



Javier Ignacio Reyes López
Magistrado del Juzgado de Instrucción N°1 de Alcalá
de Henares. Decano.

**INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA. MEDIDAS
DE ASEGURAMIENTO POLICIAL.
DOCUMENTACIÓN POLICIAL
VIDEOGRÁFICA DE UNA ENTRADA Y
REGISTRO Y PRESUPUESTOS DE VALIDEZ
DE POSIBLES MANIFESTACIONES
ESPONTÁNEAS**

INVOLABILIDAD DOMICILIARIA. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO POLICIAL. DOCUMENTACIÓN POLICIAL VIDEOGRÁFICA DE UNA ENTRADA Y REGISTRO Y PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DE POSIBLES MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS

*Javier Ignacio Reyes López
Magistrado del Juzgado de Instrucción N°1 de Alcalá de Henares. Decano*

SUMARIO: INVOLABILIDAD DOMICILIARIA; MEDIDAS PERIFÉRICAS DE SEGURIDAD. EL DENOMINADO CERCO DE ASEGURAMIENTO; DOCUMENTACIÓN POLICIAL VIDEOGRÁFICA DE UNA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO Y PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DE POSIBLES MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS; BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objeto del presente artículo doctrinal, es el análisis de las últimas tendencias jurisprudenciales acerca del concepto de domicilio en el ámbito de las diligencias de investigación, en concreto de las entradas y registro, y la comparación puntual del marco jurídico entre la actual LECrim y del Anteproyecto del LECrim. Analizamos también las medidas periféricas de seguridad, el denominado cerco de aseguramiento con carácter previo a la ejecución de una entrada y registro, y por último, algunas medidas coetáneas tendentes a la documentación policial videográfica de dicha diligencia, en la que puedan captarse manifestaciones espontáneas de los sospechosos.

PALABRAS CLAVE: Domicilio, aseguramiento, registro, manifestaciones espontáneas, grabación.

INVOLABILIDAD DOMICILIARIA.

El domicilio de cualquier ciudadano es objeto de protección constitucional en el artículo 18.2 de la Constitución, en el que se dispone que “el domicilio es inviolable y que ninguna entrada y registro podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

Como desarrollo de esta protección, el art. 550 de la LECrim, autoriza al Juez instructor a ordenar en los casos indicados en el artículo 546, la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España.

Por su parte, el Anteproyecto de LECrim⁵¹ (ALECRIM), señalaba en su art. 408.1

⁵¹ Borrador de Anteproyecto de LECrim, publicado en www.mjusticia.gob.es en noviembre de 2020. He rescatado el texto del ALECRIM, habida cuenta de las últimas propuestas legislativas del Ministerio de

que “a los solos efectos de este capítulo, se entenderá como domicilio el lugar cerrado que sirva como morada ocasional o permanente de las personas físicas. Cualquiera de sus moradores será considerado titular a los efectos de consentir la entrada”.

Tanto en la LECrim actual como en el Anteproyecto de LECrim, el desarrollo del art. 18.2 de la Constitución, parte de la mención a la doble condición de un lugar cerrado y además, destinado a la morada de una persona. Existen en el ALECRIM, referencias⁵² a entradas y registros en lugares cerrados, que no constituyen domicilio y exigen, al menos, un cierto control judicial.

Veamos ahora la delimitación del concepto constitucional de domicilio a partir del análisis de esta injerencia en el marco de un procedimiento contra la salud pública tal y como lo recoge la STS 69/2021 de 28 de enero.

La Constitución exige que la restricción de este derecho se realice por auto motivado, artículo 558 LECrim, y "cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros o papeles que puedan servir para su descubrimiento y comprobación⁵³", artículo 546 de la LECrim.

El deber de motivar consiste en exteriorizar la concurrencia de los requisitos que exige la injerencia y en plasmar el juicio de ponderación⁵⁴ que necesariamente debe hacerse entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, de forma que se pueda comprender la necesidad de la medida (STC 37/1989 de 15 de febrero y 7/1994 de 17 de enero).

Como recuerda la reciente STS 167/2020 de 19 de mayo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. En las SSTC 239/1999 de 20 de diciembre, FJ 4; 136/2000 de 29 de mayo, FJ 4 y 14/2001 de 29 de enero, FJ 8, ha señalado cuáles son los requisitos esenciales: esa motivación para ser suficiente, debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad⁵⁵ entre la limitación que se impone al

Justicia de reciente aparición, como el Anteproyecto de reforma de la LOPJ, LECrim y Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones de la Unión Europea, que supone, entre otras, la modificación integral de la figura del agente encubierto, de algunas medidas de investigación tecnológica y de los equipos conjuntos de investigación policial y judicial. Este último Anteproyecto apareció publicado en la página www.lamoncloa.gob.es, el 20 de diciembre de 2022. Ya sabemos que la que reforma de la LECrim es una los objetivos del actual Gobierno, tal y como viene marcado entre los fines del Programa Justicia 2030, Borrador Preliminar del Ministerio de Justicia de diciembre de 2020 y no sería de extrañar que en los próximos meses volviéramos a conocer de este completo ALECRIM, el tercero en las últimas décadas.

⁵² Art. 422.1. La entrada en lugares cerrados que, con arreglo a esta ley, no tengan la consideración de domicilio se llevará a cabo por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial y exigirá siempre la autorización previa del Ministerio Fiscal.

⁵³ El art. 407 del Anteproyecto de la LECrim, indica que la entrada en el domicilio podrá tener como finalidad la detención del sospechoso, de la persona investigada o la realización de un registro, cuando hayan de recogerse y asegurarse fuentes de prueba, el cuerpo del delito u otros elementos relevantes para la investigación.

⁵⁴ De nuevo el Anteproyecto de LECrim, sobre este particular, señala en el art. 406, que la diligencia de entrada y registro en domicilio será autorizada, con sujeción al principio de proporcionalidad y siempre que no exista otra medida menos gravosa para los derechos de la persona investigada o de terceros afectados por la medida.

⁵⁵ Destaca en este sentido la recientísima STS 935/2022, de 1 de diciembre en su f.j. 1º. El principio de proporcionalidad ofrece otro de los filtros legitimadores cuyo menoscabo puede conllevar la ilicitud de la

derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo.

El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales, ubicación del domicilio, y temporales, momento y plazo de la entrada y registro, y de ser posible también las personales, titular u ocupantes del domicilio en cuestión.

A esta primera información⁵⁶, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliaria, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal.

