuesto por el señor M., y desestimó la demanda de la actora. La sentencia mantiene los hechos declarados probados por la sentencia de apelación, al desechar el motivo que acusaba a ésta de incidir en error en la apreciación de la prueba, pero estima el segundo motivo del recurso, por violación de los arts. 14 y 39 de la Constitución, así como del art. 127 del Código Civil.

El núcleo de la sentencia consiste en la valoración efectuada por la Audiencia de la negativa del varón demandado a someterse a la prueba de paternidad. El Tribunal reconoce la trascendencia decisiva de la prueba biológica, porque si hubiera arrojado un resultado «positivo», hubiera podido ensamblarse «lógica y racionalmente con la mediocridad -más bien inane- (sic) de esos pequeños indicios (aportados por la demandante) para la convicción de paternidad más real y acertada (;) pero en el presente caso en que -sí, voluntaria y obstinadamente- quiebra la posibilidad de una contrastación biológica, queda la demanda sin un soporte serio de prueba, para señalar con la exigible seguridad y certeza la paternidad del demandado».

La Sala de casación reconoce que la investigación de la paternidad merece una mayor y más específica protección, ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (art. 39 CE y art. 127 CC), que porta un mensaje legal enderezado al bien público, dado que la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante es la relación paterno-filial, si bien dicha investigación no puede imponerse a la fuerza hoy día obligatoriamente, «porque ello quizá vulneraría el art. 10.1 de la Constitución», por cuanto «podiera reflejar una cierta vejación». Para resolver satisfactoriamente los derechos en pugna, cuando se produce la negativa a colaborar en la práctica de las pruebas biológicas, la sentencia afirma que es preciso evitar que tal negativa sea considerada como ficta confessio, y por ello hay que relacionarla con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable para enjuiciar el litigio. En la búsqueda de la verdad material, «ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado a prestarse a las pruebas biológicas ha de estar acompañada de forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, como pueden ser cierta posesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos, directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes».

Al observar que la Audiencia había afirmado que el material probatorio obrante en las actuaciones era insuficiente para acreditar la paternidad del demandado, la sentencia de casación declara con contundencia que ahí incurre en error: «porque precisamente dada la inocuidad de esas pruebas generales -testigos, fotografías, etc.- es por lo que no puede prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del demandado, por haberse negado a tal colaboración».

3. La demandante de amparo alega que la sentencia de casación infringe lo dispuesto en los arts. 14, 15, 18 y 24.1 CE.

Al casar la resolución favorable a la paternidad, la sentencia vulnera el art. 14 CE, porque crea una situación de desigualdad material mucho más grave que la que intenta paliar, ya que la oposición reiterada del padre a someterse a pruebas biológicas, cuando esa actitud responde a afanes obstruccionistas denota un fraude de ley y un ejercicio antisocial de derecho, que en ningún caso puede triunfar sobre el derecho del hijo a la igualdad ante la ley, respecto a los hijos matrimoniales.

Igualmente, la ponderación de derechos que hace la sentencia recurrida vulnera los arts. 15 y 18 CE, que amparan derechos de la personalidad fundamentales, tales como el derecho a la individualidad (que comprende el nombre y apellidos), el relativo a la integridad moral, el derecho al honor, los derechos de familia en sus relaciones personales y patrimoniales, los derechos sucesorios y la totalidad de las libertades públicas, en especial el derecho a la filiación, que es la otra cara del derecho a la integridad personal y familiar. Al entender que la declaración de paternidad ha vulnerado los arts. 14 y 39 CE, y 127 CC, la sentencia recurrida ha dado

anticonstitucionalmente primacía a un dudoso acto de libre arbitrio personal sobre los derechos a la filiación y los derechos de la personalidad del hijo, que se fundamentan en esos mismos artículos, pero tienen una mayor trascendencia social, moral y patrimonial. Se trata, pues, de una ponderación inconstitucional de los derechos en presencia, a partir de los hechos enjuiciados y declarados probados, privilegiando inconstitucionalmente la posición del hombre ante el hecho de la generación, consagrando la impunidad [STC 170/1987, ATC 103/1990].

En tercer lugar, la demanda de amparo afirma que se ha llevado a cabo una aplicación desigual del Derecho en casos sustancialmente iguales, citando diversas sentencias del Tribunal Supremo, que atribuyen a la negativa a practicar las pruebas biológicas el valor de un indicio, tanto más valioso cuanto más contumaz es la negativa [SSTS 6 mayo 1988, 14 noviembre 1987, 11 marzo y 14 julio 1988 y 24 enero 1989], cuando no ficta confessio [SSTS 19 noviembre 1985 y 5 mayo 1981].

Por último, se aduce vulneración del art. 24.1 CE porque la sentencia de casación no está fundada en Derecho. Se excede en el planteamiento del recurso, al entender el Tribunal Supremo que la sentencia de apelación se apoyaba en que la negativa contumaz del demandado a realizar la prueba biológica conllevaba la aplicación del principio de ficta confessio, lo que supone un enorme sofisma; además incurre en incongruencia ya que había rechazado el recurso del varón demandado sobre error de hecho en la apreciación de la prueba, entrando no obstante a valorarla por la vía del art. 127 CC, a pesar del párrafo segundo de dicho precepto.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente recurso de amparo nace de un proceso civil de filiación extramatrimonial, entablado por la madre soltera de una menor contra quien ella afirma que fue su progenitor. La demandante alega que la sentencia que, en grado de casación, revocó la declaración de paternidad pronunciada por la Audiencia Provincial vulnera varios de sus derechos fundamentales y de su hija, al dejar sin efecto la reparación de la desigualdad por razón de nacimiento extramatrimonial padecida por ésta. Por el contrario, el demandado sostiene que la desestimación de la demanda de filiación no vulnera ninguno de los derechos alegados, y preserva los derechos de él mismo a la intimidad personal y familiar y a la integridad física.

El núcleo de la controversia, tanto en el litigio civil como en el proceso constitucional, gira en derredor de la negativa del varón a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, que había sido decretada por los órganos judiciales. De las alegaciones de las partes, y de las actuaciones judiciales obrantes ante este Tribunal, se desprenden varios datos de especial relevancia.

La demanda civil de filiación, que había sido presentada acompañada con varias actas notariales de manifestaciones y fotografías, fue admitida a trámite por el Juzgado. Personado el demandado, que no pidió la reposición de la resolución de incoación del proceso, se llevaron a cabo diversas pruebas documentales y testificales. Junto a ellas, el Juzgado acordó por providencia de 30 mayo 1988 que se practicara la prueba biológica de paternidad, que había sido solicitada por la parte demandante y por el Ministerio Fiscal, designando como perito oficial al Instituto Nacional de Toxicología. El demandado no recurrió la decisión judicial; su representación procesal presentó escrito, el siguiente día 15 junio, negándose a someterse a la prueba biológica. Alegó dos razones: porque la diligencia probatoria carecía de apoyo en el art. 135 Código Civil, al no existir hecho alguno sobre el que pudiera sustentarse la atribución de paternidad; y en virtud del derecho constitucional que le asistía, recogido en los arts. 15 y 18 CE, pues la prueba de paternidad atacaba frontalmente su intimidad.

El Juzgado se limitó a tener por efectuadas tales manifestaciones, y la prueba quedó sin practicar. Posteriormente, en grado de recurso de apelación, la Audiencia Provincial atendió la solicitud deducida por la madre demandante, y dispuso de nuevo que se practicara la prueba biológica de filiación de la menor. En su Auto de 11 mayo 1989, la Sección se fundó en que su resultado era de una trascendencia indudable, fuesen cuales fuesen sus resultados; y dispuso que se citara al demandado a comparecer ante el Magistrado ponente, poniéndole de manifiesto tanto la seria trascendencia de la prueba, como las posibles consecuencias legales en el caso de que reiterase

su negativa. A la segunda citación compareció el demandado en persona, acompañado por su Abogado, el 11 julio 1989. En el transcurso del acto reiteró su negativa, declarando que no había ninguna razón por la que tuviera que someterse a este tipo de prueba, y que en uso de sus derechos constitucionales se negaba a ella.

Estos son los hechos que han dado lugar a las sentencias recaídas en el previo litigio civil, de sentido antagónico acerca de la filiación extramatrimonial reclamada. Como consta con más detalle en los antecedentes de esta sentencia, la clave de la divergencia entre los Tribunales del orden civil estriba en la valoración que efectuaron de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad: la resolución de la Audiencia entendió que esa negativa, sumada a las pruebas practicadas en autos, permitían alcanzar la convicción de que el demandado era padre de la menor; mientras que, por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo declaró que, en ausencia de la prueba biológica, dicha paternidad no había quedado probada.

Las cuestiones de alcance constitucional que suscita el presente recurso de amparo son fundamentalmente dos: A) Los derechos fundamentales alegados por el varón demandado para negarse a la práctica del reconocimiento médico; y B) Los efectos que ha podido tener la valoración judicial de dicha negativa en los derechos fundamentales de la demandante, y de su hija.

2.El demandado se negó, tanto en el curso de la instancia como luego en el recurso, a colaborar en la práctica de la prueba biológica. Dicha colaboración consiste en permitir que se le extraiga un pequeño volumen de sangre, que según el tipo de comprobación a realizar oscila entre 5 cc y 10 cc. Los resultados de los distintos análisis que pueden llevarse a cabo con esas muestras, junto con las suministradas por los restantes interesados, son de una elevada fiabilidad. La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100 [SSTS 30 junio 1989, 5 abril 1990, 2 enero y 11 julio 1991].

Las razones ofrecidas por el demandado para justificar su negativa se fundaron en sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal, reconocidos por los arts. 15 y 18.1 CE. Pero ni una ni otra de tales razones era válida.

En efecto, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. [Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula](#), como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4, y 221/1990, fundamento jurídico 3, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

3.El aspecto decisivo no es, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba, bien aceptando la propuesta de la parte en ese sentido, bien mediante diligencia para mejor proveer (arts. 566 y 340.3 LECiv). La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 18.1 y 15 CE:

A) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola, inaceptable [STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7 y 8, in fine]. Es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen

hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, per se, una injerencia prohibida [STC 103/1985, fundamento jurídico 3]. Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 noviembre 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, fundamento jurídico 3).

B) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En este caso, no solamente el art. 127 del Código Civil [redactado por la Ley 11/1981, de 13 mayo] da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación; dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El art. 39.2 CE declara que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad», e inscribe esta prescripción en la idea de «protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación». Lo cual conecta directamente con el art. 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (art. 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo.

Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.

C) En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.

D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

E) Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º.3 y 8.º, párrs. 3 a 5). Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial.

Ninguna de las partes cuestiona desde este punto de vista el Auto por el que la Audiencia Provincial, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia, acordó motivadamente la realización de la prueba. Por lo demás, basta con leer los razonamientos de las tres sentencias dictadas en el litigio previo para advertir, sin género de duda, la gran trascendencia que su práctica tenía para permitir el esclarecimiento judicial de la paternidad de la menor.

4. Desde estas coordenadas, el demandado en un proceso de filiación no matrimonial sólo podría legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.º.3), o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud. Pero para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras, la ley ya establece dos precauciones:

A) La primera, que «el Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda» (art. 127.2 CC). Es cierto que la jurisprudencia interpreta este requisito con criterio amplio, precisamente para no reducir las posibilidades de investigación. Pero es igualmente cierto que se establece una barrera a demandas carentes de todo fundamento; y, sobre todo, que el demandado puede pedir la reposición de la admisión, discutiendo en la fase liminar del proceso la seriedad de la demanda de filiación [STS 15 marzo 1989]. B) La segunda, y

decisiva, salvaguardia legal se sitúa en el acto mismo de decidir la realización de las pruebas biológicas: éstas solo proceden si no son «impertinentes o inútiles» (art. 566 LECiv). Criterio legal que, unido a la trascendencia de este tipo de prueba, y a la posibilidad que tiene el órgano judicial de decidir sobre su práctica al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer (arts. 569 y 340.3.º LECiv), conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación, como ha declarado la Sentencia de casación de 24 mayo 1989.

En estas dos fases -la admisión de la demanda, la admisión de la prueba biológica- el demandado puede oponerse, y ofrecer sus razones en contra de su práctica. Ahora bien una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica. No sólo por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE); sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Deber que puede verse defraudado cuando se niega la paternidad sin razón, con el solo objeto de eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la misma.

5. En conclusión, por tanto, los límites que los arts. 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia que no es en modo alguno aceptable, dada la motivación ofrecida por el Auto de 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba, y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad, no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica.

Las serias dudas suscitadas por la demanda presentada en interés de la menor hacía indudablemente necesaria la práctica de la prueba biológica, como informó en su día el Ministerio Fiscal. Y las discrepancias y vacilaciones de los Tribunales civiles, al pronunciarse sobre una cuestión de tal importancia para el interés público como es la filiación de un menor de padre desconocido, acreditan elocuentemente que dicha prueba debía haberse practicado, clarificando en términos difícilmente rebatibles el conflicto y haciendo posible una declaración judicial apoyada en elementos de convicción sólidos y fiables.

Lo cierto es que, sin embargo, la negativa del demandado produjo como resultado que no se llevara a cabo la práctica de la prueba. El Tribunal Supremo, aun reconociendo que la negativa a la investigación de la paternidad, que establecía nuestro Código Civil al influjo del Código napoleónico, contradice la terminante prescripción del art. 39 CE y del art. 127 del CC, sostiene que la investigación de la paternidad no puede imponerse obligatoriamente, en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizás vulneraría el art. 10.1 CE, pero añade que ante la voluntaria y obstinada negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por injustificadas causas, tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como ficta confessio, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, habiendo quedado así la demanda sin un soporte serio de prueba, al haber quebrado la posibilidad de una contrastación biológica.

En la demanda se afirma que al actuar de esta manera, la sentencia de casación impugnada en este recurso ha sumido en indefensión a la madre y a la hija demandantes, vulnerando el art. 24.1 CE, y ha permitido que prevalezca una discriminación por razón del nacimiento no matrimonial, desconociendo lo dispuesto por los arts. 14 y 39 CE, y dejando burlado el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la filiación, que de modo terminante establece el ap. 2 de dicho art. 39. Pretende por ello que anulemos la sentencia del Tribunal Supremo y, en consecuencia dejemos firme la sentencia de la Audiencia Provincial que reconoció a la recurrente su derecho a la

filiación.

La recurrente centra su pretensión, por tanto, en que se determinen en la presente sentencia las consecuencias concretas, en el terreno probatorio, de la negativa a someterse a la prueba biológica. Pero la respuesta a esta pretensión, tal como está planteada, requiere precisiones adicionales.

6. Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación.

Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º).

En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º], colocándola en una situación de indefensión.

7. En el presente caso no se trata, pues, de que se corrijan en la sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales de procedencia -actuación que está vedada a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el art. 44.1 b) de su Ley Orgánica reguladora-, sino de enjuiciar la conducta de aquéllos, a la luz de las exigencias impuestas por el art. 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria.

La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, y esta característica, aunque no imponga necesariamente el éxito de la pretensión ejercitada -como se ha afirmado en doctrina de este Tribunal tan abundante que excusa su cita-. En lo referente a la actividad probatoria, sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi

insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles, en las condiciones antes examinadas, y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador en su resolución ahora impugnada.

Sin desconocer la conveniencia -apreciada por los Tribunales de las distintas instancias- de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandado constitucional, y, por todo lo dicho, resulta imperativa su utilización. Ello porque afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y -legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa- fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE.

Lo anterior aparte, en este caso la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable. Como señalamos con anterioridad, la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el art. 39 CE, y, por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores, venciendo las resistencias injustificadas de aquéllos.

8. Procede, pues, otorgar el amparo solicitado. Ahora bien, la necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones, tal como viene consagrado en el art. 24.2 CE aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental. Y es claro que este defecto se hace patente en la resolución del Tribunal Supremo impugnada. No así en la de la Audiencia Provincial de Madrid que, corrigiendo las infracciones constitucionales apreciadas en la sentencia de instancia, utilizó medios válidos y antes empleados por el mismo Tribunal Supremo para salvaguardar los derechos del menor y de la madre. En concreto, considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante -que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho -la prueba de presunciones ex art. 1253 CC- la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado, dando, en el presente caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Estimar el recurso de amparo y, en consecuencia:

1. Reconocer el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión.
2. Anular la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 abril 1992 (rollo núm. 1126/1990), con la consiguiente firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección Décima) de 26 febrero 1990 (rollo 873/1988).

VOTO PARTICULAR concurrente que formula el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1407/1992

Coincido con la mayoría de la Sala en el otorgamiento del presente recurso de amparo, tal como se expresa en el punto 1 de su fallo, así como en los fundamentos jurídicos de los que trae causa (fundamentos jurídicos 1.º a 7.º). Discrepo, sin embargo, del alcance de dicho otorgamiento, en los términos contenidos en el punto 2 del fallo, explicitados a su vez en el fundamento jurídico 8.º y último.

Entiendo, con la mayoría de la Sala, que «En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la justicia», con lo cual «se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación (fundamento jurídico 6.º). Igualmente entiendo que «En el presente caso no se trata, pues, de que se corrijan en las sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales de procedencia -actuación que está vedada a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el art. 44.1 b) de su Ley Orgánica reguladora-, sino de enjuiciar la conducta de aquéllos a la luz de las exigencias impuestas por el art. 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria» (fundamento jurídico 7.º). Y, finalmente, coincido también con el mismo fundamento jurídico cuando declara que «La tutela judicial constitucionalmente garantizada ... exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión». De este modo, como parece evidente, la sentencia ha venido a identificar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en todas aquellas resoluciones judiciales recaídas en defecto de la práctica de una prueba de esta naturaleza, cuya procedencia ha sido previamente acordada, siempre que se cumplan los requisitos y se atiendan las precauciones contenidas en sus fundamentos jurídicos 3.º y 4.º

A partir de esta doctrina, sin embargo, la sentencia, en su fundamento jurídico último, limita el alcance de su fallo a la anulación únicamente de «aquellas resoluciones judiciales que, de forma directa o inequívoca han infringido el derecho fundamental», lo que ocurriría de forma patente en la sentencia del Tribunal Supremo impugnada, pero no así en la de la Audiencia Provincial de Madrid por cuanto esta última «considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por el demandante -que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto- contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho -la prueba de presunciones, ex art. 1253 CC- la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado». Frente a esta determinación del alcance del otorgamiento entiendo que las premisas de las que el mismo partía debían haber llevado a la declaración de nulidad de las tres resoluciones judiciales obtenidas por la demandante en su pretensión ante los Tribunales ordinarios. Tal como se declara en la sentencia dictada en el presente recurso de amparo, las tres resoluciones han acatado la negativa a la realización de la prueba condonando una conducta carente de toda justificación; todas ellas han hecho recaer, de este modo, toda la prueba en la demandante y han venido a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE.

En lo único en que difieren las citadas resoluciones es en su distinta valoración del material probatorio de que disponían, una vez frustrada -por impracticada- la prueba biológica, incluida, desde luego, la propia actitud del afectado. Pero en esta distinta valoración este Tribunal Constitucional -entiendo- no puede hacer distinciones entre resoluciones que infringirían de forma directa e inequívoca el derecho fundamental a la tutela judicial, llegando a una conclusión, y aquellas otras que, no obstante haber causado, con su pasividad, la misma infracción, habrían, sin embargo, reaccionado correctamente llegando a conclusiones distintas. Entiendo que, de este modo, la sentencia, más allá de sus afirmaciones en sentido contrario, está otorgando inevitablemente su preferencia por la valoración del material probatorio disponible efectuada en una resolución respecto de las efectuadas por las otras. Ahora bien, una vez producida la vulneración de la tutela como consecuencia de la conducta pasiva de los órganos judiciales, no me

parece posible distinguir entre unas resoluciones y otras en función de su distinta valoración de un mismo material probatorio. Por ello entiendo que la doctrina que fundamenta la estimación del presente recurso de amparo, con la que coincido plenamente, y a fin de restablecer a la demandante en su derecho tal como éste se declara vulnerado, no podía haber llevado sino a la anulación de las tres resoluciones judiciales, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.16 de Madrid (Sección Segunda), de 15 septiembre 1988 (rollo núm. 895/1987), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima), de 26 febrero 1990 (rollo núm. 873/1988), y de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 abril 1992 (rollo núm. 1126/1990) a fin de que se proceda a la práctica de la prueba biológica en su día acordada por el Juzgado de Primera Instancia.

18.85/1994 del 14 de Marzo de 1994, Intervenciones telefónicas falta de motivación de la resolución judicial. Extracto: “Desde el primer momento este Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo -añade la Sentencia-, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Y en este mismo sentido, para la STC 62/1982, a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado”.

Sentencia TC 85/1994, de 14 de marzo

RA 565/92

BOE 89, de 14 de abril

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la Sentencia]

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 2 de marzo de 1992 y registrado en este Tribunal el día 4 del mismo mes y año, la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Gómez Garcés, en nombre y representación de don Joaquín Jiménez Viaña y de doña María Esther Jiménez Dual, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 28 de octubre de 1988, confirmada en casación por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 1992.

2. El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) Con fecha de 5 de agosto de 1987, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santander dictó una providencia autorizando la intervención del teléfono de los hoy demandantes de amparo. Fruto de dicha intervención fue la posterior detención de los mismos, llevada a cabo el 8 de noviembre de 1987.

b) Con fecha de 28 de octubre de 1988, la Audiencia Provincial de Santander dictó una Sentencia en la que condenaba a don Joaquín Jiménez Viaña y a doña María Esther Jiménez Dual, como autores de un delito contra la salud pública, a las penas de seis años y un día de prisión mayor y multa de 1.600.000 pesetas, con arresto sustitutorio de dos meses en caso de impago, y a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

c) Presentado recurso de casación contra la anterior resolución, fue confirmada en todos sus extremos por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1992, notificada a los recurrentes el 7 de febrero siguiente.

3. La representación de los recurrentes estima que las Sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, respectivamente reconocidos en los arts. 18.3 y 24.2 de la Constitución.

En relación con la primera de dichas vulneraciones, se alega en la demanda que, habiendo sido

judicialmente autorizada la intervención del teléfono de los hoy demandantes de amparo con fecha de 5 de agosto de 1987, y habiéndose solicitado la prórroga de dicha autorización con fecha de 4 de septiembre de 1987 y nuevamente con fecha de 4 de noviembre siguiente, sin que ninguna de dichas solicitudes de prórroga obtuvieran respuesta por parte del órgano judicial, ha de entenderse que las conversaciones telefónicas mantenidas a partir del 5 de septiembre de 1991 fueron indebidamente intervenidas dado que no estaban cubiertas por la necesaria autorización judicial, y en consecuencia, concluirse que carecen de todo valor probatorio. De manera que, no existiendo en el caso de autos otras pruebas distintas que permitieran a los órganos judiciales formar su convicción acerca de la culpabilidad de los recurrentes en relación con el delito contra la salud pública que se les imputaba, el fallo condenatorio alcanzado ha de considerarse contrario a la presunción de inocencia. Debiendo asimismo estimarse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías al no haberse practicado en el acto del juicio oral prueba alguna relativa al análisis de la sustancia aprehendida.

En consecuencia, se pide a este Tribunal que anule las Sentencias recurridas y que, entretanto, acuerde la suspensión de la ejecución de las mismas.

II. Fundamentos jurídicos

1. Cuestión central en el presente recurso de amparo es la consistente en determinar si la condena impuesta a los recurrentes por las Sentencias impugnadas se asentó en una actividad probatoria que pueda considerarse suficiente al efecto de desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a su favor. Para lo cual se hace preciso analizar con carácter previo si los elementos de prueba en los que los órganos judiciales basaron su convicción acerca de la culpabilidad de los recurrentes en relación con el delito contra la salud pública que se les imputaba, fueron lícitamente obtenidos como entiende la Sentencia del Tribunal Supremo en su fundamento de Derecho tercero; o si, por el contrario, como sostienen los recurrentes en la demanda de amparo, insistiendo en lo ya alegado en su recurso de casación, los elementos de prueba en los que se basa la Sentencia condenatoria, por haberse conseguido vulnerando derechos y libertades fundamentales han de reputarse de nula eficacia probatoria. Criterio compartido razonadamente por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.

Aducen los recurrentes a este respecto, que los únicos elementos de prueba con que contaron los órganos judiciales de instancia y de casación traían su origen de una patente violación de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, reconocido en el art. 18.3 C.E. Invocación ésta que, al presentarse debidamente conectada en la demanda con el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, consagrados ambos en el art. 24.2 C.E., ha de ser previamente examinada, pues de considerarse que la intervención practicada en el teléfono de los solicitantes de amparo supuso efectivamente una lesión del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E., habría de concluirse que los órganos judiciales no estaban autorizados a otorgar validez probatoria alguna a los resultados derivados de la misma, y que, por consiguiente, al fundamentar la condena exclusivamente en tales resultados, infringieron los derechos de los demandantes a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

2. La forma y circunstancias en que tuvo lugar la intervención telefónica de los recurrentes, según resulta de las actuaciones judiciales y se recoge incluso en el fundamento tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, se produjo así: La intervención en cuestión fue solicitada por oficio dirigido al titular del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santander, con fecha de 5 de agosto de 1987, por la Comisaría de Policía de esa misma ciudad, «por existir fundadas sospechas de que desde el mismo se producen contactos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes». Petición a la que, con esa misma fecha, accedió el órgano judicial mediante una simple providencia ayuna de toda motivación. Posteriormente, y pese a que la providencia no determinaba plazo, con fecha de 4 de septiembre de 1987, la Comisaría dirigió un nuevo oficio a ese mismo Juzgado al objeto de que prorrogara la citada intervención telefónica por período de otros treinta días, esto es, hasta el 4 de octubre de 1987, «por persistir las causas» que habían motivado la anterior petición, sin que el órgano judicial diera respuesta alguna a esta petición. A continuación sigue un período de silencio sobre la intervención, comprendido entre el 4 de octubre -fecha en la que, caso de haber sido concedida, habría vencido el plazo de la prórroga solicitada- y el 4 de noviembre de 1987, día en el que nuevamente se pide al Juzgado que prorrogue por otros treinta días la intervención de referencia sin que tampoco esta vez el órgano judicial contestara a la nueva petición de prórroga. Finalmente, con fecha 17 de noviembre de 1987, la Comisaría de Policía insta al Juzgado a que

ponga fin a la intervención telefónica, toda vez que como fruto de la misma «se ha procedido a la detención del reseñado y de otras tres personas a las que se ocuparon 256 gramos de heroína», a lo que el órgano judicial accede inmediatamente por providencia de esa misma fecha. La única autorización otorgada por el Juzgado fue, pues, la concedida por la providencia de 5 de agosto de 1987 que, sin motivación ni plazo, se extendió hasta el 17 de noviembre siguiente, en cuya fecha y a instancia de la propia Comisaría de Policía fue levantada la intervención telefónica.

Como complemento al anterior relato fáctico conviene señalar, a efectos de trazar un cuadro completo de la actuación judicial en relación con la intervención practicada sin interrupción en el teléfono de los recurrentes desde el 5 de agosto hasta el 17 de noviembre de 1987, que, con fecha de 25 de noviembre de ese mismo año, la Comisaría de Policía de Santander dirigió un oficio al Juzgado de Instrucción núm. 3 de esa misma ciudad por el que se le adjuntaba una copia de la transcripción de las conversaciones que tuvieron lugar desde el teléfono interceptado, dándole cuenta de que el original de dicha transcripción había sido remitido, en unión de dos cintas cassettes en las que se contenían tales conversaciones, al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santander en el que, a raíz de los resultados obtenidos merced a ellas, se habían incoado diligencias contra los recurrentes y otras personas por supuesto delito de tráfico de drogas. De lo que el Juzgado mencionado en primer lugar dio acuse de recibo mediante una diligencia de ordenación de esa misma fecha. Por su parte, según se hizo constar a instancia de este Tribunal, con fecha de 26 de enero de 1993, por la Secretaria de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, en el rollo de Sala procedente del sumario 2/88 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santander no aparece certificación alguna que haga referencia a la transcripción completa o incompleta de las cintas, sino únicamente una diligencia en la que se da cuenta de la recepción de dos cintas cassettes.

3. Una vez concretada la forma y circunstancias en las que tuvo lugar la intervención telefónica de referencia, hay que determinar si a la vista de las mismas se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones que consagra en los siguientes términos el art. 18.3 C.E.: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Para la Sentencia impugnada, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 16 de enero de 1992, no se ha producido dicha vulneración porque al tiempo de solicitarse y otorgarse la autorización (providencia de 5 de agosto de 1987) no se había modificado el art. 579 de la L.E.Crim. (L.O. 4/1988, de 25 de mayo) y, por tanto, no había más regulación positiva «que la que genéricamente aparecía en dicho art. 18.3, pues lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 24 de diciembre, sólo era aplicable a ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes». Concluye por ello la Sala en el fundamento de Derecho tercero que estamos examinando, que al no haber «disposición alguna que pusiera límite a la vigencia en el tiempo de esta clase de autorizaciones judiciales, y como, por otro lado, tampoco ha de estimarse excesivo el tiempo transcurrido desde la providencia inicial hasta el cese de esta medida procesal (algo más de tres meses), entiende esta Sala que tal autorización fue válida y que bajo el amparo de la misma se produjo de modo lícito la actuación judicial en relación con la intervención del teléfono y la grabación de las cintas de autos».

No puede considerarse ajustada a la Constitución la argumentación transcrita. Se omite en ella toda referencia a la carencia de motivación de la providencia que otorgó la autorización limitativa o excluyente, diríamos mejor, del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. Desde el primer momento este Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo -añade la Sentencia-, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Y en este mismo sentido, para la STC 62/1982, «a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía

ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo». Lo mismo se reitera en la STC 13/1985.

La doctrina expuesta, sensiblemente anterior a la fecha de la providencia controvertida (de 5 de agosto de 1987), se desconoce en absoluto por la Sentencia impugnada al convalidar dicha providencia con base exclusivamente en la aplicación de lo genéricamente dispuesto en el art. 18.3 C.E. Se omite, pues, toda referencia a la necesidad de motivación que, como hemos visto, resultaba necesaria porque sólo a través de ella -como se reitera en la STC 37/1989-, se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio de un derecho fundamental y la causa a que el mismo obedece.

Es evidente que no se atuvieron a estas exigencias constitucionales, ni la providencia aquí impugnada que también lo fue ante el Tribunal Supremo en el correspondiente recurso de casación, ni la argumentación de dicho Tribunal que consideró legítima la citada providencia. A ello ha de añadirse que, como hemos visto, en la propia argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo, se cita el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que, aunque inaplicable al caso por referirse a «ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes», debió servir para exigir al menos las mismas garantías de motivación y plazo que establece dicho precepto, a la intervención telefónica que nos ocupa. Lo contrario conduce a la conclusión, a la que llega la Sentencia impugnada, de otorgar mayores garantías a quienes ofrecen, en principio, una mayor peligrosidad que a las demás personas. Conclusión que, por contraria a la lógica más elemental, ha de ser rechazada.

Aunque con lo expuesto sería suficiente para estimar ilícitamente obtenida la intervención telefónica de autos, conviene recordar lo establecido en el art. 10.2 C.E., las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que se encuentra el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuyo art. 8 dice: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

En desarrollo de esta disposición, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido exigiendo toda una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un particular. Con cita expresa de las Sentencias de dicho Tribunal de 6 de septiembre de 1978 y 2 de agosto de 1984 -respectivamente dictadas en los asuntos «Klass y otros» y «Malone»-, este Tribunal ha declarado en el ATC 344/1990, que siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

Pues bien, de cuanto llevamos expuesto en orden a las garantías necesarias para la válida restricción del derecho fundamental invocado, debe concluirse que la intervención practicada en el teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 no puede considerarse como una injerencia legítima en su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

4. Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de

los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.).

Mas para decidir si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado además los derechos de los recurrentes a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, se hace preciso examinar si, fuera de los elementos de prueba contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivados de las mismas, hubo en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que han sido condenados. Respuesta que, como veremos, ha de ser negativa.

En el caso de autos, las escuchas telefónicas practicadas fueron un medio para saber que la niña M.J.P. iba a trasladarse desde su domicilio al de los recurrentes al objeto de recoger «algo», y para que la policía llegase a la conclusión de que se trataba de droga. Así se reconoce, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, en el fundamento jurídico 6. de la Sentencia dictada en sede de casación, en el que textualmente se dice que, a raíz de la conversación mantenida el día 8 de noviembre de 1987, a las trece quince horas, entre la recurrente Esther Jiménez y la hija de la coprocesada M.L.P.B., se montó el correspondiente servicio de vigilancia mediante el cual pudo observarse cómo la citada menor salía de su domicilio y llegaba al de los recurrentes, abandonándolo pocos minutos después de regreso a su casa, momento en el que fue detenida cuando llevaba en su bolsillo un envoltorio de plástico con una sustancia que pesó 256 grs. y que, posteriormente analizada, resultó ser heroína de una pureza del 27,8 por ciento. Relato fáctico del que seguidamente extrae la Sala Segunda la conclusión de que «deducir de tal conjunto de hechos la realidad de que Joaquín y María Esther eran los propietarios de la droga que Marina llevaba encima cuando la policía la detuvo, así como que les había sido entregada esa misma mañana por personas y procedimientos desconocidos, pero por orden y al servicio de Emilio, que fue el vendedor de la misma... es algo conforme a las reglas de la lógica y responde, por tanto, al mecanismo propio de la prueba de indicios o presunciones».

Así pues, la ocupación de la droga a la menor M.J.P. no es valorada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como prueba directa de la culpabilidad de los recurrentes, sino como un indicio que, en unión de la transcripción de las cintas grabadas por la policía y de la interpretación de los términos en ellas empleados, articula el razonamiento lógico utilizado para fundamentar la condena en la existencia de una prueba indiciaria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando «algo» desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia, ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de los recurrentes. Esta conclusión hace innecesaria cualquier otra consideración sobre el resto de los derechos fundamentales invocados.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,
Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1. Reconocer el derecho de los recurrentes al secreto de las comunicaciones telefónicas y a la presunción de inocencia.

2. Anular las Sentencias recurridas dictadas respectivamente por la Audiencia Provincial de Santander, con fecha 28 de octubre de 1988 y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con fecha 16 de enero de 1992.

19.57/1994 del 28 de Febrero. Sobre el derecho a la intimidad corporal como límite a la realización de registros personales. Extracto: "De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad".

Sentencia TC 57/1994, de 28 de febrero.

RA 2302/1990 y 1445/1991 (acumulados).

BOE 71, de 24 de marzo

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la sentencia]

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Luis López Guerra, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Julio Diego González Campos y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 2302/1990 y 1445/1991, interpuestos por don Daniel Antonio Río Urquijo, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Ramón Serrano Salgado y asistido por los Letrados don Miguel Angel García Brera y don José Luis Velasco de Miguel, contra Acuerdos sancionadores de la Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario de Nanclares de la Oca, de 11 julio 1990 y 11 marzo 1991, dictados, respectivamente, en los expedientes disciplinarios 525/1990 y 238/1991, y contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, de 6 agosto y 13 septiembre 1990, y de 18 abril y 28 mayo 1991, resolutorios de los recursos de alzada y reforma contra los citados Acuerdos. Han sido parte, además, el Abogado del Estado, quien ha comparecido en el recurso de amparo núm. 2302/1990, y el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

2. La demanda de amparo fue formalizada mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 11 de junio de 1991, fundándose, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) La Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario de Nanclares de la Oca, por Acuerdo de 11 julio 1990, impuso a don Daniel Antonio Río Urquijo la sanción de tres fines de semana de aislamiento en celda, prevista en el art. 111, b) del Reglamento Penitenciario, como autor de una falta grave tipificada en el art. 109, b) del citado Reglamento. Los hechos que se le imputaron consistieron en «que el 2 de julio de 1990 desobedeció reiteradamente las órdenes del funcionario para que hiciera unas flexiones en el cacheo posterior a una comunicación íntima, negándose a ello».

b) Contra el citado Acuerdo interpuso el ahora demandante de amparo recurso de alzada. Fundó el recurso en que tras una comunicación íntima se le dio la orden, para cachearle, de desnudarse y realizar flexiones, negándose a esto último, porque dicha orden constituye, a su entender, un trato vejatorio y degradante que prohíbe el art. 15 CE, por lo que solicitó del Juzgado la anulación del Acuerdo sancionador.

Por Auto de 6 agosto 1990, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao estimó en parte el recurso, al confirmar el Acuerdo en cuanto a la calificación de la infracción, pero reduciendo la sanción a dos fines de semana de aislamiento en celda. Se dice en el único fundamento jurídico del citado Auto que «acreditándose de las actuaciones obrantes la comisión de los hechos que dieron lugar a la sanción impuesta, aparece correctamente calificada como constitutivo de una falta grave del art. 109, apartado b), del Reglamento Penitenciario, pero en cuanto a la sanción impuesta de tres fines de semana de aislamiento en celda no se encuentra ajustada a las circunstancias concurrentes y real entidad de los hechos y sus efectos, por lo que procede reducirla a dos fines de semana de aislamiento».

c) Contra dicho Auto interpuso el demandante de amparo recurso de reforma. Reiteraba en el recurso el argumento ya expuesto de que la orden por cuyo incumplimiento fue sancionado infringía el art. 15 CE y en sus alegaciones añadía, además, que en un supuesto similar un Juzgado declaró anticonstitucional este tipo de registros personales, así como que no se había fundado en Derecho razonadamente el Auto impugnado, lo que vulneraba el art. 24 CE, al utilizar fórmulas estampadas sustituyendo el razonamiento peculiar e inexcusable de cada caso.

Por Auto de 13 septiembre 1990, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestimó el recurso de reforma «por análogas motivaciones a las tomadas en consideración para dictar la resolución impugnada, sin que las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente pueda estimarse que desvirtúen o alteren los hechos tanto en lo relativo a la naturaleza de aquéllos como en lo referente a su calificación jurídica ...».

3. Sostiene la representación del recurrente que el Acuerdo sancionador de la Junta de Régimen y Administración, y, en la medida que lo confirmaron, los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, vulneran el art. 15 CE, en conexión con su art. 10.2, y los arts. 1, 11 y 13 de la Convención de Nueva York contra la Tortura y otros Tratos Degradantes, de 10 diciembre 1984, pues la orden cuya desobediencia motivó la sanción -desnudarse completamente y realizar unas flexiones tras una comunicación íntima- constituye una ofensa moral y una exigencia ilegítima cuya desobediencia es un acto de dignidad personal que merece la tutela y el respeto social. Añade, en este sentido, que aquella orden nada tiene que ver con la exigencia de obediencia al funcionario contemplada en el art. 109 b) del Reglamento Penitenciario, que no puede comprender «un acto por el cual se infringe intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales ...», lo que coincide con definición de la tortura del art. 1 de la Convención de 10 de diciembre de 1984.

De otra parte, los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria habrían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por incurrir en incongruencia omisiva, al no examinar ni dar respuesta a la alegación que formuló el solicitante de amparo, en los recursos que interpuso contra el Acuerdo sancionador, de que la orden por cuya desobediencia fue sancionado -desnudarse totalmente y realizar flexiones durante el cacheo posterior a una comunicación íntima- constituía un trato degradante y vejatorio, vulnerador del art. 15 CE. Asimismo, aquellas resoluciones jurisdiccionales habrían infringido el principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE), pues para un mismo supuesto dicho Juzgado de Vigilancia Penitenciaria consideró que iguales medidas que las exigidas al ahora recurrente en amparo eran anticonstitucionales.

Por ello, suplica al Tribunal Constitucional que admita a trámite la presente demanda y dicte en su día sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, y se decrete la nulidad del Acuerdo sancionador de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca y la de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao. (...)

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Los presentes recursos de amparo tienen naturaleza mixta por impugnar, de una parte, los Acuerdos de la Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario de Nanclares de la Oca, de 11 julio 1990 y 11 marzo 1991, Resoluciones administrativas que impusieron al demandante de amparo dos sanciones disciplinarias de tres fines de semana de aislamiento en celda, y, de otra parte, por dirigirse contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao de 6 mayo y 13 septiembre 1990, y de 18 abril y 28 mayo 1991, resoluciones judiciales que resolvieron los recursos de alzada y reforma interpuestos frente a los citados Acuerdos sancionadores. Impugnación que conviene que sea precisada en relación con las distintas quejas formuladas por el recurrente, para delimitar así el objeto de los presentes recursos de amparo.

A) En primer término, a las resoluciones mencionadas se les reprocha no sólo no haber remediado la vulneración de los derechos del demandante de amparo a no ser sometido a tratos degradantes y contrarios a la dignidad de la persona (art. 15, en relación con el art. 10.1 CE) y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), que es la que se imputa a aquellos actos administrativos, sino, a su vez, la violación de modo inmediato y directo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto han incurrido en vicio de incongruencia omisiva por no haber dado respuesta a la pretensión de que se declararan nulos dichos Acuerdos por infringir el art. 15, en relación con el art. 10.1 y el art. 18.1 CE. (...)

En suma, el objeto de los presentes recursos de amparo queda circunscrito a la compatibilidad de las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas con los arts. 15, en relación con los arts. 10.1, 18.1 y 24.1 CE. En contra de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, nuestro análisis debe iniciarse, como bien se comprende, por la impugnación dirigida contra los Acuerdos administrativos sancionadores, pues según sea el resultado de este análisis, hará superfluo o no el reproche que se basa en la alegada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, que sólo debería abordarse en primer lugar para concluir en su caso con la anulación de las resoluciones judiciales recurridas y la retroacción de las actuaciones, si fuese de naturaleza puramente legal y no, como efectivamente es, constitucional, la cuestión cuya respuesta se dice que omitió el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria [STC 207/1990, fundamento jurídico 1.º].

2. Según resulta de los antecedentes, al demandante de amparo, internado en el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, le fueron impuestas por la Junta de Régimen y Administración dos sanciones disciplinarias de tres fines de semana de aislamiento en celda, cada una de ellas, posteriormente reducidas en su duración a dos y a un fin de semana, respectivamente, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, como autor de sendas faltas graves previstas en el art. 109, b) del Reglamento Penitenciario (RP), que tipifica como tal «desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas».

Alega el recurrente en amparo que las órdenes del funcionario, cuya desobediencia motivó las sanciones impuestas, y que consistieron en desnudarse completamente ante aquél y realizar flexiones en el registro que le fue realizado después de una comunicación especial, constituyen un trato vejatorio y degradante que prohíbe el art. 15 CE, en conexión con su art. 10.1, y vulneran el derecho a la intimidad personal recogido en el art. 18.1 CE, por lo que suponían una exigencia arbitraria e ilegítima cuya contravención era un acto de dignidad personal que merece la tutela y el respeto social; de modo que la negativa o resistencia a cumplir dichas órdenes no puede estimarse una falta grave tipificada en el art. 109, b) RP. Argumenta, asimismo, que si bien por razones o motivos de seguridad el funcionario está autorizado, en casos aislados y excepcionalmente, a proceder al cacheo o registro personal y corporal de los internos cuando existan indicios fundados que lo justifiquen, lo que no sucedía en el presente supuesto, tales cacheos y registros han de llevarse a cabo utilizando al efecto los medios mecánicos necesarios -detector de metales y

aparato de rayos X-, pero en modo alguno sometiendo al interno a un trato vejatorio, denigrante y contrario a la intimidad personal, como es ordenarle que se desnude totalmente y obligarle a realizar flexiones de modo reiterado.

Por su parte, el Abogado del Estado, personado en representación de la Administración Penitenciaria en el primero de los recursos, considera que las órdenes impartidas al recurrente en amparo perseguían la finalidad de evitar que éste pudiera introducir en el establecimiento penitenciario objetos peligrosos o estupefacientes, que pudieran constituir un riesgo cierto para la vida, salud y seguridad de los demás internos e, incluso, para el buen orden del centro; invocando, al respecto, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 15 mayo 1980, recaída en un caso similar al presente. La medida adoptada se encontraba, por tanto, directamente dirigida a preservar otros bienes jurídicamente protegidos por los que ha de velar la Administración Penitenciaria, y resultaba razonable y proporcionada para conseguir el fin pretendido, evitando cualquier contacto físico con el interno. Añade a su argumentación, que la carencia de medios mecánicos en el centro penitenciario -detector electrónico o de rayos X-, en la fecha en la que se produjo el primer Acuerdo sancionador, no puede impedir la adopción de medidas de control y seguridad ante la sospecha razonable de que el interno hubiese introducido, con ocasión de la comunicación especial, objetos peligrosos o estupefacientes.

3. Antes de entrar a analizar los argumentos jurídicos que, a favor o en contra del otorgamiento del amparo, se han ofrecido por quienes han comparecido en este proceso, resulta necesario realizar unas consideraciones previas sobre la cita que se hace en la demanda de amparo del art. 10.1 CE, así como sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas que con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en el mismo.

A) Aunque en la demanda la norma contenida en el art. 10.1 CE, por violación de la dignidad de la persona, se cita en conexión con la prohibición constitucional de tratos degradantes recogida en el art. 15 CE, cabe advertir que ha de descartarse el contraste aislado de las Resoluciones administrativas que se impugnan con lo dispuesto en el art. 10.1 CE, ya que no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo por impedirlo los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, que han configurado el recurso de amparo para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, además de la objeción de conciencia a que se refiere el art. 30, pero no para la preservación de otros principios o normas constitucionales [SSTC 64/1986, fundamento jurídico 1.º; 242/1992, fundamento jurídico 2.º, y ATC 651/1985, fundamento jurídico 6.º]. Ello, sin perjuicio de que la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque «sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente» (STC 120/1990, fundamento jurídico 4.º).

B) En cuanto a la naturaleza de las relaciones jurídicas que con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en el mismo, no puede ponerse en duda, pese a la indeterminación del concepto de relación especial de sujeción, que aquel internamiento origina, según tiene declarado este Tribunal en diversas resoluciones [SSTC 74/1985, fundamento jurídico 2.º; 2/1987, fundamento jurídico 4.º, y 120/1990, fundamento jurídico 6.º], una relación jurídica de esa naturaleza y así se desprende del art. 25.2 CE. El interno, como hemos señalado en la STC 2/1987, se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su status libertatis, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres (fundamento jurídico 2.º). Esa relación de sujeción especial, que en todo caso debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 6.º, y 137/1990, fundamento jurídico 4.º),

origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso. De ese entramado destaca, a los efectos que a este amparo interesa, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos (art. 1 Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre, General Penitenciaria [LOGP]), de garantizar y velar -como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria (arts. 18, 22.3, 26, d), 29.2, 36.3, 41.1, 43.4, 45 y 51 LOGP); 80, 139.5, 182, c), 183.3, 139.4, 104, 112.4, 123, 254, 89, 97, 121 y 76 RP por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento [arts. 4, b) LOGP y 7, b) RP].

La retención y custodia de los internos constituye, por lo tanto, una de las finalidades de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad. De ahí que el Reglamento Penitenciario mencione entre los criterios organizativos del establecimiento penitenciario «un sistema de vigilancia y seguridad que garantice la custodia de los internos» [art. 8, d)]; y en atención a ese mismo fin, el art. 23 LOGP establece como procedimientos o medidas en la práctica penitenciaria para atender a la seguridad y control de los centros los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, que «se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona».

4. Dicho esto, procede ya entrar a examinar si las órdenes impartidas al ahora recurrente de amparo por un funcionario de la prisión de Nanclares de la Oca, requiriéndole a que se desnudara ante dicho funcionario e hiciera flexiones para la práctica de un registro corporal tras haber tenido una comunicación especial, cuya negativa a cumplirlas determinó los Acuerdos que se impugnan, han vulnerado los arts. 15 y 18.1 CE. A cuyo fin, aun admitiendo que los derechos reconocidos en dichos preceptos se hallan estrechamente relacionados, por cuanto ambos son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el art. 10.1 CE [STC 53/1985], fundamento jurídico 8.º y ATC 238/1985, conviene examinar separadamente una y otra queja; y en atención al mismo planteamiento del recurrente, considerar en primer lugar, la basada en el art. 15 CE para determinar si dichas órdenes son constitutivas de un trato inhumano o degradante, prohibido por dicho precepto constitucional.

A) La interdicción de «la tortura», así como de las penas o «tratos inhumanos o degradantes», se contiene en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 diciembre 1948 (ApNDL 3626), y en Convenios internacionales en los que es parte España [arts. 7 y 3, respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966, y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950]. Prohibición que, para el concreto ámbito penitenciario, se ha establecido en el art. 31 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, el art. 37 de las Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 febrero 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y es de destacar, por último, que en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos, se contiene en el art. 6 LOGP, precepto que ha de ser interpretado en relación con el art. 15 CE, y los instrumentos internacionales que se han mencionado, por lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 120/1990, fundamento jurídico 9.º, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 del Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. Habiendo declarado este Tribunal, de conformidad con esa doctrina, que las tres nociones también recogidas en el art. 15 CE («torturas», «penas o tratos inhumanos», penas o tratos «degradantes») son, en su significado jurídico «nociones graduadas de una misma escala» que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 9.º y 137/1990, fundamento jurídico 7.º). Y en particular, respecto al concreto ámbito penitenciario, se ha dicho que

para apreciar la existencia de «tratos inhumanos o degradantes» es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena» (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º; 2/1987, fundamento jurídico 2.º; 89/1987, fundamento jurídico 2.º; 120/1990, fundamento jurídico 9.º; 137/1990, fundamento jurídico 7.º y 150/1991, fundamento jurídico 7.º). E interesa destacar, de otra parte, que este Tribunal ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante «en razón del objetivo que persigue», ello no impide que se le pueda considerar como tal «en razón de los medios utilizados» (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 9.º y 137/1990, fundamento jurídico 7.º).

B) En el presente caso, el Abogado del Estado ha alegado que el objetivo o finalidad de las órdenes impartidas al recurrente era la de evitar que objetos y sustancias peligrosas pudieran ser introducidas en el establecimiento penitenciario, con riesgo para la vida o la salud de los reclusos, lo que excluye, a su juicio, que pueda ser constitutiva de «trato inhumano o degradante». Aunque cabe observar que el recurrente de amparo no cuestiona esa finalidad general, sino que su queja por lesión del art. 15 CE se basa en el contenido de la orden que le fue impartida y en las circunstancias relativas a la práctica de la medida. Lo que exige examinar ambos extremos a la luz de la doctrina antes expuesta, pues como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencia de 25 febrero 1982, asunto «Campbell y Cosans»).

Ahora bien, el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso ha de conducir, necesariamente, a una conclusión negativa. En efecto, aun siendo la queja del recurrente ciertamente escueta en cuanto a las circunstancias relativas a la práctica de la medida que se le ordenó, de ella claramente se desprende que el contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica.

En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el art. 15 CE. Lo que conduce a la desestimación por este motivo de la queja del recurrente de amparo.

5. Sin embargo, sentado lo anterior, ha de entrarse seguidamente en el examen de la segunda queja formulada por el recurrente para determinar si la orden impartida al mismo, aun no constituyendo un trato degradante prohibido por el art. 15 CE, ha vulnerado su derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE le reconoce. A cuyo fin, antes de proceder al examen de las circunstancias del presente caso conviene exponer, en lo que aquí especialmente interesa, la doctrina de este Tribunal en torno al derecho fundamental que se invoca como fundamento de la queja.

A) El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana [SSTC 231/1988, fundamento jurídico 3.º; 179/1991, fundamento jurídico 3.º y 20/1992, fundamento jurídico 3.º].

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de

principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, fundamento jurídico 7.º; 120/1990, fundamento jurídico 12 y 137/1990, fundamento jurídico 10).

B) Pero dicho esto, conviene además precisar, en primer término, que el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. En segundo lugar, aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º); por lo que se concluía en esta sentencia, respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, que «tal afectación del ámbito de intimidad es sólo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 CE)».

Finalmente, con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere» (STC 89/1987, fundamento jurídico 2.º).

6. Examinado el supuesto planteado en el presente caso, a la luz de la doctrina constitucional que se acaba de exponer, y cifándonos al concreto contenido de la queja, es de observar que lo que el recurrente de amparo cuestiona son las órdenes impartidas por un funcionario de la prisión de Nanclares de la Oca a las que se ha hecho referencia anteriormente, por considerar que su cumplimiento constituía una intromisión ilegítima en su intimidad personal y era, por tanto, lesiva del art. 18.1 CE.

Si se considera en primer lugar la finalidad de las órdenes impartidas al hoy recurrente de amparo, cabe estimar que lo pretendido por la Administración penitenciaria era velar por el orden y la seguridad del establecimiento, ya que con dicha medida se trata de evitar que, con ocasión de una comunicación íntima de un recluso con persona ajena al centro penitenciario, puedan introducirse en el mismo objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con riesgo evidente para la seguridad del centro o la salud de las personas. Y es evidente también que dicha finalidad está directamente vinculada con el deber que incumbe a la Administración de disponer y ordenar los cacheos y registros en las personas de los internos, así como los demás procedimientos y medidas que para atender a la seguridad del centro, ha previsto la legislación penitenciaria.

Ahora bien, admitido lo anterior, para apreciar si la actuación administrativa en el presente caso vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo, no es suficiente hacer valer un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º, que «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia». Por ello, no es ocioso recordar aquí que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º y 2/1982, fundamento jurídico 5.º, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º y 13/1985, fundamento jurídico 2.º), ha de

atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º a 6.º; 120/1990, fundamento jurídico 8.º y 137/1990, fundamento jurídico 6.º). Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida como la impugnada en el presente caso se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquel al que se le impone.

A) En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración Penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo «respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena» (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos.

B) De otra parte, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla ciertamente, aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de 15 mayo 1990, caso «McFeel y otros») al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Sin embargo, el anterior supuesto pone de relieve que para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

Extremos que son relevantes en el presente caso pues la necesidad de la medida aquí impugnada carece de cualquier fundamentación, tanto en los Acuerdos impugnados como en las resoluciones judiciales que los confirman. Y, de otro lado, ha sido adoptada sin ponderar esa necesidad y el derecho fundamental del recluso que con la misma se limitaba. En efecto, de las actuaciones se desprende que ni la situación existente en el centro penitenciario en el momento en que fue adoptada tal medida ni la conducta del interno al que se dirigía, han sido acreditadas ni aun invocadas para fundamentar la medida en ninguno de los expedientes disciplinarios sancionadores, ni en las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde velar por las situaciones que puedan afectar a los derechos y libertades de los presos y condenados (SSTC 73/1983, fundamento jurídico 6.º; 74/1985, fundamento jurídico 2.º, y 2/1987, fundamento jurídico 5.º). Referencia a dichas circunstancias que tampoco se contiene, por último, en las alegaciones presentadas en este proceso constitucional por el Abogado del Estado.

Por ello, cabe estimar, en suma, que no se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca y en las fechas en las que se adoptaron las medidas aquí examinadas existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarlas. Y otro tanto ocurre en lo que respecta al comportamiento del interno afectado por la medida, pues tampoco se ha acreditado, ni tan siquiera

alegado, que de ese comportamiento se desprendiera la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro, o la integridad física o la salud de los internos. Pues no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso.

7. Es evidente, pues, que la actuación administrativa que aquí se impugna no se atuvo a las exigencias expuestas en lo que respecta a la finalidad de la medida. Ahora bien, aunque no hubiera sido así, es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (STC 120/1990, fundamento jurídico 12), pues a la hora de elegir éstos es necesario emplear aquellos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 137/1990, fundamento jurídico 7.^o). A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada.

Dicha medida entraña, como reiteradamente se ha dicho, que tras haber tenido una comunicación íntima el recluso se desnude ante un funcionario del centro penitenciario. Desnudez impuesta al destinatario de la medida que ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad.

Sin embargo, ello no ocurre así en el presente caso, por varias razones. Cabe observar, en efecto, que si la medida implica la exposición o exhibición del cuerpo del recluso ante un funcionario del establecimiento penitenciario, de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquél se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inusual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre.

De lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 CE en atención a los medios utilizados para su práctica.

8. La apreciación precedente sólo se refiere a la medida objeto de la queja formulada por el demandante de amparo y, claro es, no excluye en modo alguno que la Administración Penitenciaria, en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro. Máxime si, como se ha alegado por el Abogado del Estado, dichas comunicaciones son el cauce habitual para la introducción en el centro de estupefacientes u objetos peligrosos. Ni esa apreciación puede entrañar que las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, no puedan ser constitucionalmente legítimas si están justificadas por su finalidad, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos

y, además, por los medios utilizados para su práctica, no se produce una afectación de los derechos fundamentales y, en particular, de los reconocidos en los arts. 15 y 18.1 CE.

Ello no ha sido así, sin embargo, en el presente caso, por lo que ha de declararse que las medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal. Lo que ha de conducir, por tanto, al otorgamiento del amparo solicitado por don Daniel Antonio del Río Urquijo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Estimar el recurso de amparo promovido por don Daniel Antonio del Río Urquijo y, en consecuencia,

- 1.º Reconocer al recurrente el derecho fundamental a la intimidad personal.
- 2.º Anular los Acuerdos sancionadores de la Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario de Nanclares de la Oca, de 11 julio 1990 y 11 marzo 1991, recaídos, respectivamente, en los expedientes disciplinarios núms. 525/1990 y 238/1991, así como los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, de 6 agosto y 13 septiembre 1990, y de 18 abril y 28 mayo 1991, resolutorios de los recursos de alzada y reforma contra los citados Acuerdos sancionadores.

20.207/1996 del 22 de Enero. Caso examen de pelos en las axilas, para comprobar si el imputado es consumidor de drogas y desde cuando; desarrollo del principio de proporcionalidad y sus tres juicios, idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en estricto sentido. Extracto: “La finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues, la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario -el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (vgr. SSTC 174 y 175/1985), es insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de

inocencia-, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea «necesaria» a los fines del aseguramiento del ejercicio del ius puniendi, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal.”

Sentencia TC 207/1996, de 22 de enero

RA 1789/96

BOE 39, de 14 de febrero

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la sentencia]

En el recurso de amparo núm. 1.789/96 contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar (Almería), de 9 de febrero de 1996, dictado en el sumario núm. 7/95, por el que se ordena la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial sobre el pelo del recurrente.

I. Antecedentes

a) Ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar se sigue el sumario núm. 7/95 contra diversas personas por varios delitos contra la salud pública, consecuencia de una investigación llevada a cabo por la Guardia Civil por mandato judicial.

Dos de los encausados en dicho sumario manifestaron (en declaraciones prestadas los días 18 y 23 de agosto de 1995) que el hoy demandante de amparo (a la sazón Jefe del Grupo de la Policía Judicial de la Guardia Civil de la localidad de Roquetas de Mar) otorgaba protección a diversas personas relacionadas con el mundo del tráfico de estupefacientes a cambio de la percepción de cocaína.

b) A consecuencia de dichas manifestaciones, el día 15 de enero de 1996 se le tomó declaración en calidad de imputado como presunto autor de un delito de cohecho y otro contra la salud pública. El hoy recurrente negó los hechos que se le imputaban, y se declaró dispuesto, si así se acordara, a someterse a un análisis al objeto de poder detectar si es consumidor o no de cocaína.

c) Por providencia de 19 de enero de 1996, el Juzgado de Instrucción acordó «en vista de lo actuado en la presente causa y siendo necesario a los efectos de la instrucción de este sumario determinar si don Jesús Belluga López es consumidor habitual u ocasional de cocaína, o si ha consumido esta sustancia con anterioridad, o cualesquier otros extremos que en relación con este asunto se puedan determinar», citar al hoy recurrente para el próximo día 23 de enero a las diez horas, «a fin de que por el Médico Forense, en presencia de la Secretaria judicial, se proceda a cortar mechones de cabello de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas»,

que serían remitidos para su análisis a la Cátedra de Medicina legal de la Facultad de Medicina de Santiago de Compostela.

El hoy recurrente no compareció a la cita, en vista de lo cual, por providencia del mismo 23 de enero, el Juzgado acordó volverlo a citar para el día 25, a las diez horas, «haciéndole saber que su incomparecencia le podrá ocasionar las consecuencias a que haya lugar en Derecho».

El día indicado (25 de enero de 1996) el hoy recurrente presentó un escrito ante el Juzgado expresando su negativa a someterse a la prueba acordada. Alegaba, entre otras cosas, que el consumo es un acto impune, y que el modo de realización de la prueba interesada vulneraba su derecho a la intimidad.

Por providencia de esa misma fecha, el Juzgado tuvo por recibido el escrito y acordó modificar la del pasado 19 de enero en el sentido de «proceder a cortar solamente el vello en su totalidad de las axilas, al objeto de determinar solamente si el imputado es consumidor habitual de cocaína y el tiempo desde el que lo pudiera ser». Se señaló el mismo día 25 de enero a las 13,45 horas como fecha para realizar el corte.

El Letrado del hoy recurrente compareció ante el Juzgado ese mismo día para manifestar que su cliente no deseaba someterse a la prueba acordada, y por providencia de la misma fecha, el Juzgado acordó que se le instruyera de que «de su negativa a someterse a la prueba pericial acordada se podrá derivar el perjuicio a que haya lugar en Derecho».

d) Mediante escrito de 2 de febrero de 1996 el Fiscal interesó del Juzgado de Instrucción la práctica de la diligencia en cuestión, concretada en el sentido de extraer «muestra de cabello (pelos) tanto de la cabeza como de la axila a los efectos de acreditar su adicción al consumo de cocaína u otros tóxicos o estupefacientes», así como que la intervención corporal fuera acordada por Auto motivado por su posible afectación de la integridad física y corporal e intimidad.

El 9 de febrero de 1996 el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar dictó Auto por el que, «de conformidad con el art. 339 de la L.E.Crim., en relación con el art. 311 del mismo cuerpo legal», accedía a la práctica de las diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal, en la forma concretada en su parte dispositiva, cuyo tenor literal era el siguiente:

«Se acuerda requerir a Jesús Belluga López para que el próximo día 15 de febrero a las diez horas, a presencia judicial, del señor Secretario y de su Letrado, acceda a que el Médico Forense proceda a cortar cabellos de diferentes partes de la cabeza, y la totalidad del vello de las axilas, que se introducirán en un sobre independiente indicando la parte de la cabeza de la que procede, y la axila de la que ha sido extraído; sobres que posteriormente serán cerrados y rubricados por el señor Secretario y remitidos por SEUR, debidamente embalados y protegidos, a la Cátedra de Medicina Legal de Santiago de Compostela, para que por el señor Catedrático se designen dos técnicos de ese Departamento que procedan a determinar si Jesús Belluga López es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser, informando igualmente del grado de fiabilidad científica de la prueba realizada. Para el caso de que Jesús Belluga López se negase a la práctica de la diligencia que viene acordada, será apercibido de que dicha negativa puede ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.»

En el Auto se justifica la intervención con las razones siguientes:

«... ya que el corte de muestras de cabello y el corte del vello de las axilas no vulnera el ámbito del derecho a la dignidad, integridad física e intimidad personal, constitucionalmente protegidos por los arts. 10.1, 15 y 18.1, respectivamente, pues no constituyen derechos con carácter absoluto...; y que es imprescindible tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi, así como una exigencia derivada de la acción de la justicia, encaminada para la obtención de pruebas necesarias para la averiguación de los delitos imputados, y que, dado su gravedad y el carácter de funcionario de policía del mismo, se consideran totalmente justificadas y proporcionadas ...».

e) Contra dicho Auto se interpuso recurso de reforma (con invocación, como vulnerados, de los derechos fundamentales a la intimidad y a la presunción de inocencia, consagrados en los arts. 18.1 y 24.2 C.E.), que fue desestimado por Auto del Juzgado de 20 de febrero de 1996, con la siguiente fundamentación:

«Tras exponer la doctrina sentada en la STC 37/1989, se señala "una vez sentado todo lo anterior, entiende esta Juez que el hecho de que al imputado se le corte(n) unos mechones de cabello y se le corte la totalidad del vello de las axilas, no vulnera, en absoluto, el derecho a la intimidad, la

propia imagen y la dignidad de la persona, siendo actos de intromisión que carecen de relevancia alguna". A lo que se añade que dicha prueba pericial "fue acordada por considerarla plenamente necesaria y válida para la averiguación de los hechos imputados. Sin que el hecho de que se pretenda averiguar si consume drogas en general vulnere el derecho a la intimidad del imputado, siendo importante, sin embargo, este hecho para las resultas de la instrucción del presente procedimiento. Son desestimables, igualmente, los restantes razonamientos sobre la inutilidad de la prueba pericial acordada". Y, finalmente, que "el hecho de que el imputado sea guardia civil, y haya sido Jefe del Grupo de Policía Judicial de esta localidad, le atribuye un especial deber de colaborar con la Administración de Justicia, para que, mediante los medios que legítimamente se le reconoce a la misma, cual es esta prueba pericial acordada, se puedan esclarecer las imputaciones formuladas contra el mismo".»

f) Contra este último se interpuso finalmente (con invocación del derecho fundamental a la intimidad) recurso de queja, también desestimado por Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería de 28 de marzo de 1996 (rollo de apelación núm. 5.026/96), notificado a la representación procesal del recurrente el 24 de abril de 1996. Dicho Auto se remitía expresamente a la fundamentación del anterior.

g) Cabe añadir, por último, que el 28 de febrero de 1996 el Juzgado de Instrucción había dictado Auto de procesamiento en el sumario 7/95 contra el hoy recurrente y otras 23 personas. En concreto, a aquél se le imputaba la comisión de delitos de cohecho y prevaricación.

3. En la demanda se denuncia la vulneración por el Auto impugnado de los derechos fundamentales del recurrente a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.)

Se alega (en relación, básicamente, con el derecho a la intimidad personal) que la resolución impugnada desconoce la doctrina establecida por la STC 37/1989, en la que pretende fundarse. A juicio de la representación del recurrente, la referida Sentencia exige como requisito para que el derecho fundamental a la intimidad pueda ceder ante las exigencias del ius puniendi del Estado no sólo que la resolución judicial esté fundada (que en el caso presente lo está), sino, además, «que la verdad material no pueda ser obtenida de otro modo» (fundamento jurídico 8.), cosa que, en cambio, aquí no sucede, por las siguientes razones. En primer lugar, porque ya existen en el proceso testimonios incriminatorios que evidencian que la verdad material se puede obtener sin necesidad de intromisión en la intimidad del recurrente, lo que hace inaplicable la regla de proporcionalidad del sacrificio. Y, en segundo lugar, porque (a diferencia del caso enjuiciado en dicha Sentencia, relativo a un examen ginecológico) la pericial que se pretende sobre el recurrente no arrojará ninguna luz sobre la comisión de los delitos que se le imputan (cohecho y contra la salud pública), toda vez que el consumo de estupefacientes no es ningún delito, sino un acto impune que cae dentro del sagrado reducto de intimidad preciso para una convivencia libre.

Como mínimo, la diligencia acordada supondría, a su juicio, una intromisión desmedida y desproporcionada en su vida privada, por cuanto se pretende averiguar si es consumidor no sólo de cocaína (que es sobre lo que versa la imputación), sino de otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y desde cuándo, es decir, en relación con toda su vida.

Por todo ello, se solicita la estimación del recurso, y, en consecuencia, la anulación del Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar de 9 de febrero de 1996, así como el reconocimiento de los derechos del recurrente a la intimidad y a la presunción de inocencia, y a no someterse a la prueba pericial acordada por dicho Auto. Subsidiariamente se pide una estimación parcial del recurso en el sentido de que la diligencia acordada se lleve a cabo concretándose a qué tóxico debe referirse el análisis y a qué período de tiempo el consumo.

Por medio de otrosí se solicita asimismo la suspensión de la ejecución del Auto impugnado, todavía no llevada a cabo, dado que la misma haría perder al recurso de amparo su finalidad.

9. En el día y hora señalados se constituyó la Sala Primera de este Tribunal para celebrar la vista pública del presente recurso de amparo. Comparecieron al acto el Letrado don José Luis Labraca López, en defensa del recurrente, y el Ministerio Fiscal.

Tras hacer un resumen de los hechos, la defensa del recurrente manifestó, en primer lugar, su desistimiento respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, manteniendo los motivos relativos a las vulneraciones de los derechos a la intimidad y a la integridad física.

A) El derecho a la intimidad del recurrente habría sido vulnerado desde una doble perspectiva: Como derecho a la intimidad corporal y como derecho a la intimidad personal.

a) En relación con la primera, la defensa del recurrente entiende que en la pericia acordada tan sólo concurre uno de los requisitos establecidos por la STC 37/1989, el formal de la motivación, al haber sido acordada por Auto, más no otros dos de los establecidos por dicha Sentencia. No concurre, en primer lugar, el requisito de la imprescindibilidad de la diligencia para la obtención de la verdad material, dado que ya existían dos testimonios que el Juzgado consideraba inculpatorios. Prueba de la no concurrencia de este requisito es que ya se ha dictado Auto de procesamiento con base en dichos testimonios. La pericia acordada tampoco cumpliría la regla de la proporcionalidad de los sacrificios, puesto que lo que se obtendría, en todo caso, a través de ella no sería tan siquiera prueba, sino un mero indicio que se sumaría a los anteriores. Y, en segundo lugar, tampoco concurriría lo que el Letrado calificó como requisito de inmediatez, esto es, que la pesquisa guarde una relación directa e inmediata con la finalidad perseguida (en este caso, la determinación de la comisión de los delitos de cohecho y contra la salud pública). En el caso presente dicha relación es sólo mediata, puesto que a través de la pericia tan sólo se obtendría, en su caso, un indicio. La defensa cuestionó que el derecho a la intimidad corporal pueda ser sacrificado para la obtención de meros indicios.

b) En segundo término, también habría sido vulnerado el derecho a la intimidad del recurrente desde una perspectiva más amplia, como derecho a la intimidad personal, esto es, como ámbito propio y reservado de vida (SSTC 231/1988 y 197/1991, entre otras), pues su alcance objetivo y temporal (la determinación de si el recurrente es consumidor de «cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes», y «el tiempo desde que lo pudiera ser», esto es, durante toda su vida), resultaría excesivo y sin relación directa con el de la imputación (referido al consumo de cocaína durante el tiempo en el que el recurrente fue Jefe de la Policía Judicial de la localidad de Roquetas de Mar). El consumo de droga es impune, sólo el consumo en público es susceptible de generar una responsabilidad administrativa, que en sí misma no justificaría el sacrificio del derecho a la intimidad de acuerdo con los principios de proporcionalidad de los sacrificios e inmediatez. Saliendo al paso de una posible alegación al respecto del Ministerio Fiscal, alegó también que el consentimiento inicialmente prestado por el recurrente no se refería a una clase de pericia concreta (el consumo puede ser también determinado mediante análisis de sangre u orina), y, en cualquier caso, sería revocable en todo momento, por tratarse de la vulneración de un derecho fundamental.

B) En segundo lugar, la defensa también entiende vulnerado el derecho a la integridad física del recurrente, en el sentido expresado por Rodríguez Mourullo como derecho a la incolumidad personal, esto es a la propia apariencia externa y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. A juicio de la defensa, la pericia acordada afectaría a la dignidad humana del recurrente, pues en la cabeza también se encuentran las cejas y las pestañas, y aún mayor entidad reviste la depilación de las axilas, que, tratándose de un varón, sería, a su juicio, equivalente a la del vello púbico. Concluyó sus alegaciones solicitando la estimación completa del recurso, con reconocimiento de los derechos del recurrente a la intimidad y a la integridad física, o, subsidiariamente, su estimación parcial, con reconocimiento de su derecho a la intimidad y a que la diligencia concrete el tóxico y el período de tiempo al que debe referirse el análisis.

10. El Ministerio Fiscal (en réplica a la alusión de la defensa) comenzó sus alegaciones anticipando que iba a patrocinar el otorgamiento del amparo, pues su función es la defensa de los derechos de los ciudadanos, que ya asumió el Ministerio Fiscal en el proceso antecedente al pedir que la intervención fuera acordada por medio de Auto, precisamente por afectar a los derechos fundamentales del recurrente.

A la vista del desistimiento expresado en este mismo acto, el Ministerio Fiscal entiende que huelga toda referencia al derecho a la presunción de inocencia. Por el contrario, considera afectados los derechos a la intimidad y a la integridad física.

Centrando sus alegaciones en la vulneración del derecho a la intimidad, y siguiendo los motivos que, a su entender, se esgrimían en la demanda, el Ministerio Fiscal adujo lo siguiente:

A título previo, puso de relieve que el derecho a la intimidad ha sido calificado por este Tribunal como imprescindible para mantener la calidad de la vida humana, cosa que, según su conocimiento, sólo ha declarado en relación con este derecho, lo que, de poderse hacer una gradación axiológica de los derechos fundamentales, lo colocaría en uno de los primeros lugares.

En contra del parecer de la defensa, para el Ministerio Fiscal la prueba acordada es legítima desde un punto de vista material. Lo son con carácter general las pericias de esta clase, sin que a ello quepa oponer como obstáculo el derecho a la intimidad, de acuerdo con la STC 37/1989.

Tampoco cabe cuestionar, a su juicio, en su totalidad la utilidad de la pericia acordada en este caso, pues representaría un elemento indiciario valioso. Al discutir la validez en su conjunto de la misma, la defensa desconoce, a su juicio, la validez, desde la óptica constitucional, de la prueba indiciaria. Además, hay que tener en cuenta que con su realización se trata de averiguar tanto si el recurrente es consumidor de cocaína como si no lo es, por lo que, dependiendo de sus resultados, no sólo podría servir como prueba indiciaria de cargo, sino, lo que es más, como prueba directa de descargo.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal comparte los reproches dirigidos en la demanda contra la extensión acordada para la pericia (en cuanto referida al consumo no sólo de cocaína, sino también de otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y al tiempo desde que lo pudiera ser), que, a su juicio, no respeta la regla de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicha regla comprendería tres requisitos (expresados ya en la STC 26/1981), que no concurren en el caso presente: 1) la necesidad de la restricción, que debe representar el mínimo sacrificio imprescindible; 2) la motivación y, además, la ponderación de la medida, que representa un plus de exigencia sobre la motivación en materia de derechos fundamentales; y 3) la carga de la prueba de la justificación de la restricción, que corresponde al órgano judicial. A juicio del Ministerio Fiscal, tales requisitos no se cumplen en relación con la extensión acordada para la pericia, pues las resoluciones impugnadas no justifican la relevancia para la causa del conocimiento del consumo de otras drogas sin límite temporal. A este respecto, el Auto resolutorio del recurso de reforma se limita a afirmar su utilidad, sin aportar la justificación necesaria, más aún teniendo en cuenta que en el Auto de procesamiento desaparece (sorprendentemente) la imputación por delito contra la salud pública.