Para acordar la injerencia no bastan simples sospechas, se exigen indicios. Profundizando en esa distinción hemos señalado, en congruencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, que las sospechas que pueden servir de fundamento a la injerencia no son simples hipótesis subjetivas, sino que deben estar apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y en segundo lugar, han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. También hemos dicho, precisando lo anterior, que no es necesaria la aportación de pruebas acabadas, ya que en tal caso no sería necesaria la diligencia, sino sospechas con una base objetiva, que precisen confirmación a través de la diligencia. Quedan, por tanto, fuera de toda cobertura, las intervenciones de carácter prospectivo, basadas en simples sospechas y no en una investigación previa con aportación de datos contrastados. Aunque hemos dicho que no es una técnica correcta, se admite la motivación por remisión al oficio policial en el que se interesa la diligencia.

También resulta exigible la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, es decir, debe existir una sospecha fundada en el sentido antes expuesto, de que mediante el registro pueden encontrarse pruebas o que éstas pueden ser destruidas, todo ello unido a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro.

prueba (art. 11 LOPJ), porque en el fondo, se trata de una mención del principio de prohibición en exceso, adaptada siempre a la diligencia de investigación en el caso concreto.

⁵⁶ El art. 412.1 del Anteproyecto incluye un catálogo abierto del contenido mínimo del auto que autoriza una entrada y registro, que amplía el régimen actual de la LECrim y sigue la tendencia incorporada por la LO 13/2015 en orden a la fijación del contenido de resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales a partir de oficios policiales también predeterminados y es el siguiente: a) identificará con la mayor precisión posible el lugar donde se hayan de producir la entrada y el registro; b) determinará con el mayor detalle posible su finalidad y alcance, con arreglo a las circunstancias que se conozcan; c) señalará los funcionarios de Policía Judicial autorizados para entrar en el domicilio con identificación de los mismos por sus cargos y números de identidad profesional; d) si resultara necesario, designará los expertos autorizados para concurrir a su realización y auxiliar en el desarrollo de la diligencia; e) señalará el día y las horas en que hayan de practicarse y si se realizarán durante el día o la noche, expresando, en este último caso, las razones que lo justifiquen.

MEDIDAS PERIFÉRICAS DE SEGURIDAD. EL DENOMINADO CERCO DE ASEGURAMIENTO.

El 5 de abril de 2021, el CENDOJ publicó la sentencia del TS nº 271/2021 de 24 de marzo⁵⁷, sobre la valoración probatoria de la entrada de la Policía en un domicilio, como medida de aseguramiento y con la finalidad de comprobar que no había nadie en su interior, antes de obtener el mandamiento judicial de entrada y registro. Estudia también el alcance de las medidas periféricas de seguridad a las que calificó como cerco de aseguramiento.

Indica el art. 567 de la LECrim, que desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro.

Conviene recordar, como señala la STS 18/2021 de 15 de enero, con cita de la STS 1021/2012 de 28 de diciembre, que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su inviolabilidad en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma, resulte exento de, o inmune, a cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos, STC 22/1984 de 17 de febrero. La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial, STC 22/1984, de 17 de febrero.

Veamos ahora el supuesto de hecho, el razonamiento jurídico y las conclusiones a las que llega la STS 271/2021 de 24 de marzo.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona incoó diligencias previas por delito contra la salud pública contra D. Carmelo y D. Cipriano, y una vez concluidas las remitió a la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de dicha capital, que con fecha 25 de junio de 2018 dictó Sentencia 187/2018, que contiene los siguientes hechos probados: "El local situado en la calle Vistalegre núm. 9 de Barcelona al menos entre septiembre y noviembre de 2017 era un punto de almacenaje y distribución de sustancias estupefacientes a otros pisos o locales de la zona por parte de sus moradores entre los que se encontraban el acusado Cipriano y al menos desde el 25 de octubre de 2017 el acusado Carmelo, junto a otros individuos a los que no afecta la presente resolución. Ambos acusados se dedicaban a la venta de dichas sustancias. La Guardia Urbana de Barcelona en el marco de una investigación sobre venta de sustancias estupefacientes en el Barrio de Ciutat Vella de Barcelona tuvo noticia de que en el local referido se llevaba a cabo la distribución de sustancias estupefacientes a otros pisos o locales de la zona.

⁵⁷ La STS nº 272/2021, de 24 de marzo de 2021, corresponde con el procedimiento nº 2124/2019, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, publicada en el CENDOJ, Centro de Documentación Judicial.

Al efecto de confirmar dicha información, estableció un dispositivo de vigilancia en diversos días entre el 14 de septiembre de 2017 y el 25 de octubre de 2017. En virtud del mismo se constató que diversos individuos entraban y salían de forma asidua en dicho local adoptando en todo momento medidas de control y vigilancia de los alrededores del local. Se identificó en diversas ocasiones al acusado Cipriano quien disponía de llave del local que usaba para entrar y salir o para abrir la puerta a los que allí acudían, siempre extremando la vigilancia. Asimismo, en fecha 25 de octubre de 2017 se ve salir y entrar del mismo al acusado Carmelo. En fecha 9 de noviembre de 2017, sobre las 14 horas, salió nuevamente del local el acusado Cipriano quien portaba un envoltorio que contenía 32,962 gramos de heroína, con una riqueza en heroína base del 14,6%, es decir con una cantidad total de heroína base de 4,8 gramos que pensaba destinar a la distribución a terceros. El mismo fue seguido de forma discreta por agentes de la Guardia Urbana. En un momento dado, en las proximidades del Portal de la Pau el acusado recibió una llamada de teléfono, tras mostrar nerviosismo, cogió una bicicleta y lanzó discretamente el envoltorio al suelo, que fue recogido por los agentes de la Guardia Urbana que le seguían, quienes procedieron a su detención. A continuación, otros agentes se dirigieron al local sito en la calle Vistalegre 9, llamaron a la puerta y abrió la misma con llaves el acusado, Carmelo. Tras ser invitado a salir fue detenido. Autorizada la entrada y registro por auto dictado por el Juzgado de Instrucción 31 de Barcelona, en el interior del local y en concreto en el piso superior, fueron localizadas las siguientes sustancias todas ellas destinadas a la distribución y venta entre terceros: Cocaína, ketamina, MDMA, anfetamina y sustancias de corte así como útiles para la manipulación de estupefacientes.

Con esos antecedentes, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los acusados Cipriano y Carmelo como autores cada uno de ellos, de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, con accesorias legales.

En un único motivo por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente plantea diversas cuestiones en el recurso de casación, algunas de ellas de contenido constitucional, que pasamos seguidamente a analizar.

El condenado D. Carmelo argumenta que se ha vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, proclamado en el art. 18.2 de nuestra Carta Magna, al producirse una entrada previa por parte de los funcionarios policiales, antes de obtener el correspondiente mandamiento de entrada y registro y cita en su apoyo el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite la adopción de medidas de vigilancia para evitar la sustracción de los instrumentos, objetos y efectos del delito, pero no posibilita la entrada previa a dichos fines, y cita jurisprudencia en donde se mantiene que tales medidas son de carácter periférico, esto es, llevadas a efecto en el exterior del edificio o inmueble a registrar, no pudiéndose legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento judicial ni por tanto mostrárselo al interesado, citando expresamente la STS 227/2000, de 22 de febrero.

En los hechos probados de la sentencia recurrida se relata que tanto este recurrente como D. Cipriano, eran vigilados como presuntos autores de un delito contra la salud pública, al dedicarse a la venta de sustancias estupefacientes. La investigación la realizó la

Guardia Urbana de Barcelona. Se investiga a ambos, inicialmente a D. Cipriano y posteriormente a D. Carmelo. La operación se precipita el día 9 de noviembre de 2017 cuando es sorprendido D. Cipriano portando un envoltorio con 32,962 gramos de heroína, con un principio activo del 14,6 por 100, y por consiguiente, con 4,8 gramos netos de tal sustancia, que arroja al suelo cuando iba en bicicleta, recibir una llamada y mostrar visible nerviosismo ante la presencia policial. Los agentes proceden a su detención.

Seguidamente los agentes llamaron a la puerta de la vivienda-local que vigilaban, y tras abrir con sus llaves Carmelo, fue invitado a salir, siendo detenido en ese momento. Tras la detención, los agentes entraron en el interior "para comprobar que no hubiera nadie en su interior, salieron del mismo y cerraron la puerta y dejaron la vigilancia a cargo de una patrulla uniformada". En efecto, dicha entrada policial se produjo a las 15:12 horas, con el objetivo de comprobar si había alguien en el interior, y entraron para registrarlo una vez que solicitaron y obtuvieron el mandamiento judicial, sobre las 20:00 horas, en presencia de los detenidos y de la comisión judicial.

De la petición de mandamiento judicial suscrita por los funcionarios policiales actuantes, se desprende con toda seguridad que los agentes conocían que el local a registrar judicialmente era destinado a vivienda por ambos investigados. Así, se expone de la existencia de un "local habilitado como domicilio".⁵⁸

Delimitados los hechos objeto de debate y estudiados los argumentos expuestos por el recurrente, resta por analizar la decisión del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia de la Sala Casacional, con alguna excepción, considera que no puede admitirse una entrada previa por parte de los agentes actuantes, salvo en caso de flagrancia delictiva⁵⁹, lo que en este caso no ha sido puesto de manifiesto por los

⁵⁸ Es este apartado, a mí entender, donde está el nudo gordiano de esta sentencia. ¿Qué es exactamente un local destinado a vivienda, el que una persona decide gratuitamente? Traigo a colación una reciente sentencia del TS, la nº 420/2020, de 22 de julio sobre el alcance del concepto constitucional de domicilio respecto de una embarcación, y que por la referencia expresa al destino que quiere y elige el interesado nos puede servir de punto de partida en esta reflexión, señalando que "...En la misma línea se pronunció en su momento la STS 1534/1999, 16 de diciembre, argumentando que dadas las características del barco y su uso exclusivo para la pesca, no podía tratarse de forma alguna de lo que el precepto constitucional considera como domicilio, siendo equiparable su naturaleza a la de un simple automóvil que, según constante jurisprudencia, no requiere mandamiento judicial para su registro por no suponer un reducto de la intimidad personal o familiar". Ya en la STS 1200/1998, de 9 de octubre, se afirmaba que en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros". Posiblemente en el caso que analizamos de la STS 271/2021 de 24 de marzo, la Guardia Urbana dudó en la consideración de local o de vivienda, y solicitó el mandamiento judicial, cuando tal vez si las circunstancias espaciales y otras lo hubieran permitido, podría haber asegurado el local e interesado el registro exclusivamente de la parte destinada a la vivienda.

⁵⁹ Recuerda la STS 6/2021 de 13 de enero, "...que la idea de flagrancia se asocia a la percepción de la comisión del delito que se está cometiendo, se va a cometer o se acaba de cometer, unida a la urgencia de la actuación, generalmente policial, aunque es claro que esta, por sí misma, no determina la flagrancia. Como se recordaba en la STS nº 758/2010, de 30 de junio, teniendo en cuenta la definición legal de delito flagrante incorporada por el artículo 795.1.1ª LECrim, la Jurisprudencia viene exigiendo las siguientes notas para estimar su presencia: en primer lugar, la inmediatez de la acción que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes, es decir, la actualidad en la comisión del delito o su inmediatez temporal, lo que equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se ha considerado cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometerlo o en un momento

funcionarios de policía, ni existían elementos fácticos para su deducción. Se trataba, como bien dijeron, de medidas de protección del registro que iba a ser solicitado seguidamente al juez de guardia.

En consecuencia, en el caso enjuiciado, es claro que los funcionarios policiales no tenían mandamiento alguno de entrada ni de registro.

La autorización judicial de entrada ha sido tomada por la jurisprudencia de esta Sala como salvoconducto para verificar este tipo de medidas precautorias, por ejemplo, en la STS 58/2010 de 10 de febrero, pero en el supuesto ahora enjuiciado los agentes no contaban con ninguna autorización ni de entrada ni de registro del domicilio indicado.

La STS 264/2013 de 20 de marzo, nos dice que no faltan precedentes de esta Sala que aluden a la ilegalidad de la medida previa de entrada sin mandamiento judicial. Ocurre así en la STS 227/2000 de 22 de febrero, donde se razona que no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la Policía que no se ajusta a las previsiones legales.

La adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento.

Así se desprende del artículo 568 de la LECrim, en el que se dispone que, una vez practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior, medidas de vigilancia, se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es, por tanto, después de tomadas las medidas cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes. En tal precedente se razona que el desalojo de la moradora del inmueble, aun cuando se disfraza de medida precautoria para la práctica de un ulterior registro, no deja de encerrar una verdadera vía de hecho, al no haberse dictado en ese momento la habilitación judicial que habría autorizado el acto estatal de injerencia.

posterior a su comisión; en segundo lugar, la inmediatez personal, que equivale a la presencia de un delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo, de forma que aquélla puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o bien a través de apreciaciones de otras personas que advierten a la policía que el delito se está cometiendo, en todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea, y si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia; y en tercer lugar, la necesidad urgente de la intervención policial, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida la policía a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial (recientes SS.T.S., además de los precedentes citados en las mismas, 181/07 o 111/10) ". En semejante sentido, se pronuncia también, por ejemplo, la sentencia núm. 423/2016 de 18 de mayo, en la que viene a insistirse en que son tres los elementos que, según la jurisprudencia de esta Sala, vertebran el delito flagrante: la inmediatez de la acción delictiva, la inmediatez de la actividad personal, y la necesidad de urgente intervención policial por el riesgo de desaparición de los efectos del delito.