En conclusión, para el Ministerio Fiscal: a) No existe quiebra del derecho a la presunción de inocencia; b) Hay afectación, mas no vulneración del derecho a la integridad física, por cuanto, a este respecto, la intervención está motivada, es proporcionada y no implica un trato degradante, y c) Existe afectación y vulneración del derecho a la intimidad, por falta de justificación suficiente del alcance, objetivo y temporal, concedido a la prueba. Añade, a este respecto, que la verdad material no se puede tratar de averiguar a cualquier precio.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal propone la estimación del recurso de amparo, mas no con arreglo a la petición principal formulada en la demanda (que, en todo caso, y dado que la prueba ya no se va a practicar, tampoco consistiría en el reconocimiento del derecho del recurrente a no someterse a la misma, sino de su derecho a no ser condenado por delito de desobediencia), sino con arreglo a su petición subsidiaria, esto es, la estimación parcial del recurso, «en el sentido de que la diligencia acordada se lleve a cabo concretándose a qué tóxico debe referirse el análisis y a qué período de tiempo el consumo», a lo que habría, a su juicio, que añadir: «Y justificándose las razones por las que se adoptan tales pruebas periciales».

II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugna en el presente recurso el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar (Almería) de 9 de febrero de 1996 en virtud del cual se ordenó la práctica de una intervención corporal y consiguiente diligencia pericial sobre el pelo del hoy recurrente en amparo (a realizar por un laboratorio especializado), con objeto de determinar, concretamente, «si es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser, informando igualmente del grado de fiabilidad científica de la prueba realizada», para lo cual se le requería a que accediera a que el Médico Forense procediera a «cortar(le) cabellos de diferentes partes de la cabeza, y la totalidad del vello de las axilas», con el apercibimiento de que su negativa podría suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Aunque no se diga expresamente en la demanda, la impugnación ha de entenderse lógicamente extendida a los Autos del propio Juzgado y de la Audiencia Provincial de Almería de 20 de febrero y 24 de abril de 1996, que vinieron a confirmarlo, desestimando, respectivamente, los recursos de reforma y queja interpuestos contra el mismo.

Para centrar los hechos relevantes para la resolución del caso, conviene añadir:

a) Que el acuerdo de práctica de dicha intervención y pericia se inscribe dentro de un sumario con una veintena de implicados por presuntos delitos contra la salud pública (tráfico de cocaína), en el cual al hoy recurrente se le imputa la comisión de presuntos delitos de cohecho y prevaricación por la supuesta protección prestada, en su calidad de Jefe entonces de la Policía Judicial de la Guardia Civil en la localidad de Roquetas de Mar, a varios de los implicados en dicho tráfico a cambio de recibir cierta cantidad de esta droga.

b) Que el recurrente se encuentra actualmente procesado (por Auto del Juzgado de 28 de febrero de 1996), sin que la intervención corporal acordada haya tenido lugar, dada su negativa a someterse a la misma. Esta última circunstancia, como advertimos para un caso análogo en la STC 37/1989 (fundamento jurídico 6.), no confiere a la demanda de amparo un carácter meramente cautelar, ni obsta a su enjuiciamiento, dada la existencia de un acto conminatorio de los poderes públicos, aunque no ejecutado, frente al cual se reclama la preservación de derechos fundamentales, que, de no dispensarse inmediatamente por este Tribunal, podría ocasionar la consumación de su lesión definitiva.

El objeto del presente recurso de amparo consiste, pues, en determinar si el requerimiento para soportar una intervención corporal ha podido suponer una vulneración de los derechos fundamentales del recurrente a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) y a la integridad física (art. 15 C.E.), el primero invocado ya en la demanda, y este último sugerido de oficio por este Tribunal de conformidad con lo previsto en el art. 84 LOTC.

De dicho objeto debemos excluir, en cambio, el examen de la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), también invocado inicialmente en la demanda, puesto que, aparte de que, en principio, dicha vulneración sólo podría producirse y ser apreciada una vez recayera condena, lo que obviamente aquí, en el estadio procesal en que nos encontramos, todavía no ha tenido lugar (en el mismo sentido, STC 37/1989, fundamento jurídico 2.), la defensa del recurrente abandonó dicho motivo en el acto de la vista pública sobre el presente recurso celebrado el pasado día 10 de diciembre de 1996.

2. Una vez delimitado el objeto del recurso procede examinar, en primer lugar (y como paso previo para apreciar una posible vulneración), si la diligencia acordada incide o no en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a la integridad física y a la intimidad.

Comenzando por el primero de los enunciados derechos, cabe señalar que, según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 C.E.) «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 8.; 137/1990, 215/1994 y 35/1996)

Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996, fundamento jurídico 3.), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular».

Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

Con el fin de precisar aún más esta doctrina dentro del ámbito en el que aquí nos movemos, habrá que señalar que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho

punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, resulta claro que la intervención y diligencia pericial acordada en el caso presente por el Juzgado de Instrucción, teniendo en cuenta, primero, su carácter imperativo y contrario a la voluntad del interesado (que, aunque inicialmente se ofreció a una pericia de este tipo, luego, una vez acordada, mostró de manera reiterada su negativa a someterse a ella), y, segundo, que implica una intervención consistente en la extracción de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas, ha incidido en el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física, siquiera sea de una manera leve, pues, de acuerdo con la doctrina expuesta, la afectación de este derecho no presupone necesariamente la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona.

Posteriormente habremos de examinar si tal afectación del derecho a la integridad física se justifica o no desde la razonabilidad y proporcionalidad.

3. Alega también el recurrente que la diligencia pericial acordada por el Juzgado de Instrucción ha supuesto una afectación (y vulneración) de su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.), en una doble vertiente: como derecho a la intimidad corporal y, desde una perspectiva más amplia, como derecho a la intimidad personal.

A) Por lo que se refiere a la primera de las vertientes indicadas, dicha alegación no puede ser compartida.

En efecto, según declaramos en la STC 37/1989, fundamento jurídico 7. (y hemos reiterado en las SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994), si bien la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E., «el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona».

De acuerdo con la anterior doctrina, resulta, pues, evidente que una intervención corporal consistente en la extracción de algunos cabellos de diversas partes de la cabeza y del pelo de las axilas, por la parte externa del cuerpo afectada y la forma en que está prevista su ejecución (a realizar por el Médico Forense), no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo.

B) En cambio, dicha alegación sí puede ser compartida por lo que respecta a la segunda de las manifestaciones indicadas del derecho a la intimidad.

En efecto, el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el

derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994).

En relación con cierto tipo de diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal, como es el caso de la entrada y registro del domicilio, no cabe duda (y así lo hemos declarado en STC 22/1984) de la afectación al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal o familiar, entendido como protección de la vida privada e íntima de la persona, en su manifestación más concreta, expresamente constitucionalizada, del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.)

Mas ello no significa que la anterior diligencia sea la única actuación que suponga una injerencia en el derecho a la intimidad personal. Otro tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en sí de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

Esto es lo que ocurre cuando, como en el caso presente, y a través de un análisis del cabello, se pretende averiguar si el imputado en un proceso penal es «consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser», puesto que, con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal, y, por tanto, de su posible justificación (que se examinará posteriormente), no cabe por menos que admitir que una pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, conducta que, si bien en nuestro ordenamiento es en sí misma impune, ello no obstante, el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

La incidencia en el derecho a la intimidad personal se acentúa en un caso como el presente por la condición de guardia civil del imputado al que se ordena soportar la intervención y pericia, dado que, si los resultados de la misma fueran positivos, en el sentido de demostrar su consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y aunque ello no llegara a tener para él consecuencias de orden penal en la causa, sí podría acarrearle eventualmente responsabilidades de tipo disciplinario.

4. Una vez constatada la afectación por la intervención corporal y consiguiente pericia de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable.

A tal efecto, conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.).

A) Fin constitucionalmente legítimo.

Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3 C.E.-), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7. y 8.)

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

B) Principio de legalidad.

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del C.E.D.H., en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (Sentencias del T.E.D.H. «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la C.E.D.H. núms. 8239/78 y 8278/78). Pues bien, el apartado 2. del mencionado art. 8 expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...».

La anterior exigencia ha sido recordada por la doctrina de este Tribunal. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación entonces con el derecho a la intimidad corporal, dijimos que la limitación de dicho derecho sólo podría producirse «con fundamento en una inexcusable previsión legislativa» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.), que en aquel caso entendimos existente (fundamento jurídico 8.). De manera igualmente explícita hemos afirmado la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.): «... debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconocimos la existencia de habilitación en el art. 127 C.C., en consonancia con el art. 39.2 C.E.). Y, finalmente, también lo hemos hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (fundamento jurídico 8.), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 L.O.G.P.), y en la STC 35/1996 (fundamento jurídico 2.) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el art. 23 L.O.G.P.

Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley.

C) Jurisdiccionalidad.

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros en domicilio -art. 18.2 C.E.-, intervención de las comunicaciones -art. 18.3 C.E.-, etc.), no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y a la integridad física (art. 18.2 C.E.), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 dijimos que era «sólo posible por decisión judicial» (fundamento jurídico 7.), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8.)

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

D) Motivación de la resolución judicial.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 C.E.), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996).

La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras)

Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)

E) Principio de proporcionalidad.

Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Y en el ámbito, análogo al actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.).

Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

F) Otras exigencias específicas.

Del art. 15 C.E. cabe derivar, por último, una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, de alguna manera referibles también al principio de proporcionalidad, las cuales cabe sustantivizar en los siguientes términos (al modo como se hace en la STC 7/1994, fundamento jurídico 3.):

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994)

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 C.E.).

5. En su escrito de alegaciones sobre la incorporación al debate procesal del art. 15 C.E., la defensa del recurrente consideró que, en el caso presente, la intervención corporal tenía un carácter denigrante, por no tratarse de una mera inspección, sino de un tonsurado de las axilas y de la cabeza. E insistió en esta alegación en el acto de la vista pública, afirmando que la intervención atentaba contra la dignidad humana.

Mas es evidente que esta alegación carece de fundamento, pues no cabe entender que la extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el Médico Forense para su posterior análisis suponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al art. 15 C.E., graves calificativos que, según doctrina reiterada de este Tribunal, hay que reservar para aquellos tratos que impliquen «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre» (SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

6. No obstante lo anterior, la aplicación de la doctrina expuesta en los anteriores fundamentos ha de conducir en el presente caso a la estimación de la demanda de amparo:

A) En primer término, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se fundamentan las resoluciones impugnadas para ordenar la intervención corporal del recurrente (en concreto, el art. 339 en relación con el art. 311), no prestan a esta concreta medida restrictiva de los derechos a la intimidad y a la integridad física la cobertura legal requerida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales (SSTC 37/1989, fundamento jurídico 7., 7/1994, fundamento jurídico 3., 35/1996, fundamento jurídico 2.).

En efecto, el art. 311 L.E.Crim., de un lado, no regula las intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia sumarial; se limita, única y exclusivamente, a prohibir a los Jueces de Instrucción la práctica de aquellas diligencias que les haya sido solicitadas por las partes y que consideren inútiles o perjudiciales a los fines de la investigación penal. Es evidente, por tanto, que el mero recordatorio legal tendente a evitar que en el curso de una instrucción se adopten diligencias de investigación inútiles o perjudiciales, es a todas luces no susceptible de prestar fundamento normativo a la medida de intervención corporal que se cuestiona en el presente recurso de amparo.

La misma conclusión ha de predicarse, aunque por distintas razones, respecto al art. 339 L.E.Crim., precepto que, si bien autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales, no menos expresamente prevé que dichos dictámenes se limiten al «cuerpo del delito» (denominación que recibe el Capítulo Segundo del Título V del libro II de la L.E.Crim., en el que se incscribe el mencionado precepto), entendiendo por tal «las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida» (art. 334.1 L.E.Crim.). En consecuencia, al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma, pero no encontrará en ésta el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado.

En definitiva, la decisión judicial por la que, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia, se obliga al recurrente a someterse a un rasurado del cabello de distintas partes de su cuerpo con el fin de conocer si es o no consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, no puede encontrar apoyo en los arts. 311 y 339 L.E.Crim.

B) Tampoco podemos estimar, en segundo término, que la medida de intervención corporal acordada por las resoluciones judiciales impugnadas en amparo se atenga a la exigencia de «necesidad» requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios, que debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Como ya se señaló anteriormente, para que tal exigencia concorra en una determinada medida limitativa de los derechos fundamentales es preciso que su adopción se revele objetivamente imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante, lo que, trasladado al ámbito particular del proceso penal, ha de habilitar a la autoridad judicial a decretar tales medidas únicamente cuando su adopción sea indispensable para asegurar «la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.). En suma, pues, una medida de instrucción penal restrictiva de los derechos fundamentales habrá de reputarse necesaria cuando de su resultado pueda depender el ejercicio del ius puniendi, lo que tan sólo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y, desde el subjetivo, la participación del imputado en los mismos.

Pues bien, un examen de contraste entre los delitos cuya presunta comisión se imputa al recurrente en amparo (que inicialmente fueron los de cohecho y contra la salud pública, y, tras dictarse auto de procesamiento, los de prevaricación y cohecho), y la finalidad perseguida por la intervención corporal acordada por la autoridad judicial (que es únicamente la de «determinar si Jesús Belluga López es consumidor de cocaína, u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser»), desvela que la citada medida no resulta objetivamente imprescindible para acreditar la existencia de los hechos delictivos investigados, ni la comisión de los mismos por el imputado.

Baste con advertir, en este sentido, que el resultado a obtener de llevarse a la práctica la intervención corporal cuestionada -el de acreditar si el recurrente en amparo ha consumido o no cocaína o alguna otra droga- no sería suficiente por sí solo, ni para sostener su falta de participación en los hechos que se le imputan, ni para fundamentar en su día una sentencia condenatoria por los delitos de prevaricación y cohecho por los que ha sido procesado.

La finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues, la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario -el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (vgr. SSTC 174 y 175/1985), es insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de inocencia-, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea «necesaria» a los fines del aseguramiento del ejercicio del ius puniendi, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal.

C) Por otra parte, aun cuando se admitiese que, en el caso que nos ocupa, el análisis pericial del cabello rasurado extraído coactivamente de distintas partes del cuerpo del imputado pudiera ser, abstractamente considerada, una medida necesaria a los fines de la investigación penal, no por ello las resoluciones judiciales impugnadas resultarían enteramente acordes con la exigencia constitucional de proporcionalidad, pues, en la determinación acerca de si una medida restrictiva de los derechos fundamentales es o no constitucionalmente proporcionada se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida limitativa de que se trate, todo ello, como es obvio, con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo de la misma más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto.

En este sentido, y a la vista de su contenido dispositivo, es evidente que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte a «el tiempo desde que (el recurrente) lo pudiera ser (consumidor)» -lo que, en puridad, abarca toda su vida-, como al requerir que dicho informe comprenda el consumo «de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes» -y no sólo el de cocaína, que es la única sustancia que se sospecha pudo haber recibido como dádiva en el delito de cohecho que le es imputado-, incurren en una notoria desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción, razón por la cual dicha medida se revela, en este punto, lesiva del derecho a la intimidad del demandante de amparo.

D) Esta última consideración habría de ocasionar la nulidad parcial de las resoluciones impugnadas -con reposición de las actuaciones para que por el órgano de instancia se dictase una nueva resolución cuyo concreto alcance temporal y material no resultase lesivo del derecho a la

intimidad del recurrente-, si no fuera porque, como se ha analizado en el apartado B) de este mismo fundamento jurídico, la medida acordada por las decisiones judiciales recurridas, de ser llevada a la práctica, vulneraría los derechos del recurrente a la integridad física y a la intimidad, razón por la cual hemos de estimar plenamente el presente recurso y anularlas en su integridad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo interpuesto por don Jesús Belluga López, y, en consecuencia:

1. Declarar los derechos del recurrente a la integridad física (art. 15 C.E.) y a la intimidad personal (art. 18.1. C.E.).
2. Restablecer los derechos vulnerados mediante la anulación del Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar (Almería), de 9 de febrero de 1996, y, en consecuencia, también de los del mismo Juzgado y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, de 20 de febrero y 28 de marzo de 1996, respectivamente, que vinieron a confirmarlo en vía de recurso, y reconocer el derecho del recurrente a no someterse a la intervención corporal objeto del presente recurso de amparo.

21.54/1996 del 26 de Marzo de 1994. Ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida. Extracto: “La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial

habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del Art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, pues, hemos de concluir en que los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida”.

Sentencia TC 54/1996, de 26 de marzo.

RA 79/1995.

BOE 102, de 27 de abril

[Nota: Se reproduce parcialmente el texto de la sentencia]

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Javier Delgado Barrio, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 79/1995, interpuesto por don José Antonio de la Hoz Uranga, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lydia Leiva Cavero bajo la dirección de la Letrada doña Carmen Lamarca Pérez, contra las Sentencias dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Nacional el 3 de febrero de 1994, y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 17 de noviembre de 1994. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

2. La demanda, en síntesis, se basa en los siguientes hechos:

a) El día 20 de mayo de 1987, se incoaron por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 diligencias previas núm. 108/1987, por el delito de detención ilegal de don Andrés Gutiérrez, que finalmente fueron sobreseídas provisionalmente y archivadas por Auto de 28 de junio de 1990, al no poderse establecer la autoría de los hechos.

b) En las mismas fechas y por el mismo Juzgado se incoaron diligencias previas núm. 106/1987, en relación con las actuaciones realizadas en las diversas escuchas telefónicas, acordadas por la detención ilegal del señor Gutiérrez.

c) El día 13 de enero de 1989 el demandante fue citado a declarar en las diligencias previas 154/1989, incoadas en relación con el secuestro del señor Revilla. Nuevamente es llamado a declarar el 7 de mayo de 1990, en el que se le interrogó en relación con la detención del referido señor Gutiérrez.

d) De las referidas diligencias 154/1989 se deduce testimonio y se incoan las diligencias previas núm. 150/1990, contra el actor por presunto delito de colaboración con banda armada en relación al secuestro del señor Gutiérrez. En tales diligencias se autorizó una intervención telefónica desde el 7 al 14 de febrero de 1991. Las referidas diligencias previas se transformaron posteriormente en sumario 29/1990 por Auto de 29 de noviembre de 1991.

Finalizada la fase sumarial, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular dirigieron escrito de acusación contra el demandante imputándole la comisión de un delito de detención ilegal (arts. 480 y 481 del Código Penal), agravado en atención a lo dispuesto en el art. 57 bis a), por tratarse de delito cometido por banda armada o terrorista.

Emplazada su defensa el 6 de octubre de 1992 para que articulase la calificación provisional de los hechos, el 23 de noviembre del mismo año planteó ante la Sala artículo de previo pronunciamiento de declinatoria de jurisdicción, por entender que la Audiencia Nacional no era competente para el conocimiento del asunto. Según afirma la demanda, consciente de que la citada cuestión previa había sido presentada fuera de plazo, el actor intentó justificar tal extremo con base a la notable extensión del sumario y a la reciente notificación de un informe pericial, lo que hacía insuficiente el plazo de tres días previsto por el art. 667 de la LECrim.

e) Por providencia de 27 de noviembre de 1992, la Sala admitió este incidente, según dice el actor, «para no restringir el derecho de defensa del procesado» y, a partir de ese momento lo tramitó y resolvió en sentido desestimatorio mediante Auto de 4 de febrero de 1993, sin que durante su sustanciación de las partes acusadoras opusieran nada respecto a la extemporaneidad de la pretensión. Contra el citado auto, el demandante presentó escrito ante la Audiencia Nacional anunciando su intención de recurrir en casación y la Sala, por medio de nuevo Auto de 18 de febrero de 1993, resolvió que por haber incurrido con la admisión del citado artículo de previo pronunciamiento en un defecto procesal causante de nulidad, se diese traslado a las partes por si procede decretar la misma. Por Auto de 4 de mayo de 1994 se acordó la nulidad de lo actuado contra la que se interpuso recurso de amparo, que fue inadmitido por providencia de la Sala Segunda de 25 de octubre de 1993.

f) Celebrada la correspondiente vista oral, la defensa solicitó la nulidad de la prueba de escuchas telefónicas, en cuanto obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

g) El día 3 de febrero de 1994, la Sección Primera de la Audiencia Nacional dictó Sentencia condenando al demandante a la pena de ocho años y un día de prisión mayor, accesorias, costas e indemnización como cómplice de un delito de detención ilegal, bajo rescate y con duración de más de quince días.

h) Interpuesto recurso de casación por vulneración de la presunción de inocencia y error de hecho en la apreciación de las pruebas, por infracción de ley del art. 849.1.º LECrim y por quebrantamiento de forma, fue desestimado por Sentencia de la Sala Segunda de 17 de noviembre de 1994.

3. En la demanda de amparo se denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE. El origen de esta infracción estaría en que la circunstancia de haberse tramitado la causa en un sumario distinto, al incoado por el mismo hecho,

lo que, en opinión del recurrente, infringe lo dispuesto en el art. 300 LECrim y supone una infracción no subsanable de las normas esenciales de procedimiento que genera la nulidad de pleno derecho a tenor de lo establecido en el art. 238.3 LOPJ, al haberse producido indefensión.

En segundo lugar, se estima infringido el mismo derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, el derecho a la presunción de inocencia así como al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), debido a la utilización como prueba de cargo de la observación telefónica, prueba que se considera ilícita por múltiples razones: por incumplir el requisito de motivación, al tratarse de un simple modelo estereotipado, por faltar el correspondiente control judicial, pues no se determina el período temporal de la misma, por la entrega al Juzgado de copias y no de cintas originales lo que impide que haya constancia de que el contenido de ambas sea inédito, por la selección y transcripción de conversaciones por la policía sin intervención judicial y sin audiencia de las partes, y por la falta de aportación a los autos de otras grabaciones realizadas por los mismos hechos. Asimismo, se estima infringido tales derechos constitucionales debido a la nulidad de la prueba pericial de identificación de la voz que fue realizada sobre la intervención telefónica, que se sostiene en la medida que todas las pruebas se practicaron sobre las copias y no sobre las cintas originales, en las que pudo existir algún tipo de manipulación.

En tercer lugar, se invoca la infracción del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, por la inexistencia de pruebas de cargo válidas, pues, aparte de las escuchas telefónicas nulas, de las declaraciones testimoniales prestadas no se deduce la intervención en los hechos del actor. También se citan como infringidos los principios de oralidad e inmediación por no haberse concedido valor a determinados extremos de las declaraciones de los testigos prestadas en el plenario.

En cuarto lugar, se aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia por haber declarado las sentencias impugnadas que la detención ilegal fue realizada por la organización ETA, cuando la causa incoada por tal hecho fue sobreseída y archivada y porque la única prueba de cargo no fue ratificada en el plenario respetando los principios de inmediación y de oralidad, y además, se afirma que ninguna de las pruebas practicadas, que expone en su escrito, permite deducir la participación del actor en los hechos. Se afirma, igualmente, que tampoco puede tomarse en consideración el Informe emitido por el Servicio Central de la Policía Científica, al no estar debidamente ratificado en autos, y al no haberse practicado por dos peritos como requiere expresamente la legislación vigente.

Asimismo se fundamenta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a las garantías penales en que el actor fue condenado como cómplice de un delito de detención ilegal, y no por el de colaboración con bandas armadas, en virtud de lo previsto en el art. 68 CP lo que infringe el principio in dubio pro reo. Y también se estima infringido tal derecho por la falta de motivación en la aplicación del principio de especialidad, pues, en todo caso, el Tribunal siempre debe interpretar el art. 68 CP en favor del reo.

La queja constitucional también se basa en la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por cuanto entre la producción de los hechos y el inicio de la tramitación de la causa transcurrieron casi cinco años y las pruebas de cargo utilizadas existían en el momento de la consumación de los hechos.

Por otra parte se invoca la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pues se afirma que las decisiones impugnadas se apartan de las dictadas en casos sustancialmente similares, sin que existan causas que lo justifiquen ni se expresen las razones o el fundamento de tal disparidad, y se cita como término de comparación la postura del Tribunal Supremo en relación a los casos Reizabal, Elosua y Arratibel, que son tratados jurídicamente de diferente manera.

Finalmente, se denuncia la infracción de los derechos y garantías derivados del principio de legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE, por cuanto la conducta de mediación no puede ser considerada delictiva en un sistema penal como el que consagra el Estado de Derecho. Se argumenta al respecto que el intermediario es ajeno a las partes implicadas, «su actuación no está encaminada a favorecer el hecho delictivo en que se interviene», y además es designado libremente por los familiares de la víctima, sin favorecer a los secuestradores y es un mero instrumento de comunicación entre las partes, por lo que su conducta es penalmente atípica. (...)

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra las sentencias recaídas en proceso penal seguido contra el recurrente de amparo por delitos de detención ilegal y colaboración de banda armada, dictadas, respectivamente, por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, el 3 de febrero de 1994 y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 17 de noviembre de 1994. A ambas resoluciones judiciales el demandante de amparo les imputa la vulneración de una pluralidad de derechos fundamentales como lo son, en concreto, del derecho a la igualdad, al Juez natural predeterminado en la ley, a la tutela judicial efectiva, de defensa, a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia, reconocidos en los arts. 14, 18.3, 24.1 y 2 y 25.1 CE. (...)

4. Resta por examinar la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, infracción que se anuda con la supuesta invalidez e ilicitud de la intervención telefónica llevada a cabo respecto a uno de los testigos del proceso, representante de la familia de la víctima del secuestro, mediante la cual se obtuvo la prueba de cargo sobre la que se fundamenta, al menos en parte, el pronunciamiento condenatorio dictado respecto al recurrente.

Se aduce en la demanda de amparo que el fundamental material probatorio incriminatorio manejado por los órganos judiciales fue el obtenido mediante la observación telefónica practicada en los teléfonos de una oficina a través de los cuales se producían los contactos y negociaciones para lograr la libertad del secuestrado y de las que se deduce la intervención del actor en la actividad de mediación entre la banda armada y la familia de la víctima. Pero, según sostiene el recurrente, tal medio probatorio no debió ser utilizado ni valorado por los órganos judiciales, y ello como consecuencia del conjunto de irregularidades cometidas en su práctica que determinan que se haya obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE por lo que ha de ser nula su eficacia conforme señala el art. 11.1 LOPJ.

5. Para poder analizar la existencia de la lesión constitucional en la práctica de la prueba de intervención telefónica cuya ilicitud se denuncia, debemos recordar la forma en que se llevó a cabo tal diligencia de investigación.

Como consecuencia del secuestro realizado el día 19 de mayo de 1987 por la banda armada ETA se ordenó, por parte del Ministerio del Interior y con fundamento en el art. 17 de la LO 9/1984, la intervención de dos teléfonos, correspondientes a la oficina de una empresa con sede en Bilbao.

Tras recibir el oficio del Ministerio interesando la continuación de la medida, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó Auto el día 15 de junio de 1987 en el que, tras exponer la solicitud formulada, se decía en sus razonamientos jurídicos que «se estima procedente acceder a la observación telefónica solicitada, por estimar las razones dadas fundamento bastante para la adopción de la medida acordada, en cuanto permite la mejor y más amplia investigación de los hechos que se trata de depurar y disponer la intervención de las conversaciones telefónicas hasta el día 12 de agosto de 1987», añadiendo «debiéndose guardar grabación íntegra de las mismas que se remitirán a este Juzgado con nota de las conversaciones más trascendentes». Según se afirma en la sentencia de la Audiencia Nacional, no consta en autos el oficio comunicando la terminación de la medida, ni tampoco que se aportaran al Juzgado las cintas originales con las grabaciones efectuadas, sino tan sólo copia de las mismas, conteniendo una selección de las conversaciones interceptadas realizadas por los agentes que practicaron la prueba.

Una vez relatada la forma en que se llevó a cabo la intervención telefónica cuestionada, debemos dilucidar si las diferentes irregularidades denunciadas por el recurrente han de determinar su inconstitucionalidad, y en consecuencia la prohibición de valoración de la prueba así obtenida.

6. En la sentencia de la Audiencia Nacional, tras recordar el marco legislativo en el que se acordó tal medida, la LO 9/1984 y la jurisprudencia aplicable al caso se examina la pretensión de su nulidad solicitada por la representación del demandante. Respecto a la primera de las aducidas irregularidades, consistente en la ausencia de motivación del auto que autorizó la intervención telefónica, la Sala razona, en síntesis, que tal defecto argumental no es determinante de la nulidad de la prueba «porque eran obvias y evidentes las razones fácticas que justificaban la intervención de un teléfono destinado a conferenciar con los emisarios de los secuestradores» y porque «en el oficio de petición de la intervención se explicitaban las razones y la norma que autorizaba la

observación telefónica», razones a las que se remitía el auto impugnado, y que, según la Sala «eran bastantes».

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación en el que se reiteraba el planteamiento de este defecto formal, tras destacar diversos extremos, refiere en su sentencia que, «en principio», no se advierte la lesión constitucional ni indefensión para el recurrente derivada de la prueba, si bien, razona posteriormente, que, con independencia de los datos suministrados con la intervención telefónica, el Tribunal de instancia ha dispuesto de otros medios probatorios para formar su convicción. Esto es, sin entrar a declarar formalmente la nulidad de la prueba, que «en principio» considera válida, prescinde de la misma y de su valoración, y acude a los restantes medios y elementos probatorios obrantes en la causa para considerar enervada la presunción constitucional de inocencia.

7. Para resolver si la motivación del auto analizada que autorizó la intervención telefónica cumple el canon constitucional de proporcionalidad y si es respetuoso con las garantías constitucionales a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, debemos recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la exigencia de motivación en aquellas resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de un derecho fundamental.

Desde las primeras sentencias este Tribunal ha venido declarando que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó. La motivación no es sólo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos (STC 26/1981), y en este mismo sentido, afirmamos que toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que las razones justificativas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado. En esta línea, hemos venido reiterando que la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992, 13/1994), y que ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas (STC 128/1995). Asimismo cabe traer a colación la STC 85/1994, dictada en relación con un supuesto de intervenciones telefónicas, en la que recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -casos Klass y Malone- ha venido exigiendo una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas a un particular. Conforme a tales exigencias del TEDH este Tribunal declaró que, siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad, y en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989) que requiere tanto una específica gravedad de la infracción punible o relevancia social de su bien jurídico para justificar la naturaleza de la medida, como la observancia de las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada con respeto en su realización a los requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (ATC 344/1990). Y la necesidad de motivación resulta necesaria porque sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece. Pues corresponde al Juez llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar si a la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido (SSTC 160/1994, 50/1995), ya que la motivación es la única vía de comprobación de que se ha llevado a cabo la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de la excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones. En esta misma línea, en la reciente STC 181/1995, reiterábamos la anterior doctrina acerca de la necesaria observancia del deber de motivación de aquellas resoluciones en que se acuerde la intervención telefónica, y declarábamos la nulidad de una observación telefónica practicada sin la garantía de una autorización judicial específica y razonada (fundamentos jurídicos 5.º y 6.º) en la que se expusieran las razones que aconsejaban la medida y su necesidad.

8. Pues bien, aplicando la anterior doctrina expuesta al supuesto ahora examinado, debemos concluir acerca de la ausencia de motivación de la resolución judicial habilitante de la intervención

telefónica. En efecto, en ésta no se recogen ni las personas afectadas con la intervención (fácilmente determinables en este caso), ni se determina el hecho punible investigado, ni tampoco se explicitan las razones que determinaron la adopción de tal medida, ni tampoco cuál era la finalidad perseguida con mandamiento judicial.

Únicamente se expresaba en la resolución que ahora examinamos los números de teléfonos intervenidos y como causa para la autorización, la comunicación remitida por el Ministerio del Interior, a cuyas razones se refiere por remisión, como fundamento «bastante» para acordar la medida, añadiendo que así se «permite la mejor y más amplia investigación de los hechos». Tal motivación, genérica y lacónica del auto analizado no cumple el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigible, pues sus vagas referencias se limitan, como queda expuesto, a la determinación de los números objeto de la intervención, y a remitirse a la solicitud del Ministerio del Interior, a la que se accede en su integridad; no contiene, sin embargo, ninguna alusión a las personas investigadas, a la especial gravedad o significación social del delito objeto de investigación penal y tampoco se expone el razonamiento sobre la necesidad o imprescindibilidad de la adopción de tal medida para el desarrollo de la investigación, que hubiera justificado la intervención de las comunicaciones. La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, pues, hemos de concluir en que los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida.

9. Con lo dicho no puede finalizar aquí, sin embargo, nuestro examen, pues hemos de determinar, en segundo lugar, si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o inmediatamente de la misma, de las que pueda deducirse la participación del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el pronunciamiento condenatorio. No se trata, por tanto, de revisar la valoración de la prueba de los órganos judiciales, sino de comprobar si ha existido prueba de cargo, que, realizada en forma legal y con las garantías exigibles en el acto de la vista, permitan desvirtuar la presunción de inocencia.

Pues bien, en el caso de autos, el propio Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación afirma que el Tribunal de instancia dispuso de otros medios probatorios de signo incriminatorio que fundamentaron su convicción sobre el relato de hechos probados como se deduce del Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de instancia.

Como se desprende del contenido de ambas resoluciones judiciales, este material probatorio consistió en determinadas declaraciones sumariales prestadas por la víctima, por el representante de la familia y por los agentes de la policía encargados del caso, en cierta documentación bancaria y en prueba pericial practicada sobre unos documentos suscritos por la organización terrorista. De estos elementos probatorios, cabe excluir, por su inmediata relación con la intervención telefónica inconstitucional, las declaraciones prestadas ante el Juez Instructor por el interlocutor designado por la familia de la víctima, señor Guerra Pascual, sobre el contenido de las conversaciones telefónicas, y las manifestaciones de los Agentes de la Policía, que relatan el seguimiento que efectuaron a la víctima, del que resulta identificado el actor.

A) En efecto, el primero de los interrogatorios del citado testigo versó, esencialmente, sobre las conversaciones telefónicas mantenidas con el intermediario de la organización terrorista y, en un momento dado, por acuerdo del Juez Instructor se procede a dar audición completa de las grabaciones de las conversaciones mantenidas desde el teléfono intervenido, procediendo el declarante a la identificación de las diferentes voces registradas. Por lo tanto, tal manifestación sumarial, en la medida en que trató sobre ciertos hechos y datos obtenidos mediante una prueba de valoración prohibida, no puede ser tomada en consideración para fundamentar una sentencia de condena.

B) Asimismo, cabe rechazar, por tener su origen indirecto en las conversaciones telefónicas, las declaraciones de los agentes de la policía que manifiestan que hicieron un seguimiento al anterior

testigo y que a través del mismo pudieron observar la entrevista que éste mantenía con otro individuo que, posteriormente identificado, resultó ser el recurrente en amparo. En efecto, dicha exclusión se justifica si se repara en que las escuchas telefónicas practicadas con infracción del art. 18.3 CE fueron el medio por el que tales agentes pudieron saber que el intermediario de la familia del secuestrado iba a desplazarse a San Sebastián a fin de mantener una entrevista con el interlocutor de la banda terrorista en la que se iban a ultimar las condiciones del rescate.

De este material probatorio, a su vez, debemos excluir, por no incidir directa ni indirectamente en la participación en los hechos del recurrente, la prueba testifical de la víctima, su esposa y la empleada de hogar, por cuanto se limitan a relatar la forma en que se llevó a cabo el secuestro y las circunstancias del mismo y, por la misma falta de trascendencia, a los efectos debatidos, debemos descartar la prueba pericial que se refería a la autenticidad de los documentos en que la organización terrorista certificaba el pago del rescate, pero sin relación alguna con la participación del actor en la acción delictiva.

C) Ello no obstante, resta como prueba de la culpabilidad del recurrente las declaraciones sumariales prestadas por el testigo que actuó como intermediario de la familia, en la parte no afectada por la prueba prohibida, que explica que mantuvo una entrevista en una cafetería del casco viejo de San Sebastián, en la que habló sobre el secuestro y el pago del rescate, así como las propias declaraciones del acusado reconociendo una entrevista con tal testigo. En su declaración sumarial, este último explica «que la persona con la que había mantenido varias conversaciones telefónicas en el último período del secuestro, fue la misma con la que se entrevistó, en vísperas de la liberación del secuestrado, en la cafetería de San Sebastián, donde quedaron precisados definitivamente los términos de la liberación del secuestrado».

Ante la divergencia existente entre lo manifestado en el juicio oral por el referido testigo -acerca de la intervención de varios intermediarios en la negociación del precio del rescate- y lo declarado en la fase sumarial -en que sostuvo que la negociación tuvo lugar con un solo intermediario-, el Presidente de la Sala dispuso que se diera lectura a tal declaración prestada ante el instructor. Una vez leída por el Secretario, y a instancias del Presidente, contestó acerca de las contradicciones existentes en el sentido de que «si antes no se refirió a que hubiera distintos interlocutores fue por los nervios». Así las cosas, podemos afirmar que en la práctica de esta prueba se han respetado los principios de contradicción y defensa, pues la declaración sumarial fue incorporada al juicio oral a través de su lectura, momento en que las partes, a través de la Presidencia, pudieron formular las preguntas que consideraron pertinentes para su defensa, formándose el Tribunal un juicio acerca de la verosimilitud de tales declaraciones que, al ser inherente al principio de inmediación judicial, tan sólo al Tribunal de instancia (y nunca a este Tribunal) corresponde valorar.

Por otra parte, el ahora recurrente reconoció en su declaración indagatoria, que se reprodujo en el juicio oral, la entrevista con el testigo a fin, según afirma, de «cerciorarse del lugar y precio del rescate».

En definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida. El Tribunal Supremo, considera de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado.

10. Así, pues, ningún reproche de inconstitucionalidad puede merecer la sentencia de casación en todo lo referente a la vulneración de la presunción de inocencia, toda vez que, comprobada la existencia de prueba de cargo suficiente para justificar una sentencia de condena, es claro que tanto el Tribunal de instancia como el Tribunal Supremo ninguna vulneración del art. 24.2 han cometido en sus resoluciones impugnadas.

Lo anterior no empece, ello no obstante, a que hayamos podido constatar, como así declaramos, la violación por el Juzgado Central de Instrucción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas previsto en el art. 18.3 CE, si bien dicha infracción, tal y como se ha afirmado, ninguna repercusión ha producido en el derecho a la presunción de inocencia, por lo que, por sí sola, en modo alguno, puede justificar la anulación por este Tribunal de las resoluciones impugnadas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,
Ha decidido

Otorgar parcialmente el presente recurso de amparo y, en su virtud,

- 1.º Declarar que fue violado el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones.
- 2.º Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

22.8/2000 del 17 de Enero del 2000. Falta de motivación de la resolución judicial que autoriza el allanamiento. Extracto: “Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el Art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente ha de partirse de que ninguna entrada o registro podrá

hacerse en él domicilio sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho, que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma”.

STC 8/2000, de 17 de enero de 2000

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 3507/96, promovido por don José Miguel Castelló Pérez de León, bajo la representación procesal del Procurador de los Tribunales don Manuel Infante Sánchez y asistido por el Letrado don José E. López Gutiérrez, contra el Auto de inadmisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1996, y contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 29 de diciembre de 1995, dictada en proceso seguido por delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 27 de septiembre de 1996, don José Miguel Castelló Pérez de León interpuso el recurso de amparo del que se ha hecho mención en el encabezamiento. Los hechos en los que se basa la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Como consecuencia de los seguimientos realizados a personas objeto de una investigación que culminó en otro procedimiento diferente, se pidió por la policía judicial autorización para entrar en el domicilio familiar del recurrente, así como en el de una mujer con la que de hecho éste convivía, según quedó acreditado en el proceso. Obtenidos los oportunos mandamientos, se realizaron los registros. En el de la primera vivienda no se encontró nada, pero en el de la mujer, que se llevó a cabo en presencia de dos testigos, se hallaron diversas cantidades de droga y de dinero.

b) Elevados los autos por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla a la Audiencia Provincial de esta misma capital, y seguido el oportuno procedimiento, se dictó Sentencia, el día 29 de diciembre de 1995, en la que se condenó al ahora demandante de amparo, como autor de un delito contra la salud pública, a la pena de ocho años y un día de prisión mayor y multa de ciento y un millones de pesetas.

c) El condenado interpuso recurso de casación por infracción de ley, que fue inadmitido por Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1996.

d) Tanto ante la Audiencia Provincial como ante el Tribunal Supremo, alegó el recurrente, entre otros extremos, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio porque el Auto que autorizó la entrada carecía de fundamentación y porque el registro se realizó sin la presencia del Secretario judicial. Respecto de la primera cuestión, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo consideran que, efectivamente, el Auto que autorizó la entrada en el domicilio carece de la motivación suficiente; señalan, sin embargo, que según la jurisprudencia más reciente, este tipo de Autos pueden integrarse en su fundamentación por vía de su remisión al oficio policial mediante el que se solicite la correspondiente autorización judicial, y que la nulidad del registro sólo puede decretarse cuando la decisión carece realmente de apoyo en sospechas fundadas. En el caso concreto, los órganos judiciales estiman que se han respetado la exigencias de motivación y proporcionalidad.

2. Contra las mencionadas resoluciones se interpone recurso de amparo. Reitera el quejoso en su demanda la denuncia de la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); critica la falta de motivación del Auto de entrada y registro, así como la doctrina según la cual es posible integrar éste con el oficio policial, señalando, además, que el Auto carece de argumentos que justifiquen la medida adoptada. Por ello, procede la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

3. Mediante providencia de 22 de enero de 1997, la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se acordó requerir a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Séptima) y al Juzgado de Instrucción núm. 11 de esa capital para que remitieran, respectivamente, en el plazo de diez días, testimonio de las actuaciones relativas al recurso de casación núm. 543/96, rollo núm. 54/93 y sumario núm. 3/93, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en el recurso de amparo.

4. El 6 de febrero de 1997 se registró un escrito de la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla en el que comunica que el sumario requerido había sido remitido a la Audiencia Provincial para la ejecutoria 88/96. El siguiente día 7 se recibió el testimonio remitido por el Tribunal Supremo y el día 27, el escrito de la Audiencia Provincial, al que se acompaña el

testimonio solicitado y en el que se significa que han sido emplazados tanto el Ministerio Fiscal como la que también fue acusada y resultó absuelta.

5. Mediante providencia de 21 de abril de 1997, la Sección Segunda acordó tener por recibidos los testimonios de las referidas actuaciones y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que, en el plazo común de veinte días, formularan las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. El 20 de mayo de 1997 se recibió el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. En él se llama la atención, en primer lugar, sobre el hecho de que el recurrente en amparo invoque su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y no alegue nada sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) ni a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en lo que afecta al derecho de acceso a los recursos. Considera el Ministerio Público, en todo caso, que no asiste la razón al recurrente, pues si bien es cierto que la motivación del Auto que autorizó la entrada en el domicilio resulta en sí misma insuficiente, tal resolución debe considerarse complementada por la exposición que se contiene en el oficio de la policía judicial que solicitó del Instructor el mandamiento de entrada y registro. De acuerdo con ello, basta con la lectura de la Sentencia de instancia y del Auto del Tribunal Supremo para concluir que es acertado el criterio seguido por ambos órganos judiciales al considerar suplidas las deficiencias de la resolución judicial por la exposición de la policía respecto a las razones que fundaron la solicitud que motivó el subsiguiente Auto de entrada y registro. Se remite el Ministerio Fiscal, en concreto, a una providencia de este Tribunal, de 25 de mayo de 1995, dictada en el recurso de amparo 3981/94.

Por lo que a la proporcionalidad de la medida se refiere, considera el Fiscal que si la misma debe valorarse en función de la naturaleza de los hechos investigados y del resultado a que condujo la diligencia, resulta suficiente la lectura de los hechos probados de la Sentencia de condena para comprobar que la medida fue indispensable, eficaz y manifiestamente proporcionada. A la misma conclusión se llega si para valorar este extremo debe tenerse en cuenta la motivación que determinó a la policía judicial a solicitar la diligencia, pues se había recibido una llamada anónima que denunciaba el hecho, existiendo además coincidencia respecto del lugar y del suceso con el resultado de otras investigaciones previas y paralelas. Tras remitirse a la STC 207/1996, concluye el Fiscal que queda fuera de toda duda que el registro era medida rigurosamente idónea para el descubrimiento inmediato de los hechos denunciados; incontestable es también su necesidad, en cuanto que la diligencia se muestra como medio ineludible y, por otra parte, no puede tampoco dudarse de su ponderación y equilibrio, atendidas la naturaleza y gravedad del suceso a investigar. Por todo ello, solicita el Fiscal de este Tribunal que dicte Sentencia desestimatoria del recurso de amparo.

7. En el plazo conferido no se recibió el escrito de alegaciones del recurrente en amparo. Por diligencia de 3 de junio de 1997, se hace contar que mediante llamada telefónica al Procurador Sr. Cuevas Villamañán, manifiesta éste que no ha formulado alegaciones.

8. El siguiente 8 de julio se registró un escrito del Procurador don Manuel Infante Sánchez en el que manifiesta que, habiéndose jubilado el Procurador don Tomás Cuevas Villamañán, que ostentaba la representación del recurrente en amparo, adjunto presenta escrito de designación por el que se le otorga la representación, señalándose que no ha procedido a otorgar poder por estar su representado cumpliendo condena en el centro penitenciario "Sevilla 2".

9. Mediante providencia de 21 de julio de 1997, la Sección tuvo por recibido el mencionado escrito y acordó no haber lugar a lo interesado porque el art. 81.1 LOTC exige la representación por Procurador, que debe ser acreditada notarialmente, ya que el apoderamiento *apud acta* que regula el art. 281.3 LOPJ sólo puede otorgarse ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer el asunto. Por ello, se acuerda otorgar un plazo de diez días, que podrá ampliarse teniendo en cuenta la situación de internamiento del actor, para que se aporte poder notarial o, en caso de no disponer de medios económicos, instar la designación de Procurador de oficio a este

Tribunal, acreditando haber gozado de asistencia jurídica gratuita en la instancia y la renuncia de su Letrado a percibir honorarios hecha ante su Colegio y debidamente sellada por éste. Se señalaba, asimismo, que de encontrarse en la situación de insolvencia sobrevenida con posterioridad, deberá instar el nombramiento directamente al Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados de Madrid y acreditar ante este Tribunal haberlo verificado.

10. Por nuevo proveído de 13 de octubre de 1997 la Sección acordó, dado el tiempo transcurrido sin que se hubiera cumplimentado el requerimiento anterior, conceder un último y definitivo plazo de diez días para proceder a ello.

11. El día 23 siguiente, se recibió un escrito del Procurador don Manuel Infante Sánchez, al que se une poder notarial que acredita la representación que ostenta de don José Miguel Castelló Pérez de León.

12. Por providencia de 3 de noviembre de 1997 se tiene por recibido el anterior escrito del Procurador Sr. Infante Sánchez, a quien se tiene por personado en nombre y representación del recurrente en amparo.

13. Por diligencia de 6 de julio de 1998, se hace constar que mediante llamada telefónica, en el día de la fecha, al Procurador Sr. Infante Sánchez, el mismo ratifica que en el presente procedimiento no ha formulado las alegaciones del art. 52 LOTC dentro del plazo concedido al efecto.

14. Por providencia de 14 de enero de 2000, se señaló para deliberación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año, en que se inició el trámite, que ha finalizado en el día de la fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión sometida a consideración de este Tribunal en el presente recurso de amparo reside en la posible violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) al haberse verificado el registro del domicilio del recurrente sin que el Auto de autorización judicial haya exteriorizado los elementos que podrían avalar la proporcionalidad de la medida, y sin que, por tanto, pueda considerarse el Auto motivado y la medida proporcionada. A partir de la afirmación de la concurrencia de esta lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y sobre la base de lo dispuesto en el art. 11 LOPJ, fundamenta el recurrente no sólo la nulidad del registro, sino la de toda prueba que derive directa o indirectamente del mismo, solicitando, como consecuencia necesaria de todo ello, la nulidad de la Sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla y del Auto del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación.

Si bien, como señala el Ministerio Fiscal, la demanda de amparo no invoca formalmente la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la concurrencia de esta lesión habrá de ser analizada por este Tribunal, en caso de concluirse la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del recurrente, dado que la pretensión de infracción del derecho a la presunción de inocencia, de un lado, subyace a la solicitud de nulidad de las resoluciones dictadas por los Tribunales ordinarios, pues el efecto de nulidad pretendido sólo sería posible tras la afirmación de concurrencia de la lesión de este derecho, y, de otro, puede entenderse implícita en la afirmación de que la nulidad de la prueba obtenida en el registro arrastra "tanto a la realidad de las sustancias y efectos aprehendidos en dicho domicilio (prueba directamente obtenida en él) como a las declaraciones de los funcionarios que la practicaron, de la testigo que la presenciaron [*sic*], de los peritos que analizaron tales sustancias e incluso de las manifestaciones de los propios acusados que pudieran entenderse por el Tribunal como autoinculpatorias sobre dichos hallazgos", ya que

con ello se afirma la nulidad de toda la prueba de cargo que sustentó la condena del demandante de amparo.

2. Planteado así el tema, hay que comenzar señalando que el otorgamiento del amparo con el efecto de nulidad de las resoluciones solicitada, no es consecuencia necesaria y directa, como sostiene el quejoso, de la apreciación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Pues, como ha recordado este Tribunal recientemente (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4), la declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de derechos constitucionales.

De un lado, ha de tenerse presente que efectivamente la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Este Tribunal tiene afirmado que "la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales 'implica una ignorancia de las *garantías* propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)' (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y 107/1985, de 7 de octubre, FJ 2) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de *proceso justo* (T.E.D.H., caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de Derecho I, A) debe considerarse prohibida por la Constitución" (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2).

De otro lado, no puede olvidarse que "es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con 'el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo', puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4, 54/1996, de 26 de marzo, FJ 6, 81/1998, de 2 de abril, FJ 4)" (SSTC 166/1999, FJ 4, 171/1999, FJ 4). De manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas (SSTC 81/1998, FJ 4, 121/1998, de 15 de junio, FJ 6, 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio, 161/1999, de 27 de septiembre, y, como referencia última, la 239/1999, de 20 de diciembre), ya que las pruebas derivadas pueden ser constitucionalmente legítimas, si ellas no se han obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental; consecuencia de ello es que no pueda sostenerse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 81/1998, FJ 4).

La transferencia del carácter ilícito, de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho (STC 81/1998, FJ 4, 121/1998, FJ 5, 49/1999, FJ 14, 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6, 166/1999, FJ 4, 171/1999, FJ 4). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998, de 13 de julio, 49/1999, 166/1999, 171/1999).

3. Esta doctrina, elaborada en el marco del derecho al secreto de comunicaciones y aplicada, en principio, respecto de pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas, ha sido precisada y modalizada en su aplicación a las pruebas obtenidas en registros domiciliarios y, por tanto, en supuestos en los que el derecho sustantivo afectado es la inviolabilidad del domicilio. En este ámbito ha de partirse de que, al igual que el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es de los que definen el estatuto procesal básico de la persona "su más propio entorno jurídico, al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales"

(STC 94/1999, FJ 7.a). En virtud de las esenciales necesidades de tutela de este derecho, ha declarado este Tribunal que, afirmada la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el proceso de entrada y registro realizados, la ilicitud constitucional del registro impide valorar como prueba de cargo, en primer lugar, el acta donde se recoge el resultado del mismo y las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevan a cabo, pues tales pruebas "no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental"; en segundo lugar, tampoco las declaraciones de los demás testigos que hubieran asistido al registro pueden servir para incorporar al proceso lo hallado, pues "aunque no pudiera afirmarse que la actuación de éstos haya vulnerado, por sí, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, tampoco constituye una prueba derivada que, siquiera, desde una perspectiva intrínseca, pueda estimarse constitucionalmente lícita" ya que, en realidad, tales declaraciones no aportan al juicio un nuevo medio probatorio, obtenido a partir del conocimiento adquirido al llevar a cabo la entrada y registro, sino simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita, de forma que, "al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte" (STC 94/1999, FJ 8, en sentido similar STC 139/1999, FJ 4, STC 161/1999, FJ 2).

Sin embargo, ello no significa que lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio haya de tenerse por inexistente en la realidad, ni tampoco que lo hallado no pueda ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba (STC 161/1999, FJ 2). En particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, "es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria" (STC 161/1999, FJ 4). La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica -- derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, y asistencia letrada-- constituyen "un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima"; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la "espontaneidad y voluntariedad de la declaración", de forma que la "libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito ... [y] desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental" (STC 161/1999, FJ 4).

4. De conformidad con lo expuesto, nuestro examen ha de iniciarse por el análisis de la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, sólo en caso de verificación de defectos con relevancia constitucional en el marco de la lesión del derecho constitucional sustantivo, procedería examinar qué pruebas sustentaron la convicción del Tribunal para declarar los hechos probados y fundamentar la condena del recurrente y si a ellas les afecta la prohibición de valoración de pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales.

A tal efecto ha de partirse de los defectos atribuidos en la demanda de amparo a la resolución judicial que autorizó la medida de injerencia en la intimidad domiciliaria, en particular, la ausencia de motivación y proporcionalidad de dicha resolución.

La carencia de motivación se habría materializado en que el Auto de 19 de diciembre de 1990 utilizó un modelo impreso que no satisfaría las exigencias mínimas de motivación y que, a pesar de lo argumentado en la Sentencia de instancia y en el Auto del Tribunal Supremo, ni podría ser integrado con la solicitud policial, ni, aunque pudiera serlo, supliría las carencias de la resolución judicial, dado que también adolecería de la misma falta de exteriorización de los indicios de criminalidad que afectaría a ésta y cuya concurrencia podrían justificarla dado el art. 550 en relación con el art. 546, ambos de la LECrim. Por tanto, ni el Auto judicial ni la solicitud policial

exteriorizan la suficiente información que permite "realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida". Pues la alusión a "noticias confidenciales", aunque se consideren fidedignas, no podría fundar en este caso una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales. Por último, el Auto tampoco podría completarse con el "ulterior atestado policial", como hizo la Sentencia de primera instancia, pues, si bien, revela una mayor información, "no subsana la parquedad del oficio mismo que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada, y lo único ... que podrá estar llamado a integrar la resolución judicial".

Estos defectos han de ser examinados a la luz del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18.2 CE y de la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente ha de partirse de que "[n]inguna entrada o registro podrá hacerse en él [domicilio] sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". De manera que en ausencia de consentimiento del titular del domicilio y de flagrante delito, el registro sólo es constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial. Esta resolución judicial de autorización de entrada y registro constituye un mecanismo de orden preventivo para la protección del derecho (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8), que sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (STC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2, 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en el mismo sentido SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31, 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34, 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10).

A este respecto, ha de señalarse que "no se da garantía alguna cuando la resolución, aún de órgano judicial, se produce con un mero automatismo formal" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 31, 137/1985, de 17 de octubre, FJ 5, 126/1995, FJ 3, 139/1999, FJ 2), pues la autorización judicial "vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ... sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental" (STC 50/1995, FJ 5). Por tanto, la exigencia de motivación de la autorización judicial constituye la vía de verificación de la existencia de la ponderación judicial requerida como "garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental" (STC 171/1999, FJ 10).

Consecuencia de todo ello es que la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998, FJ 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, FJ 10). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida --la investigación del delito-- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, FJ 8, 166/1999, FJ 8, 171/1999, FJ 10).

Como ha recordado recientemente este Tribunal recogiendo la doctrina de la STC 49/1999, "[l]a relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que ... no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que 'precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona' (STC 49/1999, FJ 8). Estas sospechas han de fundarse en 'datos fácticos o indicios', en 'buenas razones' o 'fuertes presunciones' (SSTEDH caso Klass, caso Ludi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en 'indicios de

obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa' (art. 579.1), o 'indicios de la responsabilidad criminal' (art. 579.2)" (STC 166/1999, FJ 8).

5. Si bien, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional que acaba de extractarse, el examen de la motivación de la resolución judicial que autoriza el registro puede tener mayor alcance, en el presente supuesto ha de ceñirse a la verificación de si dicha autorización judicial exteriorizó los extremos necesarios para entender que existía una conexión entre las personas afectadas por el registro y el delito investigado, dado que constituye el único defecto alegado. En dicho marco de análisis, se ha de comenzar por otorgar la razón al recurrente en cuanto a la relevancia constitucional del defecto de motivación alegado, por cuanto éste afectaría a un extremo esencial para la ponderación de la proporcionalidad de la medida. Ahora bien, la declaración de lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, requiere la constatación fáctica de que dicho defecto se ha producido.

A tal propósito es procedente recordar, en primer término, que, aún en la repudiable forma del impreso, una resolución puede estar motivada si, integrada con la solicitud a la que se remite, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4, 49/1999, FJ 10, 139/1999, FJ 2, 166/1999, FJ 7, 171/1999, FJ 6). De manera que el Auto que autoriza el registro, integrado con la solicitud policial, puede configurar una resolución ponderada e individualizada al caso. No cabe sostener que la exteriorización de los elementos necesarios, a los efectos del juicio de proporcionalidad de la medida, debe aparecer siempre en la resolución judicial aisladamente considerada.

Sin embargo, sí le asiste la razón al recurrente en cuanto a que sólo puede integrarse el Auto que autoriza la entrada y registro con los datos obrantes en la solicitud policial y no con las informaciones que aparezcan con posterioridad en el "ulterior atestado policial". En la ponderación de la proporcionalidad de la medida, el Juez que dicta la resolución sólo puede haber tenido en cuenta las informaciones conocidas, y a él transmitidas mediante el oficio policial u otros medios, en el momento en que la autorización judicial se le solicita y se acuerda (STC 49/1999, FJ 8); por tanto, en la revisión de la proporcionalidad de la medida este Tribunal no puede tomar en consideración ninguna circunstancia conocida con posterioridad al momento en que se adoptó la medida restrictiva del derecho fundamental.

6. El examen de la exteriorización de las circunstancias que pudieran avalar la conexión de las personas afectadas por el registro y la causa justificativa de la proporcionalidad del mismo se efectúa con más claridad recordando el Auto y la solicitud policial, ambos de 19 de diciembre de 1990.

a) El tenor literal del Auto citado es el siguiente:

"Por recibido el anterior oficio, únase con antelación formando diligencias ... y

RESULTANDO que la Jefatura Superior de Policía de esta Capital ha solicitado mediante el anterior despacho, se autorice la entrada y registro en el domicilio de Dña. Carmen García Rodríguez sito en calle Avda. Cruz del Campo, 33. 1º C. de esta capital, por sospechar que en el mismo pueden hallarse elementos en relación con tráfico de estupefacientes lo que se llevaría a efecto por Inspectores de la Brigada de Investigación.

CONSIDERANDO que de conformidad con lo prevenido en el Título VIII, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento criminal y ... S.Sª, por ante, el Secretario, dijo: Se decreta la entrada y registro en el domicilio de Dña. Carmen García Rodríguez sito en calle Avda. Cruz del Campo, 33. 1º C. de esta Capital, lo que se llevará a efecto en el día de hoy y con las prevenciones y requisitos de Ley por

los funcionarios de la Brigada de Investigación que sean designados por la Jefatura Superior de Policía,..."

b) La solicitud policial por su parte contiene el siguiente texto:

" Por noticias confidenciales recibidas en llamada telefónica anónima, en el día de la fecha, una voz femenina, ha comunicado, que en la Avda. de la Cruz Campo, en el Número 33, una mujer llamada CARMEN, vendía droga.

Realizadas las pertinentes gestiones, dicha persona, ha sido identificada como Carmen GARCÍA RODRÍGUEZ nacida en Aroche (Huelva), el día 14-4-36 hija de José y Dolores, domiciliada en la Avenida de la Cruz del Campo número 33 B 1ºC de esta capital.

Por lo que se solicita de V.I., tenga a bien conceder el pertinente mandamiento de Entrada y Registro en el referido domicilio, a fin de comprobar el extremo referida en la mencionada llamada".

Pues bien, el examen de este Auto de 19 de diciembre de 1990 y de la solicitud policial de idéntica fecha, conjuntamente considerados, conduce a una conclusión negativa respecto de la motivación de la medida y, en consecuencia, respecto de su proporcionalidad. Una lectura global de ambos escritos solo aporta información sobre el fin que justifica la medida --la investigación de un posible delito de tráfico de estupefacientes--, sobre su alcance subjetivo --Carmen García Rodríguez como investigada--, espacial --domicilio de esta persona-- y temporal --en el día de la solicitud.

Los únicos datos aportados en la solicitud policial respecto de la relación entre la titular del domicilio y la investigación delictiva residen en las informaciones obtenidas de forma confidencial, respecto de las cuales el recurrente sostiene que su propio carácter confidencial las inhabilita para sustentar las sospechas. Sin embargo, la confidencialidad de las mismas, es decir, la falta de explicitación del origen de la fuente de información no tiene el efecto invalidante automático que el recurrente le atribuye, a los efectos del control de la existencia de exteriorización de datos objetivos o externos a la creencia subjetiva de quien solicita la medida, respecto de la conexión de la persona con el delito investigado. Pues, de un lado, la falta de especificación de la fuente de información puede deberse a razones de discreción que aconsejen proceder de modo no absolutamente explícito (SSTC 49/1999, FJ 10, 166/1999, FJ 8), y, de otro, pueden expresar de forma implícita que "el sustento de la sospecha en sí, tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías" que solicitan la medida (STC 166/1999, FJ 8). Por ello, en el caso de la reciente STC 166/1999 la existencia de noticias confidenciales fue ponderada por este Tribunal, junto a otros extremos, para entender que la autorización judicial de la medida --en aquel supuesto una intervención telefónica-- se había adoptado sobre la base de sospechas objetivas, que se sustentaban en un cúmulo de circunstancias de las que había constancia expresa en la resolución judicial integrada con la solicitud policial.

Ahora bien, el hecho de que el carácter confidencial de la fuente de información no invalide automáticamente la existencia objetiva de los hechos o circunstancias que constituyen el contenido de las informaciones que aportan, no significa paralelamente, que, en ausencia de cualquier otro dato, circunstancia o elemento de convicción que corrobore la existencia de la realización del delito investigado y la conexión de la persona investigada con el mismo, las "noticias confidenciales" puedan valorarse como elemento de convicción suficiente para sustentar las sospechas.

En el caso ahora examinado, las confidencias sólo aportaron la información de que "una mujer llamada CARMEN" vendía droga en la Avda. de la Cruz Campo número 33 de Sevilla. De dicha información se deduce que no se trataba de una investigación prospectiva sobre la comisión de un genérico tráfico de drogas, pero de las circunstancias expresadas sobre su comisión tampoco se infiere la suficiente singularidad e individualidad para considerarlo indicio de que "la sospecha manifestada por la fuerza policial es algo más que una mera conjetura" (STC 166/1999, FJ 8).

Aunque parece deducirse que la fuerza policial solicitante realizó alguna investigación con carácter previo a la solicitud de autorización, no parece que tuviera por objeto corroborar la existencia del delito, puesto que sólo arrojó como resultado la completa identificación de la persona objeto de sospechas. Además, de su corta duración --el mismo día en que se recibe la llamada que aporta las confidencias, se solicitó la autorización judicial para el registro-- no puede apreciarse un intento serio pero infructuoso de investigación de dicho extremo.

Por ello, en este caso, teniendo en cuenta el propio contenido de la información aportada confidencialmente, la ausencia de cualquier investigación para acreditar la veracidad de la existencia del delito conocido confidencialmente y la total carencia de cualquier otro dato capaz de acreditar la propia objetividad de las "noticias confidenciales", deben conducir a la conclusión de que la autorización judicial, ni por sí misma ni integrada con la solicitud policial, exteriorizó los extremos necesarios para considerar que existían sospechas y no meras conjeturas de la comisión de un delito y de la conexión de la persona investigada con el mismo.

Esta falta de motivación ocasiona la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a la ausencia de proporcionalidad del registro autorizado. La inexistencia de una previa investigación para cerciorarse de la verosimilitud de las imputaciones conocidas mediante las confidencias repercute en la falta de necesidad de la medida, dado que una previa investigación habría avalado la efectiva ponderación de la excepcionalidad de la medida restrictiva de derechos fundamentales y habría contribuido a sustentar, entonces, su carácter estrictamente necesario para alcanzar el fin pretendido.

7. La afirmación de la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio no conduce automáticamente a la anulación de las Sentencias impugnadas. Sin embargo, puede repercutir tanto en el derecho a un proceso con todas las garantías, si para dictar la Sentencia condenatoria se hubieran valorado pruebas aquejadas de la prohibición constitucional de valoración de toda la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, como en el derecho a la presunción de inocencia, en caso de que la necesaria exclusión de las pruebas afectadas por dicha prohibición constitucional condujera a negar que la condena se hubiera producido con base en prueba de cargo suficiente a los efectos de acreditar el hecho constitutivo de delito y la intervención del acusado en el mismo.

Para el examen de ambas cuestiones resulta necesario determinar si la Sentencia condenatoria utilizó como prueba de cargo la obtenida directamente mediante el registro, cuya ilicitud constitucional acaba de ser declarada, o aquéllas que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, al constituir materialización directa de la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, también resultan afectadas por la prohibición constitucional de valoración.

En este marco, ha de señalarse que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, en primer término, considera probado el hallazgo durante el registro del paquete que contenía los cuatro cilindros con la droga y las papelinas con polvo blanco. Se prueba por medio de las declaraciones de uno de los testigos y uno de los policías presentes en el mismo, y mediante la propia declaración de los procesados que "aun negando que conociesen su contenido y convirtiéndolo en un paquete de dulces, reconocieron que el paquete encontrado por la policía había llegado a su casa y había sido guardado ..." (fundamento jurídico 2).

En segundo lugar, el contenido del paquete y las papelinas --cocaína--, abierto ante la testigo del registro, se acreditó, según la Sentencia de la Audiencia, mediante "los análisis efectuados por el Servicio de Restricción de Estupefacientes del Ministerio de Sanidad y Consumo" (fundamento jurídico 3).

En tercer lugar, la disponibilidad de la droga por el recurrente se considera acreditada, de un lado, mediante las declaraciones de la coimputada Carmen García Rodríguez que siempre declaró que el citado paquete lo había recibido el recurrente Sr. Castelló estando en su casa de manos de una

persona llamada Pilar; de otro, a través de las declaraciones de idéntico sentido del Sr. Aristu prestadas en el Juzgado de guardia, persona presente en la vivienda el día del registro y el día en que la persona llamada Pilar llevó el paquete; además, a través de la carta (folios 272 y 273 del sumario) interceptada en prisión dirigida por el recurrente a la coimputada en la que afirmaba que "la mercancía" hallada en la casa era suya y que Carmen García quedaría en libertad tras el careo cuando el mismo dijera la verdad exculpándola; y, por último, en el reconocimiento de tales hechos por el propio recurrente durante el careo entre los dos coimputados (folio 87 del sumario) realizado en presencia del Juez de Instrucción (fundamento jurídico 4).

Consta en la propia Sentencia que todas las declaraciones que obraban en autos fueron leídas en los debates del juicio oral a petición de todas las partes y que, señalada la contradicción de sus declaraciones al recurrente ante el plenario, "se limitó a decir que era cierto su cambio de declaración ... pero que no era verdad lo dicho". Asimismo la Sentencia condenatoria exteriorizó un extenso razonamiento sobre la falta de credibilidad de la versión exculpatoria dada por el acusado, finalizando con la declaración de que el "tribunal se ha convencido de que la droga pertenecía a Castelló y que, dada la cantidad y que el mismo no es adicto a ella, el destino que pensaba darle no podía ser otro que su venta a terceros".

8. El contenido de esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla pone de manifiesto que en ella se valoró como prueba de cargo, aunque no el acta del registro, sí las declaraciones de un policía y un testigo presentes en el registro, a los efectos de considerar probado el resultado directo del registro, esto es el hallazgo del paquete y las papelinas. Dicha valoración pudiera vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, pues constituyen "la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental" (STC 94/1999, FJ 8) y han sido utilizadas frente a la víctima de dicha vulneración desequilibrando el proceso en su contra, (STC 94/1999, FJ 6). Aunque el recurrente no era el titular de la vivienda registrada, convivía en ella con quien sí lo era --la coimputada Carmen García Rodríguez.

Ahora bien, como se acaba de exponer, el hallazgo del paquete y las papelinas fue incorporado al proceso mediante las declaraciones, en el plenario y durante la instrucción, de la coimputada, que no varió su contenido en ningún momento, y a través de las propias declaraciones del acusado contenidas en la carta citada y expresadas ante el Juez de Instrucción durante la práctica del careo. Por tanto, haciendo abstracción de las declaraciones del testigo Sr. Aristu, que no las reiteró en el juicio oral al encontrarse en paradero desconocido, ha de examinarse si la prohibición constitucional de valoración de las pruebas obtenidas mediante la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha de hacerse extensible a estas pruebas, que en sí mismas no parecen adolecer de ninguna ilicitud constitucional, por no existir entre las pruebas iniciales y estas pruebas derivadas la conexión de antijuridicidad requerida a tal efecto (SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 139/1999, 161/1999, 166/1999, 171/1999).

9. Para abordar esta cuestión resulta pertinente recordar que este Tribunal ha declarado que "el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es en sí misma [*sic*] un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1989, de 30 de enero, FJ 6, y SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9; 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2; 63/1993, de 1 de marzo, FJ 5, y 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2, entre otras)" (STC 81/1998, FJ 5, en el mismo sentido SSTC 49/1999, FJ 14, 139/1999, FJ 5, 171/1999, FJ 15). Igualmente ha de señalarse que la apreciación de si el acervo probatorio restante, una vez efectuada la labor de depuración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, resulta suficiente para sustentar la condena, constituye también una tarea que corresponde en primer lugar a los Jueces y Tribunales ordinarios (STC 171/1999, FJ 15).

Consecuencia de esta doctrina es, como se ha proclamado en la STC 171/1999 (FJ 15), que "cuando los Tribunales ordinarios no han declarado la inexistencia de conexión de antijuridicidad (SSTC 49/1999, 139/1999 o por contraste con la 81/1998) o cuando han efectuado una valoración conjunta de toda la prueba (STC 49/1999) este Tribunal se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo ... y a anular las Sentencias condenatorias retrotrayendo las actuaciones para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de la conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitamente obtenidas y las restantes y sobre la suficiencia de éstas últimas para sustentar la condena". Sin embargo, cuando los Tribunales ordinarios se han pronunciado acerca de la inexistencia de conexión de antijuridicidad (SSTC 81/1998, 161/1999) o cuando de la lectura de la Sentencia deriva una inequívoca valoración individualizada de las pruebas restantes (STC 171/1999), el Tribunal Constitucional ha entrado a considerar la existencia o no de conexión de antijuridicidad y si finalmente las pruebas de cargo restantes son suficientes para enervar la presunción de inocencia.

10. Llegados a este punto la decisión sobre el camino a seguir en este caso no puede ser otra que la que condujo en la STC 171/1999 a la desestimación de la pretensión de la lesión del derecho a la presunción de inocencia, dadas las evidentes similitudes entre ambas. En efecto, ciertos datos evidencian las similitudes entre los dos casos.

Si bien los Tribunales ordinarios no se han pronunciado en el presente supuesto sobre la inexistencia de conexión de antijuridicidad entre las pruebas obtenidas en la práctica del registro constitucionalmente ilícito y las declaraciones de los imputados, es aplicable lo dicho en la STC 161/1999 afirmando la desconexión entre las declaraciones de los imputados prestadas con todas las garantías y el acto lesivo del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Tenemos la existencia de una expresa, inequívoca y contundente valoración individualizada de las pruebas que sustentan la condena del demandante de amparo.

En la citada STC 161/1999 se establece que las declaraciones del imputado prestadas con todas las garantías son jurídicamente independientes del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. Como se ha expuesto con detalle en el fundamento jurídico tercero, las garantías con las que se prestan tanto durante la instrucción como en el juicio oral constituyen un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima. Por ello, la libertad de decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite romper desde una perspectiva interna "cualquier conexión causal" con el acto ilícito, y desde una perspectiva externa atenúa las necesidades de tutela del derecho sustantivo lesionado que podrían justificar su "exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental" (FJ 4).

Por consiguiente, ha de sostenerse que la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado --efectuadas ante el Juez de Instrucción durante el careo con la coimputada-- y el ilícito registro, no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre ambos, dado que se efectuaron con todas las garantías y que la libertad de decisión del acusado al prestarlas permite la ruptura jurídica, tanto desde una perspectiva interna como externa, del enlace causal existente entre la confesión y el acto vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Ello ha de hacerse extensible por idénticas razones a las declaraciones prestadas por la coimputada no sólo durante el juicio oral, sino ante el Juez de Instrucción en un primer momento y en el mencionado careo.

Estas pruebas son suficientes para contestar negativamente las pretensiones de la demanda de amparo, sin necesidad de entrar a analizar, siquiera desde la perspectiva constitucional, la validez de otras pruebas. Afirmada la licitud constitucional de las pruebas consistentes en las declaraciones de los coimputados, queda refutada la pretensión de nulidad de las sentencias

condenatorias derivada de la pretendida nulidad de *toda* prueba conectada causalmente con el registro.

11. En conclusión, sólo procede declarar la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del recurrente al haberse constatado los defectos aducidos de la falta de motivación y proporcionalidad de la resolución judicial que autorizó la entrada y registro.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido otorgar parcialmente el amparo, con los siguientes pronunciamientos:

1º Declarar vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de don José Miguel Castelló Pérez de León.

2º Desestimar la demanda de amparo en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecisiete de enero de dos mil.

JURISPRUDENCIA SURAMERICANA

(Inconstitucionalidad y recurso de hecho)

▣ **Jurisprudencia suramericana**

23.F.140. xxxiii. Fernández Prieto, Carlos Alberto y otros s/ Infracción de ley 23.737- causa n° 10.099. Buenos Aires 12 de noviembre de 1998. falta de sospecha razonable en registro vehicular. Extracto: “para determinar si existe "causa probable" o "sospecha razonable" para inspecciones y requisas se debe considerar la totalidad de las circunstancias del caso ("the whole picture"). Así se pronunció en "United Statesv. Cortez 449, U.S., 411, 417 (1981) y en "Alabama v. White", en las que se dijo que en supuestos como los nombrados deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que basada en aquéllas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con un hecho ilícito”.



**F. 140. XXXIII.
RECURSO DE HECHO
Fernández Prieto, Carlos Alberto y
otro s/ infracción ley 23.737 -causa
n° 10.099-.**

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 12 de noviembre de 1998.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Patricia A. G. Azzi (defensora oficial) en la causa Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737 -causa n° 10.099-", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que condenó a Carlos Alberto Fernández Prieto a la pena de cinco años de prisión y multa de tres mil pesos como autor del delito de transporte de sustancias estupefacientes (art. 5, inc. c, de la ley 23.737), dedujo la defensa recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

2°) Que de las constancias de la causa surge:

a) que el 26 de mayo de 1992 a las 19, en circunstancias en que miembros del personal policial de la sección "Sustracción de Automotores" recorrían la jurisdicción de General Pueyrredón, ciudad de

Mar del Plata, observaron que circulaba un vehículo marca Renault 12 con tres sujetos en su interior en "actitud sospechosa", razón por la que lo interceptaron e hicieron descender a los ocupantes y lo requisaron en presencia de testigos habiéndose hallado "ladrillos" característicos de picadura de marihuana tanto en el baúl como en el interior del vehículo. Asimismo se incautaron de un arma y proyectiles que se encontraban en el baúl (acta de fs. 1/1 vta.)

b) que en el acta de fs. 1/1 vta., la autoridad policial dejó constancia de que "ante la prontitud y hora de la tarde, y tratándose además de una zona casi despoblada (Punta Mogotes), en cuestión de habitantes ya que se halla completamente edificada, en su mayoría chalets, nos trasladamos al asiento de la dependencia donde además de dar parte de lo acontecido, se solicitará apoyo de personal especializado en la materia...se procede al secuestro de todo lo narrado y descrito, incluido el automotor, y procediéndose a la detención de los interceptados..." (el acta es firmada por los preventores, los testigos y el procesado).

c) que al prestar declaración indagatoria el procesado admitió que transportaba droga desde Capital Federal con destino a la ciudad de Mar del Plata, y, si bien no cuestionó el procedimiento policial, dio una versión distinta de la ubicación de aquélla en el interior del rodado. Uno de los testigos que firmó el acta de fs. 1/1 vta. relató las circunstancias en que tuvo lugar el hallazgo de los efectos en el vehículo.

3°) Que al confirmar la sentencia condenatoria, el tribunal a quo admitió la validez de la requisa del automóvil y la posterior detención de éste a consecuencia de haberse encontrado en aquél objetos vinculados a la perpetración de un delito. Consideró que "la requisa efectuada en autos tuvo su origen en un estado de sospecha previo que animaba a los funcionarios policiales, en circunstancias en que resultaba imposible requerir una orden judicial previa, y que dicho proceder se llevó a cabo sin conculcar garantía o derecho individual alguno".

4°) Que la recurrente sostiene que la sentencia apelada vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional toda vez que a su criterio el a quo realizó una interpretación del art. 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal violatoria de aquella garantía, ya que los indicios vehementes de culpabilidad que se mencionan en la norma procesal -para habilitar a las fuerzas policiales a detener a una persona sin orden judicial- no pueden asimilarse al "estado de sospecha" al que se alude en el fallo impugnado. Considera que "sólo cuando existan actuaciones sumariales previas podrá efectuarse una detención y requisa sin orden...". Además se agravia de la omisión de describir en qué consistió la "actitud sospechosa" y en la interpretación efectuada por el a quo de las garantías constitucionales y normas procesales que rigen el caso pues -según aduce- se hallaría en contradicción a la doctrina de esta Corte en el caso "Daray" (Fallos: 317:1985).

Por último invoca la aplicación al caso de la regla de exclusión del derecho norteamericano -teoría de los frutos del árbol envenenado-, aceptada por esta Corte en algunos casos y alega la existencia de un supuesto de gravedad institucional.

5°) Que los agravios de la apelante suscitan cuestión federal suficiente para la apertura de la instancia extraordinaria pues la naturaleza del planteo conduce a determinar el alcance de la garantía del debido proceso y la que establece que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente. Además existe relación directa entre la actuación del procesado y la validez de constancias probatorias obtenidas a partir de actuaciones supuestamente nulas.

6°) Que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la causa de Fallos: 317:1985 no guarda analogía con la presente, pues en ella se imputaba la ilegitimidad de una detención so pretexto de realizar "una mayor verificación de la documentación del vehículo" mientras que en la presente lo

que se sostiene es la nulidad de la requisita de un automóvil, de la cual derivó la detención de sus ocupantes.

7°) Que resulta conveniente precisar que el art. 18 de la Constitución Nacional, al establecer que la orden de arresto debe provenir de autoridad competente presupone una norma previa que establezca en qué casos y bajo qué condiciones procede una privación de libertad. El art. 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal (bajo cuyo imperio se inició esta causa) es la norma que reglamenta el art. 18 de la Constitución Nacional al establecer el deber de los agentes de policía de detener a las personas que sorprendan en flagrante delito y a aquéllas contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlos de inmediato a disposición del juez competente (conf. doctrina de la causa "Daray" ya citada).

8°) Que a los efectos de determinar si resulta legítima la medida cautelar que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito, ha de examinarse aquel concepto a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la detención.

En ese aspecto resulta ilustrativo recordar la opinión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en cuanto ha fijado pautas tendientes a precisar los conceptos de "causa probable", "sospecha razonable", "situaciones de urgencia" y la "totalidad de las circunstancias del caso".

9°) Que la doctrina de la "causa probable" ha sido desarrollada en el precedente "Terry v. Ohio", 392, U.S., 1, (1968), en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica convalidó la requisita y detención sin orden judicial efectuada por un policía al advertir que extraños actuaban de "manera sospechosa", ocasión en que se les aproximó y luego de identificarse y girar alrededor, palpó sus ropas y encontró una pistola en el bolsillo del accionante, habiendo sido condenado y admitiéndose el arma como prueba, pese a las objeciones de la defensa. Eltribunal sostuvo que "cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de su investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona, a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podrían usarse para asaltarlo. Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas" .

10) Que el citado tribunal, asimismo, ha establecido la legitimidad de arrestos y requisas sin orden judicial que no tuvieron por base la existencia de "causa probable" sino de "sospecha razonable". En ese sentido manifestó que al igual que ocurre con el concepto de "causa probable", la definición de "sospecha razonable" es necesario que sea flexible. Así, en "Alabama v. White" 496, U.S., 325 (1990), la policía interceptó un vehículo sobre la base de un llamado anónimo en el que se alertaba que en aquél se transportaban drogas, lo que efectivamente ocurrió. La cuestión a resolver era si esa información, corroborada por el trabajo de los preventores constituía suficiente fuente de credibilidad para proporcionar "sospecha razonable" que legitime la detención del vehículo. La Suprema Corte consideró legítima la detención y requisita, puesto que -dijo- "sospecha razonable" es un estándar inferior del de "probable causa", ya que la primera puede surgir de información que es diferente en calidad -es menos confiable- o contenido que la que requiere el concepto de "probable causa", pero que en ambos supuestos, la validez de la información depende del contexto en que la información es obtenida y el grado de credibilidad de la fuente.

11) Que, como regla general en lo referente a las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha dado especial relevancia al momento y lugar en que tuvo lugar el procedimiento y a la existencia de razones urgentes para corroborarlo, habiendo convalidado arrestos sin mandamiento judicial practicados a la luz del día y en lugares públicos ("United States v. Watson" 423, U.S., 411, -1976-), como también los verificados al interceptar un vehículo.

12) Que, en cuanto a los vehículos interceptados para ser requisados, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha desarrollado la doctrina de la "excepción de los automotores", en el caso "Carroll v. United States" 267, U.S., 132, (1925), en el cual se convalidó la requisa de un automóvil sin orden judicial y la prueba obtenida de ese procedimiento, con fundamento en que los oficiales de policía tenían "causa probable" para sospechar que había contrabando o evidencia de una actividad ilícita. Para así decidir sostuvo que había que efectuar una diferencia entre la inspección de un negocio, residencia u otra construcción similar en los que una orden de allanamiento puede ser rápidamente obtenida, y la requisa de un barco, vagón de carga o automóvil con supuesta mercadería en su interior procedente -de un delito, en los cuales no es factible obtener una orden judicial, porque el rodado puede rápidamente ser sacado de la localidad o jurisdicción en la cual el mandamiento judicial debe ser obtenido. Añadió que la legalidad de esa medida queda supeditada a la existencia de "causa probable" para creer que el vehículo transporta mercaderías de contrabando u otras evidencias similares.

13) Que el mencionado tribunal sostuvo en "Chambers v. Maroney", 399, U.S., 42, (1970), bajo el estándar de "Carroll", que era necesario diferenciar la inspección de una casa, negocio, etc., respecto de los cuales la orden judicial puede ser rápidamente obtenida y la requisa de un vehículo, barco, tren, a cuyo respecto no es factible obtener una orden judicial porque el rodado puede ser rápidamente sacado de la jurisdicción o localidad en la que la orden debe ser obtenida. Destacó que la legalidad de la requisa depende de que el oficial actuante tenga razonable o probable causa para creer que el vehículo que él ha detenido transporta mercadería proveniente de un hecho ilícito. Destacó que las circunstancias que determinan "causa probable" de búsqueda son a menudo imprevisibles, además, la oportunidad de inspección es fugaz por la rápida movilidad inherente a un auto. Asimismo, en "Draper v. United States" 358, U.S., 307 (1959); "United States v. Ross" 456, U.S., 798, (1982) y "California v. Acevedo" 500, U.S., 565, (1991), entre varios otros, se reiteró el amplio campo de esfera para las requisas de automóviles, ello basado en la premisa de que los ciudadanos tienen menos expectativa de privacidad en los automóviles que en las casas, habiendo aclarado que la legalidad queda limitada únicamente por la existencia de "causa probable" para la inspección y la inmediata comunicación al juez.

14) Que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido que para determinar si existe "causa probable" o "sospecha razonable" para inspecciones y requisas se debe considerar la totalidad de las circunstancias del caso ("the whole picture"). Así se pronunció en "United States v. Cortez" 449, U.S., 411, 417 (1981) y en "Alabama v. White", en las que se dijo que en supuestos como los nombrados deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que basada en aquéllas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con un hecho ilícito.

La consideración de la "totalidad de las circunstancias" tuvo especial relevancia en el caso "Illinois v. Gates" 462, U.S., 213, (1983) -se cuestionaba la información proveniente de un anónimo-, en el que la Suprema Corte manifestó que si bien el anónimo considerado en forma exclusiva no proporciona fundamento suficiente para que el juez pueda determinar que existe "causa probable" para creer que podía hallarse contrabando en la vivienda y en el automóvil de los acusados, sin embargo -puntualizó- es necesario ponderar algo más: la "totalidad de las circunstancias", ello debido a que éste es un criterio más consistente que el anterior tratamiento de la existencia de "causa probable", desarrollada en los casos "Aguilar v. Texas" 378, U.S., 108, (1964) y "Spinelli v.

United States" 393, U.S., 410, (1969), en los que se descalificó la noticia proveniente de un informante debido a que no se establecían las razones para poder afirmar que aquél era "creíble" y que su información era "confiable".

15) Que las pautas señaladas en los considerandos anteriores resultan aplicables al caso, porque el examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto impugnado resulta decisivo para considerar legítima la requisita del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en "actitud sospechosa" de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez.

16) Que por ello, los planteos de la defensa no pueden prosperar, puesto que no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento de la que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal, más aún si se tiene en cuenta que los preventores, una vez que interceptaron el automotor, requirieron la presencia de testigos para requisarlo, uno de los cuales relató que en su presencia se secuestraron armas y efectos del interior del auto. Además el procesado no cuestionó el procedimiento, sino el lugar –en el interior del rodado- en el que se hallaban aquéllos, los que admitió que transportaba con fines de comercialización. Resulta pertinente destacar asimismo, que existían razones de urgencia para no demorar el procedimiento hasta recabar la orden judicial de detención, tal como surge de los argumentos expuestos en el cierre del acta de fs. 1, pues al tratarse de un vehículo en circulación, esa demora hubiera favorecido tanto la desaparición del bien, como los efectos que se hallaban en su interior y la posible fuga de los ocupantes.

17) Que la interpretación que propicia el recurrente del art. 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal prescinde así del significado constitucional de sus términos y de las restantes normas del ordenamiento procesal penal, de las que resulta que en supuestos como el de autos en que la detención se realiza por parte de la prevención policial, las garantías constitucionales en juego se resguardan mediante la regularidad del procedimiento cumplido, según el examen de todas las circunstancias que lo rodearon conforme a las constancias de autos y la comunicación inmediata al juez (arts. 4 última parte, 183, 184, 364 del código citado), recaudo que se halla cumplido en la presente causa. Bajo los supuestos enunciados, cabe concluir expresando que el acto de detención se efectuó dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas, en circunstancias de urgencia, sin que se halle probada ni mínimamente la vulneración de la norma que reglamenta el art. 18 de la Constitución Nacional. En armonía con estos principios, carece de razonabilidad el argumento basado en que la detención y requisita sin orden judicial únicamente puede prosperar en los casos en que existan "actuaciones sumariales previas".

18) Que, en tales condiciones, no se advierte en el caso una violación a la doctrina del Tribunal según la cual no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales (Fallos: 303: 1938; 306:1752; 311:2045, entre otros). Asimismo los restantes agravios de la recurrente no sustentan una solución contraria, en la medida en que el acto impugnado ha de considerarse válido, toda vez que fue realizado como resultado de la específica tarea impuesta al personal interviniente en cuanto a prevenir el delito y existían sospechas razonables y previas de la presunta conexión de los pasajeros del rodado con un hecho criminal.

19) Que, asimismo, resulta conveniente recordar que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, "la razón de justicia, que exige que el delito comprobado,

no rinda beneficios" (caso "José Tibold"; Fallos: 254:320, considerando 13). Por lo demás, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (doctrina citada en allos: 313:1305). Es por ello que una solución diferente no implicaría un aseguramiento de la defensa en juicio, sino desconocer la verdad material revelada en el proceso, toda vez que se trata de medios probatorios que no exhiben tacha original alguna, más aún si se tiene en cuenta que el procesado al prestar declaración indagatoria reconoció que en ocasión de ser detenido transportaba estupefacientes. Por ello, se confirma la sentencia apelada. Hágase saber y devuélvase.

JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR
- CARLOS S. FAYT (en disidencia)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO
- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- GUILLERMO
A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (en disidencia)- ADOLFO
ROBERTO VAZQUEZ.
ES COPIA

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que condenó a Carlos Alberto Fernández Prieto a la pena de cinco años de prisión y multa de tres mil pesos como autor del delito de transporte de sustancias estupefacientes, la defensa interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

2º) Que para decidir como lo hizo y en lo que aquí importa, sostuvo que "no puede prosperar el planteo defensorista, en cuanto sostiene la nulidad de la requisita efectuada, cuya acta luce a fs. 1 y vta. Ello, por cuanto la lectura de las actuaciones conduce a concluir, necesariamente, que la requisita efectuada en autos tuvo su origen en un estado de sospecha previo que animaba a los funcionarios policiales, en circunstancias en que resultaba imposible requerir una orden judicial previa; y que dicho proceder se llevó a cabo sin conculcar garantía o derecho individual alguno". "De admitirse el criterio propugnado por la defensa -prosiguió- se coartaría la posibilidad de la autoridad policial de revisar un automotor en circunstancias en que éste resulta ser sospechoso, lo que importaría lisa y llanamente imposibilitar su labor de prevención, siempre en el marco del justo equilibrio que debe mediar entre el interés social de perseguir los delitos y el interés de la misma sociedad de que ello ocurra con respeto a las garantías individuales". En consecuencia -concluy - "dado que el acto de prevención atacado de nulidad se efectuó...dentro del marco de una actuación prudente de la policía en ejercicio de sus funciones específicas y sin violación alguna de normas constitucionales o procesales" correspondía rechazar el planteo de nulidad.

3º) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento en la instancia extraordinaria, pues los agravios del recurrente remiten, en definitiva, a determinar el alcance de una de las garantías constitucionales consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

4º) Que el a quo consideró "plenamente acreditado" que el "día 26 de mayo de 1992, siendo la hora 19.00, personal policial procedió a interceptar, en la calle 55 y Cabrera de esta ciudad -se refiere a Mar del Plata- a un automóvil marca Renault 12, color verde, patente C-1293402, que

circulaba con tres personas en su interior en actitud sospechosa, siendo estos identificados como Horacio Jorge Amán (conductor), Alberto José Julián Argente (acompañante) y Carlos Alberto

Fernández Prieto (quien viajaba sentado en la parte trasera del rodado). Efectuada la requisa del vehículo, se encontró en el baúl del mismo un envoltorio tipo ladrillo conteniendo una sustancia vegetal denominada 'cannabis sativa' (marihuana), entre otras cosas. Asimismo, en el interior del automóvil, ubicados por debajo y detrás del asiento del conductor, adonde se encontraba Fernández Prieto, se hallaron cinco ladrillos de las mismas características del anterior, conteniendo el mismo tipo de sustancia". Como consecuencia de ello, "el personal policial procedió entonces al secuestro del material precedentemente citado y demás efectos hallados, deteniendo a los tres ocupantes del automóvil".

5°) Que al contestar el traslado de la acusación (fs. 472/473), la defensa sostuvo (fs. 504/512), en sustancial síntesis, que correspondía "declarar la nulidad de lo actuado a partir de fs. 1 y vta." dado que "la aprehensión y requisa efectuada fue el resultado de una medida arbitraria, violando la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional y el art. 4 del C.P.M.P.N., reglamentario de la garantía en examen, derivando de ello un perjuicio real y concreto para mi asistido". "La sola indicación de que el personal policial avista un vehículo 'con tres sujetos en su interior en actitud sospechosa. Que ante esto se decide interceptarlos' no resulta motivo suficiente para justificar la requisa de sus efectos personales ni la del vehículo en el que se desplazaban". "Resulta evidente -añadió- que si en autos suprimimos mentalmente el acta que da cuenta del procedimiento de fs. 1 la imputación no subsiste, el acto es irreproducible y no hay otra vía que permita sostener la imputación que pesa sobre mi asistido. Ello, nos permite también constatar el interés y perjuicio para esta parte, que no se trata de una cuestión sin relevancia, sino que es decisiva para la suerte de la causa. El proceso salió de su cauce desde el inicio, sin que resulte posible remediar las falencias apuntadas sin afectar el debido proceso legal, la defensa en juicio, la igualdad ante la ley, la libertad y la privacidad, derechos consagrados constitucionalmente". 6°) Que así planteados los hechos y en tanto la presente causa se inicia con la detención de Carlos Alberto Fernández Prieto, esta Corte está llamada a decidir si ésta se ha llevado a cabo de manera compatible con el art. 18 de la Constitución Nacional que, en lo que aquí interesa, dispone que "...Nadie puede ser...arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...".

7°) Que el Tribunal tiene resuelto que "resulta obvio que la competencia para efectuar arrestos a que se refiere la norma constitucional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal. Tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad" (Fallos: 317:1985), cuya importancia lo ha llevado a decir que "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca (caso 'Cimadamore' Fallos: 191:245 y su cita)".

8°) Que el art. 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal -ley 2372, aplicable al sub judice- dispone que "el Jefe de Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan en in fraganti delicto, y aquéllas contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del Juez competente". Resulta evidente, de la lectura de las actuaciones policiales antes transcriptas, que la actitud sospechosa de tres sujetos en un automóvil que se desplazaba por la vía pública, en manera alguna puede equipararse a las claras circunstancias establecidas por la ley procesal.

9°) Que, en otros términos, en tanto las detenciones con fines cautelares "constituyen una severa

intervención del Estado en el ámbito de libertad del individuo, su ejercicio no puede estar librado a la arbitrariedad". La "exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad" (Fallos: 317:1985, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene). De lo actuado en la causa nada persuade de que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable la detención del recurrente y, en todo caso, si esas circunstancias existieron, los agentes policiales las han mantenido in pectore, y no han dejado expresión de ellas, lo cual impide comprobar la legalidad del arresto (Fallos, cit. - y voto cit.).}

10) Que, además, la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido -el hallazgo de los estupefacientes antes referidos- pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente. En estas condiciones, es forzoso concluir que la detención cuestionada ha sido dispuesta a extramuros del art. 18 de la Constitución Nacional.

11) Que, a partir del caso registrado en Fallos: 308:733, esta Corte ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (considerando 6º; criterio reiterado en Fallos: 310:1847 y 2384). Por cierto, no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado (véase, coincidentemente, Suprema Corte de los Estados Unidos de América, "Nix v. Williams", 467, U.S., 431, especialmente página 444). En autos, el examen de las actuaciones realizadas por el personal policial, no permite advertir la existencia de tal curso de prueba, de modo tal que pudiese haber fundado la promoción de la acción penal por alguna de las formas que prevé la ley y, en mérito a lo expuesto, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado desde fs. 1. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí dispuesto. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI

Considerando:

1º) Que de las constancias del expediente principal -a cuyas fojas se referirán las citas- se desprende que el día 26 de mayo de 1992 en la ciudad de Mar del Plata tres funcionarios de la División Sustracción de Automotores de la Policía de la Provincia de Buenos Aires interceptaron un vehículo en el que circulaban tres sujetos a quienes atribuyeron una "actitud sospechosa" (fs. 1). Sin expresar más razones que la indicada, se procedió a hacerlos descender, a identificarlos y a revisar el interior del vehículo. Allí, en 4el baúl, fueron hallados un paquete de marihuana y un bolso con un revólver y proyectiles y, en el asiento trasero, otros cinco paquetes de marihuana y una pistola. Como consecuencia, se llevó a cabo el secuestro de dicho material y los ocupantes del

vehículo fueron detenidos. Sólo uno de ellos, Carlos Alberto Fernández Prieto, fue finalmente condenado.

2°) Que al confirmar la condena de Fernández Prieto por el delito de transporte de estupefacientes, la Cámara Federal de Mar del Plata sostuvo que la requisita efectuada tuvo su origen en un estado de sospecha previo que animaba a los funcionarios policiales en circunstancias en que resultaba imposible requerir una orden judicial, dentro del marco de una actuación prudente en el ejercicio de sus funciones específicas y sin violación alguna de normas constitucionales o procesales. Afirmó, asimismo, que sostener el criterio contrario coartaría la posibilidad de la autoridad policial de revisar un automotor cuando éste resulta ser sospechoso. Ello importaría -según sus argumentos- "imposibilitar su labor de prevención, siempre en el marco del justo equilibrio que debe mediar entre el interés social de perseguir delitos y el interés de la misma sociedad de que ello ocurra con respeto a las garantías individuales" (fs. 628 vta. y 629).

3°) Que contra dicha resolución la defensa del condenado interpuso recurso extraordinario federal, cuyo rechazo dio lugar a esta queja. En su presentación, la recurrente sostuvo que la detención producida sobre la base de un "estado de sospecha previo" resulta violatoria de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto la detención sólo es válida si se encuentra fundada en orden escrita de autoridad competente, o bien, excepcionalmente, si ella es llevada a cabo por las fuerzas policiales en los estrictos términos de los arts. 4 y 184, inc. 4°, del Código de Procedimientos en Materia Penal. Sin embargo, sostuvo que estas normas exigen la presencia de "indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad", lo que excluye la posibilidad de una detención legítima sobre la exclusiva base de la expresión de un estado de sospecha respecto del cual ni siquiera se determinan cuáles fueron sus presupuestos fácticos. Tal omisión de informar las concretas razones que motivaron la detención impediría al juez revisar la suficiencia de dichos motivos e invalidaría el acto, el cual, por tanto, debería ser excluido como medio de prueba. En este sentido, la apelante invocó la doctrina sentada por este Tribunal en Fallos: 317:1985 (caso "Carlos Angel Daray").

4°) Que los agravios propuestos a esta Corte habilitan la apertura de la instancia extraordinaria, pues en ellos se cuestiona el alcance de la garantía del debido proceso y la que establece que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (art. 18 de la Constitución Nacional), y a su vez, la condena se apoyó, fundamentalmente, sobre la prueba cuya incompatibilidad con el art. 18 ha invocado la recurrente (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

5°) Que la cuestión a resolver es si los funcionarios policiales pueden llevar a cabo una detención como la de que se trata en autos con la mera atribución de una "actitud sospechosa" respecto de los detenidos y, en su caso, cuáles son los efectos probatorios que cabe otorgar al resultado de dicho procedimiento. En lo que hace a la necesidad de que existan indicios que razonablemente puedan sustentar la sospecha de la comisión de un delito fue un asunto tratado por este Tribunal en el precedente "Daray" citado por la recurrente. En dicho caso la detención se había producido para el control del vehículo que conducía el imputado y, a pesar de que éste presentó la cédula de identificación del automotor, fue trasladado a la dependencia policial "para una mayor verificación de la documentación del vehículo" (confr. Fallos:317:1985, considerando 5° del voto mayoritario). En esa oportunidad, se consideró que la policía carecía de facultades para detener al imputado, por cuanto la referencia a la necesidad de un control ulterior del automóvil no puede equipararse a los "indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad" a que se refiere el art. 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal ni tampoco a los requisitos fijados por el art. 5, inc. 1°, del decreto-ley 333/58 ratificado por la ley 14.467 -en su antigua redacción-. En aquel caso lo decisivo fue que las actuaciones policiales no explicaban cuáles habían sido las circunstancias que motivaron la detención (confr. considerando 11 del voto mayoritario y 12 del de los jueces

Nazareno, Moliné O'Connor y Levene [h]). En consecuencia, tanto en aquél como en este caso el núcleo de la discusión es el cuestionamiento de la validez constitucional de una medida de coerción apoyada en una decisión adoptada con argumentos de baja ley, esto es, sin expresión de causa suficiente.

6°) Que toda medida de coerción en el proceso penal, en tanto supone una injerencia estatal en derechos de rango constitucional, se encuentra sometida a restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente. A su vez, el control judicial es la vía que ha de garantizar al ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada. Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultados para ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos. Como correlato, ello supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido. En el caso, la detención y posterior requisa fueron fundadas en la supuesta "actitud sospechosa" de los detenidos, sin expresar cuáles fueron las circunstancias que, en concreto, llevaron a los funcionarios policiales a llegar a esa conclusión. Pero no sólo se desconoce a partir de qué circunstancias se infirió que se trataba de sospechosos, sino que tampoco se expresó cuál era la "actitud" o qué era lo que había que sospechar. En tales condiciones, el control judicial acerca de la razonabilidad de la medida se convierte en poco más que una ilusión.

7°) Que la exigencia de la manifestación de las razones y de los elementos objetivos que permitan fundar una sospecha razonable ya fue afirmada en mi disidencia en el caso "Oscar Claudio Torres y otro" (Fallos: 315:1043, págs. 1050 y sgtes.), con relación a los presupuestos que condicionan la emisión de una orden de allanamiento de modo compatible con la garantía de la inviolabilidad del domicilio (confr. también mi disidencia en el caso "Yemal, Jorge. Tales principios, así como el criterio sentado en el fallo "Daray" invocado por la recurrente, resultan plenamente aplicables en el sub lite. En efecto, cabe recordar, en el último de los casos citados, lo señalado en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene (h) con relación a las medidas de coerción. Allí se dijo que, dado que ellas "constituyen una severa intervención del Estado en el ámbito de libertad del individuo, su ejercicio no puede estar librado a la arbitrariedad" (considerando 11, pág. 2018). La "exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad" (considerando 12, págs. 2018 y sgte.). Así lo afirmaba el Tribunal ya en su sentencia dictada in re "Carlos González por rebelión", el 26 de junio de 1875, cuando, por remisión a las palabras del Procurador General, sostuvo: "La libertad del hombre es la primera de las garantías individuales para que pueda violarse por lijeros pretestos, ó por razones tan vagas é insuficientes..." (Fallos: 16:210, pág. 213). Las reglas procesales, como los arts. 4 y 184, inc. 4°, del Código de Procedimientos en Materia Penal, en juego en el sub examine, que condicionan la validez de las detenciones a la concurrencia previa de "indicios vehementes de culpabilidad" responden precisamente a esa concepción. Ello explica que "si la valoración sobre la sospechabilidad es dejada exclusivamente a criterio del particular o empleado ejecutor de la medida" (tal como lo advierte Jorge Clariá Olmedo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo V, Buenos Aires, 1966, pág. 285), no sólo peligre la imprescindible revisión judicial (confr. Alfredo Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", 3a. edición, tomo II, Córdoba, 1982, págs. 503 y sgtes., en especial, pág. 504), sino directamente la libertad personal, "la primera de las garantías individuales", cuyo resguardo podría quedar así en manos del capricho policial.

8°) Que la necesidad de una fundamentación como presupuesto para posibilitar el control judicial también fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de

América. Así, en "Terry v. Ohio" (392, U.S., 1 -1967-), y los numerosos precedentes en el mismo sentido que en él se citan, al admitir la facultad policial de arresto y registro personal ("stop and frisk") sin necesidad de que se cumpliera el requisito de la "causa probable" -sólo limitada a los casos de riesgo para la integridad física del policía o de terceros- se elaboró la denominada "exigencia de especificidad de la información" (confr., pág. 21, nota 18): para justificar la injerencia sobre el particular, el oficial de policía debe poder puntualizar los hechos articulables que, tomados conjuntamente con inferencias racionales a partir de esos hechos, autoricen la intromisión. "El esquema de la cuarta enmienda sólo adquiere significación si se asegura que en algún punto la conducta de aquéllos a quienes se imputa violar la ley puede ser sujeta al escrutinio neutral de un juez que debe evaluar la razonabilidad de una búsqueda o registro personal a la luz de las circunstancias particulares" (pág. 21). Y se agregó: "para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada, o a su 'corazonada', sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos y a la luz de su experiencia" (pág. 27). Si ello no ocurre, resulta aplicable la regla de exclusión, en tanto no puede ser introducida prueba obtenida por medio de una requisita y búsqueda que no fue razonablemente relatada en relación con la justificación de su iniciación (confr. "Warden v. Hayden" [387, U.S., 294, 310 -1967-]). La garantía frente a los registros, arrestos y embargos irrazonables, que la enmienda IV de la Constitución Americana declara inviolable, y que el juez Brennan ha caracterizado como "nada menos que un derecho comprensivo de libertad personal frente a la intrusión estatal", ha sido interpretada por la Corte estadounidense -sin empujarse la cuestión- con alcances ciertamente variables según sus diversos ámbitos de aplicabilidad. Mas el control judicial de la razonabilidad de cada medida de coerción en concreto, y el consecuente deber de los agentes comprometidos en ella de especificar la información que la determinó, no ha sido resignado (confr. Ronald J. Allen, Richard B. Kuhns y William J. Stuntz, "Constitutional Criminal Procedure. An Examination of the Fourth, Fifth and Sixth Amendments and Related Areas", 3a. edición, Boston-Nueva York-Toronto-Londres, 1995, págs. 541 y sgtes.) Así, con notable claridad, se ha expresado sobre esta cuestión: "El funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo ("Sibron v. New York" [392, U.S., 40, 64 - 1968]). En el caso se rechazó la sospecha de conducta vinculada al narcotráfico inferida a partir del hecho de que el imputado se encontraba hablando con adictos). Del mismo modo, en "United States v. Cortez" (449, U.S., 411 -1980-), a partir de la elaboración de la noción de la necesidad de valorar la totalidad de las circunstancias, "the whole picture", se advierte sin mayor esfuerzo que en ningún momento resultaría admisible un relato de la situación tan esquemático que impidiera todo control judicial. Incluso en casos en los que se ha recurrido a ciertas caracterizaciones abstractas, ellas aparecen fundamentadas en una multiplicidad de elementos fácticos que les otorgan contenido y no permiten que se las convierta en meras manifestaciones de la subjetividad del funcionario actuante (conf. "Florida v. Royer" [460, U.S., 491], en el que la detención fue apoyada en que el imputado tenía el "perfil de quienes transportan drogas". Dicho "perfil" es cuidadosamente detallado en la nota 2, pág. 493, en cuanto a cuáles fueron las circunstancias de hecho que llamaron la atención del detective y lo condujeron a utilizar esta caracterización, la cual, de todos modos, tampoco es considerada suficiente como para fundamentar la existencia de "causa probable").

9º) Que en un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 5, párrafo 1º, inc. c, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha acentuado que no es suficiente que la autoridad que realiza el arresto actúe de buena fe y que tenga la convicción sincera para sospechar del afectado. Por cierto, éste es un presupuesto básico; pero, además, su decisión debe apoyarse en hechos concretos que alcancen para convencer a un observador objetivo, sin prevaricar (en su cuarta

acepción castellana), de que el sospechado podría haber cometido el delito en cuestión (confr. caso "Fox, Campbell y Hartley" del 30 de agosto de 1990, A, n° 182, pág. 16, cit. en Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre Henri Imbert, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article", París, 1995, pág. 194). Incluso en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, aun cuando se reconoce la necesidad de actuar velozmente y de mantener en secreto las fuentes de información, el gobierno demandado que intenta justificar una detención policial breve según el citado párrafo 1°, inc. c, del art. 5, debe ofrecer información y prueba necesarias como para que, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, pueda analizarse si la sospecha suficiente del hecho se encontraba justificada razonablemente. De otro modo, la función de protección del art. 5 quedaría anulada (confr. caso "Fox, Campbell y Hartley", cit.; también Jochen Frowein y Wolfgang Peukert, "Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar", 2a. edición, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1996, n° 76, págs. 109 y sgtes., con otras referencias jurisprudenciales acerca del alcance de esta doctrina). En consonancia con este criterio, el Primer Senado del Tribunal Constitucional alemán (1 BvR 2226/94, 5/7/95, publicada en "Europäische Grundrechtszeitschrift", 1995, págs. 353 y sgtes.), al expedirse sobre la validez de la reforma legislativa que facultaba al Servicio Federal de Informaciones (Bundesnachrichtendienst) a vigilar las telecomunicaciones sin sospechas concretas, a fin de evitar el peligro de preparación o comisión de ciertos delitos, resolvió la aplicación provisional de la norma con la restricción de que ello sólo podía ser autorizado en tanto existieran puntos de apoyo fácticos que sustentaran la sospecha.

10) Que el requisito de que se manifiesten las causas de la sospecha no desaparece por el hecho de que se trate de un automotor o por motivos de urgencia que impidan obtener en tiempo una orden judicial, como así tampoco por el éxito de la medida o por el cumplimiento posterior de las formalidades procesales. Si así fuera, la garantía que se busca tutelar, con la doctrina y jurisprudencia citadas, moriría de imprecisión o, si se quiere, de incertidumbre. En efecto, tales circunstancias, por sí solas, no alcanzan para justificar la ausencia de fundamentación expresa del acto originario cuando, como en el caso, las constancias sumariales padecen falencias tales que impiden reconocer la necesidad misma de la medida, ya sea que ella haya sido dispuesta por la autoridad policial -como ocurrió en el sub examine-, o aun en el supuesto de que hubiera sido ordenada por un juez. En otras palabras, el recurso a una fórmula estereotipada como la "actitud sospechosa" remite a una opacidad indescifrable que no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales, y, por tanto, carece de relevancia cuál sea la autoridad de la que éstos emanen. Cuando existen instrumentos destinados al control de las decisiones, y a fin de que dicho control no se torne una mera ficción, en ellas deben expresarse las características particulares del caso que llevan a la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, y no es suficiente con invocar una razón que, sin cambio alguno, podría servir de comodín para ser utilizada en cualquier otro supuesto. Lo contrario importaría tanto como aceptar a la chita callando el silente cercenamiento de las garantías básicas, con el único sustento en una apariencia de legitimidad que sólo podría tener como objeto el de neutralizar cualquier forma de contralor.

11) Que resulta intolerable sostener -como lo hace el a quo- que de este modo se coartaría la posibilidad policial de ejercer las facultades de prevención o que se pondría en riesgo el legítimo derecho de los ciudadanos de protegerse frente al delito. No es plausible, es más, me cae redondamente mal, considerar que la exigencia de que se expresen las razones que apoyan una conclusión resulte desmesurada, especialmente si, como consecuencia de ella, habrá de producirse una fuerte injerencia sobre los derechos del individuo.

12) Que todas las protecciones que el art. 18 de la Constitución Nacional asegura frente a las intromisiones estatales en los derechos del individuo tienen como común denominador la proscripción de la arbitrariedad. Esta garantía básica y de contenido general es también la que

recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12 y, con idénticos términos, el art. 17, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Igual proscripción genérica formula la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación a la libertad ambulatoria, en su art. 7, inc. 3°. Ello implica que los funcionarios que intervengan en hechos que comprometan tales garantías carguen con el deber mínimo de fundar sus actos de modo tal que no se frustre la necesaria revisión de su razonabilidad.

13) Que, en conclusión, la detención de Carlos Alberto Fernández Prieto y la requisa del automotor en que viajaba resultaron constitucionalmente inválidas. Tal como los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene (h) lo predicaron respecto de la detención cuestionada en el ya citado precedente "Daray" (confr. su voto, considerando 12, in fine, pág. 2019), en el sub examine la desnuda afirmación acerca de la "actitud sospechosa" de los detenidos impide concluir que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable la detención; "...y, en todo caso, si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido in pectore, y no han dejado expresión de ellas..." (ibídem), lo que impide disipar toda duda sobre la arbitrariedad de la medida. Como en aquel entonces, los actos objetados han contrariado los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, en virtud de la doctrina de esta Corte en materia de exclusión de prueba, cabe declarar que ni la detención, ni la requisa ni los elementos secuestrados como consecuencia debieron haber dado origen a la instrucción de la causa (confr. doctrina de Fallos: 308:733; 310:1847 y 310:2384, entre otros). La sentencia en recurso ha de ser, pues, revocada. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo resuelto por este Tribunal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.
ES COPIA

DISDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

1°) Que de las constancias del expediente principal se desprende que el 26 de mayo de 1992 en la ciudad de Mar del Plata tres funcionarios de la policía interceptaron un vehículo en el que circulaban tres sujetos a quienes atribuyeron una "actitud sospechosa" (fs. 1). Sin expresar más razones que la indicada, se procedió a hacerlos descender, a identificarlos y a revisar el interior del vehículo. Allí, en el baúl, fueron hallados un paquete de marihuana y un bolso con un revólver y proyectiles y, en el asiento trasero, otros cinco paquetes de marihuana y una pistola. Como consecuencia, se llevó a cabo un secuestro de dicho material y los ocupantes del vehículo fueron detenidos. Sólo uno de ellos, Carlos Alberto Fernández Prieto, fue finalmente condenado. La defensa de Fernández Prieto cuestionó la detención y la requisa por considerar que era violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional.