Y, por supuesto, la presencia de una agente femenina en el interior del domicilio, llamada a garantizar que no se iban a destruir efectos del delito investigado mientras la compañera del acusado se cambiaba de ropa, careció de cobertura constitucional. En ese momento el juez de instrucción no había permitido la entrada y registro. La simple confianza de los agentes en que esa autorización va a ser obtenida horas más tarde no proporciona garantía alguna a la hora de justificar el menoscabo de la inviolabilidad domiciliaria.

La STS 925/2007 de 15 de noviembre, enfatiza, en esa misma línea, que si se da carta de naturaleza a esta anormal forma de proceder, se está modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se propicia un modo de actuar absolutamente ilegal y contrario al mandato constitucional que exige no sólo la autorización judicial sino el protagonismo exclusivo de los delegados o comisiones judiciales sin descartar la propia presencia del Juez autorizante, destacando que es un mal precedente que se debe atajar de formar clara e inequívoca señalando su absoluta incompatibilidad con las garantías constitucionales. La Ley, aún en los casos en que existe un peligro de fuga, sólo autoriza a realizar operaciones de cerco para controlar las salidas y entradas del domicilio en casos graves de urgencia e inevitable necesidad.

La STS 460/2005 de 12 de abril, abundando en esta idea, señala que es precisamente la propia norma la que establece aquellas excepciones en las que se permiten las actuaciones "de propia autoridad", art. 553 LECrim, de los agentes policiales, en vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, restringidas a la necesidad de detención de personas sobre las que penda mandamiento de prisión para evitar su fuga o de presuntos responsables de delitos relacionados con bandas armadas o terrorismo, así como en los supuestos de flagrancia delictiva. Excepciones que, como es lógico en materia de injerencia en un derecho fundamental como ésta, siempre habrán de tener una interpretación restrictiva y que aquí no se dan, máxime cuando, como en este caso, se intenta justificar la actuación excepcional en la necesidad de adoptar medidas de aseguramiento del éxito de la práctica posterior de la diligencia probatoria, lo que la propia Ley reserva expresamente a la decisión del Juez autorizante de la entrada domiciliaria al disponer "desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado" (art. 567 LECrim), no pudiendo atribuirse, por tanto, los policías intervinientes, y fuera de lo que les autoriza la norma procesal, la facultad para decidir la irrupción en la vivienda sin disponer del oportuno mandamiento judicial, bajo su solo criterio respecto de la conveniencia, en aras de mera eficacia investigadora, de actuar restringiendo o allanando un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

Ya hemos citado también la STS 227/2000 de 22 de febrero, donde se sostiene que no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la policía que no se ajusta a las previsiones legales.

Declara esta Sentencia que la adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone que, una vez practicadas

las diligencias que se establecen en el artículo anterior, medidas de vigilancia, se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es, por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes, ya que la diligencia de entrada no sólo se realizaría sin mandamiento judicial, sino que, en el caso de que el interesado o afectado se opusiese a la misma, nos encontraríamos ante una situación ilegal prevista en el Código Penal.

La llegada posterior de la comisión judicial y la exhibición del mandamiento, no pueden subsanar los defectos insalvables derivados de una entrada ilegal y sin mandamiento, por lo que las consecuencias probatorias derivadas del registro devienen ineficaces.

Y no vale restar importancia diciendo que se trata de una práctica habitual. Nos referimos, dice la STS 775/2002 de 17 de junio, a la entrada de la policía en el domicilio que había de ser registrado antes de que la Secretaria del Juzgado de Instrucción se constituyese en el lugar. Si la diligencia debe comenzar notificando el auto que la autoriza al titular del domicilio o a alguna de las personas mencionadas en el art. 566 LECrim y la notificación debe hacerse lógicamente por el Secretario del Juzgado, es indudable que éste tiene que estar presente no sólo en el registro sino también en el momento de la entrada. Es posible que, una vez acordada la entrada y registro, sea necesario adoptar medidas para evitar la fuga del inculcado o la desaparición de los efectos del delito según prevé el art. 567 LECrim, una de cuyas medidas podría ser, en supuestos excepcionales, la entrada previa de la policía, pero en tales casos tendrá que ser el juez el que decida su adopción⁶⁰, no constando en los autos de que trae origen este recurso, señala tal precedente, que el Juez de Instrucción autorizase la entrada de la policía antes de la llegada de la comisión judicial.

Esta jurisprudencia es uniforme y constante, y si repasamos el Anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos encontramos con el art. 417, que reproduce parcialmente⁶¹ el vigente 567, con la rúbrica de Medidas de vigilancia previas y simultáneas⁶² a la entrada y registro en los siguientes términos: “Podrán adoptarse medidas

⁶⁰ ¿Generalmente los agentes de Policía Judicial solicitan una copia del auto por el que se autoriza una entrada y registro? Creo que este debe ser una línea a seguir por varios motivos. El primero, conocer el alcance exacto y completo de la autorización judicial, no sólo de la ubicación de la vivienda, la designación del interesado y la finalidad perseguida; el segundo, el Juez Instructor puede haber acordado medidas más amplias que las solicitadas, como la autorización de la grabación policial del registro sin previa petición policial; tercero, las concretas medidas de aseguramiento previas al uso de la fuerza; cuarto, desde el momento en que los agentes disponen del mandamiento, existe el salvoconducto como llama el TS para la adopción de medidas de aseguramiento, urgentes y extraordinarias, que podrían alcanzar a la entrada en la vivienda para evitar la desaparición de fuentes de prueba e instrumentos del delito, previa al registro. Sería necesario que las resoluciones judiciales autorizando un registro domiciliario dieran respuesta a todas y cada una de las peticiones policiales, que también deberían tener, cuanto menos, un marco mínimo como ya hemos apuntado con la cita del art. 412.1 del ALECRIM y que nos recuerda por analogía y como limitación de otros derechos fundamentales recogidos en el art. 18 de la Carta Magna, la correlación que fue instaurada por el Legislador en el capítulo de las medidas de investigación tecnológica art. 588 bis b), oficio policial, y art. 588 bis c), contenido de la resolución judicial.