2°) Que la Cámara Federal de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que había

condenado a Carlos Alberto Fernández Prieto como autor penalmente responsable del delito de transporte de sustancias estupefacientes a la pena de cinco años de prisión y multa de tres mil pesos. Consecuentemente rechazó el planteo de nulidad articulado por la defensa, pues consideró que del legajo surgía que la requisita efectuada en el automotor había tenido su origen en un estado de sospecha y en circunstancias en que era imposible requerir una orden de allanamiento. El a quo señaló que si se admitía el criterio de la defensa, la actividad de la prevención se vería restringida en casos como éste, y que el procedimiento policial se había llevado a cabo dentro del marco de una actuación prudente en ejercicio de sus funciones específicas y sin violación de las garantías constitucionales o procesales aplicables al evento en cuestión.

3°) Que contra esta decisión la defensa de Fernández Prieto interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja. Alega que el procedimiento de la policía que se había iniciado con la detención de los ocupantes del vehículo, su requisita y secuestro de estupefacientes era nulo ya que se había llevado a cabo sin orden judicial, en franca violación a las normas procesales y a las garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional. Agregó que el estado de sospecha alegado por el a quo para avalar la actuación policial no podía ser equiparado a los indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad de los arts. 4, y 184, inc. 4°, del Código de Procedimientos en Materia Penal, ya que estas circunstancias señaladas en la norma debían surgir de las actuaciones sumariales para que la policía pudiese proceder a la detención de una persona sin orden judicial y nada de ello había dado inicio a estas actuaciones.

4°) Que en autos existe cuestión federal bastante para su tratamiento en la instancia extraordinaria, pues los agravios del recurrente remiten, en definitiva, a determinar el alcance de una de las garantías constitucionales consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

5°) Que corresponde tener presente que aquí debe analizarse la legitimidad de la detención de Fernández Prieto dispuesta en el procedimiento policial que derivó luego en la requisita de su automóvil. Ello es así pues siempre que un individuo es abordado por un funcionario policial que limita su libertad de alejarse voluntariamente, aunque sea brevemente, dicho proceder estará sometido al escrutinio del art. 18 de la Constitución Nacional para determinar que la intrusión en la libertad responda a una causa razonable de interés de la sociedad y no a un acto arbitrario o irregular. En tal sentido el Tribunal Constitucional Español ha dicho que "debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad" (sentencia 98/1986 del 10 de julio de 1986 en "Jurisprudencia Constitucional" Boletín Oficial del Estado. 1986. Madrid. España).

6°) Que la reglamentación que realiza el art. 4° del Código de Procedimientos en Materia Penal, al establecer que aun cuando se carezca de orden judicial previa la policía puede detener a las personas que sorprenda en flagrante delito o contra quien tenga indicios vehementes de culpabilidad, resulta compatible con la ley fundamental. Ello es así pues, si bien el art. 18 de la Constitución Nacional consagra de manera terminante "...nadie puede ser...arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...", cuya lectura aislada implicaría que la autoridad de la prevención no podría actuar sin esa orden previa, existen situaciones excepcionales que resultan igualmente aceptables. La Ley Fundamental prescribe una de ellas, fundada en la persecución del crimen, al autorizar el arresto de miembros del Congreso a condición de que sean sorprendidos in fraganti delito (art. 61 texto anterior, art. 68 texto actual). Por lo tanto, no sería aceptable concluir que la Constitución permite el arresto sin orden de autoridad competente de diputados y senadores sorprendidos en esa situación y no lo admita cuando se trata de otro habitante de la Nación en

equivalentes situaciones. Del mismo modo resulta razonable admitir excepciones fundadas en similares circunstancias de peligro o urgencia, como cuando está en juego la integridad física del policía o de un tercero y es imposible consultar previamente al juez en tiempo útil. 7º) Que, en cuanto al grado de sospecha exigible para llevar a cabo el arresto, existen razones plausibles para concluir que los constituyentes al redactar el art. 18 de la Constitución, deliberadamente omitieron fijar una fórmula inflexible y prefirieron que los poderes constituidos reglamentaran tal cuestión, diferenciándose de este modo de su par norteamericana cuya Cuarta Enmienda exige expresamente "causa probable" para la aprehensión de una persona. En efecto, nuestros constituyentes, al formular aquella norma, no siguieron los antiguos proyectos constitucionales que sí incluían referencias acerca del grado de sospecha exigible para llevar a cabo una detención. El Decreto de Seguridad Individual de 1811 establecía en su art. 2º que "Ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena prueba o indicios vehementes de crimen...". La Constitución Nacional de 1819 en el apartado CXVI expresaba que "ningún individuo podrá ser arrestado sin prueba al menos semiplena o indicios vehementes de crimen...". Por su parte la Constitución de 1826, en sentido análogo, señalaba que "Ningún individuo podrá ser arrestado, sin que proceda al menos declaración contra él de un testigo idóneo, ó sin indicios vehementes de crimen, que merezca pena corporal; cuyos motivos se harán constar..." (ver: Longhi L. "Derecho Constitucional Argentino y Comparado" Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, vol. I, pág. 261; San Martino de Dromi M. L. "Documentos Constitucionales Argentinos" Ed. Ciudadanía Argentina, 1994, págs. 2332 y 2433; ver también las conclusiones expuestas por Vélez Maricó en "Derecho Procesal Penal", Ed. Lerner, 3ª edición, vol. II, pág. 485 y a Montes de Oca, "Historia del Derecho Constitucional" pág. 435).

8º) Que al Poder Legislativo le corresponde precisar el grado de sospecha que es necesario para llevar a cabo una aprehensión, pues al constituir esa medida una severa intervención del Estado en el ámbito de la libertad individual, sólo la ley puede otorgar dicha facultad. Tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad, cuya importancia ha llevado a esta Corte a decir que "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca" (Fallos: 191:245 y su cita).

9º) Que tales consideraciones no significan que las leyes no estén sujetas a un juicio de razonabilidad, pues cabe tener presente que "la interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos, ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio incluso, con la única razón de ser...de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder se cumple, claro está, en el deber estatal de perseguir eficazmente el delito" (doctr. de la sentencia 341/ 1993 del 18 de noviembre de 1993 del Tribunal Constitucional Español, BOE, nº 295, del 10 de diciembre de 1993, Madrid, España).

10) Que de la causa surge que el procedimiento que dio origen al sub lite, se ha apartado ostensiblemente de las circunstancias establecidas por el legislador al sancionar el art. 4º de la ley de Procedimientos en Materia Criminal, pues resulta evidente que tres sujetos que se desplazan por la vía pública en horas nocturnas, en modo alguno puede equipararse a las claras circunstancias establecidas por la ley para autorizar una detención. Si no se admitiera esto habría que concluir que toda persona que se desplace por la ciudad, provoca, por el sólo desplazamiento, indicios vehementes de culpabilidad, lo cual es inaceptable. Es evidente que el a quo, al legitimar

el accionar policial a la luz de aquella norma procesal, ha pasado por alto el criterio de este Tribunal que reiteradamente ha señalado que los jueces deben abstenerse de toda exégesis que equivalga a prescindir de la norma examinada o que cause violencia a su letra o espíritu (Fallos: 316:2732).

11) Que, por otra parte, si bien los funcionarios de la policía como especialistas en la prevención del delito tienen una importante labor de deducción para calificar a una persona de "sospechosa", dicha función es valiosa siempre y cuando se funde en elementos objetivos -incluso en factores o indicios que una persona común no habría advertido- que permita al juez realizar una composición lógica de los hechos acaecidos para luego convalidar o no el procedimiento a la luz de la Constitución. De las constancias no surge un solo elemento que indique que la autoridad policial obró sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable la detención del recurrente, y, en todo caso, si esas circunstancias existieron, los agentes policiales las han mantenido in pectore, ya que no han indicado por qué resultaban sospechosos. Cabe poner de relieve que las Naciones Unidas en el "Conjunto de Principios Para la Protección de Todas Las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión" estableció el deber de los funcionarios que llevan a cabo la detención de hacer "constar debidamente las razones del arresto" (Principio 12, Asamblea General de la ONU, Resolución n° 43/173, del 9 de setiembre de 1988).

12) Que no es inútil recordar que, si bien la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, a diferencia del art. 18 de nuestra Ley Fundamental, prevé expresamente que para llevar a cabo un arresto o allanamiento es necesario "causa probable", lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte norteamericana ha admitido excepciones al estándar de la norma, tanto respecto a la exigencia de "mandamiento" previo como al grado de sospecha.

13) Que la Corte norteamericana ha señalado que "los avances del transporte acrecentaban sustancialmente la probabilidad de que la prueba relacionada con un delito pudiera ser retirada de la jurisdicción de un funcionario policial antes de que él consiguiera una orden", por ello ha autorizado que la policía pueda detener un automóvil y revisarlo en el mismo lugar, sin orden judicial siempre y cuando tenga causa probable ("Caroll v. United States" 267, U.S., 132 -1925-). Pero más allá de la controversia que surge en precedentes posteriores acerca de si siempre un automóvil está sujeto a una búsqueda inmediata sin orden, o si su pronta movilidad ha de ser considerada caso por caso (403, U.S., 443), lo cierto es que la legalidad de la requisita depende de que el oficial actuante tenga causa probable para creer que en el vehículo detenido se transporta mercadería proveniente de un hecho ilícito (399, U.S., 42). 14) Que por otra parte, en cuanto a la exigencia de "causa probable", el mencionado tribunal ha formulado una excepción en el caso "Terry v. Ohio", fundada en razones de protección de la vida del policía y no en la prevención del delito. Allí, el tribunal señaló que cuando un policía "cree que un individuo al que investiga está armado y es peligroso para la seguridad física del funcionario o de un tercero que se encuentran cerca de aquél, parecería claramente irrazonable negarle el poder de tomar medidas necesarias para determinar si la persona está llevando armas", y que también lo sería que el policía demorara "...el procedimiento hasta el momento en que la situación evoluciona a un punto donde hay causa probable para ahí arrestarlo", sostuvo que para tales situaciones excepcionales era suficiente con que el policía tuviera una "sospecha razonable". Pero la Corte ha sido muy estricta al establecer los límites de la excepción, exigiendo la clara demostración del peligro inminente hacia la seguridad física del policía; del mismo modo lo ha sido al permitir la búsqueda o "cacheo" sólo en aquellos lugares en que hipotéticamente se encuentra el arma. En tal sentido, y para evitar que la excepción fuera utilizada como pretexto para otros fines, señaló que "el esquema de la Cuarta Enmienda sólo adquiere significado cuando se está seguro que la conducta de la policía...puede estar sujeta al escrutinio aislado y neutro de un juez quien debe evaluar la racionalidad de la búsqueda o detención particular a la luz de las circunstancias particulares; al hacer esa evaluación es

indispensable que los hechos sean juzgados frente a una pauta objetiva: ante los hechos que disponía el funcionario al momento de la detención o búsqueda...Una exigencia menor invadiría derechos constitucionalmente, y se basaría en corazonadas no particularizadas" (392, U.S., 1 - 1967-). 15) Que en el caso "United v. Cortez" 449, U.S., 411 (1981), donde se investigaba el transporte de inmigrantes ilegales, la Corte admitió que podía justificarse la detención en circunstancias que no constituían "causa probable" y que para ello debía tenerse en cuenta "la totalidad de las circunstancias". Pero lo cierto es que, más allá de la singularidad del mencionado precedente en el contexto de la jurisprudencia norteamericana, el concepto de "totalidad de las circunstancias" allí elaborado no implica que la ley permita al policía elaborar un esquema mental basado en subjetividades que den lugar a un posterior proceso mental de "sospecha" que conduzca a una detención, que luego derive en la obtención de la prueba. Lo que ese concepto quiere decir es que la representación mental que hace el agente de la ley debe tener una base particularizada y objetiva para sospechar la existencia de actividad criminal respecto de una persona en particular ("a particularized and objective basis for suspecting the particular person stopped of criminal activity" ("Cortez" 449, U.S., en 417/418). Existe entonces, una gran distancia entre decir que la visión total de las circunstancias puede legitimar una sospecha meramente subjetiva y sin fundamento de los policías -como es el caso de autos-, respecto del criterio de la Corte americana que requiere la existencia de datos objetivos que justifiquen la detención.

16) Que es posible señalar que la Cuarta Enmienda exige como regla "causa probable" y, aún con las excepciones enunciadas, requiere de "algún mínimo de justificación objetiva" para realizar la detención ("INS v. Delgado" U.S., 210, 217 (1984), debiendo obviamente existir los elementos objetivos en que se sustentan las sospechas, antes de llevarse a cabo el procedimiento y no después. Como puede advertirse, ni aun realizando una hermenéutica razonable de los precedentes que atenúan el rigor garantista del texto de la Cuarta Enmienda, puede sustentarse la legitimidad de la actuación policial que dio origen al sublite . En tal sentido, resulta ilustrativa esa jurisprudencia constitucional según surge de precedentes de diversos tribunales norteamericanos: En "United States v. Rodríguez" se consideró que un hombre hispano que conduce un automóvil antiguo por la carretera del sur de California, encajaba en el perfil de miles de usuarios de esos caminos, y que no podía admitirse este tipo de detención a costo de molestias al por mayor de ciudadanos y no ciudadanos que son vistos conduciendo un automóvil en lugares cercanos a la frontera mexicana -con cautela y circunspección- en ausencia de sospechas particularizadas e individualizadas y hechos notables que indicaran que la persona está comprometida en una actividad delictiva (976,F 2d, 592 9 Ci. 1992). En "United States v. Packer" la policía recibió información de que había un automóvil sospechoso estacionado en una situación particular. La policía fue a la escena y encontró que el automóvil estaba estacionado allí por aproximadamente una hora y que las ventanillas se encontraban empañadas. El tribunal consideró que tales circunstancias no constituían una sospecha articulable que justificara la detención y requisita en el automóvil (15, F. 3d, 654 7 Ci. 1994). En "United States v. Almendarez" se sostuvo que no constituía causa probable detener un vehículo en base a que estaba circulando a medianoche y la patente no pertenecía al condado (699, F. Supp. 606, S.D. Tex., 1988). En "United States v. Goldman" se sostuvo que el hecho que el automóvil tuviera patente de otro Estado y que el funcionario policial advirtiera que circulaba erráticamente no era evidencia suficiente para autorizar una detención para investigar el vehículo (700, F. Supp.365, S.D., Texas, 1988). En todos estos casos los tribunales anularon los procesos, pues a pesar de que la policía obtuvo pruebas vinculadas a la comisión de algún delito, el procedimiento era contrario a la Cuarta Enmienda, y ello aun teniendo en cuenta las limitaciones jurisprudenciales al concepto de "causa probable".

17) Que cabe poner de relieve que si bien enfrentamos en el presente caso una cuestión extremadamente sensible como lo es la seguridad pública, lo cierto es que "la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conjugado con el derecho del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente...pero...es precisamente esa idea de justicia y de apego a lo que la ley dice y ordena...lo que justifica considerar que el a quo ha realizado una interpretación errónea del derecho vigente...que restringe sin justificación legal suficiente la garantía de la libertad personal" (E.381. XXXII. "Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación - causa n° 33.769-" sentencia del 3 de octubre de 1997, voto del juez Bossert).

18) Que de todo lo expuesto se puede concluir que la detención de Carlos Fernández Prieto por parte de funcionarios de la policía resulta incompatible con el art. 18 de la Constitución Nacional pues se aparta de las previsiones de los arts. 4 y 184, inc. 4, del Código de Procedimientos en Materia Penal. Además la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido -el hallazgo de los estupefacientes antes referidos- pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrían por sobre los derechos individuales previstos en la Ley Fundamental.

19) Que, finalmente, cabe agregar que las garantías que surgen del art. 18 de la Constitución Nacional protegen a todos los habitantes en todo momento, incluso a aquéllos que resultan autores o sospechosos de lesionar bienes jurídicos, pues justamente es en esas situaciones críticas que aquéllas adquieren plena justificación. En estas condiciones, es forzoso concluir que la detención aquí cuestionada ha sido dispuesta a extramuros del art. 18 de la Constitución Nacional. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo resuelto por este Tribunal. Notifíquese y devuélvase.

GUSTAVO A. BOSSERT.

ES COPIA

25 C-221/94 INCONSTITUCIONALIDAD. Colombia. Sobre el tratamiento e internamiento obligatorio de drogadictos. Extracto: “ El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.

Sentencia No. C-221/94

DROGADICCION-Comportamiento personal

Dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con

nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro.

CONSTITUCION POLITICA-Naturaleza/JUEZ CONSTITUCIONAL-Función

La filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria. Por tanto, si del texto de una norma pudiera desprenderse una conclusión a tono con una ideología de esa naturaleza, sería necesario, en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella un sentido que no rompa abruptamente el sistema sino que lo preserve. Porque la tarea del juez de constitucionalidad no consiste, ni puede consistir, en resignarse a que la norma básica es un tejido de retazos incongruentes, entre sí inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable.

DERECHO A LA SALUD-Tratamiento médico

Cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno y, en armonía con ella, el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) no consideraba la tentativa de suicidio como conducta delictual; mucho menos podría hacerse ahora esa consideración. Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Límites/AUTONOMIA PERSONAL

El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales.

DROGADICCION-Educación como obligación estatal

¿Qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía

adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. ¿Conduce dicha vía a la finalidad indicada? No necesariamente, ni es de eso de lo que se trata en primer término. Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.

UNIDAD NORMATIVA

Resultan violatorias del Estatuto Básico, los artículos 51 y 87 de la ley 30 de 1986, este último por constituir unidad normativa con los acusados.

DROGADICCION-Tratamiento médico

Que una persona que no ha cometido ninguna infracción penal -como lo establece el mismo artículo- sea obligada a recibir tratamiento médico contra una "enfermedad" de la que no quiere curarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía consagradas en el artículo 16, como "libre desarrollo de la personalidad". Resulta pertinente, en este punto, remitir a las consideraciones hechas atrás acerca del internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar, considerado, bien bajo la perspectiva del tratamiento médico, bien bajo la perspectiva de la pena. Si se adopta la primera, la norma resulta inconstitucional por violentar la voluntad del destinatario mediante la subrogación de su capacidad de decidir, por la decisión del juez o del médico. Cada quien es libre de elegir (dentro de nuestro ordenamiento) qué enfermedades se trata y si es o no el caso de recuperar la "salud", tal como se concibe de acuerdo con el criterio oficial. Si se adopta la segunda, la evidencia de inconstitucionalidad es aún mayor, pues no sólo es inconcebible sino monstruoso y contrario a los más elementales principios de un derecho civilizado, que a una persona se le sancione sin haber infringido norma alguna, o se le compela a recibir un tratamiento médico que no desea.

DESPENALIZACION DEL CONSUMO DE LA DOSIS PERSONAL

Los preceptos de la Carta que resultan directamente violados por las disposiciones señaladas, son los siguientes: el artículo 1o. que alude al respeto a la dignidad humana como fundamento del Estado; el 2o. que obliga al mismo Estado a garantizar "la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"; el 5o. que reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, dentro de los cuales ocupa un lugar privilegiado el de la autonomía, como expresión inmediata de la libertad; el 16 que consagra expresamente el derecho anteriormente referido, y el 13 consagradorio del derecho a la igualdad, pues no se compadece con él, el tratamiento diferente a categorías de personas que deben ser análogamente tratadas.

REGULACION DEL CONSUMO DE DROGAS

En ese mismo orden de ideas puede el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o

socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco. Es ésa, materia propia de las normas de policía. Otro tanto cabe predicar de quienes tienen a su cargo la dirección de actividades de instituciones, públicas o privadas, quienes derivan de esa calidad la competencia de dictar reglamentos internos que posibiliten la convivencia ordenada, dentro de los ámbitos que les incumbe regir.

DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos

La declaración de inexequibilidad de los artículos 51 y 87 de la ley 30 de 1986, por las razones expuestas, impide que revivan normas de contenido similar, que fueron derogadas por la ley en cuestión.

REF.: Expediente No. D- 429

Normas acusadas: literal j) del artículo 2o. y artículo 51 de la ley 30 de 1986.

Demandante: Alexandre Sochandamandou

Magistrado Ponente: Dr.CARLOS GAVIRIA DIAZ.

En Santafé de Bogotá, D.C., a los cinco (5) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1.994), la Sala Plena de la Corte Constitucional,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

Procede a dictar sentencia en el proceso de constitucionalidad contra el literal j) del artículo 2 y el artículo 51 de la Ley 30 de 1.986.

1. ANTECEDENTES.

El ciudadano ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexecutable el literal j) del artículo 2o. y el artículo 51 de la ley 30 de 1986.

Cumplidos como están los trámites constitucionales y legales exigidos para procesos de esta índole, procede la Corte a decidir.

2. NORMAS ACUSADAS.

El texto de las disposiciones objeto de impugnación es el que sigue:

"artículo 2o. Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones:

.....

j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad".

"artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente."

3. LA DEMANDA.

A pesar de que la redacción de la demanda no es tan clara como sería deseable, se alcanza a entender en ella que las razones del actor para considerar violadas las normas constitucionales, son las siguientes:

3.1. SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA SALUD PERSONAL.

Dice el actor que las normas acusadas violan el artículo 366 de la Constitución, pues, si el Estado no puede garantizar la curación del enfermo, tampoco puede privarle de la droga que le proporciona alivio. "Si el Estado no puede garantizar la recuperación de la salud de los enfermos psicofisiológicos de drogadicción o toxicomanía, porque no existe clínicamente el tratamiento radical y científico que asegure su curación, tampoco puede el Estado impedir o limitar el uso del medicamento que le procura alivio al sufrimiento del enfermo. Los estupefacientes son parte integral de la enfermedad de drogadicción o toxicomanía y a la vez, son el medicamento que alivia el dolor y el sufrimiento de los enfermos incurables."

Según el demandante, las normas acusadas violan los artículos 5, 28, 29, 34 y 49 de la Carta Política, porque los drogadictos y toxicómanos son enfermos psicofisiológicos, estén o no bajo los efectos de un estupefaciente; "el Estado no puede sancionar con pena o medida de seguridad el derecho inalienable de las personas a estar psicofisiológicamente enfermas por cualquier causa, inclusive de drogadicción o toxicomanía."

Añade el accionante que las normas acusadas violan los artículos 28 y 95 numeral 1° de la Carta, pues no se "puede penar a quienes simplemente consumen estupefacientes, porque con su conducta no perjudican a persona diferente a ellos mismos."

3.2. SOBRE EL TRATAMIENTO DISCRIMINATORIO PARA LOS CONSUMIDORES DE DETERMINADOS ESTUPEFACIENTES.

El demandante anota la discriminación de los adictos frente a otros enfermos incurables, afirmando que si el Estado permite que el padecimiento de otros enfermos incurables sea mitigado con drogas que producen adicción, al drogadicto incurable no le puede negar el Estado el consumo de la droga que mitiga su sufrimiento, so pretexto de que ésta produce adicción, sin violar el derecho a la igualdad.

El actor sólo acusa como inconstitucionales al artículo 51 y al literal j) del artículo 2, porque el tratamiento dado por la Ley 30 de 1.986 a los otros drogadictos y toxicómanos, es considerado por él como constitucional, lo que resalta otra discriminación que viola el derecho a la igualdad. Efectivamente, según la Ley 30, el nicotínómano y el alcohólico son tan drogadictos y toxicómanos como el marihuanero y el cocainómano; pero, se incurre en trato discriminatorio cuando se dá a los

dos primeros el tratamiento legal de adictos socialmente aceptados, mientras se trata a los demás consumidores de drogas como contraventores o delincuentes, dependiendo de qué tan enfermos estén.

Afirma el accionante que la discriminación impuesta por la Ley 30 de 1.986 para los toxicómanos distintos al alcohólico y el nicotínmano, no sólo es apreciable si se mira a los otros enfermos incurables y a los otros toxicómanos, sino que la Ley impone también una discriminación entre los drogadictos más y menos afectados. La cantidad de droga que un toxicómano requiere diariamente, depende de su grado de adicción y de las condiciones biofisiológicas de cada quien. Por esto, establecer una cantidad tope a la dosis personal, que desconozca las necesidades de uno o varios adictos, introduce una diferenciación artificial e injustificada entre personas enfermas del mismo mal, con la única consecuencia legal de tratar como contraventores a los que menos consumen y, como delincuentes, a los más afectados por la enfermedad.

3.3. SOBRE EL TRATAMIENTO MÉDICO PREVISTO EN LAS NORMAS ACUSADAS.

Para el actor, los artículos 51 y 2 literal j) de la Ley 30 de 1.986, violan el artículo 5 de la Carta, "porque los derechos inalienables de la persona, se extienden hasta su derecho a enfermarse psicofisiológicamente."

Añade que se violan los artículos 28 y 34 de la Carta, porque existen toxicómanos incurables, "en cuyo caso la duración de los tratamientos sería indefinida y la INTERNACIÓN en un ESTABLECIMIENTO PSIQUIÁTRICO o similar por el TÉRMINO NECESARIO PARA SU RECUPERACIÓN se convertiría en una PENA IMPRESCRIPTIBLE."

Señala también el accionante que las normas acusadas violan el artículo 47 de la Carta, "porque el Estado colombiano carece en la práctica de la provisión necesaria en todos los aspectos, para brindar a los ENFERMOS DE DROGADICCIÓN O TOXICOMANÍA centros psiquiátricos de rehabilitación, que no sean anexos de las cárceles, ni tugurios infrahumanos donde se violan los derechos humanos de los ENFERMOS."

Finalmente, el actor anota que sobre la libertad de las personas sólo puede decidir constitucionalmente un Juez de la República y nó el médico tratante o unos funcionarios estatales que no tienen jurisdicción; "...la situación jurídica de un ENFERMO DE DROGADICCIÓN O TOXICOMANÍA, internado en algún establecimiento psiquiátrico, estaría sujeta a la vulnerabilidad del grupo de personas del sector oficial o privado con facultad de decidir discrecionalmente sobre la rehabilitación o no rehabilitación del enfermo."

4. INTERVINIENTES:

El Ministerio de Justicia por medio de apoderado constituído para el efecto, presentó un escrito en el que expone las razones que justifican la constitucionalidad de las normas demandadas, las cuales se resumen en seguida:

- El literal j) del artículo 2o. de la ley 30 de 1986 no viola el artículo 366 de la Carta, por que "las necesidades insatisfechas de salud de los usuarios de los estupefacientes no se solucionan

administrándoles el tóxico, ni permitiéndoles que sigan usándolo libremente, sino con medidas de educación, de prevención, de tratamiento y de rehabilitación de su enfermedad, que se fundamentan todas en la supresión del uso de la droga".

- En lo que respecta al artículo 51 de la misma ley se afirma que no viola el artículo 5o. de la Carta "puesto que el ciudadano colombiano tiene derecho a la salud, tanto psíquica como orgánica y no, como lo plantea el demandante, derecho a estar enfermo, puesto que la enfermedad es un concepto opuesto al de la salud... la acción del Estado debe estar encaminada a ayudarle al enfermo a recobrar su salud y no a facilitarle que con el uso de una sustancia tóxica que es dañina para su organismo y para su psiquismo, perpetúe su enfermedad".

- Tampoco se vulneran los artículos 34, 47 y 49 de la Constitución, pues el demandante "confunde el tratamiento para una enfermedad, con la pena para un contraventor", ni los artículos 28 y 29 del mismo Ordenamiento, por que la misma ley parcialmente demandada, como las normas penales de procedimiento consagran "la jurisdicción competente, formalidades y procedimiento para el juzgamiento de quien ha incurrido en la contravención consagrada en el artículo 51".

- El artículo 95-1 de la Ley Suprema no resulta lesionado por el mandato acusado, ya que si bien es cierto que señala como deber de la persona y del ciudadano "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. El individuo que consume droga estupefaciente a sabiendas de que se trata de una sustancia tóxica, deletérea para su salud, está abusando de su derecho de libertad, sólo que algunas veces lo hace motivado por su enfermedad; de manera que cumple el Estado con su función cuando trata de suministrarle o al menos de facilitarle la posibilidad de tratamiento para su dolencia".

- Finalmente anexa un concepto emitido por el subdirector de investigación científica del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sobre el tema.

5. CONCEPTO FISCAL.

El Procurador General de la Nación (Encargado) rinde la vista fiscal de rigor en oficio No. 350 del 1o. de diciembre de 1993, la que concluye solicitando a la Corte que declare exequibles el literal j) del artículo 2o. y el artículo 51 de la ley 30 de 1986, este último "en el entendido que la sanción de internamiento o restricciones a la libertad en virtud de su literal c), no pueden ser superiores a las penas de arresto contenidas en sus literales a) y b)".

Son estas las argumentaciones del citado funcionario:

- La ley 30 de 1986 otorga un tratamiento más benigno para quien consume droga que para quien la produce y comercializa, y la razón "puede encontrarse en el hecho de que quien es usuario de la droga por regla general, es considerado una víctima más que un delincuente y por ello antes que un castigo debe recibir un tratamiento adecuado para lograr su recuperación". Para que una conducta relacionada con la utilización de drogas encaje dentro de una contravención se requiere, conforme al artículo 51 de la ley, "que la cantidad de ellas corresponda al concepto de dosis personal", el cual también se encuentra definido en ese ordenamiento.

- El "establecimiento de topes máximos en las cantidades de drogas o sustancias controladas que hace la ley para ubicarlas dentro del concepto de dosis personal, no contraría precepto alguno de

nuestro ordenamiento constitucional. La penalización o no del consumo, su tratamiento como delito o contravención, la determinación de porciones máximas, como dosis personal, son consecuencia fundamentalmente de la política criminal que en un momento determinado haya adoptado el Estado en materia de lucha contra el narcotráfico. Lo anterior como es lógico, siempre que la escogencia de cualquiera de esas opciones se haga dentro del límite de lo razonable y con salvaguardia de nuestros principios constitucionales y de la dignidad humana".

- El literal i) del artículo 2o. de la ley 30 de 1986 consagra que la dosis terapéutica es la cantidad de droga o medicamento que un médico prescribe según las necesidades clínicas de su paciente, sin que dentro de dicho estatuto se consagre sanción alguna para las conductas relacionadas con dosis de esa índole, y por el contrario "lo relativo a la dosis terapéutica es una de las posibles utilidades lícitas de las drogas controladas, dentro del concepto no de estupefaciente sino de medicamento, en el marco del ejercicio de una actividad lícita como es la medicina, y con una finalidad legítima jurídicamente como es el tratamiento, curación o rehabilitación de un enfermo", pudiendo incluso la dosis terapéutica ser superior a la dosis personal.

- En relación con el artículo 51 demandado, dice el Procurador, que el literal c) de dicha disposición "está orientado a lograr la recuperación del drogadicto a través de su internación en un establecimiento adecuado para que allí reciba tratamiento médico necesario, o de la entrega a la familia para que bajo su responsabilidad se le siga dicho tratamiento" y por tratarse de un enfermo no se le imponen las sanciones de multa ni arresto, ejerciendo así el Estado "una función social tendiente a la recuperación de la salud de aquél que es dependiente de las drogas", cumpliendo lo dispuesto en los artículos 47, 48 y 49 de la Carta.

- La función curativa y rehabilitadora de la norma se percibe también en el inciso 2o. del literal c) del citado artículo 51 "cuando prevé la posibilidad de confiar el drogadicto al cuidado de la familia, o remitirlo bajo la responsabilidad de ésta a una institución especializada para recibir allí el tratamiento debido". Sin embargo, considera el Procurador que el internamiento del drogadicto a que se refiere el inciso primero del artículo 51 demandado "tiene el carácter de sanción e implica para quien es acreedor de ella, la pérdida de la libertad en los casos en que el internamiento deba cumplirse forzosamente, o una limitación al ejercicio de la misma cuando se confía al cuidado de la familia. Como se trata de una mengua a los derechos fundamentales de la persona entre los cuales se encuentra la libertad, no es posible que las restricciones a ella tengan el carácter de indeterminadas. La expresión 'por el término necesario para su recuperación' contenido en la disposición sin la fijación de un tope máximo permitiría que la sanción se prolongara en el tiempo de manera indefinida, llegando incluso a ser perpetua en los casos en que el drogadicto no lograre su recuperación, lo cual contraría de manera flagrante los artículos 16, 28 y 34 de la Carta Política", tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-176 de mayo 6 de 1993.

- Por consiguiente considera el Procurador que "cuando se imponga al consumidor o usuario de drogas que se encuentre en estado de drogadicción, el internamiento o cualquier medida que implique pérdida o restricción de su libertad, a título de sanción de acuerdo con el literal c) del artículo 51 de la ley 30 de 1986, estas medidas no podrán ser superiores a los máximos determinados como pena de arresto para quienes hayan realizado las mismas conductas pero que no sean drogadictos y que son de treinta (30) días cuando sea la primera vez que hayan realizado las conductas descritas en dicho artículo y de doce (12) meses por la segunda vez".

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

6.1.- Competencia.

Dado que la acusación se dirige contra normas que integran una ley, es competente esta Corporación para decidir sobre su constitucionalidad, conforme a lo ordenado por el artículo 241- 4 de la Constitución Nacional.

6.2.- CONSIDERACIONES DE FONDO.

6.2.1.- El derecho como forma de regulación de la conducta interferida. Existen deberes jurídicos para consigo mismo?.

Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren. Mientras esto no ocurra, es la norma moral la que evalúa la conducta del sujeto actuante (incluyendo la conducta omisiva dentro de la categoría genérica de la acción). Por eso se dice, con toda propiedad, que mientras el derecho es ad alterum, la moral es ab agentis o, de otro modo, que mientras la norma jurídica es bilateral, la moral es unilateral. En lenguaje hohfeldiano, puede afirmarse que el precepto del derecho crea siempre una situación desventajosa correlativa a una situación ventajosa. En el caso concreto, cuyo análisis importa, un deber correlativo a un derecho. La moral no conoce esta modalidad reguladora. Las obligaciones que ella impone no crean en favor de nadie la facultad de exigir la conducta debida. En eso radica su unilateralidad. No en el hecho de que no imponga deberes frente a otro, sino en la circunstancia que no confiere a éste facultad de exigir.

De allí que no haya dificultad alguna en admitir la existencia de deberes morales frente a uno mismo y menos aún cuando la moral que se profesa se halla adherida a una concepción teológica según la cual Dios es el dueño de nuestra vida, y el deber de conservarla (deber frente a uno mismo) se resuelve en un deber frente a Dios.

Pero otra cosa sucede en el campo del derecho: cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar.

6.2.2.- Implicaciones en el caso sub-examine.

En el caso que ocupa a la Corte, (en relación con el consumo de estupefacientes) es preciso vincular las normas de la ley 30 de 1986, que se refieren al consumo de las sustancias allí indicadas, con el inciso último del artículo 49 de la Carta, que dispone: "Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad." (énfasis fuera de texto). Aplicando los lineamientos anteriores al examen de dicho inciso, se tendría:

1). Se trata de un mero deseo del Constituyente, llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, pero en modo alguno generador de un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal.

2). El Estado colombiano se asume (en tanto que sujeto pretensor) dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y, por eso, arrogándose el papel de Dios, en la concepción teológica, prescribe, mas allá de la órbita del derecho, comportamientos que sólo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir.

3). Toma en consideración las consecuencias, frente a otros, de la conducta individual y por esa razón la hace objeto de regulación jurídica, v.gr.: la situación de desamparo en que puede quedar la familia del drogadicto; la privación a la comunidad de una persona potencialmente útil; el peligro que para los demás puede entrañar la conducta agresiva desatada por el consumo de las sustancias indicadas en la ley.

Entra la Corte a examinar las tres posibilidades hermenéuticas señaladas, empezando por la últimamente enunciada y tomando en cuenta las situaciones que, a modo de ejemplo, allí se indican, así:

PRIMERA POSIBILIDAD HERMENEUTICA.

1). Si se asume que es en consideración a las personas próximas al drogadicto, que se verán privadas de su presencia, de su afecto y, eventualmente de su apoyo económico, que la conducta punible se tipifica, habría que concluir que el tener seres queridos y obligaciones familiares que cumplir, tendría que hacer parte de la conducta típica y, por ende, quienes no se encontraran dentro de esa situación no podrían ser justiciables por el delito en cuestión. Pero resulta que la norma prescinde de todos esos condicionamientos y hace reos de la infracción a quienes se coloquen en su hipótesis, independientemente de que tengan o no familia y de que tengan o no vínculos obligacionales con alguien. En otros términos: un sindicado por esos delitos no podría, válidamente, argüir en su favor, para hacerse acreedor a la exención de responsabilidad, que es solo en la vida y a nadie está ligado por vínculos de sangre o de afecto.

Pero si se trata de alguien que sí se halla integrado a una comunidad familiar, y la sanción penal se ha revelado inepta para inhibir el consumo, el mantenimiento del castigo sólo serviría para añadir a la familia una nueva angustia, derivada de la sanción.