⁶¹ El tenor del actual art. 567 de la LECrim parte de una premisa que no reproduce el art. 417 de ALECRIM y es que, “desde que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes”. ¿Quién adopta las medidas en el ALECRIM, el Ministerio Fiscal, la Policía Judicial o el Juez de Garantías?

⁶² Nada obstaría a que el ALECRIM incluyera medidas posteriores a la ejecución del registro, aunque fueran por un periodo determinado. Pensemos en situaciones no infrecuentes, de un registro domiciliario de una plantación indoor de marihuana y que tras la aprehensión de la sustancia estupefaciente quedase pendiente la

de vigilancia con carácter previo a la entrada y registro en el domicilio, así como durante su práctica, con el fin de evitar la fuga de la persona investigada o la desaparición, manipulación u ocultación de las fuentes de prueba”.

Tales medidas de vigilancia, pues, no pueden consistir en la previa entrada sin mandamiento judicial, sino en medidas periféricas, medidas de vigilancia, pero en el Anteproyecto podría haberse precisado si éstas las puede acordar el Juez, como es obvio, o también la Policía Judicial.

En consecuencia, y finaliza la STS 271/2021 de 24 de marzo, al darse en este caso el supuesto de hecho no autorizado, la prueba deviene nula, art. 11 LOPJ, por lo que las consecuencias probatorias derivadas del registro son ineficaces, produciéndose la absolución del recurrente D. Carmelo y ciertamente aunque el registro es nulo también para D. Cipriano, no le afectará puesto que se encuentra en situación diferente del ahora recurrente, ya que respecto al mismo existe prueba válidamente obtenida, como es la incautación de 32 gramos de heroína que poseía destinado a la distribución a terceros. Esta prueba no contiene conexión alguna de antijuridicidad con respecto al señalado registro. Además, este acusado fue visto en varias ocasiones abriendo la puerta a los que acudían al lugar en donde vivían, adoptando numerosas medidas de seguridad, aspectos éstos que son correctamente valorados por la Audiencia junto a la droga aprehendida en poder del mismo.

Pues bien, de todo lo anteriormente expuesto y como conclusiones acerca de la validez y alcance de las medidas aseguratorias, podemos extraer las siguientes conclusiones: a) No puede admitirse una entrada policial en un domicilio previa a la obtención de un mandamiento judicial, salvo en caso de flagrancia delictiva; b) La autorización judicial de entrada ha sido tomada por la jurisprudencia del TS como salvoconducto para verificar este tipo de medidas precautorias; c) La Ley, aún en los casos en que existe un peligro de fuga, sólo autoriza a realizar operaciones de cerco para controlar las salidas y entradas del domicilio en casos graves de urgencia e inevitable necesidad y d) Será por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes, ya que la diligencia de entrada no sólo se realizaría sin mandamiento judicial, sino que, en el caso de que el interesado o afectado se opusiese a la misma, nos encontraríamos ante una situación ilegal, prevista y penada en el Código Penal.

DOCUMENTACIÓN POLICIAL VIDEOGRÁFICA DE UNA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO Y PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DE POSIBLES MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS.

En el primer trimestre del año 2020, el CENDOJ publicó dos sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la nº 87/2020 de 3 de marzo y la nº 679/2019 de 20 de enero, en las que analizaba la validez de las manifestaciones espontáneas de los investigados. La nº 679/2019 describe la clásica posición del TS plasmada ya, entre otras, en la STS 229/2014 de 25 de marzo.

Recientemente, la STS 903/2022 de 17 de noviembre, vuelve a incidir sobre este tema.

retirada con seguridad de los enganches ilegales de luz, paneles eléctricos, sistema de ventilación, luces halógenas, radiadores o transformadores...

Enlazo este apartado con el anterior, sobre ciertas prácticas policiales que pueden tener una trascendencia relevante en la investigación de los delitos y que bien con carácter previo a una entrada y registro, o como ahora, durante su ejecución, podrían dar al traste con hábitos que por desidia del Legislador, no han tenido un reflejo legal más allá de loables integraciones jurisprudenciales basadas en la realidad diaria. Si antes hablábamos de medidas de aseguramiento previas a una entrada y registro, ahora podríamos valorar otras medidas coetáneas a dicha diligencia y como garantía del debido cumplimiento del mandato judicial.

En la LECrim, la única mención a la documentación de la diligencia de entrada y registro aparece en el art. 569, y dice que el registro se practicará siempre en presencia del Letrado del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Letrado del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes.

Nada dice sobre la posibilidad del uso de dispositivos de grabación audiovisual por las FCSE, actuación casi recurrente en todas las diligencias de entrada y registro basadas en la habitualidad de este proceder.

El art. 420 del ALECRIM, señala que 1. De la realización del registro se levantará acta por el Letrado de la Administración de Justicia en la que se identificará el lugar y fecha en los que se ha llevado a cabo, la hora de inicio y finalización, expresando las causas que lo motivaron, la descripción del registro y su resultado por el orden en que se realizó, las personas que participaron en él y las incidencias que se hayan producido, relacionando con suficiente detalle los efectos y objetos incautados. El acta será firmada por todos los asistentes y añade, 2. El registro podrá documentarse mediante sistemas audiovisuales de grabación y, en su caso, mediante la obtención de fotografías.

Leyendo estos dos preceptos y conociendo la práctica diaria, surgen dos interrogantes. El primero, si la Policía Judicial solicita habitualmente autorización judicial para utilizar mecanismos de grabación audiovisual de una entrada y registro, sin perjuicio del acta del LAJ y el segundo, si un delincuente participa o comunica espontáneamente al tiempo del registro un dato vital para una investigación aunque luego se retracte en sede judicial, y esa manifestación no la recoge el acta del LAJ pero si la grabación policial autorizada judicialmente, ¿qué validez tendría?

No se trata de sustituir la función del LAJ, evidentemente, sino de homologar una actuación policial cada día más empleada y cuyo alcance puede tener mucho más recorrido que el que aparentemente podamos pensar. Que la fe pública y la actuación policial, son categorías de actuaciones que orbitan en planos diferentes a nivel cualitativo y legal, es obvio. Tampoco estamos hablando de la captación de sonidos como medida tecnológica, no tiene nada que ver porque son dos herramientas totalmente diferentes y con una finalidad distinta y la que planteamos aquí, es más bien un aditivo investigativo al acta del LAJ porque ya la Policía Judicial conocerá de primera mano y con más certeza al ejecutar el registro y dentro de los límites de la autorización judicial, aquello que pueda ser de mayor relevancia para la investigación y sobre lo que centre su grabación y en la que puede aparecer alguna manifestación espontánea del interesado, aunque surge otro interrogante, ¿cuándo estamos en presencia de una verdadera manifestación espontánea y cuál es su alcance?

La sentencia nº229/2014 de 25 de marzo, discernía cuándo estábamos ante una manifestación espontánea y cuál era su valoración como prueba. Decía así en su fundamento jurídico 8º, "... No es prueba de cargo la declaración policial del acusado no ratificada judicialmente. Sí pueden serlo las declaraciones espontáneas de un sospechoso cuando fueron efectuadas con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas. Serán manifestaciones espontáneas los siguientes supuestos: 1) Comparecencia voluntaria ante los agentes, que desconocen la implicación del compareciente en un hecho delictivo; 2) Manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito; 3) Declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido y 4) No es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes.

El supuesto de hecho que analizamos en este bloque, documentación policial videográfica de una diligencia de entrada y registro, corresponde a los apartados dos y tres anteriormente citados en la STS, manifestación espontánea sin interrogatorio y declaración no provocada con aportación de un dato fáctico esencial.

Continúa diciendo la Sentencia nº229/2014 en su fundamento jurídico 8º, que "... La Sala sentenciadora considera que las declaraciones espontáneas de un detenido ante los funcionarios policiales, bien en dependencias policiales, bien en sus traslados, han sido consideradas aptas para enervar la presunción de inocencia cuando fueron efectuadas con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas constituyendo un elemento más de juicio que el Tribunal pudo ponderar en conciencia, en relación con los restantes medios de prueba en el ejercicio de la facultad de valoración de la misma que a la jurisdicción ordinaria corresponde ...".

El problema planteado en el caso actual consiste precisamente en determinar si las declaraciones realizadas por el acusado en presencia policial antes de su declaración formal con asistencia de abogado, pueden ser consideradas, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, como manifestaciones espontáneas válidas como prueba de cargo en su contra.

Y la respuesta tiene que ser manifiestamente negativa.

En el caso actual no nos encontramos ante una manifestación espontánea, sino ante un interrogatorio sin abogado. El acusado estaba siendo objeto de investigación por un hecho determinado, precisamente el robo objeto de este procedimiento. La Guardia Civil actuante fue a buscarlo al Centro de Rehabilitación para Drogadictos en el que se encontraba internado, y lo condujo al Cuartelillo. Ya en las dependencias policiales se inició un interrogatorio preliminar, sin abogado pues todavía no existía una imputación formal de carácter policial contra el recurrente, en el que se le preguntó específicamente

sobre el día del robo, y concretamente sobre que había hecho en ese día. Fue en ese momento cuando el hoy recurrente, toxicómano que estaba siendo interrogado sin asistencia letrada en las condiciones propias de unas dependencias policiales, al parecer se echó a llorar y manifestó haber participado en el robo objeto de enjuiciamiento. Seguidamente la fuerza policial le informó de sus derechos, y llamó al abogado, reiterándose posteriormente la declaración, ya en presencia del Letrado designado. Es claro que no pueden ser calificadas estas manifestaciones como declaraciones espontáneas que puedan ser válidamente consideradas como prueba de cargo si se reproducen en el acto del juicio oral a través de un testimonio referencial.

No es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes.

No se trata en este supuesto de una comparecencia voluntaria ante los agentes, ni de una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada.

Constituiría un verdadero fraude procesal que, no constituyendo prueba de cargo la autoincriminación policial con asistencia de abogado, no ratificada en sede judicial, se admitiese como prueba de cargo válida la misma incriminación en un interrogatorio preliminar, sin abogado y sin previa información de derechos.

Estas manifestaciones, realizadas en un interrogatorio preliminar, en sede policial, que tampoco han sido ratificadas ni en el juicio oral ni ante el Juez de Instrucción, deben ser también excluidas del acervo probatorio.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo que nos aporta aún mayor claridad sobre la valoración de las manifestaciones espontáneas, es la nº 679/2020 de 23 de enero.

El fundamento jurídico 5º, recoge la tendencia jurisprudencial acerca de la validez de las manifestaciones espontáneas con cita de numerosas resoluciones y dice, que el Tribunal Supremo ha concedido valor a las declaraciones espontáneas prestadas por el detenido antes de ser asistido de Letrado bajo ciertas condiciones.

Así, la STS de 7 de febrero de 1996, número de recurso 623/1995, ante las manifestaciones de la persona detenida, informada de sus derechos, sin estar presente ningún letrado, y que permitió la detención de los correos, indica: "no existe obstáculo alguno para que los detenidos en una actuación policial proporcionen datos en caliente, de manera espontánea, libre y directa, que permitan continuar o completar la investigación y practicar detenciones preliminares, siempre que después, estos datos se incorporan al atestado con todas las garantías legales y sean contrastados a lo largo de las actuaciones y en el momento del juicio oral".

Reiteran la validez de ese tipo de manifestaciones espontáneas la STS 795/1995 de 2 de noviembre, sobre todo "si no es directamente inculpatoria para la persona que la realiza y facilita datos que fueron corroborados por el propio acusado en el momento del juicio oral"; y la de STS 1571/2000 de 17 de octubre, cuando dice que constituye prueba válida las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio oral por los agentes policiales que dieron cuenta de las manifestaciones espontáneas realizadas por el acusado, tras su detención y una vez informado verbalmente de sus derechos, en el sentido de que no encontrarían nada en el registro de su vehículo porque la droga la traían los otros coimputados, lo que se comprobó posteriormente.

La STS 156/2000 de 7 de febrero, señala que ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos, cualesquiera que puedan ser los móviles de su conducta o la finalidad perseguida, sea para evitar el agotamiento de la acción delictiva, piénsese en la posibilidad de informar de la colocación de explosivos programados, de la pretensión de los implicados de matar a determinada persona, etc., sea para evitar la desaparición de los útiles, de los efectos o de los instrumentos de delito, piénsese en los casos de depósitos de armas o de explosivos, del cuerpo del delito, etc., sea para evitar la causación de perjuicios a terceras personas o para tratar de disminuir los efectos de la acción delictiva, por cuanto este tipo de conductas, cuya eficacia puede depender en muchos casos de la intervención urgente de los agentes de la autoridad, están expresamente previstas en la propia ley como circunstancias que pueden atenuar la responsabilidad de los delincuentes y que, en todo caso, procede potenciar en cuanto confluentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social. Desde esta perspectiva, es preciso destacar que, en el presente caso, las manifestaciones hechas por Abdelazid a la Guardia Civil, tras haber sido detenido y antes de ser informado de sus derechos, fueron realizadas, voluntaria y espontáneamente, junto con la aceptación de colaborar con los agentes de la autoridad en la búsqueda de la patera utilizada y de la droga transportada en ella. Tal conducta, por lo anteriormente dicho, no puede considerarse contraria al ordenamiento jurídico. Cosa distinta, sin embargo, es que dichas manifestaciones fueran recogidas por escrito en el atestado instruido con motivo de estos hechos y suscritas por el detenido. Los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones, hechas sin la previa información de los derechos que al detenido corresponden. Mas esta ilegalidad no tiene la categoría de infracción constitucional para la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, sino que debe ser calificada de simple infracción de la legalidad ordinaria, artículo 238.3 LOPJ, con la consecuencia de que la diligencia así practicada debe reputarse nula y, por ende, totalmente ineficaz desde el punto de vista de su posible eficacia probatoria, no susceptible, por lo demás, de subsanación; pero que no afecta a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas con pleno respeto de las exigencias legales y constitucionales, artículo 242.1 LOPJ.