2). Si se argumenta, entonces, que es la comunidad toda, a la que inexorablemente ha de pertenecer, la que se va a ver privada de uno de sus miembros potencialmente útiles, habría que concluir que los ya marginados por otro tipo de comportamientos asociales, egoístas irredentos, misántropos irreductibles, podrían gastar su existencia en el consumo de sustancias nocivas y con ello la sociedad, antes que perder, ganaría, pues habría segregado, de modo natural, a un miembro indeseable. Y aún subsiste una duda: ¿por qué si es ese el motivo de la prohibición no se le conmina bajo pena el consumo del tabaco que, de acuerdo con investigaciones médicas confiables, y de amplia aceptación en el campo científico, es causa del cáncer de pulmón y del cáncer en general? y ¿por qué no se le prohíbe la ingestión de sustancias grasas que aumentan el grado de colesterol y propician las enfermedades coronarias, acelerando así el proceso que conduce a la muerte?. Pero no. El sujeto en cuestión sería justiciable por la conducta que, desde esa perspectiva, resultaría socialmente provechosa. Luego, tampoco parece ser ésa la razón justificativa de la represión.

3). Pero finalmente, puede invocarse como motivo de la punición, el peligro potencial que para los otros implica la conducta agresiva desencadenada por el consumo de la droga. Sobre este punto, es preciso hacer varias consideraciones: la primera se refiere al trato abiertamente discriminatorio que la ley acuerda para los consumidores de las drogas que en ella se señalan y para los consumidores de otras sustancias de efectos similares, v.gr., el alcohol. Porque mientras el alcohol tiene la virtud de verter hacia el otro a quien lo consume, para bien o para mal, para amarlo o para destruirlo, el efecto de algunas de las sustancias que la ley 30 incluye en la categoría de "drogas", como la marihuana y el hachís, es esencialmente interior, intensificador de las experiencias íntimas, propias del ser monástico. Por eso ha podido decir Octavio Paz que el vino se halla vinculado al diálogo (la relación con el otro) desde sus comienzos: el simposio griego. La droga a los viajes interiores, más propios de la cultura oriental. Quien toma alcohol, se halla dentro de la más pura tradición occidental, mientras que el que se droga es un heterodoxo (tal vez sea por eso por lo que se le castiga).

¿No es acaso un hecho empíricamente verificable que la ingestión de alcohol, en un elevado número de personas, ocasiona el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas reprimidas hasta entonces, y es factor eficiente en la comisión de un sinnúmero de delitos? ¿Por qué, entonces, el tratamiento abiertamente distinto, irritantemente discriminatorio, para el alcohólico (quien puede consumir sin medida ni límite) y para el drogadicto?.

Veamos si no, los datos suministrados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nor-Occidente - Medellín, acerca de la incidencia del alcohol en las conductas delictivas no sólo desde el punto de vista de los sujetos activos, sino también del de las víctimas.

Dice dicho informe en su parte pertinente: "En la cifra bruta de mortalidad por causas violentas, al menos para la ciudad de Medellín, existe un factor que parece pudiera considerarse como riesgo, y es el de la ingestión de bebidas alcohólicas; para 1980 el 27% de las víctimas de muerte violenta tenía en su sangre cifras positivas para alcohol, para el año de 1990 ese porcentaje se había incrementado al 48.51%".

Y luego, a través de dos anexos, que se incluyen al final de este fallo, se ilustra gráficamente lo anterior y se establece, específicamente, una relación entre los delitos cometidos en estado de embriaguez y las conductas delictivas determinadas por la dependencia de drogas.

La segunda dice relación al hecho de que dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica.

Con razón ha dicho Thomas Szasz, crítico agudo de lo que pudiéramos llamar el totalitarismo psiquiátrico: "En una sociedad de hombres libres, cada uno debe ser responsable de sus actos y sancionado como tal. Si el drogadicto comete un crimen, debe ser castigado por ese crimen, no por

ser drogadicto. Si el cleptómano roba, si el pirómano incendia, si el regicida asesina, todos deben caer bajo el peso de la ley y ser castigados." (Entrevista concedida a Guy Sorman, en "Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo", Seix Barral, 1992.).

SEGUNDA POSIBILIDAD HERMENEUTICA.

Pero descartada por arbitraria e inarmónica con nuestro estatuto básico la anterior vía interpretativa, (resulta violatoria de la libertad y de la igualdad) es preciso detenerse en la enunciada en segundo término, a saber: el Estado colombiano se asume dueño y señor de la vida y del destino de cada persona sujeta a su jurisdicción, y por eso le prescribe comportamientos que bajo una perspectiva menos absolutista quedarían librados a la decisión suya y no del Estado. Empero, también esta tentativa exegética debe ser desechada, pues la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria. Por tanto, si del texto de una norma pudiera desprenderse una conclusión a tono con una ideología de esa naturaleza, sería necesario, en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella un sentido que no rompa abruptamente el sistema sino que lo preserve. Porque la tarea del juez de constitucionalidad no consiste, ni puede consistir, en resignarse a que la norma básica es un tejido de retazos incongruentes, entre sí inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable. Por ejemplo: si de una norma se sigue que el hombre es libre y, por tanto, dispone de un ámbito de autonomía compatible con el ámbito ajeno; y de otra, que no lo es, la alternativa no tiene escapatoria: optamos por darle relevancia a la primera ("pro favor libertatis") ratificando la sustancia ideológica de la Carta, o la distorsionamos, atribuyendo trascendencia derogatoria a un precepto de significación normativa vicaria. La opción que en esta sentencia se avala es, sin duda, la primera.

Pero si, moderando la perspectiva, asumimos que no se trata de un Estado omnímodo, con pretensiones de injerencia en las más íntimas decisiones del sujeto destinatario, sino de un Estado paternalista y protector de sus súbditos, que conoce mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional, por esa vía benévola se llega al mismo resultado inadmisibles: la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiere con la esfera de la libertad ajena.

TERCERA POSIBILIDAD HERMENEUTICA

Queda, entonces, como única interpretación plausible la que se enunció en primer término, a saber: que se trata tan sólo de la expresión de un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico en general, y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo. Esto porque, tal como se anotó al comienzo, no es posible hablar de sujeto pretensor de este deber, sin desvirtuar la Carta Política actual y la filosofía liberal que la inspira, determinante de que sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles.

6.2.3.- El tratamiento médico como medida protectora del drogadicto, y la sanción penal.

Especial atención merece el literal c) del artículo 51 demandado, que prescribe: "El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción, así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar

de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto".

"La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquélla".

"El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente."

Tal disposición impone al drogadicto (condición que ha de establecerse mediante peritación médico-legal) el internamiento "en establecimiento de carácter psiquiátrico o similar" hasta que la recuperación se produzca. La pregunta que la norma suscita, es obvia: ¿se trata de una pena (retaliación por haber delinquido) que se destina al sujeto activo de un delito, o de una medida humanitaria en beneficio de un enfermo? Si lo primero, la norma es inconstitucional, conforme al análisis que antes se ha hecho, pues no se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro. ¿O se tratará, tal vez, de una medida humanitaria encaminada a restituir la salud a quien padece una grave enfermedad? No hay duda, para la Corte, de que también bajo esta perspectiva, la disposición es abiertamente inconstitucional, pues cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno y, en armonía con ella, el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) no consideraba la tentativa de suicidio como conducta delictual; mucho menos podría hacerse ahora esa consideración. Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.

Bajo el tratamiento de ciertas conductas que se juzgan desviadas, como enfermedades, se esconde el más feroz poder represivo, tanto más censurable cuanto más se presenta como una actitud paternal (casi amorosa) frente al disidente. La reclusión en establecimientos psiquiátricos o similares, ha sido desde hace mucho, un vitando mecanismo usado por los regímenes totalitarios para "curar" a los heterodoxos. Y las sociedades contemporáneas se han empeñado en tratar a los drogadictos como heterodoxos, pero heterodoxos enfermos a quienes hay que hacerles ver el mundo como lo ven los gobernantes. Sobre el punto anota Szasz, con su habitual agudeza: "El hecho de drogarse no es una enfermedad involuntaria, es una manera totalmente deliberada de afrontar la dificultad de vivir, la enfermedad de vivir. Pero como no sabemos curar la enfermedad de vivir, preferimos 'tratar' al drogadicto". ob cit.

Refiriéndose al mismo problema (el encubrimiento de la pena por el tratamiento) cuenta Lon L. Fuller en "The anatomy of the law" que algún curioso visitante de uno de esos famosos establecimientos donde se dice no sancionar sino tratar, al advertir que a uno de los pacientes lo

sometían a una cruel tortura consistente en ponerle un chorro de agua a presión sobre la nariz, preguntó con inteligente candor: "¿Y a esto se le puede llamar 'hidroterapia'?".

Sobre el punto que venimos examinando, a saber, la obligación de un enfermo (o que es considerado como tal) de observar un tratamiento médico encaminado a la curación, existe un notable precedente en esta misma Corte. Es la sentencia No. T-493 de 1993 de la Sala Segunda de Revisión, que con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera, sentó una significativa doctrina, al denegar una tutela tendiente a imponer, a quien padecía de una enfermedad grave, la obligación de tratarse médicamente. En su aparte más relevante dice el mencionado fallo:

"Tanto los peticionarios de la tutela, como el fallo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango Antioquia, desconocen el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", en cuanto coartan la libertad que posee María Libia Pérez Duque de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida".

En la norma citada hay implícita una discriminación inadmisibles para el drogadicto que tiene recursos económicos y para el que carece de ellos, pues mientras el primero puede ir a una clínica privada a recibir un tratamiento con los especialistas que él mismo elija, el segundo se verá avocado a que se le conduzca a un establecimiento no elegido por él, con todas las connotaciones de una institución penitenciaria.

6.2.4.- La sanción (o tratamiento) por el consumo de droga y el libre desarrollo de la personalidad.

Para dilucidar "in toto" la constitucionalidad de las normas que hacen del consumo de droga conductas delictivas, es preciso relacionar éstas con una norma básica que, para este propósito, resulta decisiva. Es el artículo 16 de la Carta, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo hace en los siguientes términos: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

La frase "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", merece un examen reflexivo, especialmente en lo que hace relación a la expresión subrayada. Porque si cualquier limitación está convalidada por el solo hecho de estar incluida en el orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, se hace nugatorio. En otros términos: el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución.

Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "in nuce", porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. John Rawls en "A theory of justice" al sentar los fundamentos de

una sociedad justa constituída por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: "Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compatible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás". Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad.

Lo anterior, desde luego, dentro de una concepción personalista de la sociedad, que postula al Estado como un instrumento al servicio del hombre y no el hombre al servicio del Estado para la realización de un fin más allá de la persona (transpersonalismo), como la victoria de la raza superior o el triunfo de la clase proletaria.

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer. En un hermoso libro "El miedo a la libertad" subraya Erich Fromm como un signo del hombre moderno (a partir de la Reforma) el profundo temor del individuo a ejercer su propia libertad y a que los demás ejerzan las suyas. Es el pánico a asumirse como persona, a decidir y a hacerse cargo de sus propias decisiones, esto es, a ser responsable. Por eso se busca el amparo de la colectividad, en cualquiera de sus modalidades: del partido, si soy un militante político, porque las decisiones que allí se toman no son mías sino del partido; de la iglesia, si soy un creyente de secta, porque allí se me indica qué debo creer y se me libera entonces de esa enorme carga de decidirlo yo mismo; del gremio, porque detrás de la solidaridad gremial se escamotea mi responsabilidad personal, y así en todos los demás casos.

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.

Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado".

Y no se diga que todo lo que el legislador hace lo hace en función del interés común, porque, al revés, el interés común resulta de observar rigurosamente las pautas básicas que se han establecido para la prosecución de una sociedad justa. En otros términos: que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige.

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales.

6.2.5.- Libertad, educación y droga.

Cabe entonces preguntar: ¿qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. ¿Conduce dicha vía a la finalidad indicada? No necesariamente, ni es de eso de lo que se trata en primer término. Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. Sin compartir completamente la doctrina socrática de que el único mal que aqueja a los hombres es la ignorancia, porque cuando conocemos la verdad conocemos el bien y cuando conocemos el bien no podemos menos que seguirlo, sí es preciso admitir que el conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre y si la elección, cualquiera que ella sea, tiene esa connotación, no hay alternativa distinta a respetarla, siempre que satisfaga las condiciones que a través de esta sentencia varias veces se han indicado, a saber: que no resulte atentatoria de la órbita de la libertad de los demás y que, por ende, si se juzga dañina, sólo afecte a quien libremente la toma.

Poco sirven las prédicas hueras contra el vicio. Tratándose de seres pensantes (y la educación ayuda a serlo) lo único digno y eficaz consiste en mostrar de modo honesto y riguroso la conexión causal existente entre los distintos modos de vida y sus inevitables consecuencias, sin manipular las conciencias. Porque del mismo modo que hay quienes se proclaman personeros de una cosmovisión, pero la contradicen en la práctica por ignorar las implicaciones que hay en ella, hay quienes optan por una forma de vida, ciegos a sus efectos.

El examen racional de las cosas no lleva fatalmente a que la voluntad opte por lo que se juzga mejor. Pero tiene una ventaja inapreciable: garantiza que la elección es libre y, generalmente, la libertad rinde buenos frutos. Al menos ése es el supuesto de una filosofía libertaria, como la que informa nuestro estatuto básico. Con toda razón ha escrito Richard Rorty: "El aglutinante social que mantiene unida a la sociedad liberal consiste en poco más que el consenso en cuanto a que lo esencial de la organización social estriba en dar a todos la posibilidad de crearse a sí mismos según sus capacidades".

Si, en una hipótesis meramente teórica -que la Corte no propicia ni juzga deseable- una sociedad de hombres educados y libres resuelve vivir narcotizada, nada ético hay que oponer a esa decisión. Pero si dichos supuestos se dan, es altamente probable que tal cosa no ocurra. La educación tiene por destinatario, idéntico sujeto que el derecho: el hombre libre. Los shocks eléctricos, los cortes quirúrgicos y los tratamientos químicos no educan, inducen conductas irresistibles y, en esa medida, niegan brutalmente la condición moral del hombre, que es lo único que nos distingue de los animales.

No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.

7. Unidad normativa.

Conforme a lo anterior, resultan violatorias del Estatuto Básico, los artículos 51 y 87 de la ley 30 de 1986, este último por constituir unidad normativa con los acusados. No así el literal j) del artículo 2o., también demandado, por las razones que más adelante se expondrán, y que llevan a la Corte a considerarlo claramente ajustado a la Carta.

En efecto, para integrar la proposición normativa, es preciso hacer referencia al artículo 87 que, sin duda, merece comentario especial. Dicha norma establece:

"Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4 y 5 del Decreto 1136 de 1970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto".

Que una persona que no ha cometido ninguna infracción penal -como lo establece el mismo artículo- sea obligada a recibir tratamiento médico contra una "enfermedad" de la que no quiere curarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía consagradas en el artículo 16, como "libre desarrollo de la personalidad". Resulta pertinente, en este punto, remitir a las consideraciones hechas atrás acerca del internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar, considerado, bien bajo la perspectiva del tratamiento médico, bien bajo la perspectiva de la pena. Si se adopta la primera, la norma resulta inconstitucional por violentar la voluntad del destinatario mediante la subrogación de su capacidad de decidir, por la decisión del juez o del médico. Cada quien es libre de elegir (dentro de nuestro ordenamiento) qué enfermedades se trata y si es o no el caso de recuperar la "salud", tal como se concibe de acuerdo con el criterio oficial.

Si se adopta la segunda, la evidencia de inconstitucionalidad es aún mayor, pues no sólo es inconcebible sino monstruoso y contrario a los más elementales principios de un derecho civilizado, que a una persona se le sancione sin haber infringido norma alguna, o se le compela a recibir un tratamiento médico que no desea. Ahora bien: la protección de los disminuidos "físicos, sensoriales y psíquicos" a que se refiere el artículo 47 de la Carta, hay que entenderla como una obligación del Estado frente a las personas que, hallándose en una de esas situaciones, la soliciten, creándose así una situación ventajosa para ellas, que tienen, entonces, la facultad de exigir dicha ayuda y no la obligación de soportar las decisiones que en contra de su autonomía resuelva tomar el Estado, el cual, se repite, dentro de nuestro ordenamiento, no puede asumirse como dueño de la voluntad y la vida de los destinatarios.

Acerca del "deber", establecido en el inciso último del artículo 49, se hicieron, en otro lugar las consideraciones pertinentes. A ellas se remite la Corte.

En síntesis: los preceptos de la Carta que resultan directamente violados por las disposiciones señaladas, son los siguientes: el artículo 1o. que alude al respeto a la dignidad humana como fundamento del Estado; el 2o. que obliga al mismo Estado a garantizar "la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"; el 5o. que reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, dentro de los cuales ocupa un lugar privilegiado el de la autonomía, como expresión inmediata de la libertad; el 16 que consagra expresamente el derecho anteriormente referido, y el 13 consagradorio del derecho a la igualdad, pues no se compadece con él, el tratamiento diferente a categorías de personas que deben ser análogamente tratadas.

8.- El literal j) del artículo 2o. de la ley 30 de 1986

En cuanto al literal j) del artículo 2o., también demandado, encuentra la Corte que se ajusta a la Norma Básica, pues constituye un ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. Porque determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables.

En ese mismo orden de ideas puede el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco. Es ésta, materia propia de las normas de policía. Otro tanto cabe predicar de quienes tienen a su cargo la dirección de actividades de instituciones, públicas o privadas, quienes derivan de esa calidad la competencia de dictar reglamentos internos que posibiliten la convivencia ordenada, dentro de los ámbitos que les incumbe regir. Alude la Corte a los reglamentos laborales, disciplinarios, educativos, deportivos, etc.

Cabe reiterar, entonces, que no afecta este fallo las disposiciones de la ley 30 del 86, relativas al transporte, almacenamiento, producción, elaboración, distribución, venta y otras similares de estupefacientes, enunciadas en el mismo estatuto.

Finalmente, juzga la Corte conveniente observar que, conforme a la Convención de Viena de 1988, suscrita por Colombia y que, conjuntamente con la ley 67 del 93, fue revisada por esta Corporación, (sent. C-176/94), dicho Instrumento Internacional establece la misma distinción mantenida en el presente fallo, entre consumo y narcotráfico, y que, con respecto al primero, deja en libertad de penalizarlo o no, a los Estados signatarios.

La declaración de inexecutable de los artículos 51 y 87 de la ley 30 de 1986, por las razones expuestas, impide que revivan normas de contenido similar, que fueron derogadas por la ley en cuestión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE el literal j) del artículo 2o. de la ley 30 de 1986.

SEGUNDO: Declarar INEXEQUIBLES los artículos 51 Y 87 de la ley 30 de 1986.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJÍA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la sentencia No. C-221/94

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Límites
(Salvamento de voto)

Interpretar, como lo ha hecho la mayoría, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la facultad ilimitada de cada quien de hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, aún llegando a extremos de irracionalidad, -como atentar contra su propia integridad física o mental-, constituye un funesto error; pero peor aún resulta interpretar que tal derecho puede ejercerse aun en perjuicio de los demás. El libre desarrollo de la personalidad se basa, entonces, en el principio de una justa autonomía del hombre, como sujeto personal de sus actos. En virtud de la razón natural, que es expresión de sabiduría, la razón humana es la suprema ley del hombre.

DIGNIDAD HUMANA-Drogadicción (Salvamento de voto)

La dignidad humana exige pues el respeto y promoción incondicionales de la vida corporal; por tanto, la dignidad humana se opone a esa concepción que, en aras del placer inmediato, impide la realización personal, por anular de forma irreversible tanto el entendimiento como la voluntad, es decir, torna al hombre en esclavo del vicio, como ocurre en el caso patético de la droga. No es admisible ningún atentado contra ese valor personal del hombre que es su dignidad. Todo el orden jurídico, político y económico debe permitir que cada ciudadano preserve su dignidad, y en orden a la coherencia, debe garantizar la prevalencia de dicha dignidad, que siempre es de interés general. Quienes suscribimos este Salvamento no entendemos cómo puede considerarse que la autodestrucción del individuo, sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera de rehabilitarlo, pueda tomarse como una forma de realizar el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana, cuando es precisamente ésta la primera lesionada y, peor aún, aniquilada por el estado irracional al que se ve conducido irremisiblemente el consumidor de droga.

CONSUMO DE DROGAS/DESPENALIZACION DEL CONSUMO DE DROGAS
(Salvamento de voto)

Se colige que el consumo de drogas no es un acto indiferente, sino lesivo contra el bien común y desconocedor del interés general. Ante esta clase de actos, la ley tiene que prohibir esa conducta, so pena de legalizar un desorden evidente en las relaciones humanas; desorden que imposibilita lograr los fines del Estado Social de Derecho, y que vulnera, en lo más hondo, la dignidad humana. Resulta contra la naturaleza de la ley, despenalizar una conducta lesiva per se. Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada

"dosis personal", en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción.

PREVALENCIA DEL INTERES PARTICULAR/PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL (Salvamento de voto)

En cuanto hace a la prevalencia del interés general, sobre el particular, principio preconizado en las distintas normas constitucionales (Arts. 2o., 58, 82), este principio resulta desconocido abiertamente por la Sentencia de la cual discrepamos, en cuanto ésta lo supedita a una concepción absolutista del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haciendo prevalecer elementos tales como el irrefrenable deseo y la imperiosa necesidad del consumo en quien, bajo el único pretexto de su soberana voluntad, envenena su propio organismo y proyecta en la sociedad los negativos efectos de la perturbación mental que la sustancia le causa.

DERECHOS DE LA FAMILIA-Violación (Salvamento de voto)

Ningún sentido tiene, entonces, que mientras la Constitución busca proteger a la familia con tanto énfasis, pueda invocarse el libre desarrollo de la personalidad de uno de sus miembros como argumento que prevalezca sobre tales concepciones institucionales, dentro de un criterio individualista que resulta a todas luces extraño a una concepción contemporánea del derecho.

ALCOHOL-Consumo/TABACO-Consumo/DROGA-Consumo (Salvamento de voto)

No desconocemos, en manera alguna, los efectos nocivos que puede causar el alcohol ingerido en altas dosis para el organismo, ni el hecho de que éste ha sido causa de muchos actos de violencia interpersonal. Pero equiparar los daños que causa la droga, tanto para la propia persona como para el entorno social, con los que pueden causar el tabaco o el alcohol, es un exabrupto que no resiste ningún análisis ni científico ni estadístico. En cuanto al tabaco, es evidente que la nicotina en él contenida es un problema para la salud, el cual se ve agravado por el de la adicción. Sin embargo, la nicotina no es un intoxicante que se convierta en un riesgo para el comportamiento humano; tampoco es una fuente, imaginaria o real, de grandes poderes internos o de intuiciones.

DOSIS PERSONAL/NARCOTRAFICO-Penalización (Salvamento de voto)

De la decisión mayoritaria se desprende una paradoja y una ambigüedad muy difíciles de entender: Por un lado se autoriza el consumo de la dosis personal, pero por otro se mantiene la penalización del narcotráfico. Es decir que se permite a los individuos consumir droga, pero se prohíbe su producción, distribución y venta. Carece de toda lógica que la ley ampare al consumidor de un producto y, en cambio sancione a quien se lo suministre.

REF.: Expediente D-429

"La verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el derecho a elegir sólo entre las sendas que conducen al bien".

MAZZINI "La verdadera libertad consiste en el dominio absoluto de sí mismo".MONTAIGNE

Los suscritos magistrados, JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, HERNANDO HERRERA VERGARA, FABIO MORON DIAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA salvan su voto en el asunto de la referencia, por no compartir la decisión de fondo de la Sala Plena de la Corte Constitucional del día cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), que declaró inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986.

Las razones que mueven a los suscritos magistrados a apartarse de la decisión mayoritaria son, básicamente, de orden jurídico, por considerar que las normas declaradas inexequibles tenían pleno fundamento constitucional y, por ende, no contrariaban ninguno de los preceptos de la Carta Política. Adicionalmente, consideramos que dicha decisión no sólo contradice claros preceptos que informan el Estado Social de Derecho, sino que sus efectos pueden resultar altamente nocivos para bienes protegidos por la Carta como la salud física y mental de los colombianos, la pacífica convivencia ciudadana, o la integridad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y contrarían la obligación que tiene toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, el principio de solidaridad social, el de la prevalencia del interés general sobre el particular, y la obligación de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, entre otros preceptos constitucionales. A continuación nos permitimos explicar las razones que motivan nuestro disenso:

La Sentencia tiene una motivación que bien puede calificarse de ingenua, y anacrónica a la vez, pues sólo refleja la concepción del liberalismo individualista decimonónico, sostenedor del desuetto "Estado gendarme" del *Laissez faire-laissez passer*, desconociendo en absoluto la evolución ideológica, política y económica experimentada por el liberalismo contemporáneo. Cabe señalar que dicha evolución se plasma en el concepto de Estado Social de Derecho, cuyo diseño en Colombia empezó en la Reforma Constitucional de 1936 y culminó en la Carta de 1991. Es éste un liberalismo que exalta las libertades y derechos, pero que admite limitaciones a éstos en aras del bien común y la intervención del Estado en la vida económica y social, buscando con su actividad el logro de un orden justo y la prevalencia del interés general sobre el individual.

1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto

Una imprecisión sobre el sentido de la libertad -decía Locke- puede anular la libertad misma. Otro tanto se puede afirmar sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en nuestra Constitución, en buena hora, en su artículo 16. Interpretar, como lo ha hecho la mayoría, que este derecho implica la facultad ilimitada de cada quien de hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, aún llegando a extremos de irracionalidad, -como atentar contra su propia integridad física o mental-, constituye un funesto error; pero peor aún resulta interpretar que tal derecho puede ejercerse aun en perjuicio de los demás. No podemos los suscritos magistrados compartir esta interpretación profundamente individualista y absolutista, a la vez, del artículo 16. Ella resulta, por lo demás, abiertamente contradictoria con reiterada jurisprudencia de esta Corte, en la que se reconoce que no existen, ni pueden existir, derechos ni libertades absolutos, y que todo derecho o libertad está limitado por los derechos y libertades de los demás y por el orden jurídico.

El caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad no es una excepción. Sorprende que en la decisión mayoritaria se haya pasado por alto el hecho palmario de que el propio artículo 16 señala con toda claridad las limitaciones que tiene ese derecho: "*las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*". En el caso concreto del drogadicto, objeto de las normas declaradas inexequibles, es evidente que éste con su conducta no sólo se está causando grave daño físico y mental a sí mismo, sino que con ella está afectando de manera grave su entorno familiar y, en todo caso, su entorno social. Es cierto que el drogadicto, en sí mismo, no puede considerarse como un

delincuente, sino como un enfermo en cuyo auxilio el Estado y la sociedad tienen el deber de recurrir. Pero por la condición mental y psicológica a que su situación lo conduce, no es menos cierto que el drogadicto corre el riesgo, más que ningún otro adicto, de caer en la delincuencia, como lo demuestran de manera cada vez más alarmante todas las estadísticas en este campo. De ahí que no pueda reducirse de manera tan simplista el problema de la drogadicción a un asunto que sólo tiene que ver con el fuero interno o la intimidad de la persona, sino que, por el contrario, forzosamente afecta a todo el entorno social. En consecuencia, en aras de defender a todo trance la iniciativa individual, no se puede tolerar que se atropellen bienes fundamentales de los asociados reconocidos en nuestra Carta Política, como son los derechos a la vida, a la paz, a la salud, a la seguridad, a la convivencia, al bienestar, etc.

Los filósofos clásicos -de todas las corrientes- coinciden en que no hay libertad contra el género humano, así como también en que toda libertad es responsable. De suerte que afirmar que hay libertad para el vicio, equivale a decir que el vicio, de una u otra forma, es un objeto jurídico protegido. Siendo que el vicio no puede considerarse como un bien, sino causa y origen de males, tal aserto resulta absurdo. La libertad, no puede ir contra la naturaleza humana, porque, en la esencia del hombre, como principio de operación, encuentra ella su razón de ser. La naturaleza humana es racional, y en tal virtud el hombre puede medir y regular sus actos y tendencias; por eso la libertad presupone el dominio de la persona sobre su ser. El tratadista español Millán Puelles analiza el tema de la posible -y confusa- disyuntiva entre naturaleza y libertad, que pretenden establecer algunos, así: "La naturaleza sigue idéntica, a lo largo del cambio. Es algo fijo, como principio de comportamiento. Mas no es lo mismo ser un *principio fijo de comportamiento*, que un *principio de comportamiento fijo*. En la confusión de estas dos cosas hay una buena clave para enjuiciar la crítica historicista a la noción aristotélica de naturaleza. Afirmar que ésta es un principio de comportamiento fijo no es todavía decir que tal comportamiento no pueda ser libre; ni hay aquí tampoco ninguna consecuencia necesaria. Se trata sólo de una determinación genérica, susceptible de inflexiones específicas, pero en la cual, no obstante, ya hay algo valioso para el asunto que nos ocupa: la concepción de la naturaleza como principio y fuente de operación y de conducta"¹ .

Como vemos, la supuesta contradicción que algunos ven entre naturaleza y libertad, obedece a una confusión: creer que la naturaleza humana es un comportamiento fijo. Cuando se habla de naturaleza humana, no se señala con ello una pauta de conducta, sino un principio de operación. Ahora bien, ese principio es *racional* -tiende a la perfección y no a la destrucción- y en tal virtud, es libre. No hay, pues, antinomia alguna entre naturaleza y libertad, sino todo lo contrario: la libertad se fundamenta en la naturaleza perfectible del hombre. La libertad no puede ir contra el hombre, porque el ser humano es fin en sí mismo. Por ello resulta cuando menos impropio afirmar que, en aras de la libertad, el hombre se puede degenerar, lo que equivale a despersonalizarse. El derecho al libre desarrollo de la personalidad supone que el hombre, en el ejercicio libre de sus actos, aumente su autonomía, de suerte que sea dueño de sí, es decir, como *persona* y no lo contrario: que se anule como tal.

Emmanuel Kant advierte en torno a la finalidad del ser humano, que el libre albedrío no puede tener su esencia sino en la realización de los fines racionales del hombre. La finalidad de que habla el filósofo alemán es la finalidad de la naturaleza; dicha finalidad no es otra que el mismo hombre, ya que éste es "el único ser sobre la tierra que posee un entendimiento y, por tanto, una facultad de proponerse unos fines, por eso merece ciertamente el título de señor de la naturaleza, y si se considera a la naturaleza como a un sistema teleológico, es según su destino, el fin último de la naturaleza; pero es solamente de una manera condicional, es decir, a condición de que sepa y de que tenga la voluntad de establecer entre ella y él una relación final tal, que ésta sea independiente de la naturaleza y, bastándose a sí misma, pueda ser por consiguiente fin último"² .

Por lo demás, la interpretación errónea del derecho al libre desarrollo de la personalidad como un derecho absoluto que se consigna en la Sentencia, conduciría también a concluir que, en ejercicio de tal derecho, serían lícitas otras conductas que, aparentemente, pertenecen al fuero interno de la persona, como cuando una mujer consiente acabar con la vida de la criatura que está en su vientre, es decir, el aborto. Siendo ello así, la Sentencia está entonces en abierta contradicción con reciente jurisprudencia sentada por esta misma Corporación, que declaró exequible el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, el cual penaliza el aborto (Sentencia C-133 de 17 de marzo de 1994, Magistrado ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell).

2. La drogadicción atenta contra la dignidad humana

Resulta un contrasentido, por decir lo menos, que uno de los escasos argumentos de tipo jurídico que se menciona en la Sentencia para avalar la supuesta inconstitucionalidad de las normas consideradas inexecutable, sea el de la dignidad humana.

La dignidad humana, que es un bien irrenunciable, está implícita en el fin que busca el hombre en su existencia. El ser humano es fin en sí mismo, ya que toda la finalidad terrena, de una u otra manera, está referida a su ideal de perfeccionamiento. Cada hombre, en el uso de su libertad, debe ser consciente de esto, pues sólo el hombre tiene la superioridad sobre los demás seres del universo. He ahí el por qué es fin en sí mismo; pero dicha finalidad no es absoluta, sino limitada, ya que el ser personal está ordenado a unos fines que vienen determinados por la naturaleza humana. El hombre no vive sólo para sí mismo, sino también para los demás.

¿Qué comporta la dignidad del ser humano? Comporta que el hombre es un ser ordenado a la perfección, como fin esencial. Acrecentar la dignidad humana es una exigencia de la propia esencia del hombre, que es perfectible. Apartarse de la dignidad lleva, ineludiblemente, a la degradación del hombre. De ahí la reiterada apelación de los tratadistas de derechos fundamentales a los *fines racionales del hombre*; y de ahí también que tales fines constituyan para la civilización los principios básicos de moralidad de los actos humanos. La perfección del hombre, la obtención de los fines, que lleva consigo la *plenitudo essendi*, constituye su *deber ser* fundamental, pues obtener tal perfección es exigencia de su ser personal. En tal sentido, el *deber ser*, además de ser un imperativo, implica el ascenso del hombre hacia la realización de sus fines racionales.

La persona humana está pues destinada a unos fines, y ello implica que bienes como la vida, la salud y la integridad física, psíquica y moral, están traspasados de finalidad y de trascendencia. La libertad se tiene para aumentar el señorío de la persona sobre el entorno, y no para degradar la personalidad. La libertad supone un imperativo ético inescindible y por ello contribuye a los fines supremos del hombre. Esto enlaza -dice Kant- con la ley natural. Tal ley no es tampoco un añadido meramente extrínseco al hombre; la ley racional que dirige las tendencias de éste hacia sus fines propios, es la regla y medida de los actos humanos. De ahí que lo fundamental que aparece respecto de la vida, de la integridad física, psíquica y moral, y de la salud, sea el deber de conservarlas. Pero a la vez, como el hombre -según se ha manifestado- es un ser de fines, y la libertad es un despliegue del ser personal, tal facultad se encauza a los fines del ser humano.

Estas consideraciones fueron las que movieron a John Locke, considerado como el padre del liberalismo filosófico, a proclamar que la libertad está ordenada a unos fines, y que no consiste en una potestad absoluta, y mucho menos en una disposición que atente contra el mismo hombre o contra sus semejantes. "La libertad del hombre en sociedad consiste -dice Locke- en no estar sometido a otro poder legislativo que el que se establece por consentimiento dentro del Estado".

Locke refuta al filósofo subjetivista Robert Filmer, quien concebía la libertad como "la facultad que tienen todos de hacer lo que bien les parece, de vivir según les place, y de no encontrarse trabados por ninguna ley". "La libertad del hombre sometido a un poder civil, sostiene Locke, consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de la sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige. Es decir, la facultad de seguir mi propia voluntad en todo aquello que no está determinado por esa regla".

Del pensamiento de Locke se pueden sacar en claro varias conclusiones: en primer lugar, la distinción entre la libertad natural y la libertad civil. Aquella significa la autodeterminación del hombre, no sometido a ninguna potestad sobre la tierra, y no teniendo más límite que la ley natural; en la libertad civil el hombre sólo se somete a la ley, la cual, para ser válida, necesita del consentimiento común, en el que está, sin lugar a dudas, el propio juicio de quien consiente en someterse a la ley, para gozar así de la libertad en el seno de la sociedad. La ley, para Locke, no es una cortapisa a la libertad, sino una garantía social de la misma. Respetando el contenido de la ley, se aseguran las facultades individuales coordinadas hacia el bien común. El filósofo liberal, demuestra que la tesis de Filmer niega la esencia de la libertad, ya que ésta no consiste en hacer lo que nos plazca, porque tenemos el deber de encauzar nuestras facultades hacia el bien.

Pero además, Erich Fromm, ilustre psicoanalista contemporáneo -citado, por cierto, en la Sentencia aprobada por la mayoría-, también explica, desde otra perspectiva, cómo la libertad es perfeccionante, y censura el falso ideal de libertad que lleva consigo la facultad de destruirnos, individual o colectivamente. "Sabemos -dice Fromm- que la pobreza, la intimidación, el aislamiento, están dirigidos contra la vida: que todo lo que sirve a la libertad y desarrolle el valor y la fuerza para ser uno mismo es algo en favor de la vida. Lo que es bueno o malo para el hombre no constituye una cuestión metafísica, sino empírica, y puede ser resuelta analizando la naturaleza del hombre y el efecto que ciertas condiciones ejercen sobre él". Vemos, pues, cómo el famoso científico coincide con los clásicos en el sentido de no reconocer una supuesta libertad que niegue los valores humanos.

Fromm explica: "El fenómeno del masoquismo nos muestra que las personas pueden sentirse impulsadas a experimentar el sufrimiento o la sumisión. No hay duda de que tanto éstos como el suicidio constituyen la antítesis de los objetivos positivos de la vida (...). Tal atracción hacia lo que es más perjudicial para la vida es el fenómeno que me parece con más derecho que todos los demás al nombre de perversión patológica. Muchos psicólogos han supuesto que la experiencia del placer y el rechazo del dolor representan el único principio legítimo que guía la acción humana: pero la psicología dinámica puede demostrar que la experiencia subjetiva del placer no constituye un criterio suficiente para valorar, en función de la felicidad humana, ciertas formas de conducta. Un ejemplo de esto es el fenómeno masoquista. Su análisis muestra que la sensación de placer puede ser el resultado de una perversión patológica, y también que representa una prueba tan poco decisiva con respecto al significado objetivo de la experiencia, como el gusto dulce de un veneno para su efecto sobre el organismo. Llegamos así a definir como ideal verdadero todo propósito que favorezca el desarrollo, la libertad y la felicidad del yo, considerándose, en cambio, ficticios aquellos fines compulsivos e irracionales que, si bien subjetivamente representan experiencias atractivas, en realidad resultan perjudiciales para la vida".