Considera regulares igualmente y, por tanto, utilizables, esas manifestaciones espontáneas ante la policía la STS 426/2006 de 12 de abril. El detenido, que había manifestado que se acogería a su derecho a no declarar, mientras era trasladado comenta a los agentes la intervención de otra persona en los hechos. El derecho a no declarar, según la mentada resolución, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar. Lo prohibido es la indagación, antes de la información de

derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar; pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

Aunque se trata de un mero *obiter dicta* y no la causa decisiva de estimación del recurso, la STS 1030/2009 de 15 octubre, insinúa un criterio disidente: "Las manifestaciones realizadas de forma espontánea a agentes policiales por un imputado, ya detenido, no pueden ser valoradas como prueba de cargo si no son reiteradas ante la autoridad judicial en declaración prestada con todas las garantías SSTC 51/1995 y 206/2003, entre otras muchas. En primer lugar, porque la declaración del imputado, y con mayor razón si está detenido, sólo es válida, a cualquier efecto, si viene rodeada de las garantías que impone la Constitución y la ley, previa y adecuada información de sus derechos y asistencia letrada, previsiones orientadas a garantizar que la declaración se presta de forma voluntaria y libre. En segundo lugar, porque solamente ante el Juez es posible preconstituir prueba, lo que conduce a negar valor probatorio, propio y autónomo, a cuantas diligencias de declaración sean prestadas ante agentes de la autoridad, si luego no son ratificadas ante la autoridad judicial con todas las garantías exigibles". Pero nótese, que lo que no es valorable es la manifestación inicial; no su reiteración posterior.

La STS 655/2014 de 7 de octubre, advierte del mismo modo de la validez de esa prueba, sin perjuicio de ser cautos: "nos encontramos ante manifestaciones espontáneas del acusado, que no ha ratificado a presencia judicial. Se trata de un material probatorio que ha de ser valorado con cautela, de manera que resulte inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado". La STS 637/2014 de 13 de marzo, proclama la prohibición de toda indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar; aunque no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

El ATS 1117/2014 de 26 de junio, dice al respecto que "este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna".

Por su parte, las SSTS 365/2013 de 20 de marzo, 229/2014 de 25 de marzo, 534/2014, de 27 de junio y 721/2014 de 15 de octubre, expresan que "cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren como pruebas si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron, pero en ningún caso la provocaron.

Esta STS, finaliza con la cita de la STS 229/2014 de 29 de marzo, que hemos visto anteriormente y avala años más tarde sus valoraciones.

La tercera sentencia es la nº 87/2020 de 3 de marzo, dictada en una causa seguida por delito contra la salud pública.

El supuesto de hecho analiza un indicio consistente, junto con otros muchos más y de carácter incriminatorio como intervenciones telefónicas, seguimientos, testificales y declaraciones de coimputados entre otras, en el singular comportamiento por parte del acusado, quien de manera espontánea al día siguiente de autos, se presenta en el acuartelamiento de la Guardia Civil de Barbate, indicando que ha tenido conocimiento de que está siendo buscado por la Guardia Civil, y más tarde, a las 13:50 h, sin estar detenido, cuando se extiende el acta que él mismo firma, manifiesta que "reconoce estar involucrado, aunque dice ser un mero mediador entre ellos y que quiere manifestar quienes son los autores del delito", y no se trata como pretende el recurrente de una confesión sin efecto alguno hecha sin letrado por la que pedía una rebaja de la pena que no se le estimó, sino de una manifestación espontánea de su cliente a los agentes de la autoridad que refuerza su ilícito actuar, porque los indicios son objetivos, sólidos, plurales y deben ser valorados en su conjunto, no cada uno por separado.

Cita esta STS nº87/2020, la n º376/2017 de 24 de mayo cuando afirmaba que el Tribunal Supremo admite como manifestaciones espontáneas supuestos de declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que acepta esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron, pero en ningún caso la provocaron.

Finaliza la STS nº 89/2020 diciendo que, si bien no cabe configurar las manifestaciones espontáneas del recurrente como una confesión prestada con todas las garantías, sí pueden ser valoradas como un indicio más, tal y como lo hace el Tribunal de instancia, ya que el mismo comparece en la Comisaría, no se encontraba detenido, ni se le practicó interrogatorio alguno, así lo ponen de relieve los agentes en el acto del juicio oral, y se desprende del folio 56 de las actuaciones y así la inferencia que ha establecido la Audiencia se apoya en indicios o hechos base objetivos y plenamente acreditados que permiten desvirtuar la versión del acusado y corroborar los hechos consecuencia y la conclusión incriminatoria acogida en la sentencia. Son varios los indicios los analizados por el Tribunal, sólidos y convergentes, que conducen a proclamar la autoría del recurrente más allá de cualquier duda razonable, que han quedado probados y que son valorados en su conjunto, no individualmente como hace el recurrente, interrelacionados entre sí, y que traen como consecuencia necesaria la mantenida por el Tribunal de instancia.

La cuarta y última STS, es la reciente nº 903/2022 de 17 de noviembre, que estudia el recurso de casación interpuesto por una supuesta vulneración constitucional, al amparo del art 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, del art. 24 de la C.E., en relación a la presunción de inocencia y la valoración de las declaraciones espontáneas de los acusados realizadas a la policía y la licitud y suficiencia probatoria y el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

El supuesto de hecho es un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, que fue instruido por el Juzgado de Instrucción nº17 de Madrid y una vez elevado a la Audiencia Provincial recayó sentencia el 15 de septiembre de 2020, condenando al acusado a una pena de tres años y medio de prisión junto con otras accesorias legales. En la valoración de la prueba testifical hacía hincapié en que cuando los agentes procedían a la detención del acusado, éste, en una clara intención de colaborar con la intervención policial de los agentes, reconoció esa venta y además, la actividad que venía desarrollando por entonces, al estar pasando una mala racha.

El TSJ confirmó en grado de apelación, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, porque la prueba incriminatoria era directa y estaba constituida por las declaraciones de los tres agentes de la Policía Municipal de Madrid y por el hecho de la ocupación de la sustancia, que debidamente analizada, resultó ser cocaína, con el peso y pureza que se reflejan en el relato de hechos probados, habiendo valorado, asimismo, el resto de la prueba para basar en todo ello una condena, respecto de la que, aun cuando la defensa no la comparta lógicamente, puede conocer los criterios tenidos en cuenta por la Sala de instancia para dictar dicho pronunciamiento. Añade que la defensa incurre en un palmario error, al calificar a los testigos, agentes de policía, simplemente como de referencia, ignorando que no declaran sólo, con tal condición, sino que son también testigos directos, que relatan lo que vieron y el resultado de su actuación, siendo la parte esencial de su testimonio, unido al hecho de la ocupación de la droga, la base sustantiva y suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia el acusado y dictar sentencia condenatoria. Lo que importa, por otra parte, son los hechos que transmiten al tribunal a quo, no las valoraciones o conclusiones que puedan hacer, sin perjuicio del valor que pudieran tener, como explicación de los propios hechos percibidos."

La Defensa del acusado en su recurso de casación, vuelve a realizar un extenso relato acerca de que su cliente no reconoció los hechos, aunque resulta irrelevante que luego el recurrente niegue los hechos y no reconozca la autoría cuando lo ocurrido fue presenciado por los agentes intervinientes y tras la intervención se produce la conversación entre los agentes y el recurrente, siendo éste, fuera de un interrogatorio técnico, el que reconoce que tenía la droga en su poder y la enseña como consta en los hechos probados con la descripción de los envoltorios que le intervienen y la báscula. Niega el recurrente que se haya tratado de una autoinculpación y descarta que exista prueba de cargo para la condena, negando la validez de lo que declaran los agentes, así como que no fue llevada a juicio oral la testigo que señalan, no obstante lo cual se trata de evaluar la suficiencia de la prueba de cargo y ello ha sido expresado por el tribunal de instancia y por el TSJ y ya hemos expresado que la sede casacional no puede convertirse en una tercera sede de revaloración de la prueba, que es lo que se pretende con el contenido de los dos primeros motivos dando una versión distinta de la prueba existente y cuestionando el contenido de la valoración probatoria.

En consecuencia, en el presente caso, pese a que es cuestionado por la recurrente, lo que reseña éste lo fue hecho ni tan siquiera en dependencias policiales, sino en la conversación con los agentes y es ahí cuando se recoge la droga con los envoltorios de cocaína y luego es llevado al juicio oral por los agentes respecto a cómo encuentran la droga y la expresión del recurrente. Nada hay de prueba nula, o que no pueda ser tenida en cuenta cuando se ha dado cumplimiento a la doctrina aplicable en estos casos mediante la declaración de los agentes de lo que sucedió, lo que ellos vieron en la transacción de droga por dinero, la aprehensión inmediata de ambos, y la expresión del recurrente respecto a lo que consta en los hechos probados que fue expuesto por los agentes en el plenario y valorado con acierto por el tribunal de instancia y validado por el TSJ como prueba suficiente para la condena.

Con todo lo anteriormente analizado, podemos alcanzar las siguientes conclusiones: a) Las manifestaciones espontáneas de los investigados pueden ser tomadas como un indicio incriminatorio más, cuando se incorporan al proceso con todas las garantías, que generalmente será la ratificación en sede policial y judicial, con asistencia Letrada. Estamos en la primera fase del proceso, en la instrucción, donde valoramos indicios que nos permiten avanzar en la investigación; b) Ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos, sea para evitar el agotamiento de la acción delictiva, o para evitar la desaparición de los útiles, de los efectos o de los instrumentos de delito, o para evitar la causación de perjuicios a terceras personas; c) Sería muy conveniente, por no decir preceptivo, que en las peticiones policiales de entrada y registro, la Policía Judicial incorporase una solicitud expresa de autorización del uso de mecanismos de grabación audiovisual de la citada diligencia, que generalmente se referirá a la filmación de objetos y no de personas, pero que nada impide que capten esas manifestaciones espontáneas de los sospechosos; d) La forma de incorporar al proceso penal esa manifestación captada por la Policía Judicial, a veces también por el LAJ, sería la aportación del soporte videográfico como evidencia legal junto con la identificación de los agentes que hubieran captado las citadas declaraciones y en su caso, también, las de quienes las hubieran escuchado. El acta del LAJ tiene el valor de una prueba preconstituida de lo realizado del registro y de lo aprehendido durante su ejecución y la grabación policial, de un mero indicio y nunca de prueba; e) Si un sospechoso hubiera manifestado espontáneamente, sin interrogatorio alguno y sin ningún tipo de coacción, quien ha participado en un hecho delictivo y esa manifestación hubiera sido recogida en soporte videográfico cuyo uso se solicitó policialmente y se autorizó judicialmente, sería perfectamente válido iniciar una línea de investigación a partir de ese dato, implementándolo la Policía Judicial con otros indicios que complementen esa manifestación.

BIBLIOGRAFÍA

Barrientos Pacho, Jesús María (2000). La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada, volumen 12.

González-Cuéllar Serrano, Nicolás. (1993). La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 29.

González Soler, Olayo Eduardo (2003). Aspectos constitucionales de algunas diligencias sumariales que afectan a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: entradas domiciliarias. Comunicaciones postales y telefónicas. Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 15.

Rascón Ortega, Juan Luis. (2000) El punto de partida: la inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental. Revista del Poder Judicial nº 58, volumen 58.

Vegas Torres, Jaime. (1996) Prueba ilícita en particular (II): la ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias. La prueba en el proceso penal II, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 9.

Ver página www.lamoncloa.gob.es, Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal y Anteproyecto de la Fiscalía Europea, 24 de noviembre de 2020. Consulta 20 de diciembre de 2022.

Ver página www.mjusticia.gob.es, Anteproyecto de Ley Orgánica que reforzará la cooperación judicial internacional y la investigación penal, 20 de diciembre de 2022. Consulta 20 de diciembre de 2022.

Ver página www.lamoncloa.gob.es, Plan Justicia 2030, 19 de octubre de 2020. Consulta de 20 de diciembre de 2022.