En otras palabras, hay que pasar de la ilusión de libertad, que se basa en la subjetividad absoluta, a la vivencia real dentro de la libertad, que comporta un límite ético necesario para coordinar los distintos y legítimos intereses vitales, dentro de un margen de respeto, tolerancia y apoyo mutuo. Se trata de una proclamación de la singularidad de cada uno, sin entorpecer ni el desarrollo vital propio ni el de los demás.

El libre desarrollo de la personalidad debe pues consistir en un acto de racionalidad y no de barbarie. La actividad de la razón humana determina la expresión de la personalidad: la vida moral exige la creatividad propia de la persona, origen y causa de sus actos deliberados. La razón encuentra su fundamento en el orden a la perfección, al crecimiento ontológico de la persona: ésta es llamada a *ser* cada vez más. El libre desarrollo de la personalidad se basa, entonces, en el principio de una justa autonomía del hombre, como sujeto personal de sus actos. En virtud de la razón natural, que es expresión de sabiduría, la razón humana es la suprema ley del hombre. La razón no es otra cosa que la regla y medida de los actos humanos, de suerte que hace que el hombre sea libre, y en aras de la libertad, responsable. La autonomía de la razón práctica significa que el hombre en sí mismo posea la propia ley de prudencia para la praxis. La autonomía racional propia del hombre, por lo anterior, no implica el rechazo del orden moral, sino todo lo contrario: la compenetración de la plena racionalidad en los fines perfeccionantes a que está llamado el hombre. De ahí que, por medio de la libertad, el ser humano es un *animal moral*, como lo llamara Santo Tomás de Aquino, aludiendo al *zoon politicón* aristotélico.

La dignidad humana exige pues el respeto y promoción incondicionales de la vida corporal; por tanto, la dignidad humana se opone a esa concepción que, en aras del placer inmediato, impide la realización personal, por anular de forma irreversible tanto el entendimiento como la voluntad, es decir, torna al hombre en esclavo del vicio, como ocurre en el caso patético de la droga. No puede afirmarse que el uso de la droga pueda ser algo opcional, porque no hay una indeterminación de los efectos, sino todo lo contrario: conduce a la privación de un bien -la salud, tanto física como mental-, de manera a menudo irreversible y siempre progresiva. La producción de estupefacientes es, a todas luces, un crimen actual -y no potencial- contra la humanidad, y tolerar el consumo de la causa de un mal, es legitimar sus efectos nocivos. En otras palabras, es legalizar lo que es de por sí no legítimo.

Nuestro ordenamiento constitucional se funda en la dignidad de la persona. En efecto, el artículo 1o. de la Carta establece que "*Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria ... fundada en el respeto de la dignidad humana*". Por esta razón no es admisible ningún atentado contra ese valor personal del hombre que es su dignidad. Todo el orden jurídico, político y económico debe permitir que cada ciudadano preserve su dignidad, y en orden a la coherencia, debe garantizar la prevalencia de dicha dignidad, que siempre es de interés general. La dignidad del hombre no permite que éste sea esclavizado, o que corra el peligro de caer bajo los efectos de la drogadicción, que es una forma de esclavitud. Por el contrario, el Estado y la sociedad tienen el deber de preservar al hombre en su dignidad, y de manera muy especial, de defender a la juventud de todo peligro moral y físico.

La dirección del hombre hacia el bien, sólo se logra mediante la libertad, entendida como la facultad de obrar con conciencia de las finalidades perfeccionantes a que está ordenada la naturaleza humana. Con frecuencia se confunde la libertad con el libertinaje, que es la distorsión de aquella, su caricatura. La libertad fomentada en forma depravada, conduce al libertinaje y no ennoblece al hombre, sino que le mengua su dignidad. La dignidad humana, requiere, por tanto, que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, inducido por una convicción interna personal y no bajo la presión de una pasión o de un deseo desordenado, que en el fondo es una coacción. Por ello, abandonar a su suerte al enfermo de drogadicción, equivale a dejarlo sometido a la esclavitud que le ha creado su dependencia de la droga; abandonarlo a su aparente uso de la libertad, no es otra cosa que colocarlo al arbitrio de quienes manipulan y controlan el mercado infame de la droga, que, complacidos, verán cómo ya sus víctimas están autorizadas para seguir dependiendo de su mercado letal.

No se compadece, pues, con el concepto de dignidad humana ese enfoque radicalmente individualista y ciego, en cuya virtud se debe permitir la libre determinación de la persona, en lo que concierne al consumo de estupefacientes, así sea en dosis limitadas. No necesitamos demostrar los perniciosos efectos que causa la droga en la mente, en el cuerpo y en el espíritu del adicto, quien se convierte en un ser carente de todo dominio sobre sí mismo, extraviado y ajeno a todo concepto de comportamiento digno, gobernado únicamente por los impulsos irracionales que en él provoca la ingestión de las sustancias tóxicas.

Quienes suscribimos este Salvamento no entendemos cómo puede considerarse que la autodestrucción del individuo, sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera de rehabilitarlo, pueda tomarse como una forma de realizar el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana, cuando es precisamente ésta la primera lesionada y, peor aún, aniquilada por el estado irracional al que se ve conducido irremisiblemente el consumidor de droga.

El hombre logra hacer real su dignidad, cuando se encuentra liberado totalmente de la cautividad de las pasiones y puede libremente tender hacia sus fines vitales, sin coacción de circunstancias externas.

El argumento de la Sentencia se sostiene, como se ha señalado, en una errónea interpretación: como la voluntad humana apetece en ciertas ocasiones la droga, en aras del libre desarrollo de la personalidad, hay que permitir tal decisión, so pena de que el orden jurídico -que es externo- se involucre en la intimidad de cada cual. La sola fuerza sensitiva no es expresión de una voluntad consciente, de manera que el adicto a la droga, cuando la consume, no está ejercitando su libre voluntad, que siempre es racional, sino dejándose llevar por la fuerza sensitiva; es decir, no está ejerciendo su plena libertad.

La dignidad del hombre, pues, conduce a que éste ejerza su libre albedrío y no se deje determinar por la mera fuerza sensitiva. De no ser así, inútiles serían los racionamientos legales, las exhortaciones, los preceptos, las prohibiciones, los premios y los castigos. Para demostrarlo, hay que tener presente que hay seres que obran sin juicio previo alguno, como sucede con los seres carentes de razón. Otros obran con un juicio previo, pero no libre: los animales que obran con juicio instintivo, natural, pero no deliberativo. En cambio, el hombre obra con juicio, puesto que por su facultad cognoscitiva, juzga sobre lo que debe evitar o buscar. Como quiera que este juicio no proviene del instinto natural ante un caso concreto, sino de un análisis racional, se concluye que obra por un juicio libre. Cuando se trata de algo contingente, la razón puede tomar direcciones contrarias. Ahora bien, las acciones particulares son contingentes, y, por lo tanto, el juicio de la razón sobre ellas puede seguir diversas direcciones, sin estar determinado a una sola. Así pues, es necesario que el hombre tenga libre albedrío, por lo mismo que es racional. Pero cuando cae bajo la dependencia absoluta de la droga, no puede decirse que el hombre está autodeterminándose, sino que ha perdido su libre albedrío y está sometido a la fuerza sensitiva que le determina la necesidad de la droga de la cual depende. ¿Cuál libertad hay, pues, en el drogadicto? ¿Puede haber libertad contra la dignidad?

3. El consumo de la droga no puede considerarse como un acto indiferente

Como ya es tradición jurídica inobjetable, los actos de la ley pueden clasificarse en mandar, permitir, prohibir, y castigar, de acuerdo con la naturaleza de los actos humanos. Así, por ejemplo, la ley manda los actos humanos benéficos y necesarios para el bien común; v.gr. los actos de solidaridad. A su vez, la ley prohíbe los actos nocivos contra el bien común; v.gr.: el homicidio, el

secuestro, el narcotráfico. Los actos indiferentes, es decir, aquellos que tienen muy poco de bondad o maldad, son permitidos. Y la transgresión a la ley es castigada.

Ahora bien, de la decisión mayoritaria se colige que el consumo personal de estupefacientes, por ser un acto privado, es un acto indiferente para el derecho, aunque tenga repercusiones morales. Pero resulta que no todo acto privado es, de suyo, indiferente, porque puede trascender a la comunidad y afectar tanto el interés general como el bien común. La gravedad evidente -que por tanto, no requiere ser demostrada- del consumo de drogas, hace que sea apenas razonable juzgar que el consumo de tales tóxicos no sea indiferente. No puede ser indiferente para el Estado, ni para la sociedad civil, el que uno de sus miembros esté privándose de la salud de manera injustificada y con la complicidad de los asociados. El bienestar de cada uno de los asociados es de interés general. La Sentencia arguye que, en ese orden de ideas, se tendrían que prohibir las bebidas alcohólicas y el consumo de cigarrillos. La diferencia ya es bien conocida: con el consumo de cigarrillos o de bebidas alcohólicas existe la posibilidad de lesión, y así como no puede obligarse a lo imposible, tampoco puede limitarse a toda posibilidad, por indeterminación del objeto. El hecho posible es incierto. Pero ocurre que con el consumo de drogas alucinógenas, la circunstancia no es la mera posibilidad de lesión, sino la *certeza* de lesión y la *probabilidad*, en muy alto grado, de dependencia. Ya no hay un mero riesgo, sino un peligro grave e inminente de que el efecto nocivo se produzca.

Por todo lo anterior, se colige que el consumo de drogas no es un acto indiferente, sino lesivo contra el bien común y desconocedor del interés general. Ante esta clase de actos, la ley tiene que prohibir esa conducta, so pena de legalizar un desorden evidente en las relaciones humanas; desorden que imposibilita lograr los fines del Estado Social de Derecho, y que vulnera, en lo más hondo, la dignidad humana.

Resulta, pues, contra la naturaleza de la ley, despenalizar una conducta lesiva *per se*. Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. El sofisma que se trae a cuento, en la Sentencia, según el cual entonces deberían prohibirse todos los vicios, fue hace mucho resuelto por los juristas romanos y por los clásicos pandectistas, cuando demostraron cómo no todos los vicios humanos pueden ser erradicados por la ley; pero cuestión diferente es cuando se está en presencia de un vicio que obstruye directa, grave e inminentemente el bienestar individual y colectivo, caso en el cual la razón impele a prohibirlo por necesidad.

4. Las normas declaradas inexequibles tienen sólidos fundamentos constitucionales

Como lo afirmamos al comienzo de este Salvamento, las normas declaradas inexequibles tienen sólidos fundamentos constitucionales. Para empezar, en el Preámbulo de la Carta Política se señala entre los fines de ésta el de "*asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, el conocimiento, la libertad y la paz dentro de un marco jurídico (...) que garantice un orden (...) social justo*". Es claro, y no necesita de mayor demostración, que la vida, la convivencia, el trabajo y la paz, entre otros valores, se ven gravemente comprometidos por efectos de la drogadicción. No es compatible la coexistencia de un verdadero orden justo, con la destrucción paulatina de un sector de la población víctima del consumo de drogas, el cual por lo demás, mucho tememos se verá incentivado con la despenalización, así ésta se limite a la llamada "dosis personal".

A continuación señalaremos otros de los clarísimos fundamentos constitucionales que han sido desconocidos por la Sentencia al declarar la inexecutable de las normas objeto de la decisión:

4.1 Se fundamentan en el concepto de Estado Social de Derecho

El artículo 1o. define a Colombia como un Estado Social de Derecho, con todas las implicaciones que ello tiene, particularmente en cuanto hace a la efectividad del principio de la prevalencia del interés general, que también consagra este artículo. Pero, además, señala él que la República de Colombia está "*fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran*". En cuanto hace a la dignidad humana, como se ha demostrado de modo incontrovertible en el presente Salvamento, ésta se desconoce de manera flagrante al permitirse el consumo de drogas sicotrópicas y alucinógenas, bajo cuyos efectos el individuo atenta contra su propia dignidad como persona, al reducirse a la categoría de un ente que actúa sin responsabilidad y sin conciencia, cayendo en los más abyectos estados de relajamiento moral y ético, en conductas irracionales y, con lamentable frecuencia, en conductas delictivas. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada "dosis personal", en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción. Por otra parte, tampoco resulta difícil demostrar cómo el trabajo se ve gravemente afectado por el flagelo de la drogadicción, y cómo quienes son sus víctimas ven sensiblemente reducidas su capacidad laboral y productiva. Las estadísticas demuestran claramente cómo, en muy alto porcentaje, quienes caen en la drogadicción, al disminuir su capacidad laboral, terminan engrosando las filas de desempleo, la vagancia y la mendicidad.

4.2 Se fundamentan en los fines esenciales del Estado

El artículo 2o. señala los fines esenciales del Estado. Entre ellos aparecen los de "*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como los de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*". No puede ser compatible la coexistencia de un verdadero orden justo, ni la prosperidad general, ni la convivencia pacífica, con la destrucción paulatina de sectores cada vez más grandes de la población, particularmente de la juventud, por obra del consumo de drogas alucinógenas

Menos aún puede ser compatible con la coexistencia de un orden justo ni con la convivencia pacífica, el hecho de que al despenalizar el consumo de drogas sicotrópicas y alucinógenas se incentive, por otro lado, la producción y tráfico de éstas, fortaleciendo así a los carteles de la droga, que desde hace largos años se han convertido en los peores enemigos de la sociedad colombiana e internacional, a través no sólo de este tráfico nefando, sino de sus acciones criminales que, en forma tan grave e irreparable, han atentado y atentan contra los derechos fundamentales, contra la convivencia pacífica y contra el orden legal.

El mismo artículo 2o. establece que "*las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*". (Subrayados nuestros). Es claro que las normas declaradas inexecutable constituirían un desarrollo de esta disposición, sobre todo lo que hace a la protección a la vida y al aseguramiento de los deberes sociales de los particulares, disposición esta última que se enmarca también dentro del concepto de Estado Social de Derecho.

4.3 Se fundamentan en el deber del Estado y de la sociedad de velar por la salud de los asociados

De manera nítida y reiterativa la Constitución busca asegurar la protección de la salud física y mental de los asociados. El artículo 13 establece que "*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición ... física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*". Es evidente que el drogadicto debe ser objeto de esta especial protección, por su condición física y mental y por la circunstancia de debilidad manifiesta a que su dependencia de las drogas alucinógenas lo reduce.

Por otro lado, el artículo 47 de la Carta Política dispone: "*El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran*".

En las dos normas declaradas inexecutable se preveían mecanismos para la rehabilitación e integración social de los drogadictos, a quienes debe tratarse, como es apenas lógico, como disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, y a quienes, por tanto, debe prestarse la atención especializada que necesitan, a través de establecimientos siquiátricos o similares de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación, tal como disponía el artículo 51 de la Ley 30 de 1986. Más aún, este artículo establecía que: "*La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquel*".

El artículo 49, por su parte, consagra que "*la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado*", y que "*se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*". Y en su inciso final, este mismo artículo es perentorio:

"Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad". (Subrayado nuestro).

No se limita pues esta disposición a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, sino que impone a cada uno el *deber* de procurar el cuidado integral no sólo de su salud sino la de su comunidad. Así, se desprende que dentro de un Estado Social de Derecho, el problema de la salud individual no es un problema al cual el Estado pueda ser ajeno, sino que interesa a éste y en general a toda la comunidad.

Como si ello fuera poco, el artículo 366 establece que "*el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado*" y que "*será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, etc. ...*". Así, tanto el bienestar general como el mejoramiento de la calidad de vida, que tan seriamente se ven afectados por la drogadicción, se consagran como finalidades sociales del Estado; y como objetivo fundamental de su actividad, aparece en primer término la solución de las necesidades insatisfechas de salud, solución que se busca, entre otros mecanismos, a través de los previstos en las normas declaradas inexecutable.

Como puede apreciarse, la Constitución Política consagra el deber del cuidado de la salud, tanto en cabeza de los asociados, individualmente considerados, como del Estado mismo. Ninguno de los enunciados propósitos constitucionales puede cristalizarse, si se considera contraria a la Carta

Política una norma legal que obliga al Estado a prestar atención especializada a quien padece notorias y graves afecciones ocasionadas por su situación de drogadicto.

Pero, además, en el mismo campo de la solidaridad como criterio orientador en la interpretación de la Carta, debe decirse que permitir a las personas portar y consumir libremente determinada dosis de droga representa la negación de aquel. Las consecuencias que se derivan del consumo de alucinógenos, tanto para quien los usa como para el núcleo social en cuyo medio se desenvuelve, resultan desastrosas.

4.4 Se fundamentan en la prevalencia del interés general sobre el particular y en el catálogo de deberes de las personas

En cuanto hace a la prevalencia del interés general, sobre el particular, principio preconizado en las distintas normas constitucionales (Arts. 2o., 58, 82), este principio resulta desconocido abiertamente por la Sentencia de la cual discrepamos, en cuanto ésta lo supedita a una concepción absolutista del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haciendo prevalecer elementos tales como el irrefrenable deseo y la imperiosa necesidad del consumo en quien, bajo el único pretexto de su soberana voluntad, envenena su propio organismo y proyecta en la sociedad los negativos efectos de la perturbación mental que la sustancia le causa. La colectividad, por su parte, queda inerte, pues a partir de la interpretación que se ha impuesto, no contará siquiera con el amparo de la ley para reprimir el uso de la droga, ni para actuar sobre el drogadicto con miras a su recuperación. Los elementos de defensa social han sido excluidos así del ordenamiento jurídico.

Nos negamos a aceptar que esto pueda ser así a la luz de la Constitución. Como ya lo hemos resaltado, su mismo artículo 16, invocado por la mayoría como norma quebrantada, impone al libre desarrollo de la personalidad, como limitaciones, los derechos de los demás y el orden jurídico, auténticas expresiones del interés general.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que al tenor del artículo 95 de la Carta, el primer deber de toda persona consiste en respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95, num. 1). A renglón seguido, así mismo, dicho artículo consagra también como deberes de la persona y del ciudadano el de "*obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*". (art. 95, num. 2). A la vez, el ya citado artículo 49, inciso final, impone a toda persona "*el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*".

4.5 Se fundamentan en los derechos de la familia, los niños y los adolescentes

El artículo 5o. de la Constitución reconoce y ampara a la familia como *institución básica de la sociedad* y el 42 la define como *núcleo fundamental* de la misma.

Es la familia la primera que padece, y no de cualquier manera, los efectos negativos que propicia el consumo de drogas por parte de cualquiera de sus miembros. La drogadicción destruye la unidad familiar, hace perder el respeto entre sus miembros, genera violencia, implica pérdida del autocontrol por parte de quien la usa, elimina todo valor y hace desaparecer en la persona cualquier concepción edificante. Muy grave es el daño que causa el padre drogadicto: su estado provoca la ruptura de los lazos afectivos, genera la desintegración entre los cónyuges y ocasiona, en razón de la despersonalización de la víctima, un resquebrajamiento de su autoridad y la absoluta imposibilidad de educar a los hijos, sin contar con la ruina moral y material que se

produce, de manera casi inevitable, en el seno de la institución familiar, si persisten las causas del mal. El afectado pierde todo sentido de responsabilidad y de juicio.

Por su parte, el hijo perturbado por la ingestión de alucinógenos desconoce la autoridad de sus padres, se constituye en un mal ejemplo para sus hermanos, socava las bases de comprensión y respeto que inspira el hogar y se convierte en permanente amenaza de zozobra para quienes integran la familia.

Frente a tan delicadas consecuencias, alguna respuesta debe hallarse, y se halla en la Constitución Política. El Estado y la sociedad, según su artículo 42 "*garantizan la protección integral de la familia*". Ella debe comprender tanto el aspecto material como el moral y la armonía familiar, indispensables para su subsistencia y necesarios para la convivencia pacífica dentro del entorno social.

La misma norma declara que la dignidad de la familia es inviolable y establece que las relaciones familiares se basan en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Una y otra resultan gravemente afectadas cuando la droga irrumpe en el seno del hogar.

El artículo 42 reprime, además, "toda forma de violencia" en la familia, porque la considera "destructiva de su armonía y unidad", razón por la cual estatuye que será sancionada conforme a la ley.

Ningún sentido tiene, entonces, que mientras la Constitución busca proteger a la familia con tanto énfasis, pueda invocarse el libre desarrollo de la personalidad de uno de sus miembros como argumento que prevalezca sobre tales concepciones institucionales, dentro de un criterio individualista que resulta a todas luces extraño a una concepción contemporánea del derecho.

Al considerar los graves efectos que tiene el consumo de la droga en el seno de la familia, causando su destrucción y lesionando gravemente a quienes son miembros de ella, no podemos dejar de referirnos a los derechos de los niños y de los adolescentes, plasmados en los artículos 44 y 45 de la Constitución.

En cuanto a los niños alude, la Carta Política ha incluido entre sus derechos fundamentales el de "*tener una familia*", así como el derecho "*al cuidado y al amor*", elementos todos éstos que desaparecen cuando la dependencia de los estupefacientes afecta a los padres y a los hermanos mayores.

También señala el precepto, que los niños "*serán protegidos contra toda forma de abandono y de violencia física o moral*". A nuestro juicio, es claro que los menores son las primeras víctimas del consumo de alucinógenos por parte de sus progenitores, pues no es menester demostrar que si el responsable de la familia o uno de sus miembros es adicto, el niño es abandonado a su suerte, y es casi seguro que sea víctima de violencia física y, en todo caso, moral por parte de aquel.

Por lo que hace al adolescente, el artículo 45 de la Constitución declara que éste "*tiene derecho a la protección y a la formación integral*". Es decir, cuando el legislador -como en el caso de las normas acusadas- estatuye formas concretas en el campo de la recuperación del joven que ha caído en la dependencia de la droga, no hace cosa diferente de desarrollar el mandato constitucional. Mucho más en un Estado Social de Derecho como el que proclama el artículo 1o. de la Constitución, con el cual no sería compatible la defensa de unos órganos estatales ajenos al

compromiso de asistir al adolescente, cuyo estado de postración física y moral demanda la presencia eficiente de quienes tienen a su cargo el cuidado de la comunidad.

4.6 Se fundamentan en la Convención de Viena suscrita por Colombia

Dice el artículo 93 de la Constitución, que los derechos y deberes consagrados en ella "se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". En la materia de que se trata, tiene excepcional importancia la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 y aprobada por la Ley 67 de 1993, hallada exequible por esta Corte (Fallo C-176 del 12 de abril de 1994, magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Allí se afirma que las partes llegan a adoptar los acuerdos que componen la Convención "profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, **la demanda** y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad". (Subrayamos).

Según el artículo 3o. de la Convención, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar en su derecho interno delitos relativos a la fabricación, la oferta, el transporte y el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Dice el literal 2) de dicho artículo que, a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal. Es decir, que a la luz de la Convención de Viena, cada Estado podrá, a su juicio, establecer en su legislación si penaliza o no la llamada dosis personal. No otra cosa fue lo que hizo el legislador colombiano mediante la Ley 30 de 1986 en los artículos declarados inexecutable.

5. La penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal

La cuestión de si la tenencia de estupefacientes para consumo personal debe ser o no objeto de sanción legal, ha sido ampliamente discutida, tanto en los países donde se ha llegado a la despenalización, como en los que aún se mantiene, que son la inmensa mayoría. Respecto de aquellos, resulta oportuno señalar cómo la permisividad ha producido funestas consecuencias como ha ocurrido en España, en Inglaterra -donde la medida ha sido reconsiderada-, o en la misma Holanda, precursora en este campo, y cómo, en general, en estos países la permisividad se limita a las drogas menos dañinas, como la marihuana o el hachís en pequeñas dosis, pero se ha mantenido la prohibición para las llamadas drogas "duras". En todo caso, la despenalización ha tenido, en general, efectos contraproducentes. Así se registra en un estudio sobre la materia:

"Hay dos antecedentes importantes que muestran el fracaso de la legalización: Inglaterra tomó medidas en los años 60 y 70 para que los adictos pudieran recibir heroína legalmente en las farmacias; el resultado fue un aumento del 100% en el número de adictos y un aumento del 300% en el tráfico ilegal. Alaska emitió una ley que aumentó la dosis personal de marihuana a 4 onzas (unos 140 gramos) y el resultado es que el uso de la marihuana entre los niños de 11 a 14 años se hizo casi tres veces mayor allí que en el resto de los Estados Unidos. Esta medida fue derogada recientemente".

Cabe anotar, por lo demás, que se trata, en estos casos, de países que no son productores ni exportadores de droga; distinto es el caso de Colombia, donde a los altos índices de consumo se agrega el hecho desgraciado de que es uno de los principales productores y exportadores a nivel mundial, con las implicaciones que ello puede acarrear.

Sobre el tema de la penalización del consumo personal, consideramos pertinente transcribir el muy autorizado concepto del jurista Carlos Santiago Nino, en su obra "Ética y derechos humanos":

"Al discutir este tema me parece relevante partir de la base de que la adicción, por lo menos a algunas drogas, puede efectivamente degradar la calidad de vida de un individuo al deteriorar varias de sus capacidades afectivas, intelectuales, laborales, etc.

"Asimismo, ninguna discusión responsable de este tema puede dejar de tomar en cuenta los argumentos fácticos que han alegado legisladores y jueces para justificar la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

"Es indudablemente cierto, en primer lugar, que el consumo habitual de, por lo menos, muchas de las sustancias calificadas como estupefacientes acarrea serios trastornos físicos e incluso, eventualmente, la muerte de quien incurre en él. También es incuestionable que ese hábito pueda dar lugar a graves perturbaciones psíquicas, sea por efecto directo de la droga o por efecto de la combinación entre la creciente dependencia de ésta y al dificultad para satisfacer la necesidad que esa dependencia genera.

"Tampoco puede dudarse que el consumo de estupefacientes por parte de ciertos individuos tiene consecuencias extremadamente perniciosas para la sociedad en conjunto. En primer lugar, como se ha dicho muchas veces, el círculo inicial de drogadictos tiende naturalmente a expandirse, como en el caso de una enfermedad comunicable. L.G. Hunt ha formulado la hipótesis de que la drogadicción presenta las características de una verdadera epidemia, puesto que cada adicto introduce a otros en el vicio, los que, a su vez, introducen a otros, extendiéndose la adicción en forma contagiosa. En segundo término, el consumo de drogas aparece asociado con la comisión de algunos delitos, principalmente delitos contra la propiedad.

"También el consumo de drogas se presenta vinculado a situaciones de desempleo, aunque aquí se debe ser cauteloso al establecer la dirección de la relación causal.

"En la apreciación de los efectos sociales nocivos del consumo de drogas se debe también tomar en cuenta la incidencia que la prohibición misma del tráfico de estupefacientes tiene en la generación de tales efectos. Por ejemplo, es indudable que el consumo de estupefacientes alimenta un tipo de delincuencia organizada con ramificaciones internacionales, que está asociada con hechos de violencia, corrupción y una amplia gama de otras actividades ilícitas; este tipo de delincuencia aprovecha la oportunidad para explotar cualquier actividad lucrativa que esté legalmente proscrita en cierto ámbito, como fue el caso de la fabricación y venta de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de los años 20, y lo es ahora en relación al juego clandestino, la prostitución, el tráfico de armas, etcétera.

"Es posible que la percepción de los daños individuales y sociales que el consumo de estupefacientes genera no sea la única razón por la cual él es valorado negativamente por la moralidad media. Aun frente a un caso hipotético en que, por las características de la

droga consumida o por las condiciones en que se la consume, estuviéramos relativamente seguros de que el drogadicto no está expuesto a daños físicos serios o a perturbaciones psíquicas desagradables para él, y que su adicción no tiene consecuencias nocivas para otra gente o para la sociedad en conjunto, de cualquier modo su hábito de consumir drogas sería considerado disvalioso y reprochable por la opinión moral prevaleciente en el medio social. Se juzga a la drogadicción, independientemente de sus efectos nocivos, como un hábito degradante que manifiesta un carácter moral defectuoso. No es fácil articular la justificación de esta reacción moral, pero ella está posiblemente asociada a un ideal de excelencia personal que forma parte de nuestra cultura occidental, y que exalta, por un lado, la preservación de nuestra capacidad de adoptar y llevar a cabo decisiones, en contraste con una autoinhibición en tal sentido, y que enaltece, por otro lado, la adquisición de experiencias "reales" a través de nuestras propias acciones, en contraste con el goce de experiencias "artificiales" que no se corresponden con nuestra actuación en el mundo. Robert Nozick hace explícitos algunos de los aspectos de este ideal de excelencia humana al mostrar lo insatisfactorio que nos resultaría la alternativa imaginaria de pasar toda nuestra vida conectados a una fantástica máquina de experiencias que pudiéramos programar a voluntad de tanto en tanto, proveyéndonos la sensación de vivir la vida que consideramos más satisfactoria. Preferimos tener una vida menos agradable pero que sea "nuestra" vida, o sea el resultado de nuestra actuación y contacto con la realidad. Los estupefacientes pueden ser vistos como un sustituto rudimentario de esa "máquina de experiencias".

6. ¿Es tan nociva la droga como el alcohol y el tabaco y por ende debe dárseles a éstos el mismo tratamiento?

La Sentencia pretende equiparar los efectos del consumo de la droga con el del alcohol. Llega inclusive a preguntar con alarma: "¿Por qué entonces, el tratamiento abiertamente distinto, irritantemente discriminatorio, para el alcohólico y para el drogadicto?". Y, aunque no lo dice claramente, sugiere que al penalizarse el consumo de droga y no el del alcohol, se está desconociendo el derecho a la igualdad. Pretende demostrar su aserto con unos datos, según los cuales, en la ciudad de Medellín ha aumentado en la última década el porcentaje de víctimas de muerte violenta que tenían en su sangre "cifras positivas de alcohol" (A propósito cabría preguntar ¿bajo efectos de qué sustancias se encontraban sus victimarios?). No desconocemos, en manera alguna, los efectos nocivos que puede causar el alcohol ingerido en altas dosis para el organismo, ni el hecho de que éste ha sido causa de muchos actos de violencia interpersonal. Pero equiparar los daños que causa la droga, tanto para la propia persona como para el entorno social, con los que pueden causar el tabaco o el alcohol, es un exabrupto que no resiste ningún análisis ni científico ni estadístico.

En cuanto al tabaco, es evidente que la nicotina en él contenida es un problema para la salud, el cual se ve agravado por el de la adicción. Sin embargo, la nicotina no es un intoxicante que se convierta en un riesgo para el comportamiento humano; tampoco es una fuente, imaginaria o real, de grandes poderes internos o de intuiciones. Nadie comete un crimen inducido por una dosis de nicotina. De igual forma, nadie se presenta al trabajo con signos de incapacidad para laborar, o acude a la escuela con problemas de aprendizaje, por culpa del tabaco. Mientras que los consumidores de drogas son calificados socialmente como adictos, al fumador de tabaco jamás se le asigna tal calificativo social.

En cuanto al alcoholismo, no se necesita ir demasiado lejos para comprobar que son inmensamente más graves los daños que causa la drogadicción a la propia persona y al entorno social, que los que puede causar aquél. Que se sepa, un alcohólico no suele atracar ni asesinar para obtener el dinero para pagarse un trago, cosa que, por el contrario, sucede cotidianamente con el drogadicto, aquí y en todas partes del mundo. Que se sepa, tampoco los alcohólicos son protagonistas de masacres y genocidios; en cambio está plenamente probado que, en muchos casos, los sicarios que cometen tales crímenes lo hacen bajo efectos de alucinógenos. Tampoco se requiere de amplios conocimientos médicos para saber que uno de los efectos principales del alcohol consiste en un relajamiento de las funciones motrices y la somnolencia, lo cual le impide actuar con agilidad, cosa que no ocurre con la droga que, por el contrario, en la mayoría de los casos obra como excitante del sistema nervioso. Que en Colombia el alcohol haya sido causa de violencia es, como lo decimos, indiscutible. Pero que la droga lo ha sido en proporciones inmensamente mayores también lo es. No es una simple coincidencia el hecho de que el alarmante aumento de los índices de criminalidad en nuestro país en las últimas décadas, haya ido parejo con el del consumo de drogas, sin contar con la que ha generado el tráfico de la misma. El aumento de la delincuencia común entre nosotros está, pues, indisoluble e indiscutiblemente asociado al del tráfico y consumo de drogas.

En cuanto al riesgo de adicción por consumo, las estadísticas demuestran cómo mientras el del alcohol es del 10% de los consumidores regulares, el de la cocaína supera el 80% y el del basuco, o "crack", o el de la heroína, por ejemplo, virtualmente alcanzan un 100%. En lo que se refiere al poder de alteración mental, mientras la nicotina ocasiona únicamente alteraciones afectivas y el alcohol consumido en grandes cantidades, puede llegar a tener efectos de alteración mental, en cambio, la cocaína aun siendo utilizada en pequeñas dosis, tiene los más altos riesgos de producir alteración mental. Frente al argumento de que el consumo de marihuana no es peor en sus efectos que el del alcohol o la nicotina, un informe de Naciones Unidas señala lo siguiente:

"A diferencia del alcohol, que por lo general abandona el organismo antes de 24 horas en virtud de su carácter hidrosoluble, la marihuana es liposoluble, lo que significa que los productos químicos psicoactivos se fijan en las partes grasas del organismo (por lo general el cerebro y los órganos reproductores) y pueden detectarse hasta 30 días después del uso inicial. Una amplia investigación ha demostrado que la marihuana altera la memoria reciente y retarda el aprendizaje; dificulta las funciones reproductoras normales; afecta negativamente a las funciones cardíacas; tiene graves consecuencias sobre la percepción y el desempeño de actividades especializadas, como la conducción u otras tareas complejas en las que intervienen el juicio o destrezas motoras especiales, y dificulta seriamente las funciones pulmonar y respiratoria. Un cigarrillo de mariguana contiene más agentes carcinógenos que el más fuerte cigarrillo de tabaco".

De acuerdo con el Dr. Herbert Kleber, experto en drogas de la Universidad de Columbia en Nueva York, psiquiatra y ex-funcionario de la oficina de Política para el Control de las Drogas, el poder adictivo de la cocaína en polvo tiene una proporción de 5 a 1. Es decir, por cada cinco personas que consumen esta droga, una se vuelve adicta a ella. Para el Crack, la proporción es de 3 a 1, en cambio para el alcohol es de 7 a 1. Por otra parte, un estudio realizado por el profesor Dr. Mark Gold de la Universidad de la Florida, señala que "los adolescentes son particularmente susceptibles de llegar a un grado de adicción por consumo de cocaína. En efecto, señala el profesor Gold, que mientras que un adulto requiere en promedio de cuatro años de consumo de cocaína para experimentar deterioro físico y la consecuente adicción, en el caso de adolescentes ese lapso se reduce a un promedio de uno y medio años."

7. Una paradoja inexplicable y una contradicción protuberante

De la decisión mayoritaria se desprende una paradoja y una ambigüedad muy difíciles de entender: Por un lado se autoriza el consumo de la dosis personal, pero por otro se mantiene la penalización del narcotráfico. Es decir que se permite a los individuos consumir droga, pero se prohíbe su producción, distribución y venta. Carece de toda lógica que la ley ampare al consumidor de un producto y, en cambio sancione a quien se lo suministre. ¿Cómo resolver éste dilema? ¿Acaso despenalizando también la producción, distribución y venta de la droga? ¿Es decir, legalizando toda la actividad del narcotráfico y convirtiendo así de la noche a la mañana, a sus tenebrosas mafias en "honestos comerciantes y exportadores"? La opinión nacional e internacional, con toda razón, serían unánimes en repudiar tan aberrante solución, que implicaría ni más ni menos que convertir de una plumada a los peores criminales que ha conocido nuestra historia, a los responsables de millares y millares de asesinatos, de secuestros, de magnicidios, y del envenenamiento sistemático y colectivo de la juventud, en inocentes víctimas del peso de la ley. Quienes suscribimos este Salvamento somos perentorios en rechazar de la manera más rotunda tal posibilidad. Pero, al igual que el resto de la opinión, manifestamos nuestra perplejidad ante la enorme contradicción que ha quedado planteada con el fallo.

* * *

Finalmente, los suscritos magistrados vemos con preocupación cómo este fallo ha suscitado en todos los estamentos de la sociedad una previsible y a nuestro juicio justificada reacción de inconformidad y rechazo, que necesariamente incide en el bien ganado prestigio de una Corporación que, como la Corte Constitucional, ha venido trabajando con tanto empeño por defender el orden jurídico, los fundamentos del Estado Social de Derecho, y los más altos valores que informan a la sociedad colombiana. Reconocemos, sin embargo, que la decisión de los cinco magistrados que conformaron la mayoría se adoptó en ejercicio pleno de claras facultades constitucionales. Por otra parte, celebramos el hecho de que finalmente se haya consignado en la Sentencia, de manera expresa, la facultad que tiene el legislador para "regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de la actividad, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de drogas resulta inadecuado o socialmente nocivo", aclaración que busca morigerar los efectos de la gravísima decisión aprobada por la mayoría y, en parte, restaurar, aunque parcialmente, la efectividad de las normas declaradas inexecutable, pero que sin embargo deja en firme el incalculable daño causado. Empero, sin esta aclaración los efectos de la Sentencia serían aún más funestos que los que la sociedad en general, con justa razón teme.

Fecha ut supra.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado