



Universidad de Granada

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

Tesis Doctoral

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE DE LAS
MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA. ESPECIAL
REFERENCIA A LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE
COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS.**

Presentada por el doctorando:

Miguel Angel Rosales Leal

Bajo la dirección de:

Prof. Dr. Ricardo Martín Morales

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Miguel Ángel Rosales Leal
ISBN: 978-84-1117-129-8
URI: <http://hdl.handle.net/10481/71619>

RESUMEN

En la aplicación de las medidas de investigación tecnológica es normal que exista cierta fricción con los derechos fundamentales. El legislador debe desarrollar los procedimientos donde se recojan las garantías de los ciudadanos intervenidos. Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la LECR, el ritmo de la evolución tecnológica no pudo ser apenas seguido por nuestro legislador, lo que provocó llamadas de atención del TEDH y del TC. Desde la perspectiva que ofrecen estos seis años transcurridos, la reforma es considerada por el autor en líneas generales como exitosa.

El objeto de esta Tesis doctoral es el análisis, a la luz de la Constitución, de las medidas de investigación tecnológica, lo que se completa con un estudio comparado entre el régimen vigente y el recientemente anunciado proyecto de reforma de la LECR.

En la primera parte se analizan las siguientes medidas de investigación: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, intervención de datos electrónicos de tráfico o asociados, captación de imágenes en espacios públicos, utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización y el registro de dispositivos y equipos informáticos. La segunda parte de la tesis está dedicada por completo al estudio de la captación y grabación de comunicaciones orales directas.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, intervenciones tecnológicas, Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, captación y grabación de comunicaciones orales directas, interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, datos electrónicos de tráfico, captación de imágenes en espacios públicos, dispositivos de seguimiento y localización, registro de dispositivos y equipos informáticos.

ABSTRACT

In the application of technological research measures, conflicts with fundamental rights may appear. The legislator must develop the procedures where the guarantees of the intervened citizens are collected. Until the approval of Organic Law 13/2015, reforming the LECR, the pace of technological evolution could not be barely followed by our legislator, which prompted calls for attention from the ECHR and the TC. From the perspective offered by these past six years, the reform is generally considered by the author as successful.

The object of this doctoral thesis is the analysis, in the light of the Constitution, of the technological research measures, which is completed with a comparative study between the current regime and the recently announced reform project of the LECR.

In the first part, the following investigative measures are analyzed: interception of telephone and telematic communications, intervention of electronic traffic or associated data, capture of images in public spaces, use of devices or technical means of monitoring and location and the registration of computing devices and equipment. The second part of the thesis is devoted entirely to the study of the capture and recording of direct oral communications.

KEYWORDS: Fundamental rights, technological interventions, Organic Law 13/2015 of October 5th, capture and recording of direct oral communications, interception of telephone and telematic communications, electronic traffic data, capture of images in public spaces, tracking and location devices, registration of computer devices and equipment.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
Primera parte.....	15
LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN LA LE CR.....	15
1. DISPOSICIONES COMUNES A TODA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.....	15
1.1. PRINCIPIOS RECTORES.....	15
1.2. PETICIÓN DE LA MEDIDA Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	19
1.2.1. Solicitud de autorización judicial.....	20
1.2.2. Resolución judicial.....	24
1.3. PIEZA SEPARADA Y SECRETA.....	26
1.4. DURACIÓN, PRÓRROGA Y CESE DE LA MEDIDA.....	27
1.5. CONTROL DE LA MEDIDA.....	30
1.6. AFECTACIÓN DE TERCERAS PERSONAS.....	31
1.7. DESTRUCCIÓN DE REGISTROS.....	32
1.8. ORDEN DE CONSERVACIÓN DE DATOS.....	34
1.9. DISPOSICIONES COMUNES EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL....	35
1.9.1. Principios aplicables a todas las medidas de investigación.....	35
1.9.2. Solicitud y autorización de la medida de investigación.....	40
1.9.3. Pieza separada y secreta.....	43
1.9.4. Duración, prórroga y cese de la medida.....	44
1.9.5. Control de la medida.....	44
1.9.6. Afectación de terceras personas.....	44
1.9.7. Destrucción de registros y conservación de datos.....	45
2. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS, Y DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS.	45
2.1. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.....	45
2.1.1. Regulación.....	45
2.1.2. Objeto.....	46
2.1.3. Presupuestos.....	50
2.1.4. Ámbito objetivo y subjetivo.....	53
2.1.5. Intervención judicial.....	56

2.1.5.1. Solicitud de autorización judicial.....	56
2.1.5.2. Autorización judicial.....	58
2.1.5.3. Intervención de urgencia. Suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones.....	62
2.1.5.4. Control de la medida.....	65
2.1.6. Deber de colaboración.....	68
2.1.7. Duración, prórroga y cese de la medida.....	69
2.1.7.1. Duración.....	70
2.1.7.2. Prórroga.....	71
2.1.7.3. Cese de la medida.....	73
2.1.8. Acceso a las grabaciones.....	74
2.1.9. SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de Comunicaciones).....	77
2.1.9.1. Funcionamiento.....	78
2.1.9.2. Requisitos.....	82
2.1.9.3. Principales problemas de SITEL.....	83
2.2. INTERVENCIÓN DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS.....	89
2.2.1. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados.....	89
2.2.2. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad.....	94
2.2.2.1. Identificación mediante número IP.....	94
2.2.2.2. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes.....	96
2.2.2.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.....	99
2.3. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS E INTERVENCIÓN DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS EN EL PLECR.....	100
2.3.1. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el PLECr.....	100
2.3.1.1. Regulación.....	101
2.3.1.2. Presupuestos.....	102
2.3.1.3. Ámbito.....	103
2.3.1.4. Intervención judicial.....	104
2.3.1.5. Intervención de urgencia.....	108
2.3.1.6. Control de la medida.....	109
2.3.1.7. Colaboración de terceros.....	110
2.3.1.8. Duración.....	110
2.3.1.9. Prórroga.....	112
2.3.1.10. Cese.....	112
2.3.1.11. Conocimiento de las partes de la medida ejecutada.....	114
2.3.2. Intervención de datos electrónicos de tráfico o asociados.....	118
2.3.2.1. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados.....	118

2.3.2.2. Acceso a los datos necesarios para la identificación del usuario y del terminal en el PLECr.....	118
3. CAPTACIÓN DE LA IMAGEN EN LUGARES O ESPACIOS PÚBLICOS.....	119
3.1. DERECHOS AFECTADOS.....	119
3.2. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA E INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	123
3.3. TERCEROS AFECTADOS.....	129
3.4. DURACIÓN DE LA MEDIDA.....	130
3.5. GRABACIÓN DE SONIDOS O CONVERSACIONES.....	130
3.6. CAPTACIÓN DE LA IMAGEN EN EL PLECR.....	131
3.6.1. Regulación y ejecución de la medida.....	131
3.6.2. Afectación de terceros.....	133
3.6.3. Duración de la medida.....	133
3.6.4. Grabación de sonidos o conversaciones.....	133
4. UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS O MEDIOS TÉCNICOS DE SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN.....	134
4.1. INTRODUCCIÓN.....	134
4.2. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS.....	135
4.3. TITULAR DEL DERECHO.....	137
4.4. CLASES DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS.....	139
4.5. INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	139
4.5.1. Juez competente.....	139
4.5.2. Petición de la medida.....	140
4.5.3. Resolución judicial habilitante.....	141
4.5.4. Cláusula de urgencia.....	145
4.5.5. Control de la ejecución.....	147
4.6. DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA.....	148
4.7. REGULACIÓN DE ESTA MEDIDA EN EL PLECR.....	149
4.7.1. Regulación.....	149
4.7.2. Intervención judicial.....	151
4.7.3. Petición de la medida.....	151
4.7.4. Autorización judicial.....	152
4.7.5. Cláusula de urgencia en el PLECr.....	153
4.7.6. Control de la ejecución de la medida.....	154
4.7.7. Duración y cese.....	156
5. REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS.....	157
5.1. INTRODUCCIÓN. DERECHOS INVOLUCRADOS.....	157
5.2. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.....	161
5.2.1. Regulación.....	161

5.2.2. Intervención judicial.....	162
5.2.2.1. Juez competente.....	162
5.2.2.2. Solicitud de intervención.....	164
5.2.2.3. Autorización judicial.....	165
5.2.2.4. Consentimiento del titular del derecho.....	172
5.2.3. Intervención directa sin autorización judicial previa.....	175
5.2.4. Intervención de terceros. Deber de colaboración.....	177
5.3. LOS REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS.....	179
5.3.1. Introducción.....	180
5.3.2. Presupuestos.....	181
5.3.2.1. Intervención judicial.....	182
5.3.2.2. Ámbito penal.....	187
5.3.3. Deber de colaboración.....	188
5.3.4. Duración y cese de la medida.....	190
5.4. REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS EN EL PLECR.....	191
5.4.1. Dispositivos de almacenamiento de información.....	191
5.4.1.1. Regulación.....	191
5.4.1.2. Autorización judicial.....	191
5.4.1.3. Intervención sin autorización judicial previa.....	192
5.4.2. Registros remotos sobre equipos informáticos.....	193
5.4.2.1. Regulación.....	193
5.4.2.2. Presupuestos.....	193
Segunda parte.....	195
CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS... 195	
1. INTRODUCCIÓN.....	195
2. OBJETO.....	197
2.1. EN LA ACTUAL Y VIGENTE LECr.....	197
2.2. EN EL PLECR.....	199
3. DERECHOS AFECTADOS.....	201
3.1. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN.....	201
3.2. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.....	210
3.3. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	220
3.4. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS.....	225
3.5. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE.....	235
3.6. DERECHO A LA DEFENSA EN REFERENCIA A LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE	235
4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DELITOS QUE PUEDEN HABILITAR LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA.....	238

4.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LEGITIMACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA.....	238
4.1.1. Principio de especialidad.....	240
4.1.2. Principio de idoneidad.....	244
4.1.3. Principios de excepcionalidad y necesidad.....	246
4.1.4. Principio de proporcionalidad.....	250
4.2. DELITOS QUE SE PUEDEN INVESTIGAR A TRAVÉS DE ESTA MEDIDA.....	259
4.2.1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.....	260
4.2.2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.....	261
4.2.3. Delitos de terrorismo.....	264
4.3. LA REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.....	268
5. LA GARANTÍA JUDICIAL.....	271
5.1. EL JUEZ COMPETENTE PARA ADOPTAR LA MEDIDA DE INVESTIGACIÓN, EN UN PROCESO PENAL.....	272
5.1.1. El Juez competente.....	272
5.1.2. En un proceso penal.....	279
5.2. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	281
5.2.1. Solicitud de la medida.....	281
5.2.2. Solicitantes de la medida.....	284
5.2.3. Autorización judicial de la medida en el PLECr.....	289
5.3. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL HABILITANTE.....	291
5.3.1. Tribunal competente.....	291
5.3.2. Intervención del Ministerio Fiscal.....	291
5.3.3. Plazo para dictar la resolución.....	292
5.3.4. Forma y contenido de la resolución judicial habilitante.....	294
5.3.4.1. Forma.....	294
5.3.4.2. Contenido de la resolución judicial habilitante.....	295
5.3.5. Inexistencia de una cláusula de urgencia.....	306
5.3.6. Determinación de los lugares y encuentros a grabar.....	309
5.3.7. Grabación complementaria de imágenes.....	313
5.3.8. Terceros que puedan resultar afectados por la grabación.....	314
5.3.9. Control de la medida.....	316
5.3.10. En el PLECr.....	319
5.3.10.1. En cuanto al contenido de la resolución judicial.....	319
5.3.10.2. En cuanto a la cláusula de urgencia.....	321
5.3.10.3. En cuanto al control de la medida.....	321
5.4. HALLAZGOS CASUALES.....	322
5.4.1. Definición.....	322

5.4.2. Régimen jurídico del descubrimiento o hallazgo casual, o cómo se ha de actuar ante el descubrimiento casual.....	324
5.4.3. Incorporación del material probatorio casualmente hallado a un procedimiento determinado: utilización de los descubrimientos casuales en otro proceso.....	330
6. DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA.....	334
6.1. DURACIÓN.....	334
6.2. PRÓRROGA.....	340
6.3. CESE DE LA MEDIDA.....	341
6.4. PIEZA SEPARADA Y SECRETA.....	342
6.5. ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES.....	345
6.6. DESTRUCCIÓN DE LAS GRABACIONES.....	347
6.7. PLECR: DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA. ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES Y SU DESTRUCCIÓN.....	351
6.7.1. Duración, prórroga y cese de la intervención.....	352
6.7.2. Declaración de secreto.....	354
6.7.3. Acceso de las partes a las grabaciones.....	354
6.7.4. Destrucción de las grabaciones.....	355
7. GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DE ABOGADOS.....	357
7.1. LAS FUNCIONES DEL ABOGADO Y LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE SUS COMUNICACIONES ORALES.....	357
7.2. DISTINTAS SITUACIONES EN CUANTO A LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL ABOGADO.....	360
7.2.1.- Conversaciones abogado cliente sin que se haya notificado ningún proceso judicial contra éste (cliente no investigado, o al que aún no se le ha comunicado su condición de investigado).....	360
7.2.2.- Conversaciones entre el abogado y el cliente cuanto este último ha sido formalmente declarado como investigado, habiéndosele notificado tal circunstancia....	362
7.2.3. Conversaciones entre el abogado y su cliente investigado detenido en calabozos.	366
7.2.4. Cuando es el abogado el que resulta investigado.....	366
7.2.5. Conversaciones entre el abogado y su cliente investigado interno en un establecimiento penitenciario.....	369
7.3. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE EN EL PLECR.....	370
8. GRABACIÓN DE COMUNICACIONES A INTERNOS EN PRISIÓN.....	372
8.1. LOS INTERNOS EN UN CENTRO PENITENCIARIO, TITULARES DEL DERECHO AL SECRETO DE SUS COMUNICACIONES.....	372
8.2. COMUNICACIONES GENÉRICAS.....	374
8.2.1. Grabaciones por motivos de tipo regimental.....	374
8.2.2. Grabaciones por motivos procesales penales.....	379
8.3. GRABACIONES DE COMUNICACIONES ESPECÍFICAS (CON ABOGADOS Y PROCURADORES)	379

CONCLUSIONES.....	384
BIBLIOGRAFÍA.....	390
RELACIÓN DE SENTENCIAS.....	398

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional es el Derecho de los derechos fundamentales, que son concebidos y explicados a través de la denominada teoría de los límites. Para favorecer la investigación policial y judicial es necesario intervenir restrictivamente sobre ellos, con la finalidad de salvaguardar otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Es preciso disponer de un ordenamiento jurídico garantista que proteja los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y que permita la eficaz investigación de los delitos en el marco de un procedimiento judicial.

Las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de una serie de preceptos de la LECr que habían sido concebidos para tiempos distintos. Hasta la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr, en adelante), pocas medidas restrictivas de derechos fundamentales se encontraban suficientemente reguladas por el legislador. Apenas gozaban de una cierta base legal la intervención de la correspondencia, la entrada y registro domiciliarios, la intervención telefónica, ciertas formas de recogida de muestras biológicas y poco más. Todo ello a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Tribunal Constitucional venían insistentemente declarando la exigencia para todo tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales -no así de medidas no restrictivas, en aplicación del principio de eficacia directa de la Constitución- de una *interpositio legislatoris*, es decir, de un procedimiento previo legalmente establecido para cada tipo de intervención que se encuentre jalonado por un conjunto de garantías de los derechos de las personas intervenidas.

En relación a las intervenciones tecnológicas, el principal referente era la escueta regulación que hacía el art. 579 LECr de la intervención de las comunicaciones telefónicas. Nos encontrábamos con que este único precepto, que ya de por sí era manifiestamente escaso para ofrecer soluciones a la comunicación telefónica, tenía que inspirar criterios jurisprudenciales que ofrecieran respuesta a fenómenos tecnológicos inéditos hasta entonces. No se trataba sólo de que la regulación fuese insuficiente o

deficiente, sino que era inexistente en la mayoría de los casos. Intentar subsanar estas carencias normativas acudiendo a la integración analógica desbordaba los límites de lo constitucionalmente aceptable, tal y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina.

En el mes de diciembre de 2015 entró en vigor la LO 13/2015, de reforma de la LECr, incorporando una nueva regulación sobre la captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, el uso de dispositivos de seguimiento y de localización, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen en lugares y espacios públicos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el registro remoto sobre equipos informáticos. Todas estas medidas quedaban reguladas, dentro del Título VIII del Libro II de la LECr, bajo la rúbrica “Medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE”, aunque no sólo es el art. 18 CE el que puede verse afectado por ellas. Estamos pues, ante una nueva y exhaustiva regulación de determinadas medidas de investigación penal que, incidiendo de manera significativa en los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, tienen por objeto el uso de instrumentos tecnológicos para esclarecer tanto el hecho delictivo como su autoría.

Esta nueva normativa es amplia y detallada, regulando todas las posibilidades que a priori se pueden dar en el ámbito de la instrucción judicial. Esta Ley pone a disposición de la policía, fiscalía y tribunales una regulación que les permite actuar de forma legal y segura en el ámbito de la investigación criminal.

Ahora bien, estamos ante medidas de investigación claramente invasivas de los derechos recogidos en la CE. De ahí la necesidad de regular un procedimiento cauteloso, protector y garantista de los derechos afectados.

La garantía del derecho a la esfera privada de la persona es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos actuales, y por ende también de nuestro proceso penal; por eso, a medida que la tecnología evoluciona hacia una mayor sofisticación y miniaturización, son precisos nuevos instrumentos de garantía.

Recuerda el Tribunal Constitucional que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales que incida directamente sobre su desarrollo o limite o

condicione su ejercicio precisa un previo desarrollo legislativo de la medida restrictiva. La reserva de ley “de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas”¹.

Dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, “al igual que las intervenciones telefónicas, las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos representan un grave ataque al respeto de la vida privada. Por consiguiente, deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: en este ámbito es también indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente”².

La actual regulación de las medidas de investigación tecnológica objeto de nuestro estudio se inicia con una serie de disposiciones comunes aplicables a todas ellas. Posteriormente, la LECr entra en detalle a regular esas medidas, dedicando un apartado a cada una.

La aproximación de la que partimos es la siguiente: aunque evidentemente la reforma ha supuesto un gran avance, siguen todavía sin regularse algunos contenidos que nos permitirían afirmar que definitivamente disponemos de una teoría general bien vertebrada y un sistema de garantías previsible y seguro sobre las intervenciones tecnológicas.

La importancia de la presente investigación reside precisamente en su objeto. La vigilancia policial es necesaria para garantizar la seguridad, pero cuando ésta no está bien controlada, se empiezan a retraer los comportamientos de la ciudadanía y se termina instalando en la sociedad la sospecha generalizada de que está siendo vigilada la misma democracia. Lo mismo hemos de decir de los medios de investigación penal

1 STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6º; STC 145/2014 de 22 de septiembre, FJ 7º.

2 STEDH de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia, párr. 26.

con los que se cuenta hoy en día. Además, actualmente nos encontramos con nuevas y renovadas formas de delincuencia gracias a los avances tecnológicos.

La oportunidad de la presente investigación tiene que ver además con el hecho de que las nuevas medidas de investigación tecnológica apenas habían sido analizadas hasta la fecha de la reforma por la doctrina y por la jurisprudencia, ni tampoco atendidas por el legislador. Lógicamente estos años que han seguido a la reforma están siendo importantes para resolver los problemas de interpretación y aplicación de la nueva normativa.

El objeto de esta Tesis Doctoral consiste en comparar los contenidos de legalidad con las exigencias de constitucionalidad, reflexionar y profundizar en el estudio de la nueva regulación con la finalidad de facilitar una correcta interpretación de la misma, visibilizar sus posibles lagunas e intentar dar respuesta a los interrogantes que aún subsisten. Pretendemos llevar a cabo un análisis sobre la actual regulación de estas medidas restrictivas de derechos fundamentales a la luz de los derechos y principios constitucionales afectados.

Dedicamos una primera parte de la tesis doctoral al estudio de todas las medidas de investigación tecnológica, salvo la consistente en la captación y grabación de las comunicaciones orales, en la que nos centramos en la segunda parte.

En el primer capítulo de la primera parte del trabajo estudiamos las disposiciones comunes a toda medida de investigación tecnológica. En el segundo capítulo analizamos la medida consistente en la interceptación de las comunicaciones telefónicas, telemáticas y de datos electrónicos de tráfico o asociados. El tercer capítulo está dedicado al estudio de la captación de la imagen, tanto en lugares cerrados como en espacios públicos. En el capítulo cuatro estudiamos la medida de investigación consistente en la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. Para terminar, dedicamos el último capítulo al análisis del registro de dispositivos y equipos informáticos. La segunda parte de la Tesis Doctoral está dedicada al estudio en concreto de la medida de investigación penal consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales directas. Y todo ello haciendo un análisis comparativo con el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado

por el Gobierno en el mes de noviembre de 2020.

La metodología seguida es esencialmente jurídica. Hemos recorrido todos los caminos habituales en este tipo de investigaciones, con el puntual seguimiento de la jurisprudencia y la doctrina, el análisis y la síntesis de los problemas importantes.

Especial relevancia ha tenido en este trabajo el llamado método comparativo, como corresponde a una tesis de Derecho constitucional, ya que el constitucionalista vive esencialmente de los contrastes. La presente investigación ha ido creciendo desde la comparación entre la casuística, que en materia de derechos fundamentales es muy rica, y la dogmática, que es muy sólida; entre el nivel de legalidad, con la reforma de la LECR como eje o nervio de la tesis, y el plano de constitucionalidad, pues no son pocos los derechos fundamentales involucrados.

Primera parte.

LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN LA LECR.

1. DISPOSICIONES COMUNES A TODA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Las medidas de investigación tecnológica son objeto de regulación en los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulándose en un Capítulo IV una serie de disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación.

Ahora hacemos un análisis general de estas disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación. Más adelante y, sobre todo, cuando estudiemos la medida consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, iremos analizando la aplicación específica de estas disposiciones generales en cada una de las diligencias de investigación a las que puedan afectar.

1.1. PRINCIPIOS RECTORES

Se trata, tal y como se recoge en la exposición de motivos de la LO 13/2015, de 5 de octubre, “de la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia”.

De acuerdo con Llorente de Pedro³, el art. 588 bis a) de la LECr es uno de los de más trascendencia, pues contiene unos principios rectores aplicables a todas las medidas, sobre los que deben pivotar el contenido y, sobre todo la motivación, de las resoluciones judiciales que autoricen la ejecución de las medidas de investigación tecnológica.

³ P. A. LLORENTE DE PEDRO, “Las diligencias policiales en la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Penal*, nº118, Sección Derecho Procesal Penal, enero-febrero 2016, Editorial La Ley.

La LECr dice que durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación tecnológica siempre que medie autorización judicial, la cual tiene que ser dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, tal y como dispone el art. 588 bis a).

Inmediatamente después, en este mismo artículo, la Ley define cada uno de estos principios que, según nos recuerdan Marchena y González-Cuéllar, “son principios dogmáticos, acogidos y proclamados por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo”⁴

a) Principio de especialidad.

Este principio, según la LECr, exige que la medida interesada esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Por eso, dice la norma que “no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”.

Conlleva, además, la prohibición de intervenciones prospectivas y significa que “los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario”⁵.

En fin, “la especialidad supone que la medida de investigación se dicte para el esclarecimiento de un concreto hecho punible, a fin de prohibir las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva”⁶.

b) Principio de idoneidad.

4 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 212

5 STS 272/2017 de 18 abril (FD 2º, 2.3)

6 R. CASTILLEJO MANZANARES, “Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 45/2017,.

Dice la LECr que este principio “servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”. De esta forma, en realidad, la norma, más que definir el principio, se limita a señalar su finalidad.

El TS dice que una medida de investigación es idónea siempre y cuando “este medio aparezca adecuado para los fines de la instrucción”⁷, y que “la medida ha de acordarse cuando quepa esperar resultados útiles para la investigación”⁸.

Por tanto, tal y como mantiene Santos Martínez, “sobre la base de este principio conviene cuestionarse si la medida es útil y adecuada para conseguir la finalidad pretendida con su adopción”⁹.

Tanto el principio de idoneidad como el principio de especialidad estarían relacionados con el principio de intervención indiciaria. Y es que, tal y como sostiene Martín Morales, “si no hay indicios previos de ilicitud que apunten a una persona concreta (...) se producirá una quiebra del principio de intervención indiciaria”¹⁰.

c) Principios de excepcionalidad y necesidad.

Dice la LECr que, sobre la base de estos principios, “solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida”.

De esta forma, la norma procesal pide que la resolución judicial que autorice la medida de investigación justifique de forma expresa “que los resultados que se pretenden obtener no puedan recabarse a través de otras medidas menos invasivas respecto de los

7 STS 85/2017 de 15 febrero (FD 5º)

8 STS 634/2019, de 19 de diciembre (FD 1º)

9 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Bosh-Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p.47

10 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Editorial Comares, Granada, 2015, p.20.

derechos fundamentales del investigado, medidas que, de esta forma, se convierten en imprescindibles desde la perspectiva del caso concreto”¹¹.

Se trata por tanto, de “reforzar el deber de motivación, pues el Juez ha de plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido, haciéndose evidente, de esta forma, la necesaria adopción de la medida”¹².

d) Principio de proporcionalidad.

Según doctrina reiterada por el TC, la estricta observancia del principio de proporcionalidad es una exigencia para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en el derecho a la intimidad. En este sentido, el TC tiene dicho 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)”¹³.

La LECr dispone que “las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros”. Y añade este mismo precepto que “para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

¹¹ Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (epígrafe 2.2.3.)

¹² R. CASTILLEJO MANZANARES, *Op. Cit.*

¹³ STC 89/2006 de 27 marzo (FJ 3)

Decía Robert Alexy que “este principio expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas”¹⁴.

La medida “es proporcional, en sentido estricto (racional), por acercarse en la mayor medida de lo posible, al objetivo que se pretende; o por verificarse que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no es superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros”, según sostiene Zoco Zabala¹⁵.

En definitiva, tal y como dice Muñoz Cuesta, “si no concurre un nivel de certeza alto de la imprescindibilidad de la medida, de la elevada probabilidad de los encuentros del investigado con terceros relacionados con el delito investigado y de la previsión de obtener datos esenciales y de relevancia probatoria para la investigación, la medida no se debe adoptar por la autoridad judicial, por la sencilla razón de que el sacrificio del derecho fundamental del art. 18.1 CE no estará justificado, ya que la privación del derecho de todo ciudadano a no sufrir intromisiones en su vida privada en la intensidad que manifiesta esta medida, sólo será aceptado en una sociedad democrática cuando se actúa por los poderes públicos con una seguridad rayana en la certeza de la concurrencia de esos presupuestos”¹⁶.

1.2. PETICIÓN DE LA MEDIDA Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Las medidas de investigación tecnológica, tal y como estamos viendo, actualmente se regulan en los arts. 588 bis a) y siguientes de la LECr. Este primer precepto, en su apartado 1, dispone que las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo (medidas de investigación tecnológica), sólo se podrán acordar siempre y cuando medie autorización judicial, dado el carácter eminentemente público del proceso penal y la afección de importantes derechos fundamentales del investigado. Y esta autorización, salvo excepciones muy concretas, siempre ha de ser previa a la intervención.

14 ROBERT ALEXY, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril 2011, p. 15.

15 C. ZOCO ZABALA, *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 131

16 J. MUÑOZ CUESTA, “Distinto grado de protección constitucional en las medidas de investigación tecnológica” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 971/2021.

Se atribuye la competencia para la instrucción o para el fallo al juez de instrucción, de lo penal, de violencia sobre la mujer o a la audiencia provincial del lugar, partido o circunscripción donde se haya cometido la infracción criminal (art. 14 de la LECr).

Aunque la determinación del lugar de comisión del delito sea una cuestión de hecho que en muchos casos no presenta dificultad alguna, en otros casos la solución del problema no resulta tan sencilla y requiere acudir, o bien a determinados criterios jurisprudenciales, o bien la aplicación de alguna norma especial.

La doctrina del Tribunal Supremo se ha decantado mayoritariamente a favor de la teoría de la ubicuidad, según la cual el delito se comete tanto en el lugar donde se desarrolla la acción como en aquel otro en el que se produce el resultado, lo que permite atender con mayor flexibilidad a las características de cada caso concreto. De esta suerte, cuando ambos lugares sean distintos, la competencia corresponde al juez de cualquiera de ellos, pues en todos y cada uno se debe entender cometido el delito y por lo tanto el que haya iniciado las diligencias debe continuar conociendo de las mismas¹⁷.

1.2.1. Solicitud de autorización judicial

Según dispone el apartado 1 del art. 588 bis b) de la LECr, las medidas de investigación que estudiamos pueden acordarse durante la instrucción de las causas, bien de oficio por el propio Juez de instrucción, o bien a petición del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

El TS ha venido insistiendo en la importancia de la motivación del oficio policial a través del que se pueda solicitar la medida de investigación, exigiendo su motivación expresa. Dice que “una de las cuestiones de las que arranca toda medida de intervención telefónica o de entrada y registro es la de la motivación del oficio policial que es remitido al juez de guardia cuando se interesa la urgente adopción de la medida”. Añade el Alto Tribunal que “el oficio tiene que explicar las razones objetivas, no subjetivas, de la solicitud que se le expone al juez de guardia, basada no en meras sospechas, sino en

¹⁷ Vid. ATS de 9 de mayo de 2001; ATS de 16 de junio de 2001; ATS de 23 de noviembre de 2002; ATS de 11 de diciembre de 2003; ATS de 29 de enero de 2004.

algún indicio de cierta relevancia”¹⁸.

Para lo cual el TS ha descrito cómo debe ser el oficio policial y ha indicado los datos que debe recoger como base para que el Juez pueda acordar la medida de investigación que se le solicita. El Tribunal resume estos requisitos en los siguientes: “1. El oficio policial debe contener los datos precisos que permitan comprobar la corrección de la injerencia telefónica, datos que han de poner de manifiesto la necesidad de la injerencia. 2. Que los hechos investigados tengan la apariencia de delito grave, proporcionando información suficiente sobre la conducta y la participación en el hecho de las personas a las que se lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones. 3. Han de expresarse los indicios de realización de una conducta típica y grave, con relación de las investigaciones realizadas y justificación de la necesidad de la injerencia. 4. No se trata de expresar el resultado de una actividad probatoria sobre los hechos y la participación de los implicados cuya intervención se solicita, pues en el momento de la petición se trata de investigar un hecho delictivo, pero sí de expresar las razones fundadas sobre la participación en el delito que aconsejan la lesión del derecho al secreto para procurar la investigación del hecho grave que se investiga. 5. En ese examen el juzgado que la recibe deberá acordar lo procedente atendiendo a la entidad de los hechos denunciados, su tipificación como delito grave y, como toda resolución judicial, observar la debida proporcionalidad entre el derecho fundamental que se lesiona y la necesidad del medio para la investigación. 6. En ese examen de la proporcionalidad cobra especial importancia la expresión de los indicios de comisión y participación en el hecho de los implicados”¹⁹.

Tras la reforma procesal del año 2015, el art. 588 bis b), apartado 2, dice cuáles son los requisitos en cuanto al contenido de la petición formulada al Juez de instrucción para la adopción de una medida de investigación tecnológica. Según este precepto, la petición ha de contener:

“1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

¹⁸ STS 494/2020, de 8 de octubre (FD 2º)

¹⁹ STS 494/2020, de 8 de octubre (FD 2º)

“2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

“3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

“4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

“5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

“6.º La forma de ejecución de la medida.

“7.º La duración de la medida que se solicita.

“8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

Lo primero que llama la atención es la exhaustiva regulación del contenido de la petición que ha de presentarse al Juez de instrucción para su estudio y, en su caso, aprobación de la medida.

De todas formas, la ausencia de contenido, o la omisión de información en relación con algunos de estos apartados, no tiene por qué afectar a la validez de la petición. Lo importante es la resolución judicial, la cual sí deberá estar debidamente fundamentada, independientemente del contenido de la petición que se le formula.

Tampoco podemos olvidar que la jurisprudencia admite la validez de motivación por remisión. Una resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si integra el contenido de la solicitud policial o de la fiscalía²⁰. Por eso cuanto más completa sea la petición, más se garantizan los derechos de los investigados.

También llama la atención que sólo está previsto que puedan solicitar la medida el Ministerio Fiscal o la Policía. Nada se dice sin embargo de las otras partes personadas, bien como acusación particular o popular, o bien como defensa. Tampoco prevé la intervención de la Abogacía del Estado, o de los letrados de la Seguridad Social o de las comunidades autónomas o entidades locales.

²⁰ STS 26/2006, de 30 de enero (FJ 6); STS 55/ 2020, de 18 de febrero (FD 3º); STS 84/2021, de 3 de febrero (FD 1º, 1.3.).

Velasco Núñez al respecto considera que el propio carácter restrictivo de la medida, su naturaleza de carácter público y la necesaria obligación de su declaración en pieza separada secreta son las razones que han llevado al legislador a considerar que los únicos legitimados activos para solicitar estas medidas de investigación que estudiamos sean, además del propio Juez, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, “a quienes les vincula el deber de sigilo y reserva para lo que conocen en actuaciones protegidas por el secreto sumarial”²¹.

No obstante, el art. 311.1 de la LECr dice que “el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales”. Este precepto permite que cualquier parte personada, ya sea defensa o acusación, pueda proponer las medidas de investigación que considere oportunas. En estos casos, si se admitieran o se consideraran pertinentes y adecuadas para la instrucción de la causa, por el Juzgado deberían articularse las medidas oportunas su práctica y eficacia.

Por último, quisiéramos hacer mención a la información anónima obtenida por la policía a través de confidentes como justificación para formular una petición de cualquier medida de investigación que pueda afectar a los derechos fundamentales del investigado.

La doctrina del TS admite la licitud de la información recibida por la Policía a través de sus confidentes que le permita recabar datos que abran el camino a su actividad consistente en la averiguación del delito y el aseguramiento del delincuente. Cuestión distinta es la validez de esta información como medio de prueba. El TS considera que “su utilidad es admisible en cuanto inicial medio de investigación, y no como medio de prueba durante el juicio oral; igualmente señala que también es necesario excluirla como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, tales como entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.”. Consecuentemente considera que las informaciones así obtenidas “no pueden servir de fundamento único a las decisiones

21 Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2016, p. 70.

judiciales que las adopten, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo)”. Y añade que “la supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos pueden solicitarse las referidas medidas”. Por tanto, si la “confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida”²².

1.2.2. Resolución judicial.

Una vez recibida la solicitud, según dispone el art. 588 bis c) de la LECr, el Juez autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, y si la petición no ha partido del Ministerio Fiscal, éste, además, debe de informar al respecto.

En palabras del TS, “el deber de motivar consiste en exteriorizar la concurrencia de los requisitos que exige la injerencia y plasmar el juicio de ponderación 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”²³. A lo que hemos de añadir que, además, para que se consideren suficientemente motivadas las resoluciones judiciales han de contener, “en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho”²⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia viene admitiendo como suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones “se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente en los elementos fácticos que consten en la solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido”. Es lo que viene llamándose como

22 STS159/2020, de 18 de mayo (FD 2º).

23 STS 311/2020, de 15 de junio (FD 1º.2)

24 STS 55/2020, de 18 de febrero (FD 4º)

“motivación por remisión” que, aunque se reconoce que no es una técnica jurisdiccional modélica, ya que la autorización judicial debería ser autosuficiente, se admite que “la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad”²⁵.

Lo importante, tal y como afirma Rodríguez Laínz “es dejar constancia de que ese juicio ponderativo se ha llevado a efecto; y que se ha verificado de forma tal que permita un ulterior control externo de la fundabilidad fáctica de la decisión adoptada por el juez instructor”²⁶.

La resolución judicial ha de dictarse en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud. No obstante, tal y como dispone el apartado 2 del art. 588 bis c) de la LECr, “siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el Juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud”.

Como dice Zoco Zabala, “si el Juez es el órgano legitimado para motivar las razones por las que resuelve una diligencia procesal, o el *petitum* de una demanda, ex art. 24.1 CE, la resolución judicial de intervención no puede limitarse a confirmar o denegar la solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial: puede estar motivada conforme a fundamentos jurídicos no expresados en dicha solicitud; incluso puede cuestionar los argumentos aducidos por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial para incoar diligencias de investigación”.

El nº 3 del art. 588 bis c) dice que “la resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:

- a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con

25 STS 55/2020, de 18 de febrero (FD 3º)

26 J. L. RODRÍGUEZ LAÍNZ, “Sobre la necesaria indicación en la resolución judicial habilitante de los indicios racionales en que se funda una medida de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 9620, sección Doctrina, 24 de abril de 2020.

expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.

- b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
- c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.
- d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- e) La duración de la medida.
- f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
- g) La finalidad perseguida con la medida.
- h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia”.

Como podemos observar, son requisitos mínimos a los que el Juez debe referirse en su auto, sin perjuicio de añadir aquellas particularidades que puedan exigirse en relación con la regulación de cada una de las medidas de investigación en particular.

1.3. PIEZA SEPARADA Y SECRETA

Tal y como dispone el art. 588 bis d) de la LECr “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

Hoy por hoy y de acuerdo con la literalidad de la Ley, “la adopción de la medida sólo extiende su secreto a la medida misma, a su resultado y el conocimiento de su existencia para cualquier otra parte que no sea el Ministerio Fiscal”²⁷.

Como vemos, la ley dispone el establecimiento del secreto de la ejecución de la medida de forma automática y tácita, puesto que lógicamente el éxito de la mayoría de las medidas de investigación tecnológica no será posible si el investigado está al tanto

27 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, . cit , p. 74

de su desarrollo. Ahora bien, como puede leerse en la norma, el secreto únicamente alcanzará a dicha pieza, pero no al resto del procedimiento que sigue sujeto al régimen del art. 302 de la LECr que permite que las partes personadas puedan tomar conocimiento del resto de las actuaciones en tanto en cuanto no estén sujetas a secreto.

Ahora bien, “la formación de pieza separada no tiene otra finalidad que la de proporcionar a los autos una mejor organización y facilitar un control más adecuado de las actuaciones”. De modo que, si no se acordara así, la medida no tiene que ser inválida siempre y cuando esta irregularidad no presente visos de causar de indefensión²⁸.

Por otra parte, “cada medida de investigación tecnológica que se tramite dará lugar a la formación de una pieza separada secreta distinta y diferenciada (así se desprende del singular utilizado por el legislador: «la medida solicitada»). La separación e individualización resulta necesaria, no sólo para valorar adecuadamente la corrección o nulidad de cada medida y su aptitud probatoria, sino también porque es posible mantener el secreto de unas medidas y no de otras”²⁹.

1.4. DURACIÓN, PRÓRROGA Y CESE DE LA MEDIDA

En principio, cada medida de investigación tecnológica tiene una duración propia y específica que atiende a sus propias peculiaridades. Por eso, el art. 588 bis e) de la LECr dice en primer lugar que “las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”.

Se establecen así dos límites temporales: uno es el que venga especificado para cada medida de investigación; y otro es el tiempo que sea estrictamente necesario para la ejecución de la misma. El primer límite, se refiere al tiempo máximo permitido. En todo caso, el Juez deberá justificar la duración de la medida en el auto que la autorice. Porque la medida en ningún caso podrá exceder del tiempo necesario e imprescindible que requiera la investigación en curso.

28 STS 463/2020, 21 de septiembre (FD 1º, 3.2)

29 Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (epígrafe 2.4)

El plazo de duración máxima de intervención que venimos comentado ha de entenderse sin perjuicio del plazo máximo establecido para la práctica de las diligencias de instrucción previsto en el art. 324 de la LECr., y del secreto del sumario según dispone el art. 302 de la LECr.

Efectivamente, según su art. 324.1, la LECr prevé un plazo máximo de doce meses para la instrucción de la causa, a contar desde su incoación. Aunque hay que tener en cuenta que “si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses”.

El apartado 2 del art. 324 añade que “las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras la expiración del mismo”. Por tanto, la medida de intervención de las comunicaciones orales puede finalizar con posterioridad a la finalización del plazo marchado para la instrucción de la causa, siempre y cuando ésta se hubiera aprobado con anterioridad.

A lo cual hemos de añadir que el apartado tercero de este mismo precepto dispone que “si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha”.

También hay que tener en cuenta que hay medidas de investigación que se agotan en sí mismas. Es decir, que en cuanto tiene lugar su ejecución, ésta ha de cesar. Es el caso de la grabación de las comunicaciones orales directas. En este caso el art. 588 quater b) se refiere a la autorización para intervenir las comunicaciones “que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”. Lo mismo ocurre con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información según disponen los arts. 588 sexies a) a 588 sexies c), por poner otro ejemplo.

De todas formas, cuando estudiemos cada una de las medidas en concreto

haremos referencia a los plazos específicos que prevé la LECr para cada una de ellas.

El nº 3 del art. 588 bis e) dice que “transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos”.

Sin embargo, si es preciso, la prórroga de la ejecución de la medida puede acordarse por el Juez de instrucción, siempre y cuando aún no se hayan superado los plazos máximos previstos por la ley para la medida en cuestión. El art. 588 bis e) nº 2 dice que “la medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron”.

La prórroga ha de solicitarse al Juez competente tal y como dispone el art. 588 bis f) de la LECr., y esta solicitud ha de formularse por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial con la antelación suficiente a la expiración del plazo inicialmente concedido. Según este artículo, la petición de prórroga deberá incluir, en todo caso:

- a) Un informe detallado del resultado de la medida.
- b) Las razones que justifiquen la continuación de la misma.

En principio, de la lectura de este precepto no parece que se trate tanto de justificar la necesidad de la medida de investigación en sí misma, como de la necesidad de continuar su ejecución y su prórroga. Pero si también acudimos al art. 588 bis e) nº 2, vemos que la motivación debe ampliarse. De todas formas, si se considera preciso una ampliación del período de intervención inicialmente acordado, en esta segunda resolución “será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo período temporal para una intervención ya justificada”³⁰. Santos Martínez afirma que “con respecto a las razones que justifiquen la continuación de la medida, sería conveniente reiterar las razones que justificaron la petición inicial, precisamente porque la ley condiciona la prórroga la subsistencia de aquellos motivos”. Y añade que si los resultados obtenidos son positivos también podrían utilizarse como razones justificadoras. Pero en cualquier caso este autor

³⁰ STS 375/2021, de 5 de mayo (FD 5º)

considera que “las razones que justifiquen la prórroga deben ser objetivas, quedando fuera de la petición valoraciones que destaquen aspectos subjetivos del investigado o que se basen en sospechas e intuiciones policiales”³¹.

En cuanto a la autorización de prórroga de la medida de investigación, el TS dijo en relación con la prórroga de una intervención telefónica que “si bien al tratarse de ampliaciones respecto a injerencia previamente acordadas se hace preciso que el Juez controle el resultado producido por las anteriores, de suerte que a la vista del mismo, es decir del contenido de las intervenciones, pueda de forma fundada ratificar o alcanzar este medio de investigación”³².

La Ley da al Juez un plazo de dos días desde la presentación de la solicitud para que resuelva sobre el fin de la medida o de su prórroga mediante auto motivado. Ahora bien, antes de dictar la resolución correspondiente puede pedir aclaraciones o una mayor información, entendiéndose que se suspenderá este plazo de dos días (art. 588 bis f) n° 2 de la LECr).

Termina diciendo el art. 588 bis f) que, una vez que se conceda la prórroga, el cómputo de este nuevo plazo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida inicialmente acordada, o de la última prórroga.

En cuanto al cese de la medida, el art. 588 bis j) de la LECr determina tres causas para que el Juez así lo acuerde:

- Cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción.
- Cuando resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos.
- En todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

1.5. CONTROL DE LA MEDIDA.

31 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p. 100
32 STS 317/2020, de 15 de junio (FD 2º)

El TEDH³³ considera que el art. 8.2 del CEDH³⁴ implica, entre otras cosas, que una injerencia del ejecutivo en los derechos de un individuo tiene que ser “sometida a un control eficaz que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el poder judicial, pues ofrece las mejores garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento”.

Volviendo a la LECr, para empezar recordemos que el art. 588 bis c) dice que, entre otros, uno de los extremos que ha de contener el auto judicial que autorice la medida de investigación es el relativo a la “forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida”.

A lo cual el art. 588 bis g) añade que “la Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma”. Y todo ello sin perjuicio de que en cada una de las medidas de investigación pueda establecerse cualquier otra forma de control judicial.

El control judicial de la medida es indispensable para la regularidad de la ejecución, contando el Juez para ello con un amplio margen para establecerlo y determinar la forma en la que se pueda llevar a cabo.

1.6. AFECTACIÓN DE TERCERAS PERSONAS

El art. 588 bis h) dice que “podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas”.

De hecho, la jurisprudencia ya venía manteniendo y aceptando esta situación, de

³³ STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso Kass), párrafo 55.

³⁴ El art. 8 del CEDH se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar. En su apartado 1 dice que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Y en el apartado 2 añade 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 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

acuerdo con el principio denominado “recogida de arrastre”, a través del cual “se legitima el acceso de todas las conversaciones mantenidas a través del teléfono intervenido, sea o no interlocutor el sujeto investigado”. Y es que, como mantiene el Alto Tribunal “la afectación de las comunicaciones de terceros es inevitable y precisamente lo que se pretende con la intervención es que el investigado revele datos de interés en el curso de sus conversaciones, lo que no excluye que éstas evidencien también la implicación en los hechos de las personas que se relacionan con el investigado. Incluso la autorización habilita para conocer las conversaciones de terceros que de forma imprevista sean usuarios de la terminal”³⁵.

Por tanto, habrá que estar a la normativa propia de cada una de las medidas de investigación tecnológica. Y se deberá ser extremadamente cuidadoso con la protección de los derechos que puedan verse afectados de esas terceras personas que podrían ser totalmente ajenas a la causa.

También podría llegar a verse afectado el derecho a la defensa del investigado, si estas terceras personas que pueden resultar afectadas son sus propios abogados defensores.

1.7. DESTRUCCIÓN DE REGISTROS

La destrucción de los registros se regula con carácter general en el art. 588 bis k) de la LECr.

Este precepto prevé, en primer lugar, que se ha de ordenar el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, una vez que se dé por finalizado el procedimiento mediante resolución firme. Además, ordena este precepto en su apartado nº 2 que se tiene que acordar que las copias conservadas tienen que destruirse cuando hayan transcurrido cinco años a contar “desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal”. Por último, dispone el apartado 3 que

35 STS 634/2019, de 19 de diciembre (FD 1º)

“los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados”.

Por tanto, tal y como dispone el apartado nº 1, una vez que el procedimiento judicial termina mediante resolución firme, la LECr insiste en que los archivos en poder de la Policía Judicial deben destruirse. Y es que “los mensajes y conversaciones allí grabados agotan su funcionalidad una vez han sido puestos a disposición del órgano judicial y cuando han servido de elemento de prueba sobre el que fundar el desenlace jurisdiccional del proceso penal en que fue acordada su interceptación”³⁶. Para lo cual, el nº 3 del precepto ordena a los tribunales que dicten las órdenes oportunas a la Policía Judicial para la destrucción de los registros.

Sin embargo, en el nº 2 del artículo que comentamos se prevé la posibilidad de que se conserven las grabaciones bajo la custodia del Secretario Judicial -hoy llamado Letrado de la Administración de Justicia- en determinados casos.

El precepto contiene cuatro proposiciones en cuanto a la destrucción de las grabaciones.

- 1ª. Cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado.
- 2ª. Cuando el delito o la pena hayan prescrito;
- 3ª. Cuando se haya decretado el sobreseimiento libre; o
- 4ª. Cuando haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado.

Marchena y González-Cuéllar³⁷, tras analizar los trámites de elaboración parlamentaria y aprobación de la norma, llegan a la siguiente conclusión: consideran que el plazo de cinco años al que se refiere el art. 588 bis k) sólo es aplicable al primer supuesto, esto es, una vez que ha tenido lugar la ejecución de la pena. En los demás casos, la destrucción de los registros puede ser inmediata.

Estos autores opinan que “la firmeza de una resolución de esa naturaleza veda cualquier investigación ulterior basada en nuevos hechos que se opongan a los que

36 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op cit, p. 284.

37 Vid. Ibididem., p. 285

actuaron como presupuesto fáctico de aquellas decisiones exoneratorias. El interés en conservar la copia de las conversaciones que han sido insuficientes para fundamentar una decisión de condena se opone al significado del derecho a la presunción de inocencia”.

Todo ello siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal. Pero “resultará indispensable que la resolución judicial que sustraiga los soportes a su destrucción ordinaria sea interpretada como algo más que un acto rutinario del proceso de ejecución. La motivación del porqué de la conservación de esos datos en poder del Estado habrá de ser minuciosa y respetuosa con los derechos constitucionales en juego”³⁸.

Por último, es importante reseñar que lo que no prevé la norma es la destrucción de las grabaciones o registros en poder de las partes, ya se trate de las acusaciones o de las defensas. Sólo se refiere a los archivos en poder de la Policía Judicial.

Los archivos que tienen los investigados o acusados no supone ningún problema, porque es a ellos a quienes afecta. El problema lo vemos en las copias que quedan en poder de las otras partes personadas en el proceso.

1.8. ORDEN DE CONSERVACIÓN DE DATOS

Esta es una medida que se recoge en el art. 588 octies. Es una medida preventiva que, aunque se contempla en el capítulo X, en realidad regula unas disposiciones que pueden ser aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica. Se trata de una medida de aseguramiento “previa a la orden judicial de cesión o registro de datos o información electrónica como una de las posibilidades de preservación de la prueba que permite el art. 16 del Convenio de Europa sobre la Ciberdelincuencia hecho en Budapest en 23 de noviembre de 2001, y ratificado por España en BOE de 17 de septiembre de 2010”.

Este precepto dispone que “el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o

38 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 286

informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes”³⁹.

Una vez requeridos para la conservación de los datos, éstos han de conservarse durante un periodo máximo de noventa días. Aunque este plazo puede prorrogarse una sola vez hasta que se autorice la cesión, o se cumplan ciento ochenta días.

A pesar de que pudiera considerarse que esta obligación no limita derecho fundamental alguno, Rodríguez Lainz considera que, sin embargo, “cualquier congelación o preservación de datos representa una simple suspensión temporal del principio de funcionalidad de la conservación de datos de carácter personal por quien estaba legitimado a tratarlos con motivo de la prestación de un servicio de comunicaciones (...). Realmente esta medida no llega a afectar de forma directa al núcleo esencial de concretos derechos fundamentales; pero sí les incumbe”. Y añade este autor que “una grave e injustificada emisión de una orden policial o fiscal de conservación al amparo del mencionado precepto sí podría llegar a tener una relevancia a efectos del control de constitucionalidad de la medida afectada”⁴⁰.

Por último, termina diciendo el art. 588 octies que “el requerido vendrá obligado a prestar su colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a la responsabilidad descrita en el apartado 3 del artículo 588 ter e)”.

1.9. DISPOSICIONES COMUNES EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1.9.1. Principios aplicables a todas las medidas de investigación.

El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (PLECr) trae una nueva estructura en cuanto a la regulación de las medidas de investigación tecnológica objeto de nuestro estudio.

³⁹ E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 92

⁴⁰ J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, “Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del Estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 9416, 16 de mayo de 2019.

La actual LECr regula estas medidas de investigación en los Capítulos IV a IX del Título VIII. El Capítulo IV recoge una serie de principios y disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, que ahora se regulan con una estructura diferente.

Como hemos dicho, el art. 588 bis a) de la LECr recoge los principios rectores que han de estar presentes en la ejecución de todas las medidas de investigación tecnológica, diciendo que se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo “siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida”. Este precepto añade a continuación las definiciones de cada uno de estos principios.

Sin embargo, el PLECr, como decimos, tiene una estructura diferente a la de la actual LECr. Comienza en su Título Preliminar exponiendo los principios constitucionales del proceso penal. Y en lo que a nosotros atañe hemos de centrarnos en los siguientes principios que a continuación vamos a ir comentando.

El art. 1 PLECr recoge el principio de legalidad procesal, diciendo que “los jueces y tribunales y quienes ante ellos intervengan están obligados a actuar con arreglo a lo dispuesto en esta ley (...)”.

El art. 4 dice que el proceso penal se funda en la inviolabilidad de la dignidad humana. Añadiendo en su apartado nº 2 que “toda restricción de derechos fundamentales que se verifique en un proceso penal tendrá como límite absoluto la inviolabilidad de la dignidad humana”⁴¹.

41 El art. 10 de la CE ya se refiere también a este concepto diciendo que “la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, a lo que añade el art. 53.1 del texto constitucional que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

Ahora bien, dice el TC (Auto 149/1999 de 14 de junio, FJ 2º) que debe descartarse que la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana opere de forma autónoma e independiente «ex» art. 10 CE. Añadiendo que “la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10 CE), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso institucional de amparo”.

Es un límite importante a tener en cuenta en relación con las medidas de investigación tecnológica puesto que no cabe duda que éstas conllevan una restricción de los derechos fundamentales de los investigados (intimidad, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc⁴²).

El art. 6 del PLECr, que también se encuentra dentro del Capítulo II, señala los principios de habilitación legal, calidad de la ley y proporcionalidad, que son aplicables a todas las medidas de restricción de derechos fundamentales que se lleven a cabo a lo largo de todo el proceso penal. Este precepto viene a recoger en esencia los requisitos que el TC viene exigiendo como necesarios para la ejecución de medidas que conlleven injerencia en los derechos fundamentales del investigado.

El número 1 de este artículo dice que “todos los actos de restricción de derechos fundamentales que se verifiquen en el seno de un proceso penal deberán estar expresamente previstos en la ley”. Y que deberán llevarse a cabo en los estrictos términos que disponga esta norma. Este apartado se refiere al principio de legalidad al que hacía referencia en primer lugar la cita constitucional anterior.

El número 2 del art. 6 se refiere a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad que, como dice el TC, se concreta en el juicio de idoneidad, en el juicio de necesidad y en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Dice este apartado de la PLECr que “los actos de restricción de derechos fundamentales deberán sujetarse, en su concreta ejecución, a los siguientes requisitos:

42 En este sentido, la STC 173/2011, de 7 de noviembre (FJ 2º) dice que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en los derechos fundamentales en general y, en particular, en el derecho a la intimidad, son los siguientes: “la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la Ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad”. En relación con este último principio el TC concreta a su vez la necesaria concurrencia de tres 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)”.

“a) Solo se acordarán para la consecución de las finalidades legalmente establecidas, que habrán de ser, en todo caso, constitucionalmente legítimas”.

Se trata de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, tal y como requiere el TC.

“b) Deberán ser idóneos y adecuados para alcanzar dichas finalidades, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, tanto en su contenido, medida y duración como en su ámbito subjetivo de aplicación”.

En este caso estamos ante el principio de idoneidad.

“c) Serán siempre preferidas las medidas menos gravosas que sean suficientemente eficaces”.

En este caso la referencia es al principio de necesidad.

“d) El sacrificio de los derechos e intereses afectados no podrá ser superior al beneficio que resulte para el interés público y de terceros, a la vista de las circunstancias del caso.

“Para la ponderación de los distintos intereses en conflicto, se tendrán en cuenta, del lado del interés público, la gravedad del hecho, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho fundamental”.

Como vemos, la norma se refiere, por último, al principio de proporcionalidad en sentido estricto, tal y como lo recoge la jurisprudencia constitucional.

En la PLECr estamos ante unos principios que tienen que ser aplicables a todas las medidas de investigación que se lleven a cabo durante la investigación penal, siempre y cuando dicha investigación afecte a los derechos fundamentales del investigado. Y es que, actualmente, la regulación positiva de estos principios está dispuesta en el capítulo IV (arts. 588 bis a y siguientes de la LECr) como parte de las

disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

La doctrina jurisprudencial que citamos es aplicable a todas las medidas de investigación que conlleven una injerencia en los derechos fundamentales del investigado, qué duda cabe. Lo que pasa es que con la redacción dada a la normativa que regula las medidas de investigación tecnológica en la actualidad, sólo se desarrollan legalmente estos principios para estas determinadas medidas.

Más adelante, en el Capítulo V del Título Preliminar del PLECr, el art. 21 dispone la exclusión de la prueba ilícita. Dice así:

“1. No surtirán efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso exista una conexión jurídica suficiente.

“Se entenderá que dicha conexión existe cuando la violación consumada comprometa, por su índole y características, la equidad e integridad del proceso, cuando por su intensidad suponga un atentado grave contra el derecho fundamental vulnerado o cuando la admisión de la prueba pueda poner en peligro la eficacia general de dicho derecho, favoreciendo violaciones ulteriores.

“Serán, no obstante, admitidas dichas pruebas cuando las partes acusadoras puedan demostrar que habrían llegado a obtenerlas por un medio distinto y lícito.

“2. En ningún caso se admitirán las pruebas que, directa o indirectamente, procedan de actos constitutivos de torturas, tratos inhumanos o degradantes”.

Este precepto hay que ponerlo en conexión con el art. 11 de la LOPJ y con la teoría de la conexión de antijuricidad.

El art. 11 de la LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Al respecto dice el TS⁴³ que “la conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tomada en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado”. Y añade más adelante que “sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTS de esta Sala núm. 320/2011, de 22 de abril (RJ 2011, 3480) , y núm. 988/2011, de 30 de septiembre (RJ 2011, 6849) , en síntesis, que resumen el estado actual de la cuestión en esta Sala, conforme a la doctrina constitucional)”.

A su vez, el TC⁴⁴ afirma que “tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

1.9.2. Solicitud y autorización de la medida de investigación.

Por su parte, el nuevo art. 28 del PLECr regula la competencia para la fase de investigación. Este precepto dice que las diversas actuaciones reservadas a la autoridad judicial en el procedimiento de investigación reguladas en el libro IV son competencia de la sección de Investigación del Tribunal de Instancia de la circunscripción en la que

⁴³ STS 650/2016 de 15 julio (FD 1º)

⁴⁴ STC 81/1998 de 2 abril (FJ 4º)

el delito se haya cometido. Para el ejercicio de estas funciones, dice este mismo precepto, el Tribunal de Instancia se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de Garantías.

En los procesos atribuidos a la Audiencia Nacional, será Juez de Garantías un magistrado de la sección de Investigación de dicho tribunal.

Debiendo significarse, por último, que el magistrado que haya actuado como Juez de Garantías no podrá intervenir en las fases posteriores del procedimiento.

Por otra parte, en cuanto a la competencia territorial, podemos decir que no hay cambio alguno ya que la regulación del art. 18 de la vigente LECr es prácticamente la misma.

En el anteproyecto de la LECr, lógicamente sigue siendo necesaria la autorización judicial previa para poder llevar a cabo la ejecución de cualquiera de estas de intervención de las comunicaciones, a pesar de que va a ser el Ministerio Fiscal a quien corresponde llevar a cabo la labor de investigación que con la LECr vigente corresponde al Juez de Instrucción.

El PLECr dice en el art. 521 que es el Ministerio Fiscal quien dirige el procedimiento de investigación, y añade que, en la investigación de los delitos, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad obedecerán sus órdenes. A continuación, este mismo precepto añade que “el Juez de Garantías controla la legalidad del procedimiento de investigación dictando las resoluciones y realizando las actuaciones que la Ley le reserva expresamente”.

Otro punto que llama la atención es que sólo se contempla la posibilidad de que sea al Ministerio Fiscal quien solicite la medida de investigación. La Policía o cualquier acusación, a quien ha de pedírsela es al Fiscal, no al Juez, y éste -el Juez- tampoco puede acordarla de oficio. Dice el art. 583 PLECr que “cuando haya de practicarse alguna diligencia de investigación que conforme a esta ley requiera autorización judicial, el fiscal, de oficio o a petición de las acusaciones, formulará la oportuna solicitud”. Y si “la naturaleza de la diligencia lo requiere, acordará, al mismo tiempo, el

secreto total o parcial de las actuaciones”. Por tanto, es el Fiscal el que puede pedir al Juez de Garantías la práctica de alguna diligencia de investigación, y ello, si éste así lo considera oportuno, porque las partes personadas tienen que “cursar” su petición a través de la Fiscalía, quien decidirá si la admite o no. Y si la admite, lo planteará ante el Juez.

De este precepto se destaca también que es el Fiscal quien decide sobre el secreto de las actuaciones, ya que, obviamente, es esta figura la que tiene atribuida la instrucción del procedimiento de investigación.

El art. 583.2 del PLECr dispone que “la solicitud de autorización irá acompañada de los documentos y elementos que justifiquen la procedencia de la diligencia interesada”. Y nada más.

Sin embargo, actualmente en el art. 588 bis b) de LECr se regula la solicitud de la medida de investigación con gran detalle en cuanto a los requisitos que ha de contener tal petición. Se regula con carácter general, siendo aplicable a todas las medidas de investigación tecnológica. Sin embargo, en el proyecto no ocurre así.

El art. 584 del PLECr se refiere a la resolución judicial, y lo único que dice es que “el juez, a la vista de la solicitud y de los elementos que la acompañan, resolverá en el plazo de veinticuatro horas sobre la diligencia interesada y, en su caso, sobre el secreto de las actuaciones”.

Será necesario acudir, de una parte, al art. 157 del PLECr, y de otra parte a la regulación específica de cada medida. El art. 157 regula los distintos tipos de resoluciones judiciales, y cuándo procede cada una de ellas, diciendo de que trata de providencias, autos y sentencias. Y añade que los autos “serán siempre fundados en derecho y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho y, por último, la parte dispositiva.”

El art. 157 del PLECr es prácticamente una copia del art. 141 de la actual LECr.

Decíamos que además era preciso acudir a cada medida de investigación en

cuestión, porque en cada una de ellas se regula de forma propia la petición del Fiscal y la resolución judicial, como iremos viendo al comentarlas.

Por el contrario, el art. 588 bis c, del texto actualmente vigente, dispone cual es el contenido mínimo que ha de contener la resolución judicial regulándolo con gran detalle y minuciosidad, sin perjuicio de que en cada medida se incluya algún requisito especial que deba incluir la autorización del Juez.

Y si el Juez deniega la autorización solicitada, el apartado 2 del art. 584 del PLECr dice que solamente el Fiscal es quien puede interponer recurso de reforma, quedando las demás partes personadas a expensas de lo que decida el Ministerio Público sobre si recurre o no.

Por otra parte, cuando se solicite la medida de investigación, el Juez de Garantías ha de resolver en un plazo de 24 horas, tal y como ocurre hoy en la regulación actual.

Añade el art. 345 del PLECr que el Juez de Garantías “podrá reclamar del Ministerio Fiscal las aclaraciones pertinentes sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos anteriores”; sin que sepamos a qué artículos anteriores se refiere expresamente.

1.9.3. Pieza separada y secreta.

El secreto del procedimiento investigador se regula de forma específica en la normativa que rige para cada una de las medidas de intervención.

En relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, dispone el art. 357.4 del PLECr que “al tiempo de formular la solicitud, el fiscal decretará el secreto total o parcial del procedimiento investigador conforme a lo establecido en esta ley y dispondrá la formación de pieza separada en la que se sustanciará todo lo relativo a esta diligencia de investigación”.

Como vemos, en el proyecto quien acuerda el secreto de la ejecución de la

medida es el Ministerio Fiscal. Aunque hay que decir que, a pesar de que el Fiscal disponga la formación de la pieza separada y secreta, el Juez de Garantías, en la resolución por la que autorice la medida de investigación solicitada, deberá pronunciarse sobre la declaración del secreto de la investigación acordada por el Fiscal, para ratificarla o no.

En la regulación actualmente vigente, el secreto de la pieza es algo que viene regulado en el art. 588 bis d) con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica. Dice este artículo que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciaran en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la misma”.

El PLECr dedica sus arts. 265 a 267 a regular con carácter general las especialidades procedimentales en caso de secreto, destacándose la necesaria intervención del Juez de garantías al respecto.

1.9.4. Duración, prórroga y cese de la medida.

El PLECr no recoge una norma aplicable con carácter general a todas las medidas de investigación tecnológica. Por tanto, habrá que estar a la regulación concreta de cada una de estas medidas, a cuyo estudio nos remitimos.

1.9.5. Control de la medida.

Lo mismo hemos de decir en relación con el control judicial de la medida de investigación. Hay que estar a la regulación propia de cada una de dichas medidas.

1.9.6. Afectación de terceras personas.

En relación con esta cuestión, el art. 346 del PLECr es igual que el art. 588 bis h) de la actual LECr que venimos comentando en este apartado. Aunque hay que decir que el art. 346 del PLECr está previsto sólo para las medidas de investigación relativas a la interceptación de las telecomunicaciones y conversaciones privadas. Por tanto, en cuanto a la afectación de terceros, en el PLECr habrá que estar a la regulación específica

de cada una de las medidas de investigación.

1.9.7. Destrucción de registros y conservación de datos.

En el PLECr se regula esta cuestión en el art. 352, cuyo contenido es prácticamente similar al actual art. 588 bis k) de la LECr en vigor. Aunque hay que señalar que el art. 352 se refiere sólo a las medidas de interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas. Por tanto, también deberemos analizar esta cuestión cuando estudiemos la regulación específica de cada medida.

Por último, el art. 352.4 del PLECr, prevé la intervención de la Agencia de Protección de Datos que supervisará la integridad y seguridad del sistema de interceptación de las comunicaciones. Esta Agencia ha de aprobar las características técnicas y reglas de funcionamiento de este sistema.

2. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS, Y DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS

2.1. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

2.1.1. Regulación

En la actual y vigente LECr, esta medida de investigación se regula en el Capítulo V denominado “la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (arts. 588 ter a) a 588 ter m.), que se encuentra dentro del Título VIII denominado “de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”.

Dentro del capítulo V hay dos secciones, una dedicada a la regulación de las disposiciones generales aplicables a esta medida, y otra que regula la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados.

2.1.2. Objeto

Hemos de comenzar haciendo referencia una vez más al art. 18.3 de la CE que dice que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Este precepto constitucional protege la comunicación que se lleva a cabo a través de un medio técnico.

Dice el TC que “el derecho al secreto de las comunicaciones (...) 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”⁴⁵. El TC resume su jurisprudencia al respecto en los siguientes términos⁴⁶:

En primer lugar, el TC dice que el art. 18.3 de la CE consagra 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)”. Y añade 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 la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales”.

En segundo lugar, el precepto constitucional garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros ajenos a la comunicación misma, “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación”.

Y, en tercer lugar, “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”

Por último, reconoce la STC 70/2002 que citamos que “los avances tecnológicos

45 STC 114/1984 de 29 noviembre (FJ 7º).

46 STC 70/2002 de 3 abril (FJ 9º)

que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE”.

En consecuencia, tal y como dice Velasco Núñez, “las comunicaciones de dispositivos que no transfieren información, las que no hacen intervenir directamente a seres humanos (...) o todas las telecomunicaciones no intermediadas por tercero garante de canal cerrado comunicativo confidencial (...) no están protegidas por un derecho que resida su protección jurídica reforzada en la capacidad de exclusión del conocimiento de terceros de la información que transfiere”⁴⁷.

En el año 2014, el TC⁴⁸ resumía su doctrina sobre los requisitos que necesariamente habían de concurrir para posibilitar la intervención del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de la siguiente manera:

“En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE. Dicho sintéticamente, éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Por ello, el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que

47 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 95

48 STC 145/2014 de 22 septiembre (FJ 2º)

deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2, y 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4). Tales exigencias de motivación se reproducen en las prórrogas y en las nuevas escuchas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de ésta con carácter previo al acuerdo de prórroga, explicitando las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicial (en el mismo sentido, SSTC 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 2)”.

Por su parte, el TS señala que “una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental si, en primer lugar, está legalmente prevista con suficiente precisión - principio de legalidad formal y material-; si, en segundo lugar, se autoriza por autoridad judicial en el marco de un proceso; y, en tercer lugar, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad; es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como - entre otros-, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos y existen indicios sobre el hecho constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas”⁴⁹.

Tras este breve recorrido por la jurisprudencia del TC, actualmente, tras la reforma de la LECr del año 2015⁵⁰, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se regula en el Capítulo V, del Título VI de la LECr, a través de los artículos 588 ter a) a 588 ter m).

Este capítulo se sitúa bajo el epígrafe denominado “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”. Esto nos indica que el texto regula la interceptación de cualquier tipo de comunicación que se lleve a cabo a través de medios técnicos apropiados para ello. No sólo se trata de comunicación realizada a través del

49 Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

teléfono.

Llama la atención que en este mismo capítulo se regulan dos tipos de intervenciones que, aunque pudieran parecer lo mismo, no lo son. Por una parte, se regula la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas propiamente dichas en la Sección 1ª en los arts. 588 ter a) a 588 ter i), y por otra parte también se regula la intervención de “los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación”.

La primera cuestión que se suscita consiste en la definición del objeto de ambos tipos de intervención. Ni la comunicación telefónica ni la telemática se define en la norma. No así los datos electrónicos de tráfico o asociados.

En relación con la comunicación telefónica o telemática, la LGT⁵¹ recoge en su Anexo II la definición técnica de telecomunicación diciendo que es “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

En relación con los datos electrónicos de tráfico o asociados, dice la norma que se entenderá por tales “todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga” (art. 588 ter b) de la LECr).

Vemos que, junto con la grabación de las comunicaciones telefónicas, se hace referencia a la grabación de las comunicaciones que puedan tener lugar a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o telecomunicación. Por tanto, hoy día la ley autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase realizadas a través de teléfono o de cualquier otro medio, dispositivo o sistema de comunicación telemática o a distancia. Ahora bien, tal y

51 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones

como considera Santos Martínez, “cuando el legislador se refiere a comunicaciones telefónicas y telemáticas no pretende efectuar un ejercicio de delimitación de los sistemas de comunicación protegidos sino todo lo contrario. Se parte de una visión suficientemente amplia y genérica que permita interceptar cualquier otro sistema de comunicación o de intercambio de datos que en el futuro se utilice y fuera necesario intervenir, sin correr el riesgo de una obsolescencia casi inmediata y sin recurrir a artificiosas interpretaciones de la norma”⁵². No en vano, en relación con esta cuestión, el TS nos recuerda que “no cabe obviar que los avances tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con los enormes progresos en el ámbito de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental al secreto de éstas que extienda la tutela a nuevos espacios, como se deriva del tenor literal del art. 18.3 CE”⁵³.

2.1.3. Presupuestos

El art. 588 ter a) de la LECr dice que “la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.

Por tanto, un primer presupuesto del que hemos de partir para que pueda autorizarse esta medida es que ésta tenga por objeto la investigación de determinados delitos tasados, que son los que se concretan en este precepto.

El art. 579.1 de la LECr se refiere a los siguientes delitos:

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3.º Delitos de terrorismo.

52 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 122
53 STS 1235/2002 de 27 junio (FD 2º)

A los cuales hemos de añadir los que señala el art. 588 ter a), que son “los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.

Dice Sanchís Crespo que “la inclusión del presupuesto relativo a la comisión del delito a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación o servicio de la comunicación, responde a una interpretación jurisprudencial de lo que debe considerarse como delito grave, que ahora se ha trasladado al articulado legal”. Considera esta autora que de acuerdo con los criterios del TC “la entidad de un delito para ser investigado mediante la interceptación de las comunicaciones de un teléfono móvil no dependía sólo de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido o del a comisión del delito por organizaciones criminales, sino que también podía ponderarse, en el juicio de la proporcionalidad, la incidencia del uso de las tecnologías de la información”⁵⁴.

Así lo explica el TC en su sentencia 104/2006⁵⁵, donde considera que la investigación de un delito contra la propiedad intelectual cometido mediante la utilización de las tecnologías de la información goza de la entidad necesaria para considerar proporcionada la intervención de la línea del teléfono móvil de contacto que aparecía en la página web en la que se ofertaban los productos informáticos. En definitiva, afirma que “en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución”.

Otro de los requisitos exigidos por la ley para que esta medida de investigación pueda permitirse consiste en que esta autorización se dicte “con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida” tal y como exige el art. 588 bis a) de la LECr. Este último es un precepto de general aplicación a todas las medidas de investigación tecnológica. De modo, que no puede investigarse cualquier delito con la excusa de que se hubiera cometido a través de

54 C. SANCHÍS CRESPO, “Puesta al día de la instrucción penal: la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, *La Ley Penal*, nº 125, marzo-abril 2017.
55 STC 104/2006, de 3 abril (FJ 4º).

cualesquiera instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Por tanto, “el juez de instrucción no sólo debe tener en cuenta que el hecho criminal se ha cometido en el ámbito tecnológico sino que en su decisión tendrá siempre presentes los principios rectores de las medidas de investigación tecnológica (...). Por consiguiente, la intervención de las comunicaciones se reservará –sin necesidad de establecer límite penológico mínimo— para aquellos supuestos en los que la gravedad del hecho y la concurrencia de otros elementos –como la trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción del hecho— justifique la adopción de la medida”⁵⁶.

En definitiva, tal y como afirman Marchena y González-Cuéllar, “no todo delito cometido en el escenario de la red justifica para su investigación la adopción de medidas de interceptación de las comunicaciones (...). Serán las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, el expreso y motivado juicio de necesidad y proporcionalidad, el que defina la legitimidad constitucional de la diligencia de investigación acordada”⁵⁷.

Lo mismo cabe decir respecto de los delitos de terrorismo o de los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Aunque este tipo de delitos, por sus propias características, por regla general serán delitos graves castigados con pena de prisión superior a tres años. De todas formas, siempre han de considerarse los principios especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida cada vez que se autorice el uso de esta medida, también en el caso de la investigación de este tipo de delitos.

En fin, como podemos ver, “los requisitos que menciona el art. 588 ter a) y, por remisión de éste, los señalados en el art. 579.1, carecen de significado si no van acompañados de previo y anticipado juicio de proporcionalidad y necesidad”⁵⁸.

Es decir, la medida en todo caso ha de superar el llamado test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la medida de investigación).

56 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 127.

57 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 224.

58 *Ibididem.*, p. 216.

Y, por último, y no menos importante: se requiere autorización judicial, tal y como veremos más adelante.

2.1.4. Ámbito objetivo y subjetivo.

Viene regulado en el art. 588 ter b) de la LECr. distinguiéndose una delimitación objetiva de la medida y otra subjetiva.

En relación con la delimitación objetiva del ámbito de intervención de la medida de investigación que estudiamos, este precepto dice que podrá autorizarse el acceso:

1º) Al contenido de las comunicaciones (conversaciones telefónicas propiamente dichas, mensajería instantánea, SMS, accesos a servicios de la sociedad de la información, a redes sociales, etc.),

2º) A los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación. Este mismo artículo dice que “a los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”. Santos Martínez dice que “los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación son aquellos datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, relativos a las comunicaciones efectuadas por los usuarios y que quedan retenidos y almacenados en los archivos de los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación”⁵⁹.

3º) A los datos que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación. Velasco Núñez incluye aquí a modo de ejemplo “no sólo las llamadas perdidas, sino también los mensajes o correos electrónicos emitidos, aunque no los abra el destinatario, los diálogos automáticos entre el dispositivo y la

59 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p. 134.

conexión a la red, mediante wifi, BTs, etc.”⁶⁰.

En relación con la delimitación subjetiva del ámbito de intervención de esta medida de investigación, el art. 588 ter b) dice que “los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado”.

Por tanto, como opinan Marchena y González-Cuéllar, “la interceptación podrá centrarse, tanto en el terminal del que el investigado sea titular, como en aquél que sólo utilice como usuario. La interceptación no se vincula, por tanto, a la titularidad sino a la utilización de un determinado terminal o sistema de comunicación”⁶¹. De este modo se afronta la circunstancia de que el teléfono utilizado por el investigado no esté a nombre de quien hace uso del mismo.

En este sentido, el TS ya venía diciendo que, en relación a la pretendida identidad entre el titular del terminal telefónico intervenido y su usuario, “lo importante es la identidad del titular de la línea telefónica a intervenir, siendo indiferente para la validez de las informaciones obtenidas la identidad de la persona que haga uso de dicho terminal”⁶².

Por tanto, la ley considera que “las personas sobre las que puede recaer la medida serán las que resulten indiciariamente implicadas, sean o no los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales, por lo que no es obstáculo para decidir la intervención telefónica el hecho de que el teléfono intervenido no esté a nombre del sospechoso, siempre que exista constancia de que a través de este aparato se pudieran comunicar las personas que son objeto de la investigación”⁶³.

También puede acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática que pertenezcan a una tercera persona, tal y como dice el art. 588 ter c) de la LECr. En este caso, esta

60 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 99.

61 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 227

62 STS 993/2016 de 12 enero (FD 6º)

63 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p.145.

intervención será posible siempre y cuando:

- “1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o
- 2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad”.

El primer dato a tener en cuenta es que la comunicación interceptada necesariamente ha de estar vinculada al investigado, pero se amplía el ámbito subjetivo de la injerencia a terceras personas, las cuales, llegado el caso, también podrían acabar siendo imputadas. No en vano tiene dicho el TS que “el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias”⁶⁴.

En segundo lugar, el precepto se refiere a la interceptación tanto de las comunicaciones “emitidas” como a las “recibidas”, tal y como se desprende del contenido completo del artículo citado.

En tercer lugar, la intervención será posible siempre que haya constancia o bien de que el investigado se sirva de terminales o medios de comunicación telemática para transmitir o recibir información, o bien de que el titular del aparato colabore con el investigado en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

Por último, el art. 588 ter c) añade que “también podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular”. De esta forma, el precepto incluye los supuestos en los que un intruso accede fraudulentamente a la red de comunicación que permiten el acceso de un tercero que desconoce la utilización de su propio dispositivo o terminal.

Para terminar, el art. 588 ter b) de la LECr dice que “también podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea

64 STS 412/2011 de 11 mayo (FD 6-B)

previsible un grave riesgo para su vida o integridad”. Según Velasco Núñez, se requerirá la autorización judicial si es imposible solicitarle permiso personalmente a la víctima. Y no sería aplicable para aquellas situaciones que aun siendo delictivas no comprometan gravemente la vida o integridad de la víctima. Tampoco es aplicable a situaciones no delictivas, como podría ser resolver por esta vía el paradero de una persona afectada de demencia senil⁶⁵.

2.1.5. Intervención judicial

2.1.5.1. Solicitud de autorización judicial

Los requisitos exigidos por la LECr para solicitar cualquier medida de investigación tecnológica vienen recogidos en su art. 588 bis b), que dice en su apartado segundo que, “cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

“1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

“2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a), así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

“3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

“4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

“5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

“6.º La forma de ejecución de la medida.

“7.º La duración de la medida que se solicita.

“8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse”.

El art. 588 ter d) añade otra serie de requisitos que han de adicionarse a los

⁶⁵ Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 99

exigidos por el art. 588 bis b). Se trata de los siguientes:

- “a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,
- “b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o
- “c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate”.

En relación con la extensión de la medida solicitada, la petición puede comprender:

- a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.
- b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.
- c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.
- d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

Como vemos no siempre se tiene que autorizar la grabación de las conversaciones tenidas por el investigado. Aunque siempre que la intervención se extienda a cualquiera de estas cuestiones requerirá autorización judicial.

El TC, en su sentencia 26/2006, reconoce ajustada al contenido constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 la resolución judicial de un Juzgado de Instrucción de Madrid que denegó la intervención solicitada (porque consideraba que no había seguridad en la identidad de la persona investigada ni en que el móvil le perteneciera, y porque las referencias sobre la actividad considerada eran genéricas) y, sin embargo, sí autorizó la remisión del listado de los teléfonos que se hubieran marcado, así como de la identidad de sus titulares. Dice el TC al respecto que “aunque, como se recuerda en la STC 123/2002, de 20 de mayo, F. 4, este Tribunal, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, haciéndose eco de la STEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone, ha afirmado que el concepto de secreto de la comunicación cubre,

no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores» (STC 56/2003, de 24 de marzo, F. 2), no puede negarse que el órgano judicial realiza una adecuada ponderación de los indicios existentes, por lo que ningún reproche constitucional merece su actuación”⁶⁶.

2.1.5.2. Autorización judicial

El art. 18.3 de la CE dice que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Además, este requisito también se deduce de la mayoría de los preceptos que regulan esta medida de investigación. Además, nos recuerda el TS⁶⁷ que “en nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

El TS recuerda que, en cualquier caso, para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica se viene exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos: “a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica”⁶⁸.

Los artículos que regulan de forma específica la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas no determinan ni cómo y ni cuál ha de ser el contenido específico de la resolución que autorice tal intervención. Lo que nos lleva a las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica. Así, el art. 588 bis c) de la LECr dice que “el juez de instrucción autorizará o denegará

⁶⁶ STC 26/2006 de 30 enero (FJ 7)

⁶⁷ STS 463/2020, de 21 de septiembre (FD 1º). En los mismos términos, la STS 84/2021, de 3 de febrero (FD 1º, 1.2.)

⁶⁸ STS 84/2021, de 3 de febrero (FD 1º, 1.3.)

la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal”.

Este precepto concede al Juez un plazo de 24 horas como máximo para dictar la resolución habilitante, a contar desde que se presente la solicitud. No obstante, el plazo quedará interrumpido siempre que para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores considere precisa cualquier ampliación o aclaración de los términos de la solicitud. De todas formas, no es éste un plazo de naturaleza esencial, como lo demuestra el hecho de que el mismo puede ser objeto de interrupción. De modo que su incumplimiento no conlleva necesariamente la nulidad ya que “no toda infracción o irregularidad implica indefensión con relevancia constitucional”⁶⁹.

Dice el apartado tres del art. 588 bis c) de la LECr cuál ha de ser el contenido mínimo que debe contener la resolución judicial que autorice la medida. El precepto dispone que esta resolución “concretará al menos los siguientes extremos:

- “a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
- b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
- c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.
- d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- e) La duración de la medida.
- f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
- g) La finalidad perseguida con la medida.
- h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia”.

⁶⁹ STS 463/2020, de 21 de septiembre (FD 1º, 3.2)

Según la doctrina del TS resumida en su sentencia 912/2016⁷⁰, la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto, o bien en la solicitud policial a la que se remita:

- “A) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad.
- B) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros.
- C) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona.
- D) Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva.
- E) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado.
- F) El número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (STS núm. 635/2012, de 17 de julio)”.

Sin embargo, en esta misma sentencia el TS tampoco exige una motivación adicional en aquellos supuestos en los que se pida una extensión de la intervención a un nuevo número telefónico que hubiera comenzado a utilizar el investigado, cuando previamente ya se hubiera autorizado la intervención de sus comunicaciones telefónicas.

En cualquier caso, dice el TS⁷¹ que “para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica es necesario que concurren los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente

⁷⁰ STS 912/2016 de 1 diciembre (FD 2º)

⁷¹ STS 463/2020, de 21 de septiembre (FD 1º)

controlada en su desarrollo y práctica”.

Por otra parte, recuerda el TS⁷² que “en la motivación de los autos de intervención de las comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos”

Además, el TS⁷³ viene reiterando que la existencia de indicios objetivos de la existencia del delito y de la participación del sospechoso es uno de los elementos imprescindibles para justificar las escuchas telefónicas. Pero exige que se trate “de datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal”. Consecuentemente con lo expuesto, el TS considera que “no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y, en consecuencia, de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada”⁷⁴.

⁷² STS 596/2020 de 11 de noviembre (FD 3º-1).

⁷³ STS 676/2020 de 11 de diciembre (FD 3º-4).

⁷⁴ Adviértase, como simple comentario adicional, que el TS en este pronunciamiento parece mezclar el principio de proporcionalidad y el principio de intervención indiciaria, ambos principios constitucionales, lo que quizá no sea lo más conveniente, partiendo de la diferencia entre una intervención indiscriminada (principio constitucional de intervención indiciaria) y una intervención desproporcionada (principio de proporcionalidad). La diferencia entre una intervención sin previos indicios o indiscriminada y una

La STS 455/2020⁷⁵ insiste sobre esta misma idea diciendo que “para autorizar una intervención telefónica, que generalmente se acuerda al inicio de una investigación, no bastan simples sospechas o la afirmación de hipótesis o meras suposiciones y conjeturas. Se exige que las sospechas estén objetivadas, en un doble sentido: Deben ser accesibles a terceros ya que, en otro caso, no serían susceptibles de control, y deben estar apoyadas o corroboradas por una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito”.

2.1.5.3. Intervención de urgencia. Suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones

El art. 55.2 de la CE dice que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Considera Aguilar de Luque que “la Constitución española contiene una denominación específica para la restricción de los derechos de carácter temporal y por razones de salvaguarda del sistema; se trata concretamente, del Capítulo V, del Título I, bajo la rúbrica de «la suspensión de los derechos y libertades»”. Añadiendo este autor más adelante que “esa limitación de los derechos, pese a que tiene su propia lógica, confiere un amplio protagonismo al legislador, que por mandato de los arts. 55.2 y 116 es el llamado a conformar el marco jurídico de tales suspensiones de los derechos que puedan tener lugar”⁷⁶.

En desarrollo de este precepto constitucional, el apartado 3 del art. 588 ter d) de la LECr dice textualmente así:

intervención desproporcionada no es de proporción o grado, sino de cualidad o naturaleza (Vid. R. MARTÍN MORALES (coord.). *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, p.11).

75 STS 455/2020, de 15 de septiembre (FD 1º-2)

76 L. AGUILAR DE LUQUE, “Los límites de los Derechos Fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 14, enero-abril 1993, p. 16

“En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida”.

Como vemos se está regulando la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, en los mismos términos que vienen expuestos en el art. 55.2 CE.

Se trata de un supuesto de suspensión individual de las garantías que “se justifica por la necesidad de hacer frente por parte del Estado, con todos los medios, a grupos organizados que amenazan el propio Estado de Derecho. Y es en este sentido en el que adquiere justificación que se prorrogue el período de detención por más de setenta y dos horas, que se puedan intervenir las comunicaciones o limitar el derecho de inviolabilidad de domicilio”⁷⁷.

El TC, en su sentencia 25/1981⁷⁸, dijo que “esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático. Se trata, como es sabido, de uno de los más complejos problemas de los ordenamientos jurídicos democráticos. (...) La Constitución española de 1978 lo hace, en su artículo 55.2”.

⁷⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2018, 13ª ed., p. 472

⁷⁸ STC 25/1981 de 14 julio (FJ 5º)

Añade la STC 199/1987⁷⁹ que “el propio constituyente ha sido consciente de la existencia como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho”. De modo que es la propia Constitución la que ha previsto la posibilidad de la suspensión de determinados derechos habilitando al legislador para ello, para, de este modo, “facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional”.

Por tanto, tal y como estamos viendo, la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas sólo podrá llevarse a cabo previa autorización judicial. No obstante, hay una excepción que permite que la medida se adopte por el Ministro del Interior o, en su caso, el Secretario de Estado de Seguridad, pero sólo cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1º. Que las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas
- 2º Que existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista.
- 3º. Que concorra urgencia para su adopción.

Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado.

Haciendo una interpretación personal de este precepto, y aún sin confirmación jurisprudencial al respecto, Santos Martínez considera que esta comunicación al Juez exige a su vez dos comunicaciones. Una primera e inmediata, en el mismo momento en

⁷⁹ STC 199/1987 de 16 diciembre (FJ 2º)

el que se acuerda la ejecución de la medida por motivos de urgencia, y otra posterior que se realizará en el plazo máximo de 24 horas. Este autor opina que la expresión “en todo caso” que utiliza el legislador cuando se refiere al plazo máximo para enviar la comunicación pudiera dar lugar a interpretar que sólo se trata de una sola comunicación, hay sin embargo razones que invitan a pensar que se trata de dos comunicaciones diferentes. Considera que esto es así “porque para que el control judicial sea efectivo es preciso que el juez competente conozca la actuación desde el minuto cero, conocimiento que resulta esencial no sólo para poder controlar los plazos de comunicación y revocación o confirmación de la medida sino también para eliminar cualquier riesgo de uso incorrecto de la medida por parte de la autoridad gubernativa provocado, precisamente, por el desconocimiento del momento en el que se ha dado inicio a la actuación”⁸⁰.

Por último, nos dice la norma que “el juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida”. La resolución que dicte deberá estar debidamente motivada, tanto si es para confirmar la intervención como para revocarla. Por eso, la autoridad gubernativa deberá remitirle toda la documentación posible de que disponga⁸¹.

Como vemos, y para concluir, la naturaleza de la intervención de urgencia a la que se refiere el apartado 3 del art. 588 ter d) de la LECr es bien distinta a la de otras intervenciones de urgencia previstas en la propia LECr en relación a otras medidas de investigación tecnológica, en el sentido de que su fundamento hay que ir a buscarlo en el art. 55 de la CE.

2.1.5.4. Control de la medida

El control en la ejecución de la medida de investigación que estudiamos es un elemento esencial que garantiza su constitucionalidad (y de cualquier otra medida de investigación). De hecho, tiene dicho el TC que “el control judicial de la ejecución de la

80 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 146

81 Considera Santos Martínez que “aunque expresamente no se contempla en el art. 588 ter d) de la LECr., para el caso de que la resolución judicial fuera revocatoria, deberá cesar de forma inmediata la actuación procediendo a destruir las informaciones y datos que se hubieran obtenido con ésta hasta aquel momento”. (Ibid, p. 147.)

medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)⁸²”.

Uno de los requisitos, ya muy reiterados, que según doctrina del TS habían de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas era “la exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención”. Añadiendo que “como es obvio, se ha considerado insubsanable la ausencia de autorización judicial, ya que su omisión podría dar lugar, incluso, a una infracción delictiva (arts. 197 y 198, y 536 del Código penal), así como es necesario un efectivo control judicial de su práctica durante todo el tiempo autorizado y en las eventuales prórrogas que puedan concederse”⁸³.

La actual regulación recoge el parecer jurisprudencial que venía aplicándose hasta la fecha, y así el art. 588 bis g) de la LECr, que regula las disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, no establece un contenido mínimo, tan sólo se limita a decir que “la Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma”.

Por tanto, hemos de partir del hecho de que será el Juez quien determine en cada caso el tipo de control y la periodicidad del mismo que establece durante la ejecución de la medida.

El art. artículo 588 ter f) de la LECr, situado dentro de la regulación específica sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, dice que “en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 bis g), la Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el

82 STC 239/2006, de 17 julio (FJ 4º)

83 STS 250/2017, de 5 abril (FD 4º)

ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas”.

Todo ello supone lo siguiente⁸⁴:

1º. Será el Juez quien determine el momento en el que la policía ha de rendirle cuentas sobre el desarrollo de la investigación y, en especial, de la ejecución de la medida de investigación en cuestión. Y ello, con la lógica antelación necesaria, para que pueda estudiar y valorar el resultado de la intervención.

2º. Para el control de la intervención de las grabaciones telefónicas o telemáticas intervenidas, la policía ha de hacer entrega de dos soportes digitales diferentes, por una parte la transcripción de los pasajes que considere de interés y, por otra parte, las grabaciones íntegras realizadas.

3º. En relación con las intervenciones telemáticas distintas de las telefónicas (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales, etc), la policía debería facilitar al Juez la transcripción de la actividad de comunicación más relevante, y aportar en soporte digital los archivos informáticos conteniendo el resultado de las intervenciones. Además, puede ser necesario adjuntar algún informe técnico que dé cuenta del significado de lo que revelen los datos técnicos intervenidos, para facilitar, de este modo, el conocimiento y valoración del Juez.

4º. Por último dice el precepto que se ha de indicar el origen y destino de cada una de las grabaciones y “se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas”, todo ello con intención de garantizar la autenticidad de las grabaciones y transcripciones y evitar cualquier pérdida.

Como vemos, la lectura de estos preceptos sugiere que “el juez cuenta con un

84 Vid. M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p.150

amplio margen de arbitrio a la hora de definir los términos del control”. Y bien, y a pesar de todo, de la lectura del segundo de los preceptos puede advertirse que “el legislador no ha querido abandonar al libre criterio del Juez las fórmulas de control, ni permanecer al margen de las exigencias referidas a las garantías de autenticidad”⁸⁵. Por ello, la ley impone la obligación de hacer entrega al Juez de las transcripciones y de las grabaciones, tal y como hemos visto. Aunque también es verdad que estamos ante un precepto de mínimos, ya que el Juez en cualquier momento y en cualquier caso puede ampliar el control sobre la intervención en los términos que considere oportunos.

Además, el TS⁸⁶ reconoce que la celeridad en la aportación de las grabaciones a la causa es una garantía más para el investigado, porque permite un mayor y más eficaz control judicial de la medida de investigación, disminuyendo posibilidades de manipulación del material, y posibilitando, además, que las partes personadas en la causa puedan examinar estas pruebas.

En fin, la falta de control judicial real y efectivo de la ejecución de la medida conllevará su nulidad. No ocurrirá así con cualesquiera otras irregularidades, como pudiera ser un retraso en el envío de las transcripciones, siempre y cuando éstas no impidan el efectivo control judicial de la medida ni causen indefensión a las partes o influyan en los derechos fundamentales de los acusados⁸⁷.

2.1.6. Deber de colaboración

Se regula en el art. 588 ter e) de la LECr. Esta disposición impone a “todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual” la obligación de prestar al Juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones.

85 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 269

86 STS 200/2017, de 27 marzo (FD 2º). Aunque en esta ocasión el TS se refiere a las grabaciones videográficas, su doctrina es perfectamente aplicable al caso que ahora nos ocupa.

87 STS 250/2017, de 5 abril (FD 4º)

Por tanto, todo agente que facilite, gestione o trate con telecomunicaciones es convertido por disposición legal en asistente y colaborador del Juez, Ministerio Fiscal o Policía Judicial en relación con la ejecución de la medida de interceptación que estudiamos.

La razón de esta imposición viene sustentada en el art. 118 de la CE, que dice que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”; y también en el hecho concreto de que “las telecomunicaciones son una concesión de la administración, y por tanto sus gestores adjudicatarios, sujetos especialmente obligados a cooperar con otras instituciones públicas, en este caso judiciales -arts. 39 y 40 de la LGT⁸⁸-, en lo que se refiere a esta materia técnica, pues siendo los Jueces legos en ella, así se dota a sus mandamientos de eficacia”⁸⁹.

Asimismo, dispone el art. 588 ter e) de la LECr que “los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades”. Deben guardar secreto, no sólo de la ejecución de la medida de intervención que se está llevando a cabo, sino también del resultado de la misma y del contenido de las conversaciones y datos que su hubieran interceptado.

Y termina diciendo esta misma norma que “los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia”.

2.1.7. Duración, prórroga y cese de la medida

Nuevamente tenemos que acudir a la normativa aplicable con carácter general a todas las medidas de investigación tecnológica (arts. 588 bis e) y f)), junto con la regulación específicamente prevista para la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (arts. 588 ter g) y f)).

⁸⁸ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁸⁹ E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 102.

2.1.7.1. Duración

Dice el art. 588 bis e), en su apartado primero, que “las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas (...)”. En el caso de la medida que estudiamos, el art. 588 ter g) prevé una duración máxima inicial de tres meses, aunque puede ser prorrogada por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

Velasco Núñez considera que la norma “está predicando una duración máxima de 18 meses por cada investigado —que es quien tiene derechos, no sus terminales— en una misma causa”. También considera este autor que el periodo de 18 meses es el límite temporal para cada uno de los investigados, aunque la intervención se lleve periodos discontinuos. A lo cual hay que añadir que el constante cambio de terminal o de número telefónico que muchos investigados suelen realizar para dificultar las interceptaciones que les puedan estar practicando, no varía la comprensión que debemos realizar sobre el hecho de que los derechos —el derecho al secreto de las comunicaciones aquí analizado — no se predicán, como decíamos, de los aparatos, sino de las personas que los usan, de manera que el mero cambio de terminal hecho por un mismo investigado se puede convalidar, por el período que reste, si se mantienen las circunstancias que determinaron interceptar el aparato inicial, mucho más si el cambio de terminal las refuerza, comunicando el Juzgado el cambio y la intención de interceptar el nuevo número o código”⁹⁰.

Por último, el día desde que comienza el plazo de intervención es el de la resolución judicial que la autoriza. De este modo, el legislador recoge la doctrina que ya había sido fijada por el TC.

En este sentido, decía el TC⁹¹ que “las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales (como son la intimidad o la inviolabilidad del domicilio) no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona o una suerte de suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Pues

⁹⁰ Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 104

⁹¹ STC 26/2006 de 30 enero (FJ 9).

bien, el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a desplegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que tiene lugar desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquel en el que la intervención telefónica empieza a producirse. (...)”. Y añade que “cuando la interpretación y aplicación de un precepto pueda afectar a un derecho fundamental, será preciso aplicar el criterio de que las mismas han de guiarse por el que hemos denominado principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, lo que no es sino consecuencia de la especial relevancia y posición que en nuestro sistema tienen los derechos fundamentales y libertades públicas”. Por tanto, considera el TC que “en estos supuestos el órgano judicial ha de escoger, entre las diversas soluciones que entiende posibles, una vez realizada la interpretación del precepto conforme a los criterios existentes al respecto, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado”. Por lo expuesto, el TC concluye diciendo que “la lectura más garantista, desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, es la que entiende que el plazo de intervención posible en el derecho fundamental comienza a correr desde el momento en el que ha sido autorizada”.

2.1.7.2. Prórroga

Como hemos visto, la medida puede ser prorrogada sin que su duración total exceda de 18 meses. Para ello el Juez competente ha de dictar auto motivado bien de oficio o bien por petición razonada del solicitante, y siempre y cuando subsistan las causas que motivaron la intervención (art. 588 ter g) 2) de la LECr).

En relación con la prórroga de la medida de intervención acordada a partir de los datos obtenidos en la primera intervención, dice el TS⁹² que “las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en la resolución acordada con carácter previo a acordar la prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita presunta a la

92 STS 84/2021, de 3 de febrero (FD 1º, 1.4.)

inicialmente ofrecida”. Y añade que “igualmente ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de datos obtenidos en la primera”. De modo que los descubrimientos no validan los defectos iniciales en la resolución autorizante.

El art. 588 bis f) de la LECr, dentro del apartado de disposiciones generales aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica dispone los requisitos que con carácter general han de concurrir en la solicitud de prórroga de cualquiera de las medidas, y, por tanto, también aplicables a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Es preciso que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten al Juez competente una prórroga de la intervención. La petición ha de hacerse con antelación suficiente a la expiración del plazo cuya prórroga se interesa, y necesariamente debe incluir:

- a) Un informe detallado del resultado de la medida.
- b) Las razones que justifiquen la continuación de la misma.

El art. 588 ter h) añade que “para la fundamentación de la solicitud de la prórroga, la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida”.

Una vez presentada la solicitud, de acuerdo con apartado 2 del el art. 588 bis f), el Juez tiene un plazo de dos días para resolver sobre el fin de la medida o su prórroga.

Tras la lectura de estos preceptos, parece que “el legislador ha considerado que la decisión de la prórroga es un mero acto de revisión y refrendo donde el Juez instructor se limita a comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron la adopción inicial. Por tanto, el auto por el que acordará la prórroga, aunque motivado, se presumirá que no le exigirá el mismo esfuerzo intelectual que desde luego invirtió para autorizar la medida. De ahí que considere que el plazo de dos días es suficiente para

tomar una decisión”⁹³.

A lo cual hemos de añadir que dice el TS⁹⁴ “la prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados, solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente, lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando lo que apoya la nueva intervención o prórroga no es propiamente un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención, sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad. Si la una y otra en cuanto tales ya se sometieron al control judicial no es preciso ponderar de forma redundante lo ya ponderado antes, y será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo período temporal para una intervención ya justificada”.

De todas formas, antes de dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas, suspendiéndose el plazo de dos días para resolver sobre la petición de prórroga.

Por último, termina diciendo el art. 588 bis f) que “concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada”.

2.1.7.3. Cese de la medida

Ya hemos dicho que la medida de interceptación en principio tiene una duración máxima de tres meses, y que puede ser prorrogada por periodos sucesivos hasta un total de 18 meses, de modo que, una vez transcurrido este periodo máximo, ha de cesar la intervención. También ha de cesar la medida al terminar cualquier periodo de interceptación autorizado, siempre y cuando no se solicite una prórroga del mismo antes de su expiración.

⁹³ A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 101
⁹⁴ STS 912/2016 de 1 diciembre (FD 2º)

Según dispone el art. 588 bis j) de la LECr el Juez tiene que acordar el cese de la medida cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada y, además, cuando:

- desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción;
- resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos.

En el art. 588 bis e) de la LECr se añade que las medidas de investigación tecnológica “no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos” y que, “transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos”. De modo que, con independencia del plazo marcado por la ley, o del período autorizado, en cualquier momento pueden establecerse tiempos de interceptación más cortos y puede ponerse fin a la intervención con anterioridad a lo acordado.

2.1.8. Acceso a las grabaciones

La LECr dispone que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa” (art. 588 bis d).

Una vez que finaliza la ejecución de la medida, se tiene que levantar el secreto, y se debe entregar a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas, tal y como dispone el art. 588 ter i) de la LECr.

De todas formas, “basta que subsista una sola medida en el sumario, que afecte a diversos investigados, para mantener protegidas las de todos hasta que se alce la del último en una misma causa”. Lo cual es una obviedad, porque el secreto impuesto legalmente tiene por objeto evitar que se frustre el esclarecimiento de los hechos y el aseguramiento con pruebas de sus autores que persigue el proceso penal⁹⁵.

Sigue diciendo el precepto que “si en la grabación hubiera datos referidos a
95 Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 105

aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos”. Y añade la norma que “la no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.”

Sostienen Marchena y González-Cuéllar que “la finalidad del precepto es clara: al proceso sólo le interesan aquellos contenidos conducentes al esclarecimiento del hecho”. Por eso, esta norma dispone que los datos referidos a la vida íntima de las personas no se entregarán a las partes. Pero a la hora de determinar qué datos son estos que, por afectar a la vida íntima de las personas, deben quedar excluidos, dicen estos autores que “serán los principios de proporcionalidad y necesidad los que ofrecerán al Juez de instrucción, una vez alzado el secreto, las pautas para dosificar la invasión jurisdiccional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones que han sido objeto de grabación por los agentes facultados”. Por lo tanto, consideran estos autores que el papel del Juez “resulta decisivo a la hora de filtrar aquellos contenidos que verdaderamente interesen a la instrucción”⁹⁶.

Una vez entregadas las grabaciones, el Juez de instrucción tiene que conceder un plazo razonable, en función del volumen de la información contenida en los soportes, para que las partes puedan examinarlas y solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas.

Y a la vista de las peticiones de las partes, y “oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa” (art. 588 ter i) apdo. 2). “Es al órgano judicial al que al que incumbe, atendidas esas alegaciones y, sobre todo, escuchadas o examinadas las comunicaciones cuya inclusión se reivindica, el que habrá de resolver al respecto”. Como vemos, la norma no prevé una audiencia contradictoria donde comparezcan las partes a presencia judicial. Estamos ante una decisión judicial sobre la pertinencia o no de las peticiones que se le formulan. Lo que “no excluye en modo alguno la posibilidad de hacer valer, en un momento ulterior, o en el plenario, cuantas alegaciones se estimen oportunas”⁹⁷.

96 Vid. M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op cit, p. 272
97 *Ibidem*, p. 273

Hasta este momento, las partes ignoraban el contenido de las resoluciones que acordaban la intervención y sus prórrogas, por tanto, una vez levantado el secreto, y recibidas las copias y transcripciones, las partes personadas también pueden impugnar dichas resoluciones⁹⁸. Todo apunta, pues, a que “el debate sobre la autenticidad de los soportes y la selección de contenidos encuentra su momento idóneo durante la fase de instrucción”. De ahí que “una estrategia de defensa que desplace la impugnación de la autenticidad y de los contenidos de lo comunicado al momento del juicio oral, puede topar con el obstáculo derivado de haber desaprovechado el incidente que dibuja el art. 588 ter j)”⁹⁹.

El art. 588 ter i), en su apartado 3º, prevé que se notifique a terceros ajenos a la investigación el hecho de la práctica de la injerencia. También está previsto que se les deba informar de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas.

No obstante, la propia norma establece algunas excepciones a esta obligación, excluyendo este deber de comunicación cuando:

- a) resulte imposible,
- b) exija un esfuerzo desproporcionado,
- c) puedan perjudicar futuras investigaciones.

Por último, indica el precepto que “si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia”.

Es esta “una medida que presenta una dificultad de ejecución atendiendo a la escasez de medios personales y materiales de la Administración de Justicia”, ya que estos terceros afectados podrían ser muchos, puesto que podríamos incluir aquí a cualquiera que hubiera contactado con el investigado, por cualquier motivo. Por eso, “en todo caso cabría exigir que se garantizara la notificación a quienes han sido objeto

⁹⁸ Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 105

⁹⁹ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 275

de una interceptación de comunicaciones por resultar contra ellos sospechas de ser responsables de la comisión de un delito, sin que el avance de la instrucción haya confirmado dichas sospechas”¹⁰⁰.

De la misma opinión resultan Marchena y González-Cuéllar, para quienes “más allá de la solución que en cada caso pueda adoptarse, lo que sí debería asumirse, como obligada secuela de la adopción de una diligencia de esta naturaleza, sería la manera de comunicar la medida sufrida a aquellas personas a las que la investigación policial ha atribuido la condición de sospechosas de la comisión de un ilícito penal grave y han padecido una orden judicial de interceptación de sus comunicaciones, sin que la investigación desarrollada haya permitido confirmar ninguno de los indicios inicialmente expuestos”¹⁰¹.

Velasco Núñez se muestra crítico con esta norma. Dice que “se dota así de una legitimación artificial a un tercero no parte procesal en un incidente que puede ocupar y dilatar plazos procesales innecesariamente, que lleva a ampliar de manera exorbitada el grupo de personas -sujeta a la irrisoria sanción a que se refiere el art. 301 LECr¹⁰² para quien revela extremos de la instrucción- que pueden hacer confluir fines extraprocesales que colapsen aún más las ya de por sí sobrecargadas funciones judiciales, razón por la que este tercer párrafo del art. 588 ter i) LECr debería simplemente derogarse (...)”¹⁰³. Considerando este autor que, de esta forma, podría volverse a la aplicación de lo dispuesto en los arts. 234.2 y 235 de la LOPJ¹⁰⁴.

2.1.9. SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de Comunicaciones)

100 J. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 433

101 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 274

102 Dispone el párrafo primero del art. 301 de la LECr que “las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”.

103 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, *cit*, p. 106

104 El art. 234.2 de la LOPJ reconoce el derecho de las partes y de cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo en la causa, a obtener copias simples, testimonios y certificados de los escritos y documentos que consten en los autos y que no hayan sido declarados secretos ni reservados, en la forma dispuesta en las leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Añadiendo el art. 235 de la LOPJ que “los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley”.

2.1.9.1. Funcionamiento

Tal y como acabamos de ver, el art. 588 ter a) de la LECr prevé la posibilidad de autorizar la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el seno de un proceso de instrucción criminal para la investigación de determinados delitos.

Para ello hay que formular una solicitud de autorización judicial que deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b), la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de la intervención, o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Pues bien, para poder llevar esta medida de investigación a cabo de la forma más eficiente y segura, el Ministerio del Interior ha creado SITEL (acrónimo de “Sistema Integrado de Interceptación de Comunicaciones”).

Según Bueno de Mata, SITEL es “un sistema informático que ofrece un «espionaje íntegro» de comunicaciones electrónicas”. El motivo de esta afirmación está en que, según este autor, “gracias a este sistema se obtiene un amplio material probatorio electrónico basado en la interceptación y en la grabación digital de conversaciones a través de móviles o dispositivos electrónicos tanto en formato oral como en escritura digital, y que deberán ser aportadas posteriormente en un determinado juicio”¹⁰⁵.

El TS afirma que “el programa SITEL es una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones”¹⁰⁶.

Dispone el art 39.2 de la LGT¹⁰⁷ que “los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de

105 F. BUENO DE MATA, “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 8627, 19 de octubre de 2015.

106 STS 250/2009 de 13 marzo (FD 1º)

107 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 114, de 10/05/2014).

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes”.

Para lo cual, las entidades que presten servicios de comunicaciones tienen que implantar determinados interfaces a través de los cuales las comunicaciones electrónicas puedan ser interceptadas, y la información obtenida se transmita a los centros de recepción de las interceptaciones (art. 39.10 LGT).

El sistema se articula a través de tres principios de actuación que son centralización, seguridad y automatización. El TS¹⁰⁸ describe y desarrolla cada uno de estos principios:

“1. Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados.

2. Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior. Existen dos ámbitos de seguridad:

- Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos, donde se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar la información y distribuir la información.
- Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores únicos para este empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro. Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la

108 STS 250/2009 de 13 marzo (FD 1º); STS 1215/2009 de 30 diciembre (FD 1º)

Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.

3. Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento”.

El sistema de trabajo o funcionamiento es el siguiente, según nos viene describiendo el TS¹⁰⁹ a través de su jurisprudencia:

1º. Se solicita la intervención de la comunicación, previamente autorizada por la Autoridad Judicial, a la operadora afectada. Una vez recibida la solicitud de intervención, la operadora inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la Unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación.

Es un deber de colaboración que, además, viene impuesto en el art. 588 ter e) de la LECr, que dice en su apartado primero que “todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones”.

2º. El acceso por parte del personal de esta Unidad se realiza mediante “código identificador de usuario y clave personal”. Una vez realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para la Autoridad Judicial. La evidencia legal del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato CD/DVD para entrega a la Autoridad Judicial competente.

109 STS 250/2009, de 13 de marzo (FD 1º-6), STS 1215/2009, de 30 de diciembre (FD 1º), STS 143/2013, de 28 de febrero (FD 5º), STS 402/2019, de 12 de septiembre (FD 56).

Esta información se recoge en un archivo con firma electrónica. Por último, el personal de la unidad de investigación accede al servicio (utilizando un código de identificación de usuario y una clave personal) y, como decimos, vuelca los datos en CD o en un DVD (como única versión original), y elabora informe (forma tradicional), que se entregan al Juez competente¹¹⁰.

Con este sistema estructurado a partir de SITEL “los usuarios del sistema, esto es los grupos operativos encargados de la investigación, no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento, recogiendo solo un volcado de dicha información con la correspondiente firma electrónica digital asociada, transfiriéndolo a un CD o DVD para su entrega a la autoridad judicial garantizando de esta manera la autenticidad e integridad de la información almacenada en el sistema central”¹¹¹. Así se diferencia entre quienes recopilan los datos y quienes, con posterioridad, hacen uso de ellos de cara a la investigación en curso.

3º. Por último, el espacio de almacenamiento tiene una gran capacidad, quedando su contenido a disposición de la Autoridad Judicial, que será la competente para ordenar la eliminación del contenido de las grabaciones.

Por otra parte, no podemos olvidar que SITEL es una herramienta que permite la instrucción del proceso penal en relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas. De hecho, “cuando el Juez ordena una intervención telefónica no impone la utilización de ningún sistema, sino que autoriza los más avanzados o los que en un momento dado utilice la policía judicial, siempre que ofrezcan plenas garantías, como sucede con el sistema SITEL según la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, que es el que se ha incorporado con carácter general en nuestro ordenamiento”¹¹².

Sin embargo, es una herramienta que permite no sólo la captación de las comunicaciones telefónicas y/o telemáticas. Recuerda el TS¹¹³ que “el sistema, en la actualidad, aporta la siguiente información relativa a la intervención telefónica:

¹¹⁰ Vid. J. DELGADO MARÍN, *op cit.*, p. 435

¹¹¹ R. CASANOVA MARTÍ. “SITEL: una nueva realidad para intervenir las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, num. 29/2012.

¹¹² STS 722/2012 de 2 octubre (FD 11º)

¹¹³ STS 250/2009 de 13 marzo (FD 1º); STS 1215/2009 de 30 diciembre (FD 1º)

1. Fecha, hora y duración de las llamadas.
2. identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención.
3. Distribución de llamadas por día.
4. Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.)

“En referencia al contenido de la intervención de la comunicación, y ámbito de información aportada por el sistema, se verifica los siguientes puntos:

1. Repetidor activado y mapa de situación del mismo.
2. Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información.
3. Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS)”.

2.1.9.2. Requisitos.

“El programa SITEL, como sistema de intervención de las comunicaciones, debe garantizar el cumplimiento de las garantías establecidas por ley y los requisitos constitucionales para evitar la vulneración, con su uso, del derecho al secreto de las comunicaciones dispuesto por la CE, art. 18.3, y por el CEDH, art. 8”¹¹⁴. Los requisitos básicos que han de concurrir para la legitimidad y validez de la intervención a través de SITEL son los mismos que los previstos para las intervenciones de las telecomunicaciones, que ya hemos visto en epígrafes precedentes, porque, en definitiva, SITEL es una herramienta creada para ello.

Y es que estamos ante un instrumento a disposición de la instrucción de la causa, de modo que debemos acudir a la regulación establecida en la LECr para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Los requisitos que deben concurrir para que sea posible el uso de SITEL son los siguientes¹¹⁵: “la exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas; la finalidad exclusivamente probatoria de las

114 R. CASANOVA MARTÍ. “SITEL: una nueva realidad para intervenir las comunicaciones”, cit.
115 T. VIDAL MARÍN y M. RUIZ DORADO. “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.9/2016.

interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo; la excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones; la proporcionalidad de la medida, que implica que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves; la limitación temporal de la utilización de la medida; la especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos; la existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas; la existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que la intervención de las telecomunicaciones sea la que ponga en marcha el procedimiento; la motivación suficiente de la resolución judicial acordando la intervención telefónica; la exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención”.

2.1.9.3. Principales problemas de SITEL

Delgado Martín, considera que este sistema plantea varios problemas. Uno de ellos viene determinado por la capacidad para asegurar la coincidencia entre lo grabado en el CD/DVD y las conversaciones mantenidas; otro consiste en el riesgo de automatización y correspondiente extensión a todos los datos; y, por último, el destino de las grabaciones tras finalizar su utilización en el proceso¹¹⁶.

a) En relación con la coincidencia entre lo grabado en el CD/DVD y las conversaciones mantenidas.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria considera que “el sistema SITEL ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y teniendo en cuenta que es el sistema de uso habitual en todos los procedimientos judiciales, resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema, en todos y cada uno de los juicios que se celebran en los Tribunales españoles en los que se aporten

¹¹⁶ Vid. J. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2ª ed., Madrid 2018, p. 436

como prueba dichas intervenciones”¹¹⁷.

Recuerda el TS que “se ha insistido en la acomodación del sistema SITEL a la norma constitucional, refiriéndose a la autenticidad de los DVD's sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro salvo prueba en contrario, pues se trata de documentos con fuerza probatoria avalada incluso legalmente acudiendo como complemento a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico, la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil)”¹¹⁸.

Rodríguez Laínz, considera que “la posición dominante se ha dejado seducir por las garantías de seguridad que muestra SITEL; lo que le ha permitido establecer un auténtico principio de presunción de autenticidad. De tan alto nivel de seguridad ha extraído la consecuencia de que, al menos cuando la información sobre la intervención es salvada bajo la firma electrónica del agente facultado, quien alega cualquier defecto o alteración le corresponderá la carga, cuando menos de generar la duda razonable basada en datos objetivos; si no de probar la existencia de la concreta alteración o manipulación”¹¹⁹.

En este punto, es de destacar, como nota discrepante, el voto particular de los magistrados Excmos. Sres. Manuel Marcha Gómez y José Manuel Maza Martín, en la STS 1215/2009¹²⁰.

Estos magistrados no comparten el criterio mayoritario de sus compañeros, expresado en el FD 17 de la sentencia, que sostiene que “... el sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fe pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas”.

117 STS 722/2012 de 2 octubre (FD 11º)

118 STS 402/2019 de 12 de septiembre

119 J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, “SITEL: nuevas tendencias, nuevos retos” *Diario La Ley*, Nº 8082, , 14 de mayo de 2013.

120 STS 1215/2009 de 30 diciembre (voto particular). En la STS 722/2012 de 2 de octubre, estos mismos magistrados vuelven a formular un voto particular en los mismos términos y por los mismos motivos.

Afirman que sólo cuando se impugne la autenticidad de las grabaciones, será necesario acudir a medios de prueba adicionales que acrediten la misma. Sostienen, además, que “cuando la impugnación se refiere, no a la atribuibilidad de las voces recogidas en la grabación, sino al procedimiento técnico llamado a asegurar la integridad y autenticidad de tales soportes, la necesidad de despejar cualquier duda sobre las garantías de sellado de los archivos de voz adquiere un significado especial”. Y es que consideran que “no existen razones jurídicas que justifiquen que el resultado de los actos de investigación encomendados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se sustraigan a las reglas generales sobre la valoración de la autenticidad de un documento electrónico”.

Estos magistrados opinan que “DVDs aportados a un proceso penal por agentes de policía no pueden aspirar a un régimen privilegiado frente a la autenticidad afirmable de esos mismos soportes electrónicos cuando tienen distinto origen”.

Por ello, consideran que “los soportes digitales aportados por los agentes, como toda prueba electrónica, han de pasar por un test de admisibilidad. Y éste comprende el análisis de su integridad, esto es, que el soporte no ha sido alterado; de su autenticidad, o sea, la identificación del sujeto al que se atribuyen las conversaciones y del contenido que éstas reflejan; y por último, de su licitud, es decir, de que han sido obtenidos con respeto a los derechos y libertades fundamentales”.

Por tanto, el TS considera que “el contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro goza de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario”¹²¹

Sin embargo, también considera el Alto Tribunal en su Sentencia 143/2013¹²² que, a pesar de la presunción de autenticidad, “no es absolutamente descartable una posible manipulación, pero su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables”. Y añade que “las objeciones deben hacerse a partir del momento en que se alza el secreto de las grabaciones y las partes tienen expedita la vía, para solicitar su

¹²¹ STS 1215/2009 de 30 diciembre (FD 1º-16)

¹²² STS 143/2013 de 28 de febrero (FD 5º)

audición. Una mínima coherencia profesional, les obliga a plantear esta cuestión en el debate en la instancia (...). Por ello, la cuestión de la autenticidad de los contenidos de los soportes CD se debe plantear con antelación al juicio oral para que pueda ser adecuadamente debatido”.

A lo cual añade Delgado Martín¹²³ que “si las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no corresponden a la realidad, deberán explicar suficientemente en qué basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo de los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL. De esta manera, se exige a la parte cierta fundamentación de la impugnación, y no que la misma tenga un carácter meramente genérico”.

b) En cuanto al riesgo de automatización y correspondiente extensión a todos los datos.

El potencial de SITEL es enorme, tal y como estamos viendo. Ya hemos dicho con palabras del TS que no sólo se interceptan las comunicaciones telefónicas, sino que se puede acceder a otros muchos datos personales que afectan todos ellos al derecho a la intimidad del afectado e, incluso, de terceras personas que contacten con éste.

Por eso, es importante tener en cuenta estas circunstancias de cara al contenido de la autorización judicial. Porque, tal y como dijo la STS de 5 de febrero de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera¹²⁴, con ocasión del recurso promovido contra el Real Decreto 424/2005, de 15 abril, luego incorporado al art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones (normativa que da sustento a SITEL), “... corresponderá a las autoridades judiciales que ordenan o autorizan la interceptación determinar, en su caso, la procedencia o improcedencia de excluir los referidos datos identificativos en el marco de las actuaciones de que conozcan, con arreglo a los principios de necesidad y de proporcionalidad”.

La STS 316/2011, de 6 de abril¹²⁵, analiza la nulidad de unas grabaciones telefónicas afirmando que la resolución judicial habilitante no reunía las exigencias

¹²³ J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 436

¹²⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 5 febrero 2008 (FD 7-B)

¹²⁵ STS 316/2011 de 6 de abril (FD 1º)

necesarias para la autorización de la medida de investigación.

En primer lugar, dice que no cumplió “las exigencias indiciarias que impone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando exige para la intervención de un teléfono la existencia de «sospechas fundadas» en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona”.

Y, en segundo lugar, tampoco se consideraron cumplimentados los requisitos de la necesidad y de la proporcionalidad de la medida cercenadora del derecho fundamental.

Esta sentencia tiene un voto particular emitido, otra vez, por el Exmo. Sr. Manuel Marchena Gómez, que considera que a lo expuesto en la sentencia debe añadirse otro motivo más¹²⁶.

Dice este magistrado que “la resolución cuestionada permitió a la policía el acceso sin límites, no ya a la completa identidad de los terceros que contactaban con los sospechosos -tuvieran o no relación con el delito investigado-, sino a todos los mensajes de texto, voz o imagen emitidos desde los terminales intervenidos y, por si fuera poco, a los datos de ubicación geográfica de quienes mantenían una conversación telefónica”. Lo cual en principio no es cuestionable siempre y cuando estos datos puedan llegar a ser de vital importancia para el éxito de las investigaciones. Pero lo que no puede avalar es “que la resolución que autoriza el menoscabo del derecho al secreto de las comunicaciones no dedique una sola línea a explicar el por qué de su necesidad y, además, silencie el ineludible juicio de proporcionalidad”. Dice que “toda decisión judicial que acuerde, además de las escuchas telefónicas de los sospechosos, el control por la policía de otros datos generados durante la conversación, pero con incidencia sustantiva en el ámbito definido por el art. 18 de la CE, ha de motivar, con el mismo nivel de exigencia que venimos imponiendo para validar las escuchas, las razones que explican y legitiman el sacrificio añadido de otros aspectos íntimamente ligados a la

126 STS 316/2011 de 6 de abril (voto particular)

privacidad”.

Como hemos visto SITEL permite el acceso a más datos de las estrictas conversaciones mantenidas por el investigado. Estos datos adicionales o complementarios deben tratarse con el mismo rigor para no caer en “el riesgo de automatización en la extensión de la medida a todas las herramientas que facilita SITEL, sin ser sometida a un elemental juicio crítico de proporcionalidad”¹²⁷.

c) En cuanto al destino de las grabaciones tras finalizar su utilización en el proceso.

Hay que partir del hecho de que el acceso a esta información recopilada a través de SITEL sólo es posible sobre la base de una autorización judicial que haya sido emitida con la finalidad de proceder a la investigación de unos determinados y concretos hechos. Por eso, una vez finalizado el proceso penal, los archivos deben ser destruidos.

Reitera el TS¹²⁸ que “el acceso a tales datos se ha producido solamente sobre la base de una autorización judicial emitida con la finalidad de proceder a la investigación de unos hechos concretos, y, con independencia de las cautelas y medidas de seguridad que se derivan del propio sistema, todo el material obtenido queda íntegramente a la exclusiva disposición de la autoridad judicial. Es por ello que los Tribunales en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar de oficio en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido”.

A lo cual debemos añadir que el art. 588 bis k) de la LECr que dispone en su apartado primero que “una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de

¹²⁷ J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 437

¹²⁸ STS 402/2019 de 12 de septiembre (FD 56)

la medida”. Aunque, no obstante, sigue diciendo este precepto que “se conservará una copia bajo custodia del secretario judicial”. Aunque la norma nada dice de las cautelas que hayan de tomarse para la conservación con la máxima seguridad de los datos intervenidos.

En este sentido, Vidal Marín y Ruiz Dorado, consideran que “si bien es cierto que se han realizado avances en las medidas de aseguramiento mencionadas, resulta inquietante que se permita la conservación de una copia de los datos intervenidos, sin más cautelas que la puesta de dichos datos bajo custodia del Secretario Judicial, por el tiempo de duración previsto en la norma. Nada se dice, pues, acerca de las precauciones que se han de adoptar para evitar la ruptura de la cadena de custodia y las filtraciones de información, ni se establecen parámetros para su conservación más allá del período establecido (quedando esta decisión al arbitrio judicial)”¹²⁹.

Y una vez transcurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, dice el apartado segundo de este artículo, se acordará la destrucción de las copias conservadas. Todo ello salvo que el Tribunal no considere precisa su conservación.

2.2. INTERVENCIÓN DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS.

2.2.1. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados

Tal y como hemos dicho más arriba, el art. 588 ter b) de la LECr da una definición de los que considera esta norma por datos electrónicos de tráfico o asociados. Y dice este precepto que “se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”.

De acuerdo con Marchena y González-Cuéllar, “el jurista ha de resolver si es
129 T. VIDAL MARÍN y M. RUIZ DORADO, *op cit.*

posible una catalogación unitaria de todos ellos o si, por el contrario su tratamiento ha de diversificarse a la vista de su verdadera funcionalidad y atendiendo al momento en el que se generan”. En opinión de estos autores, “las conclusiones obtenidas serán decisivas, en la medida en que el alcance constitucional de los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), aun presentando puntos de convergencia, no es equiparable. Se trata de derechos de distinto significado axiológico y, por tanto, sometidos en su restricción a un régimen jurídico no siempre idéntico”¹³⁰.

La Ley 25/2007 regula la obligación sobre la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones¹³¹. En su preámbulo nos recuerda que “la aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación, mediante una expansión de los contenidos transmitidos, que abarcan no sólo la voz, sino también datos en soportes y formatos diversos”. Cuestión que ya se plantaba también el TS, tal y como hemos dicho más arriba, que reconocía que los avances tecnológicos en el ámbito de las telecomunicaciones y en especial en relación con su conexión con el uso de la informática hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación¹³².

Esta Ley, tal y como dispone su art. 1, “tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”. Y añade que también se aplicará “a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado”.

El art. 2 dice que “son destinatarios de las obligaciones relativas a la

130 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op cit, p. 287

131 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

132 Vid. STC 70/2002 de 3 abril (FJ 9)

conservación de datos impuestas en esta Ley los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

Los datos objeto de conservación se relacionan en el art. 3, y sólo podrán ser cedidos previa autorización judicial a los agentes facultados para ello (arts. 6 y 7), debiendo destacarse que en ningún caso pueden ser conservados cualquier dato que revele el contenido de la comunicación¹³³.

133 Los datos que tienen que ser objeto de conservación por los operadores especificados en el art. 2, según el art. 3 de Ley 25/2007, son los siguientes: a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación: 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: i) Número de teléfono de llamada. ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado. 2.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: i) La identificación de usuario asignada. ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía. iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono. b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación: 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas. ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados. 2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet: i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet. ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación. c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación: 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia. 2.º Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado. ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario. d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación. 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia). 2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado. e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación: 1.º Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino. 2.º Con respecto a la telefonía móvil: i) Los números de teléfono de origen y destino. ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada. iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada. iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada. v) La IMEI de la parte que recibe la llamada. vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio. 3.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números. ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación. f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil: 1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación. 2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período

Son datos que se generan por, o a través de, una red pública de comunicación utilizada por cualquier usuario, pero tal y como dice Huete Nogueras estos datos “no hacen referencia al contenido propio de la comunicación, de forma que el ámbito de afectación de los derechos fundamentales no es el protegido por el art. 18.3 CE, sino que se residencia en el ámbito del art. 18.4 CE, en cuanto se trata de datos electrónicos susceptibles de tratamiento automatizada en los supuestos de investigación de hechos delictivos resultan, en muchas ocasiones, esenciales”. Este autor considera que son datos que efectivamente están ligados a un proceso de comunicación puesto que se generan durante la utilización de un servicio de comunicación telefónica o telemática, pero añade que “en el momento en el que se pretende su incorporación al proceso penal, son datos ya registrados y que se van a obtener de ese registro automatizado, razón por la que suelen considerarse como estáticos”¹³⁴.

Según el art. 588 ter j) de la LECr, estos datos sólo pueden ser cedidos para su incorporación al proceso en los siguientes términos:

- Es preciso que su conocimiento resulte indispensable para la investigación; y en todo caso es necesaria autorización judicial.
- En la solicitud se tiene que precisar qué datos son necesarios conocer y las razones que justifican su cesión.
- Además, esta cesión de datos también estará sometida a las disposiciones comunes de las medidas de investigación tecnológica de los arts. 588 bis a) y siguientes.

Requiriéndose en todo caso que el uso de los datos conservados por obligación legal se sujete a un “estricto control judicial en su adopción y en su ejecución, con aplicación de los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad”, tal y como afirma el TS, el cual añade que “el uso de los datos almacenados está sujeto a estrictas limitaciones contenidas en los arts. 588 bis a) y siguientes de la LECr, entre las que destaca: “(i) La utilización de datos está sujeta al

en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

134 J. J. HUETE NOGUERAS, “La regulación de las medidas de investigación tecnológica. Análisis de los aspectos referentes a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 2, 2016.

principio de especialidad, de forma que sólo podrá autorizarse cuando la injerencia esté relacionada con un delito concreto. (ii) No pueden autorizarse injerencias prospectivas, es decir, que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos de forma indiscriminada o sin base objetiva. (iii) La injerencia debe definir su ámbito objetivo y subjetivo conforme al principio de idoneidad. (iv) La injerencia está también sujeta a los principios de excepcionalidad y necesidad sólo puede acordarse si no existen otras medidas menos gravosas y sólo cuando sea imprescindible”¹³⁵.

Por otra parte, se podrá recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios que se concreten en la solicitud, así como la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, que “es la técnica consistente en comparar automatizadamente (cruce, comparación y contraste) los datos personales que obren en archivos automatizados de una persona física o jurídica, con la finalidad de obtener información útil para la investigación del delito”¹³⁶.

El art. 588 ter j) incluye tanto los datos electrónicos de tráfico, que son los referidos en el art. 3 de la Ley 25/2007, como aquellos otros de naturaleza jurídica o comercial -cuenta bancaria vinculada, dirección del titular o existencia de otros contratos de prestación de servicios de compañía- siempre y cuando estén vinculados al proceso comunicativo.

En relación con este segundo grupo de datos, la ley se refiere a sujetos que no están afectados por la obligación legal de conservación de datos impuesta por la ley 25/2007, pero que por cualquier razón puedan disponer de datos que se consideren necesarios para el objeto de la investigación que se esté llevando a cabo. “Todo apunta a que con esta adición se pretende, además de lo expuesto, ampliar el campo de la injerencia a redes de comunicaciones que no siempre discurren a través de prestadoras de servicio. La volatilidad de los datos generados por las comunicaciones telefónicas y temáticas expone el conocimiento de la información que aquellos revelan a estrategias tecnológicas de acopio, ya sea con fines comerciales, ya por el interés de los poderes públicos en la investigación de los delitos. Se dibuja así un escenario en el que los usuarios de la red buscan modelos alternativos que garanticen la impermeabilidad

¹³⁵ STS 727/2020 de e3 de marzo (FD 1.4)

¹³⁶ Vid. J. DELGADO MARTÍN, op cit, p. 439

propia de un verdadero y efectivo anonimato”¹³⁷.

2.2.2. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad.

2.2.2.1. Identificación mediante número IP

Se regulan en los arts. 588 ter k), 588ter l) y 588 ter m) de la LECr, dentro del capítulo V dedicado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en la Sección 3.^a que figura bajo el título “Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad”.

El primero de los artículos citados se refiere a la identificación mediante número IP. “La dirección IP es una secuencia numérica (32 número) que identifica el interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo dentro de una red que utiliza protocolo IP (Internet Protocol); y que posibilita la comunicación entre dos equipos informáticos (host). La asignación de las direcciones IP se gestiona internacionalmente por un organismo internacional llamado IANA (Internet Assigned Numbers Authority); ésta ha procedido a la delegación de esta gestión a determinadas entidades en el ámbito regional (RIPE para Europa, ARIN para América del Norte, LACNIC para América Central y América del Sur, entre otros)”¹³⁸.

Dice el art. 588 ter k) que “cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso”.

Como podemos leer, la peculiaridad de este precepto, como puede deducirse se

137 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 301
138 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 456

su contenido, no es otra que excluir el régimen jurídico de obtención de la dirección IP del modelo general de autorización.

Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 588 ter j) y con el art. 3 de la Ley 25/ 2007. Este último precepto recoge, entre los datos que tienen que ser objeto de conservación por los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros, los siguientes: “Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: i) La identificación de usuario asignada. ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía. iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono”.

El art. 588 ter j) y el art. 6 y 7 de la Ley 25/2007 disponían la necesidad de autorización judicial para la entrega de esta información a las Policía Judicial. Sin embargo, ahora leemos en el art. 588 ter k) que los agentes de la Policía Judicial pueden acceder al número IP por sí mismos sin autorización del Juez de instrucción.

Según Marchena y Gonzalez-Cuéllar, estamos ante supuestos distintos, “conforme al criterio general, el art. 588 ter j) exige autorización judicial cuando los investigadores se dirigen a un prestador de servicios con el fin de que les ceda los datos electrónicos -entre ellos la dirección IP- que puedan resultar de interés para una investigación y que aparezcan vinculados a un proceso de comunicación”. En este caso realmente estamos ante datos automatizados que están siendo objeto de tratamiento por parte de las entidades prestadoras del servicio en cuestión y que, por sí solos o debidamente interrelacionados pudieran conllevar algún tipo de información conectada con el derecho de protección de datos. Otra cosa diferente, siguen diciendo estos autores, “se suscita cuando, en el ejercicio de las funciones de prevención o investigación que son propios de la Policía Judicial, se detecta una dirección IP desde la que se están realizando acciones de claro significado penal”. En este caso, nos encontramos con que la Policía ha encontrado una simple relación numérica “que sólo cuando se relaciona con los datos en poder del prestado de servicios, puede permitir la identificación del investigado o, cuanto menos, su lugar de localización”.

Por tanto, terminan diciendo estos autores que “lo que excepciona el legislador, por tanto, es la obtención de esta dirección IP mediante sistemas técnicos que no exijan el acceso a las bases de datos automatizadas en poder de las operadoras”¹³⁹.

2.2.2.2. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes.

Como ahora veremos, en este caso estamos ante instrumentos o elementos de o para la comunicación, pero no ante el proceso de comunicación propiamente dicho, ni ante su contenido.

El art. 588 ter l) dispone en su apartado primero que “siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones”.

“La reforma contempla la técnica policial que no precisa autorización judicial en realizar escaneados o barridos electrónicos, en un determinado radio de acción, para identificar el número del equipo de comunicación (IMSI), o el de la tarjeta para acceder a la red de telecomunicaciones (IMEI), que pudiera estar utilizando el sospechoso”. Se trata de una técnica policial, amparada por la jurisprudencia, que se refiere a datos que no son parte del proceso de comunicación ya que no permiten conocer el número telefónico, el tráfico de llamadas o el contenido de las conversaciones. Por eso la Policía puede acceder a estos datos por sí misma. “Sin embargo, si la Policía pretende acceder a estos datos asociados o interceptar las comunicaciones de los terminales, deberá solicitar el correspondiente mandamiento judicial”¹⁴⁰.

¹³⁹ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 304

¹⁴⁰ C. JIMÉNEZ SEGADO y M. PUCHOL AIGUABELLA, “Las medidas de investigación tecnológica limitativas de los derechos a la intimidad, la imagen, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos”, *Diario La Ley*, nº 8676, 7 de enero de 2016.

La ley textualmente se refiere a cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones, y en particular señala en particular a los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI.

Delgado Martín nos aporta unas definiciones de estos códigos¹⁴¹. Dice que el código IMSI-tarjeta SIM (*International Mobile Subscriber Identity*) es un “código de identificación único, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS”.

Este autor añade que el código IMEI-Terminal de telefonía móvil (*International Mobile Equipment Identity*) es una “clave alfanumérica que permite identificar un terminal de telefonía móvil GSM”.

Por último, señala que “la averiguación de estos números o claves a través de novedosos medios tecnológicos utilizados por la policía posibilita la identificación del número de teléfono que emplea el sujeto investigado, o incluso la localización en un punto geográfico más o menos preciso desde el que está realizando una llamada”.

Como vemos, “ni el IMEI ni el IMSI identifican al titular o usuario de la línea. Tampoco aportan información relativa al número de teléfono, las comunicaciones realizadas o sus intervinientes. Por tanto, la obtención de IMEI o de IMSI no afecta ni al secreto de las comunicaciones ni, de forma inmediata, al derecho a la intimidad. La obtención de dichas cifras no anticipa una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones”¹⁴². Aunque hay que decir que conocer la localización de un individuo a través de su terminal telefónico sí podría afectar a su derecho a la intimidad.

Por lo expuesto, y dado que la obtención de estos datos no afecta al secreto de las comunicaciones ni al derecho a la intimidad del investigado, es por lo que

141 J. DELGADO MARTÍN, op cit, p. 451

142 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p. 175

tradicionalmente venía la jurisprudencia del TS legitimando la intervención policial para su obtención sin necesidad de autorización judicial previa.

De hecho, era doctrina reiterada del TS, que venía diciendo que “El IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando "asterisco, almohadilla, 06, almohadilla", sin que para ello sea necesario, ni por ello implique, el acceso a ningún dato de la memoria de dicho equipo. Tal dato, por sí solo, solamente permite diferenciar un equipo de todos los demás. Como la numeración de cualesquiera aparatos electrónicos o no de uso cotidiano. Desde luego con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar a la autoridad judicial que ordene la identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones. Pero, si el acceso al correspondiente registro no es autorizado, no existe otra vinculación entre el equipo y una persona que la que proclama la ocupación del mismo en poder de una persona. De la misma manera que tal vinculación de cualquier objeto puede ser establecida con ocasión del registro de una persona o lugar, ya que de esa forma cabe vincular todos los objetos intervenidos a esa persona. Por ello en modo alguno afecta al derecho al secreto de las comunicaciones eventualmente realizadas o de futura realización a través de dicho equipo. Y ni siquiera puede decirse que la intimidad de la persona en cuyo poder es habido el equipo, cuyo IMEI se desvela, tiene más afectación que la de poner de manifiesto la posesión del aparato”¹⁴³.

Y así decía el TS que “los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet protocols) que habían accedido a los "hush" que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario”. Añadiendo que “entender que conforme a la legalidad antes citada (...) se hace preciso, sin embargo, acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la

143 STS 945/2013 de 16 diciembre (FD 2º)

intimidad personal (habeas data)¹⁴⁴.

Por lo expuesto, una cosa es obtener los datos número o claves a través de novedosos medios tecnológicos utilizados por la policía posibilita la identificación del número de teléfono, y otra cosa distinta es acceder a los datos obtenidos del número de teléfono derivados de esta información. Por eso en este segundo momento, el apartado 2 del art. 588 ter l) de la LECr dispone que “una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de la Policía Judicial podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior”. Y añade este precepto que para ello “el tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis c”.

2.2.2.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.

El art. 588 ter m) de la LECr dice que “cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia”.

El problema que se plantea es que estos datos a los que se refiere esta disposición están entre los reseñados en el art. 3 de la Ley 25/2007, y dispone el art. 6 de esta misma disposición que se trata de datos que “sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial”, tal y como ya hemos visto más arriba.

Marchena y González-Cuellar consideran que hay que “distinguir entre aquellos

144 STS 680/2010 de 14 julio (FD 2º)

datos que pudiéramos llamar dinámicos y aquellos otros de los que sería predicable una naturaleza estática. A la primera categoría pertenecerían aquellos datos que son generados e interferidos durante el desarrollo de una comunicación bidireccional. En la segunda categoría -datos estáticos- se incluirían aquellos otros que, aun generados a partir de un proceso de comunicación, su interés para la investigación surge cuando esa comunicación ya ha concluido y el dato se ha incorporado a una base que hace posible su tratamiento automatizado”. Añaden que “también se integrarían en este segundo bloque sistemático aquellos datos que están referidos a la identidad de los usuarios y a la identificación de los sistemas (...). En ambos casos es distinta su significación constitucional y de ahí la posibilidad de un diferente tratamiento en los mecanismos de garantía”. De acuerdo con lo que venimos diciendo, es obvio que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) siempre va a estar blindado mediante la necesaria autorización judicial. Sin embargo, consideran estos autores que “el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), entendido como el derecho a controlar la información que arrojan esos datos, susceptibles de tratamiento automatizado y en poder de terceros, admite un sacrificio, sin necesidad de autorización judicial, justificado en atención a un fin constitucionalmente legítimo y, en determinadas circunstancias, prevalente”. Y concluyen diciendo que “en definitiva, ha sido el propio legislador el que se ha encargado de concretar, entre todos a aquellos datos que podrían entenderse no vinculados a un proceso de comunicación, cuáles están al alcance directo del Fiscal o los agentes facultados”¹⁴⁵.

Por su parte, Núñez Velasco considera que en este supuesto no se precisa de autorización judicial “dado que la petición de cesión de los datos vinculados al proceso telecomunicativo ni afecta al proceso ni invade el secreto telecomunicativo”¹⁴⁶.

2.3. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS E INTERVENCIÓN DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS EN EL PLECR.

2.3.1. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el PLECr.

¹⁴⁵ Vid. M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 327-329

¹⁴⁶ E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 109. De todas formas, consideramos que es indudable que la LO 13/2015 es posterior a la Ley 25/2007, pero no es de mayor rango jerárquico, toda vez que la relación entre ambos tipos de normas es de carácter competencial.

2.3.1.1. Regulación

Por su parte, en el Título II (arts. 345 a 393) dentro del Libro III (de las diligencias de investigación) del PLECr se regula “la interceptación de telecomunicaciones y de conversaciones privadas”.

Se distingue la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (Capítulo II, arts. 353 a 371), la interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes (Capítulo III, arts. 372 a 382), y la interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido (Capítulo IV, arts. 383 a 393).

Todo ello, precedido de un primer capítulo donde se recogen una serie de disposiciones generales aplicables a todas estas medidas (arts. 345 a 352). Se trata de disposiciones comunes aplicables sólo a la interceptación de telecomunicaciones y de conversaciones privadas, en sus distintas modalidades. Se regulan las siguientes cuestiones:

- Autorización judicial (arts. 345)
- Afectación de terceros (art. 346)
- Control judicial de la medida (art. 347)
- Duración (art. 348)
- Utilización de la información en u proceso distinto (art. 349)
- Descubrimientos casuales (art. 350)
- Cese de la medida (art. 352).

El anteproyecto de LECr regula la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el Capítulo II del Título II (arts. 353 y sigs.), una vez establecidas las disposiciones comunes.

Este capítulo tiene tres secciones donde se regulan, en la primera, las disposiciones generales; en la segunda, la incorporación de datos electrónicos de tráfico asociados; y en la tercera, el acceso a los datos necesarios para la identificación del

usuario y del terminal.

Se mantiene la misma estructura que en la norma actualmente vigente.

2.3.1.2. Presupuestos

El PLECr se refiere a esta misma cuestión en el art. 355, que dispone qué tipos de infracciones penales se pueden investigar con esta medida; son únicamente la siguientes:

- “a) Delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión.
- b) Delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de la misma.
- c) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación”.

Actualmente se recoge en el art. 588 ter a) que nos remite al art. 579.1 de la LECr. Las diferencias que encontramos son pocas:

1ª. La norma actualmente vigente se refiere a delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. El Proyecto clarifica este concepto, ya que directamente habla de “delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión”.

2ª. La LECr se refiere, en segundo lugar, a “delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”, y a los delitos de terrorismo. El PLECr amplía el número de delitos respecto de los que puede utilizarse esta medida de investigación; aunque lo cierto es que todos ellos están castigados con pena de prisión superior a los tres años, salvo el de tráfico de influencias el cual está sancionado con una pena máxima de dos años de prisión.

3ª. Por último, el tercer supuesto es coincidente en las dos normas.

Además, el art. 356.1 del PLECr recoge de forma expresa otros requisitos adicionales de la intervención. Este precepto dice que “la interceptación de las comunicaciones se podrá acordar cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que existan indicios, basados en datos objetivos, de la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el artículo anterior.
- b) Que sea previsible la obtención de datos relevantes para el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, para la determinación de su autor o para la averiguación de su paradero, siempre que tales informaciones no puedan obtenerse mediante otro medio de investigación menos gravoso.
- c) Que exista una relación objetiva entre los hechos investigados y la línea telefónica o el medio o sistema de comunicación cuya intervención se pretende”.

Este precepto se refiere al principio de intervención indiciaria y al principio de proporcionalidad. Además, requiere que haya una relación de causalidad entre los hechos objeto de investigación y el medio de comunicación a intervenir como si, en este último requisito, el delito se estuviera cometiendo a través del terminal telefónico.

Los requisitos del art. 536 hay que ponerlos en relación con los requisitos generales descritos en el art. 6 (“principios de habilitación legal, calidad de la ley y proporcionalidad”), a los que nos hemos referido más arriba.

En la actual LECr este requisito está previsto en las disposiciones generales aplicables a la intervención de todas y cada una de las medidas de investigación tecnológica en el art. 588 bis a), que, por otra parte, está desarrollado de forma más completa y precisa.

2.3.1.3. Ámbito

El PLECr se refiere a esta misma cuestión en el art. 353, que es prácticamente una reproducción de los arts. 588 ter b) y 588 ter c) de la actual LECr. Aunque hay

algunos matices que conviene mencionar, los cuales, leídos con detenimiento, en realidad no suponen un cambio en cuanto al objeto de la intervención.

El art. 353.2 dice que “la interceptación de las comunicaciones podrá tener por objeto:

- a) El simple conocimiento de su origen o destino.
- b) El conocimiento de los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación.
- c) El registro y grabación del contenido de la comunicación.

Mientras que el actual art. 588 ter b) se refiere al “acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participa el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario”.

En realidad, la actual y vigente LECr no menciona ni el apartado a) ni el c) del art. 353.2 del PLECr, pero lo cierto es que esta posibilidad de intervención está implícita en su redacción.

2.3.1.4. Intervención judicial.

Ya hemos dicho más arriba que, en el PLECr, quien autoriza la medida de investigación sigue siendo el Juez, aunque ahora se llama Juez de garantías. El Fiscal acuerda la intervención, pero ha de pedir autorización judicial previa a la ejecución de la medida (art. 345 del PLECr).

Y así, el art. 354 del PLECr dispone que, salvo casos de urgencia, el Ministerio Fiscal deberá, con carácter previo a la intervención, recabar la autorización del Juez de Garantías para interceptar las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Por su parte, los términos del contenido de la petición que tiene que hacer el Ministerio Fiscal se encuentran recogidos en el art. 357 del PLECr.

En primer lugar, dice este precepto que la solicitud que el Ministerio Fiscal dirija al Juez de Garantías contendrá una exposición razonada sobre la concurrencia de los requisitos expresados en el artículo 356 que hemos visto más arriba.

Este mismo art. 357 determina el contenido de la solicitud del Ministerio Fiscal¹⁴⁷.

Añade el apartado nº 3 de ese artículo que “en la solicitud también se hará mención de los medios de investigación que hayan sido previamente utilizados y hayan resultado insuficientes para alcanzar los fines que se pretendan, así como las razones por las que no resultaría posible alcanzarlos por otros medios de investigación distintos a la intervención de las comunicaciones”.

La actual LECr regula en el art 588 bis b) los requisitos de la petición que formulen el Fiscal dentro del apartado destinado a disposiciones generales, siendo de aplicación a todas las medidas de investigación tecnológica. Además, dentro ya de la regulación específica de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la LECr exige además unos requisitos adicionales a los que son requeridos con carácter general, en su arts .588 ter d).

En el PLECr no hay una regulación general aplicable a cualquier petición sobre el uso de medidas de investigación tecnológicas, sino que en cada medida se recogen los requisitos específicos que ha de reunir la petición para dicha medida.

Por su parte, el art 347 del PLECr coincide con el contenido del actual art. 588

147 El art. 357 dispone que, en todo caso, la solicitud que formule el Ministerio Fiscal debe contener: a) La descripción del hecho objeto de investigación. b) La identidad de la persona investigada y, de ser conocido, de cualquier otro afectado por la medida. c) El número de abonado o del terminal objeto de la intervención o los datos necesarios para identificar el medio de comunicación o telecomunicación de que se trate. d) La relación existente entre las personas y los elementos a que se refieren las dos letras anteriores. e) La extensión de la medida especificando su contenido de conformidad con lo establecido en el artículo 353 de esta ley. “Cuando la medida se refiera a la obtención de datos asociados al proceso de comunicación especificará los datos concretos que han de ser obtenidos. f) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. g) La forma de ejecución. h) La duración de la medida”.

bis g) de la LECr en cuanto al control judicial de la medida, y con el art. 588 bis d) en cuanto al secreto de su ejecución.

El art. 347 del PLECr dice así:

“La intervención de las comunicaciones y de las conversaciones privadas se tramitará siempre en pieza separada y en régimen de secreto.

El fiscal informará al Juez de Garantías, en la forma y con la periodicidad que este disponga, del desarrollo y los resultados de la medida y, en todo caso, cuando por cualquier causa se le ponga fin”.

Por tanto, este precepto regula dos cuestiones, de una parte, la obligación que tiene el Fiscal de informar al Juez de Garantías, y de otra parte, la tramitación en pieza separada y secreta de la intervención de las comunicaciones y de las conversaciones privadas

Los requisitos de la resolución judicial habilitante, en referencia expresa a la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas los tenemos recogidos en el art. 358 del PLECr. Este artículo dice que la resolución judicial que disponga la intervención de las comunicaciones concretará los siguientes extremos:

- “a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica.
- b) La identidad de los investigados y de cualquier otra persona afectada por la medida, de ser conocida.
- c) El medio de telecomunicación objeto de la intervención, designando el número del teléfono intervenido o el código de identidad de las comunicaciones electrónicas, lógico o virtual, que sirva para identificar el medio de comunicación o telecomunicación de que se trate.
- d) La extensión de la medida especificando su alcance conforme a lo establecido en el artículo 353 de esta ley.
- e) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- f) La forma de ejecución.

- g) La duración de la medida.
- h) La forma y periodicidad con la que el fiscal informará al Juez de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida”.

Aquí hay que decir lo mismo que con la petición del Ministerio Fiscal: no hay establecidos unos requisitos generales al respecto, sino que en cada una de las medidas de investigación se recogen los requisitos que debe tener la resolución judicial autorizante de la medida.

En el apartado de disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, el art. 588 bis b) de la LECr actualmente en vigor regula los requisitos que con carácter general debe reunir la resolución judicial autorizante de la medida. No obstante, estos requisitos generales se complementan con las disposiciones específicas reguladoras de cada una de las medidas de investigación tecnológica.

El apartado nº 3 de este precepto del PLECr dice que la autorización judicial puede extenderse a cuantas comunicaciones, terminales o medios de comunicación o telecomunicación sean de titularidad del sujeto afectado por la medida o pueda contratar durante el período de la intervención.

Entendemos que estamos ante una posibilidad muy amplia, por lo que consideramos que la resolución judicial debe especificar a qué comunicaciones, terminales o medios de comunicación o telecomunicación se refiere.

La actual LECr no tiene ningún precepto así.

Una de las opciones que prevé el PLECr es la intervención sólo para conocer el origen y destino de las llamadas o su registro. En estos casos, dice el art. 358.2 que “cuando la diligencia autorizada consista en el conocimiento y registro de las comunicaciones, el auto judicial expresará si ha de extenderse a todas las que se lleven a cabo mediante un teléfono u otro sistema de comunicación telemático o informático determinado, o exclusivamente a las que tengan lugar entre determinados interlocutores, líneas telefónicas o sistemas de comunicación”.

Tampoco vemos que la vigente LECr regule de esta forma este tipo de intervención, aunque el art. 588 ter d) parece que sí lo permite, aunque no lo diga de forma expresa. De hecho, este precepto, cuando regula el contenido de la solicitud de autorización judicial dice que para determinar la extensión de la medida, esta petición podrá tener por objeto, entre otros, el registro y grabación, con indicación de la forma o tipo de comunicación a las que afecta, el conocimiento de su origen o destino, o la localización geográfica del origen o destino de la comunicación. De modo que si el legislador obliga a incluir en la petición estos aspectos, el Juez debe entrar a conocer sobre los mismos a la hora de dictar el auto por el que autorice la medida de intervención.

Por último, dice el apartado nº 5 del art. 358 del PLECr que la resolución judicial tiene que pronunciarse sobre la ratificación del secreto de la investigación acordada por el Fiscal, tal y como ya hemos comentado más arriba.

2.3.1.5. Intervención de urgencia.

Esta misma cuestión se regula en el art. 354 del PLECR.

Ya hemos avanzado que con carácter general dice el art. 354 del PLECr que el Ministerio Fiscal deberá recabar la autorización del Juez de Garantías para interceptar las comunicaciones telefónicas y telemáticas a las que se refiere el art. 353.

Pues bien, este mismo precepto añade en su número 2, la posibilidad de que se intervengan las comunicaciones de los investigados con carácter previo a la autorización judicial. El apartado segundo del art. 354 del PLECr dice así:

“2. En caso de urgencia, cuando las investigaciones tengan por objeto la averiguación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, la intervención podrá ser ordenada por el Fiscal General del Estado.

Esta intervención se comunicará por escrito motivado al Juez de Garantías dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que, igualmente de forma motivada, revoque o confirme la diligencia en el plazo máximo de cuarenta y

ocho horas desde que hubiera sido ordenada”.

Sin embargo, como podemos apreciar, esta nueva regulación es prácticamente idéntica a la recogida en el apartado nº 3 del art. 588 ter d). La única diferencia es que, en el proyecto, al Juez se le da un plazo de 48 horas para dictar la resolución que revoque o confirme la diligencia, mientras que ahora tiene un plazo de 72 horas.

2.3.1.6. Control de la medida

En el anteproyecto de la LECr, la ejecución propiamente dicha de la medida se regula en el art. 360.1 del PLECr que dice que una vez que el Juez de Garantías acuerde la intervención, se procederá en los términos acordados durante el plazo indicado en el auto.

Este precepto añade lo siguiente:

“2. Si solo se ha autorizado la obtención de datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, con la periodicidad que este señale, la relación de las comunicaciones intervenidas con expresa mención de los datos relativos a cada una de ellas.

3. Si además se hubiera acordado el registro del contenido de las comunicaciones, se pondrá a disposición del Ministerio Fiscal, con la periodicidad que este indique, la grabación íntegra de la totalidad de las realizadas, especificando el origen y destino de cada una de ellas, y se acompañará certificación fehaciente de la autenticidad e integridad de la grabación, así como la transcripción de los pasajes que se consideren de interés para la investigación”.

La instrucción de la causa corresponde al Fiscal, tal como ya hemos dicho antes, de modo los resultados de la intervención se pondrán sólo en su conocimiento. Los investigadores no informarán al Juez. Será el Fiscal el que informe al Juez de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida en la forma y periodicidad que éste indique en el auto que autorice la medida, tal y como dispone el art. 358.1.h del PLECr.

Esto supone un cambio de concepción del procedimiento investigador ya que hoy, con la LECr actualmente en vigor, a quien hay que informar es al Juez de instrucción. Y será éste el que dará traslado al Ministerio Fiscal de lo actuado para que informe al respecto.

Por último, termina diciendo el art 358 que “en todo caso, se conservarán las grabaciones íntegras, cualquiera que sea el sistema de grabación utilizado, hasta el momento en que proceda destruirlas”.

La actual LECr no dice que deban conservarse estas grabaciones. Pero esta es una circunstancia que se da por hecho hasta su total destrucción.

2.3.1.7. Colaboración de terceros

La colaboración de empresas de telefonía y telecomunicaciones en la ejecución de la medida está prevista en el art. 361 del PLECr. Este precepto impone la obligación de colaborar en la ejecución de la medida impuesta a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones y a cualquier persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual.

Es una obligación similar a la que actualmente recoge el art. 588 ter e) de la LECr.

2.3.1.8. Duración

Esta materia viene regulada con carácter general para las medidas de interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas en el art. 348.1 y 2 en los mismos términos que se dispone el art. 588 bis e) de la LECr actual.

El art. 348 tiene un tercer apartado dirigido expresamente a la grabación de las comunicaciones orales. Dice así:

“la vigilancia acústica de las conversaciones y la grabación del sonido,

complementada, en su caso, con la obtención de imágenes, se limitará al encuentro concreto para el que se concedió la autorización, sin perjuicio de su ampliación a otros posteriores, cada uno de los cuales deberá ser objeto de la correspondiente autorización judicial”.

El contenido coincide con la idea general que persigue el art. 588 quáter b) de la LECr actual, en el sentido de que la grabación de conversaciones orales directas requiere una autorización expresa para cada uno de los encuentros concretos que se vayan a intervenir, manteniéndose la prohibición de grabaciones continuadas en el tiempo.

El art. 348.1 del PLECr dice que las medidas reguladas en el título II (Los medios de investigación relativos a la interceptación de las comunicaciones y de las conversaciones privadas) tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas. Y añade que no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

El art. 362 que, se está dentro del apartado o de la regulación específica de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, dice que “la duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses”.

La norma actualmente vigente (art. 588 ter g) de la LECr) dispone también un plazo de tres meses, en los mismos términos que en el proyecto. Sin embargo, añade que este plazo de tres meses podrá prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

Sin embargo, el PLECr dice que este plazo de tres meses podrá prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración, pero sólo hasta el plazo máximo de un año, y siempre que subsistan las causas que motivaron la adopción de la medida de investigación. Por tanto, como vemos, el plazo máximo total queda reducido a un año frente a los dieciocho meses actuales.

Además, el art. 362.3 del PLECr añade otra garantía más, cual es que en

cualquier caso, la intervención y registro de las comunicaciones no puede extenderse por más de diez días si durante ese plazo no arroja algún resultado útil para la investigación. Lo cual está en consonancia con el principio de proporcionalidad contrario al uso de medidas prospectivas que afecten a la intimidad de los investigados.

2.3.1.9. Prórroga

En el Proyecto de LECr, esta cuestión se regula en el art. 363. Este precepto exige que sea el fiscal que formule la petición con antelación suficiente a la finalización del plazo, aportando para ello un informe sobre el resultado de la intervención junto con la transcripción de los pasajes que considere necesarios para fundamentar su solicitud.

Una vez presentada la solicitud, en un plazo de 48 horas, el Juez dictará auto concediendo o no la prórroga. También podrá pedir aclaraciones o mayor información al fiscal.¹⁴⁸

Como vemos, actualmente la regulación de la prórroga de la medida se distribuye entre el art. 588 bis f) y el art. 588 ter h) con un contenido muy similar al del proyecto.

2.3.1.10. Cese

Con carácter general para las medidas de interceptación de las telecomunicaciones y de conversaciones privadas, el PLECr regula el cese de la medida en el art. 351. La actual LECr lo hace en el art. 588 bis j). El art. 351 del PLECr dice así:

¹⁴⁸ El art. 363 del PLECr dice así:

“1. La solicitud de prórroga se dirigirá por el fiscal al Juez de Garantías con antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso:

a) Un informe detallado del resultado de la intervención hasta el momento en que se formule.
b) En su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de los que resulten informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

2. En las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá mediante auto motivado sobre el alzamiento de la medida o su prórroga. Con carácter previo a dictar la resolución, podrá solicitar del fiscal aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

3. Concedida la prórroga, el cómputo de la misma se realizará desde la fecha de expiración del plazo de la medida”.

“1. La intervención de las comunicaciones cesará:

- a) por la desaparición de las circunstancias que justificaron la adopción de la medida;”
- b) por el transcurso del plazo por el que fue autorizada;
- c) por el vencimiento del plazo máximo del secreto de la investigación;
- d) por la detención de la persona investigada, con la excepción prevista en el artículo 364 de esta ley.

2. En todos estos casos, el fiscal dispondrá el cese de la interceptación de las comunicaciones y lo pondrá en conocimiento del Juez de Garantías”.

El art. 588 bis j) dice que “el Juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada”.

Como podemos ver, la nueva ley introduce una causa más para el cese de la medida, la cual es la detención de la persona investigada, y la obligación que impone al Fiscal para que, una vez que concurren estas circunstancias disponga el cese de la medida poniéndolo en conocimiento del Juez de Garantías.

Como hemos visto hasta ahora, la medida cesará una vez finalizado el plazo de intervención dispuesto, o bien si transcurridos diez días no se arroja algún resultado útil para la investigación.

Pues bien, entrando en la regulación específica de la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el art. 364 del PLECr añade un motivo más para el cese de la intervención. Se trata de la detención de la persona investigada, salvo que se considere necesario su continuación. Dice este precepto en su apartado primero que el Fiscal ha de acordar el cese inmediato de la medida si se produce la detención de la persona cuyas comunicaciones se encuentran intervenidas.

Sin embargo, el art. 364.2 permite, de forma excepcional, que se mantenga la intervención. Para ello, el Fiscal ha de solicitarlo al Juez de Garantías “justificando la utilidad e idoneidad de su continuación para el total esclarecimiento de los hechos

investigados, para la determinación de sus autores o para la averiguación de su paradero”.

Por último, este precepto termina diciendo que “mientras se resuelve sobre la petición formulada se mantendrá la intervención, que en todo caso cesará en el plazo de veinticuatro horas, si transcurrido el mismo no se ha autorizado su mantenimiento”.

La actual LECr, en el art. 588 bis j), prevé tres motivos para el cese de la medida de investigación: 1º) que desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción; 2º) que resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos; y 3º) cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

Como vemos, la única causa de cese que ahora no hay es la detención del investigado que figura en el proyecto como novedad.

2.3.1.11. Conocimiento de las partes de la medida ejecutada

Son dos las cuestiones que tenemos que analizar en este apartado. De una parte, la notificación de la resolución judicial tras el cese de la intervención. Se trata de comunicar a los afectados por la medida los términos y el alcance de ésta. Y, de otra parte, el examen de las grabaciones por parte de la persona investigada, lo que se regula a través de una comparecencia que tendrá por objeto el examen de las grabaciones realizadas.

a) Notificación de la resolución judicial tras el cese de la intervención.

Tal y como dispone el art. 365 del PLECr, una vez que cesa la intervención y se alza el secreto del procedimiento investigador, la resolución judicial que en su momento acordó la intervención de las comunicaciones se ha de notificar a las siguientes personas:

- 1º) A la persona investigada;
- 2º) Al titular o usuario del medio de comunicación o telecomunicación que se haya visto afectado por la medida;

3º) A los participantes en las telecomunicaciones intervenidas, cuya intimidad se haya visto seriamente afectada y siempre que se encuentren identificados.

Sin embargo, la notificación a los dos últimos grupos de personas, no se llevará a cabo si se pusiera en peligro la finalidad de la investigación, la integridad física o la libertad de alguna persona, o si genera un riesgo cierto para bienes jurídicos de singular relevancia.

Tampoco se notificará al tercer grupo de personas cuando resulte imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o se puedan perjudicar futuras investigaciones.

En cualquier caso, hay de dejar constancia de los motivos por los que no se realiza la notificación.

Por último, el art. 365.3 del PLECr añade que la notificación al titular o usuario del medio de comunicación o telecomunicación que se haya visto afectado por la medida, o a los participantes en las telecomunicaciones intervenidas, cuya intimidad se haya visto seriamente afectada y siempre que se encuentren identificados, “se pospondrá hasta que desaparezca la situación de peligro, pudiéndose diferir, como máximo, hasta la conclusión del procedimiento de investigación”.

Este apartado añade que “si la comunicación pospuesta no se efectúa en el plazo de doce meses a contar desde la finalización de la intervención, solo podrá diferirse nuevamente con la autorización del Juez de Garantías, debiendo este fijar el plazo en el que habrá de practicarse”.

Actualmente la regulación es mucho más escueta. El art. 588 ter i) dice en su apartado tercero que “se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones”.

Por último, el apartado 4 del art. 365 del PLECr dice que si la persona notificada

lo solicita, se le tiene que entregar copia de la grabación de las comunicaciones en las que haya intervenido, siempre que no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en el que la medida haya sido adoptada.

Lo cual coincide, prácticamente de forma literal, con el contenido del final del apartado tercero del art. 588 ter i) de la actual LECr.

b) El examen de las grabaciones por parte de la persona investigada.

El art. 366 del PLECr prevé una comparecencia de la persona investigada para el examen de las grabaciones realizadas. Este precepto dispone en su apartado 1 que una vez que cese la intervención y se alce el secreto, salvo que proceda el archivo, el Fiscal ha de convocar al investigado a la comparecencia prevista en el art. 557, donde se procederá al examen de las grabaciones “para determinar los extremos que se consideren relevantes y excluir aquellos que carezcan de interés para la investigación o para el ejercicio efectivo del derecho de defensa”.

La comparecencia del art. 557 es una novedad en cuanto a la estructura y al diseño o configuración del nuevo procedimiento penal. Esta comparecencia tiene por objeto comunicar al investigado que hay una investigación que se dirige contra él, siempre y cuando hayan resultado indicios que permitan atribuirle la realización del hecho punible. En esta comparecencia, además, se va a informar al compareciente de su condición de investigado, de sus derechos y se le va a tomar declaración sobre los hechos en cuestión.

Hay que señalar que esta comparecencia no se hace ante el Juez de Garantías, sino ante el Fiscal que esté llevando la investigación de la causa. Y, según se deduce de la normativa citada, será el Fiscal el que va a decidir qué grabaciones se incluyen y cuáles no. Lo que obligará a las partes a recurrir su decisión al Juez de Garantías en caso de discrepancia.

No obstante, esta comparecencia para el examen de las grabaciones puede sustituirse por la formulación de observaciones por escrito (art. 366.3 del PLECr), lo cual tiene su lógica si ya estamos incurso en un proceso penal donde la persona

investigada ya conoce su situación por haberse llevado a cabo la comparecencia del art. 557.

El art. 588 ter i) dice en su apartado 1 que “alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas”. Lo cual coincide con el PLECr.

El art. 588 ter i) sigue diciendo que “si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos”. Y añade que se hará constar de forma expresa si no se incluye la totalidad de la grabación transcrita.

Esta omisión de ciertas grabaciones por afectar a la vida íntima de las personas no aparece recogida en el art. 366 del PLECr. Por lo que, en principio, parece que las grabaciones deben entregarse íntegras a las partes.

Actualmente dice el apartado 2 del art. 588 ter i) de la LECr que, una vez examinadas las grabaciones en el plazo que el Juez haya dado para ello, las partes podrán solicitarle la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. Y será el propio Juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, quien decida sobre su exclusión o incorporación a la causa

Por último, en cuanto al uso de las grabaciones en el juicio oral, el art. 367 del PLECr dice que “si el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes pretendiera hacer valer el contenido de las grabaciones en el juicio oral, se procederá a transcribirlas, lo que se efectuará en el plazo más breve posible dando copia a todas las partes”. De lo que se concluye que la transcripción ha de hacerse por la Fiscalía. Y que esta transcripción debe estudiarse por las partes en este momento procesal, a las que se les va a dar traslado de ello. Este es el momento de impugnar el contenido de las comunicaciones obtenidas.

Y es que el apartado 2 de este mismo precepto dice que “no se admitirán más impugnaciones del contenido de las comunicaciones obtenidas que las que se basen en

la existencia de indicios objetivos de manipulación”.

Termina este precepto diciendo que “sólo si los motivos de sospecha resultan suficientes, el tribunal dispondrá la realización de una comprobación pericial sobre el funcionamiento del sistema utilizado y su posible manipulación”.

Este apartado 2 se refiere ya al tribunal que va a enjuiciar los hechos.

2.3.2. Intervención de datos electrónicos de tráfico o asociados

2.3.2.1. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados

La incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados se regula en el art. 368 del proyecto de la nueva LECr, cuyo contenido es prácticamente idéntico al contenido del art. 588 ter j) de la actual LECr.

La única diferencia es que el proyecto añade que “la resolución judicial precisará la naturaleza de los datos que puedan ser conocidos y las razones que justifican la cesión”.

Por lo demás, debe significarse que ahora es el Fiscal el que solicita el permiso judicial cuando ello fuera preciso para proceder a la intervención, por lo que la policía a quien debe dirigirse ya no es al Juez de Instrucción, sino al Fiscal que dirige la investigación, el cual solicitará la autorización judicial si así lo considera oportuno.

2.3.2.2. Acceso a los datos necesarios para la identificación del usuario y del terminal en el PLECr

Esta cuestión se regula en los arts. 369 a 371 del PLECr.

Al igual que ocurre en el apartado anterior, las diferencias con la actual LECr también son mínimas, principalmente en cuanto al procedimiento de información y de solicitud de autorización judicial.

La Policía Judicial a quien va a informar es al Fiscal, que será el encargado de

solicitar la autorización judicial cuando ello sea necesario.

3. CAPTACIÓN DE LA IMAGEN EN LUGARES O ESPACIOS PÚBLICOS

3.1. DERECHOS AFECTADOS

Una primera cuestión que llama la atención en relación con la medida de investigación consistente en la captación de la imagen en lugares o espacios públicos, tal y como nos recuerda Bellido Penadés, es que “es la única diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales que no está sujeta al requisito de la previa autorización judicial, sino que se admite que se adopte por la policía judicial por su propia autoridad y sin necesidad de posterior ratificación judicial”¹⁴⁹; salvo que se trate de imágenes complementarias a la medida de grabación de las comunicaciones orales, en cuyo caso sí necesita autorización judicial previa.

Esta idea la justifica el legislador en el Preámbulo de la Ley 13/2015 diciendo que “se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del art. 18 de nuestro texto constitucional”¹⁵⁰.

Sin embargo, hay autores que no opinan así. Delgado Martín considera que uno de los derechos fundamentales que puede verse afectado es el derecho a la propia imagen. También a la intimidad cuando se refiera a determinados aspectos de la vida privada del sujeto. Y a la inviolabilidad del domicilio, si la captación se realizase en el propio domicilio del titular. También puede verse afectado el derecho a la protección de datos personales del art. 18.8 de la CE, dado que la imagen es un dato de carácter personal¹⁵¹.

Por su parte, Santos Martínez considera que la afirmación del Preámbulo de la Ley 13/2015 que citamos puede ser discutible, aunque añade que “lo cierto es que

149 R. BELLIDO PENADÉS, *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuesta de reforma)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p.233.

150 Vid. Apartado IV del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, BOE nº 239, de 6 de octubre de 2015.

151 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 492

tradicionalmente ha sido admitida la diligencia de gestión e investigación de las imágenes obtenidas a través de cámaras de videovigilancia como una medida policial que no precisa autorización judicial para su validez así como la obtención de imágenes en la vía pública”¹⁵².

En relación con el derecho a la propia imagen, dice la STEDH de 27 de mayo de 2014¹⁵³ “que la noción de «vida privada» es una noción amplia, no susceptible de una definición exhaustiva, que cubre la integridad física y moral de la persona y, por tanto, engloba múltiples aspectos de la identidad de un individuo, tales como el nombre o los elementos que hacen referencia al derecho de imagen. Esta noción comprende las informaciones personales que un individuo puede legítimamente esperar que no sean publicadas sin su consentimiento. La publicación de una foto interfiere en la vida privada de una persona, aunque esta persona sea una persona pública. Con mayor motivo, el Tribunal afirma que la grabación de imágenes de vídeo constituye igualmente una injerencia en la vida privada de un individuo”.

Y a continuación, en esta misma sentencia, referida a un proceso civil en donde se llevó a cabo la grabación de imágenes por parte de un detective privado contratado por una compañía aseguradora, el Tribunal añade “que la imagen de un individuo es uno de los atributos principales de su personalidad, debido a que realza su originalidad y le permite diferenciarse de sus congéneres. El derecho de la persona a la protección de su imagen constituye así uno de los componentes esenciales de su plenitud personal y presupone principalmente el dominio por el individuo de su imagen. Si dicho dominio implica, en la mayoría de los casos, la posibilidad para el individuo de negarse a la difusión de su imagen comprende a la vez el derecho para oponerse a la captación, la conservación y la reproducción de ésta por terceras personas. En efecto, siendo la imagen una de las características vinculadas con la personalidad de cada uno, su protección efectiva presupone, en principio, el consentimiento del individuo desde su captación y no solo en el momento de su eventual difusión al público. En caso contrario, un atributo esencial de la personalidad podría ser guardado por terceras personas sin que el interesado tuviera el dominio sobre su eventual uso posterior”.

¹⁵² A. SANTOS MARTINEZ, *op cit*, p.207

¹⁵³ STEDH de 27 mayo 2014, caso De La Flor Cabrera contra España (par. 30 y 31)

Por su parte, el TC¹⁵⁴ ha dicho que “el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde”

Ahora bien, tal y como ocurre con cualquier otro derecho, el derecho a la propia imagen tampoco es un derecho absoluto, “pues puede ser perfectamente limitado bien por la propia voluntad del titular del derecho (que ha de prestarse mediante consentimiento inequívoco) bien por el ejercicio de otros derechos y libertades en los que aparezca un interés público prevalente —entre los que destacarían—, la prevención de un peligro real para la seguridad pública y la represión y castigo de infracciones penales en el campo procesal penal o derechos como el de a comunicar y recibir información veraz y de relevancia pública e interés general, que en el caso de personas con notoriedad pública se analiza más en abstracto y en el resto de supuestos de mera noticiabilidad, simplemente en concreto”¹⁵⁵.

Es doctrina reiterada del TC, que insiste en que “el derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado”. También señala que, aunque es cierto que el art. 18.1 de la CE no prevé la misma garantía de autorización judicial que el art. 18.3, cuando los agentes policiales en el ejercicio de sus funciones de investigación puedan llevar a cabo determinadas actuaciones que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre han de respetar las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad. Y precisando esta doctrina, ha venido estableciendo como “requisitos que proporcionan una justificación

154 STC 81/2001 de 26 marzo (FJ 2)

155 E. VELASCO NÚÑEZ, “Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal”, *Diario La Ley*, Nº 8595, 1 de septiembre de 2015.

constitucional objetiva y razonable a la injerencia policial en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto”¹⁵⁶.

El TS también tiene dicho que la obtención de imágenes en el espacio público no afecta a los derechos fundamentales a la intimidad ni a la propia imagen. En su sentencia 200/2017¹⁵⁷ dice que “la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad”. Y añade más adelante en esta misma sentencia que “no existe obstáculo para que las labores de investigación practicada por los agentes de la policía en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 282 LECrim¹⁵⁸, se extiendan a la captación de imágenes de personas dichas de manera subjetiva en los momentos en

¹⁵⁶ Vid. STC 115/2013 de 9 mayo (FJ 5º)

¹⁵⁷ STS 200/2017 de 27 marzo (FD 2º)

¹⁵⁸ Dispone el art. 282 de la LECr que “la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal”. A lo cual, añade este mismo precepto en su párrafo segundo que “si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”.

que se está fundadamente cometiendo un hecho ilícito ya que ningún derecho queda vulnerado si la filmación se realiza en vías públicas o espacios abiertos al público y que dicha labor de captación de imágenes por medios de reproducción mecánica, no precisa autorización judicial, la que sí es preceptiva y debe concederse por el órgano judicial en resolución motivada y proporcional al hecho a investigar, cuando se trata de domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede llegar la investigación policial, que debe limitarse a los exteriores”.

En los mismos términos se manifiesta en la STS de 30 de noviembre de 2020, en relación con la instalación de cámaras de grabación para la investigación de la causa de ciertas muertes violentas ocasionadas en un hospital. En este caso, las cámaras se instalan en un pasillo de distribución a las habitaciones del centro médico de forma sin que se observe el interior de las habitaciones, despachos o cuartos de los profesionales sanitarios, de modo que se considera que no se vulnera derecho fundamental alguno de los pacientes del personal sanitario del Centro. Además, se considera una medida proporcionada y ajustada a la gravedad del delito investigado. Y todo ello bajo control judicial¹⁵⁹.

También nos recuerda el TS que esta doctrina jurisprudencial es la que ha sido plasmada en la reforma procesal operada por L.O. 13/2015 al introducir el nuevo artículo 588 quinquies a) de la LECr.

Este tratamiento que hace la Ley sobre esta medida en los términos en los que está regulada actualmente, a juicio de Bellido Penadés “genera serias dudas de inconstitucionalidad respecto del régimen legal de captación de imágenes del art. 588 quinquies a) LECrim”. Y es que, considera este autor que “la regla general es que toda restricción de un derecho fundamental, entre ellos el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, o a la protección de datos personales, requiere el consentimiento del afectado, o previa autorización judicial”¹⁶⁰.

3.2. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA E INTERVENCIÓN JUDICIAL

Para el estudio de esta medida hemos de partir de un presupuesto fundamental
159 STS 569/2020, de 30 de octubre (FD 2º)
160 R. BELLIDO PENADÉS, *op cit*, p.240 y 241.

cual es el estudio de lo que se entiende por espacio o lugar público. Es preciso, por tanto, determinar la naturaleza pública o privada de un determinado y concreto lugar o espacio donde pueda llevarse a cabo la ejecución de la medida de investigación que estudiamos en este apartado.

Debemos tener en cuenta que el concepto de lo que se considera público o privado no se estima así en función de la titularidad dominical del lugar en cuestión, sino “desde la perspectiva de la privacidad y del ejercicio del derecho a la intimidad. De esta manera, la privacidad será el límite al que alcance el derecho a la intimidad del individuo”¹⁶¹ que el TC define como “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”¹⁶². Al respecto, insiste el TC en que “el derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”¹⁶³

El apartado nº 1 del art. 588 quinquies a) de la LECr dice que “la Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos”.

Por tanto y como puede deducirse de la simple lectura de este artículo, “la toma de imágenes del investigado en lugares o espacios públicos -incluyendo aquí, con carácter general, todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el art. 18.2 de la CE a la inviolabilidad domiciliaria o por el art. 18.1 a la intimidad- podrá ser decidida por propia iniciativa de los agentes de policía”. La cuestión, entonces, es determinar qué se considera lugar o espacio público, “pues no resulta fácil obtener unas reglas precisas, con vocación de generalidad y susceptibles de una rígida aplicación que orille las singularidades de cada caso concreto”¹⁶⁴.

161 Vid. Circular 4/2019 de 6 de Marzo de la Fiscalía General del Estado, sobre la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (epígrafe 2.5)

162 STC 236/2007 de 7 noviembre (FJ 11)

163 STC 144/1999 de 22 julio (FJ 8)

164 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op cit, p. 356

Insiste el TS, en su sentencia 272/2017, en que “lo relevante es discernir cuando se trata de un espacio reservado a la autorización judicial, domicilio o lugar cerrado, o cuando por propia iniciativa los agentes pueden captar las imágenes cuestionadas por tratarse de "lugares o espacios públicos", pues en estos, incluyendo con carácter general todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el artículo 18.2 CE a la inviolabilidad domiciliaria o por el artículo 18.1 a la intimidad, podrá ser decidida por propia iniciativa por los agentes de policía”¹⁶⁵.

Siguiendo a Martín Morales, podemos decir que “la tipología de los espacios, como ámbitos donde se llevan a cabo intervenciones restrictivas de derechos fundamentales, es la siguiente:

“1) Espacios domiciliarios.

“2) Espacios privados no domiciliarios, como un almacén, una finca rústica, un automóvil, etc.

“3) Espacios intermedios, esto es, espacios privados abiertos al público por decisión de su titular. Dentro de estos espacios intermedios podemos distinguir entre espacios abiertos al público en general (un comercio, por ejemplo), y espacios abiertos a un determinado colectivo (club privado).

“4) Espacios públicos, debiéndose diferenciar al respecto entre los que uso público, como la calle, y los espacios públicos patrimoniales, como por ejemplo el edificio que alberga las oficinas del Ayuntamiento”¹⁶⁶.

Hay otro dato a tener en cuenta, al cual también se refiere la STS 272/2017. Se trata de la finalidad de la medida de investigación en cuestión. Dice esta sentencia que “también debe tenerse en cuenta cuándo la utilización de cámaras en espacios públicos tiene un fin puramente preventivo pues el precepto citado, 588 quinquies a), está pensando preferentemente en una utilización concreta en función de la investigación de un hecho delictivo ya cometido y respecto del que la captación de imágenes resulta necesaria para identificar a los responsables”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ STS 272/2017 de 18 de abril (FD 3º)

¹⁶⁶ M. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 18.

¹⁶⁷ STS 272/2017 de 18 de abril (FD 3º)

Cosa distinta es el uso de videocámaras con funciones de vigilancia. Entendiendo por videovigilancia “el proceso de naturaleza mecánica de captación de imágenes, preferentemente en la vía o espacios públicos, por medio del uso de cámaras de video con la finalidad de ejercer una función de control preventivo de situaciones de riesgo”¹⁶⁸.

La LO 4/1997 de 4 de agosto¹⁶⁹, regula el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y su reglamento de desarrollo, RD 596/1999 de 16 de abril¹⁷⁰. Esta ley tiene por objeto la regulación de “la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública” (art. 1).

Dice el TS que “la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios públicos no vulnera derechos fundamentales si los aparatos de captación no invaden el espacio reservado para la intimidad de las personas”. Esta misma resolución reconoce que el material fotográfico y videográfico que se puede obtener en el ámbito público tiene un valor probatorio innegable, siempre y cuando se obtenga sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar¹⁷¹.

Admitir que todo aquello que está a la vista del ojo humano puede grabarse sin que ello afecte al derecho a la intimidad de los afectados no es correcto. Y es que, como recuerda Martín Morales, “la conocida máxima «donde llega el ojo debe poder llegar la cámara» no es del todo cierta. Eso sería tanto como afirmar que no existe derecho a la intimidad en los espacios públicos, y eso sencillamente no es así”. Sigue diciendo este autor que “aunque es cierto que en la calle no se puede lesionar el derecho a la intimidad por medio de fotos en abierto o panorámicas, si puede verse afectado este derecho a través de otro tipo de conductas lesivas” como las tomas con teleobjetivos de primeros

168 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.207

169 Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos

170 Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos

171 STS 409/2014 de 21 mayo (FD 2º)

planos de partes íntimas del cuerpo de los viandantes o con el uso de cámaras de visión nocturna, etc¹⁷².

Sin embargo, “el art. 588 quinquies a) está pensado preferentemente en una utilización ad hoc, para la investigación de un hecho delictivo ya cometido y respecto del que la captación de imágenes, acordada por los agentes de la autoridad, puede resultar necesaria para facilitar la identificación de los responsables¹⁷³” y, tal y como termina diciendo el propio precepto, “para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos”

Dice Santos Martínez que el hecho de que “el legislador autorice a la Policía Judicial para la captación de imágenes en lugares o espacios públicos no excluye el uso restrictivo de esta medida. Este carácter parece deducirse de la expresión «fuera necesario», entendiendo que la grabación de imágenes sólo procederá cuando no exista otro mecanismo menos lesivo que permita acceder a la misma información prevista a través de su uso”¹⁷⁴.

Gómez Soler considera que “la legalidad de la medida se sujeta, sin embargo, a la superación de un juicio de necesidad que descansa sobre la concurrencia de tres presupuestos. Se exige que la obtención y grabación de imágenes por la Policía Judicial tenga lugar cuando ello fuera necesario para facilitar los instrumentos o efectos del delito, para localizar los instrumentos o efectos del delito o para obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos, siempre que el investigado se encuentre en espacios públicos”¹⁷⁵.

No obstante, también hay que tener en cuenta que la medida está prevista para el esclarecimiento de hechos delictivos, independientemente del delito de que se trate, pudiendo ser utilizada prácticamente para cualquier investigación policial.

Sin embargo, si los arts. 588 bis a) y 588 bis c) de la LECr, que son
172 R. MARTÍN MORALES, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”, *Diario La Ley*, nº 6079, 6 de septiembre de 2004.

173 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 360

174 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, e, p. 213.

175 E. GÓMEZ SOLER, “La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Cuando la practica forense no puede esperar”, en *La nueva reforma procesal, derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 122.

disposiciones comunes a todas las medidas de investigación tecnológica, exigen a la autoridad judicial que justifique la autorización de este tipo de medidas de investigación, es lógico pensar que estos principios también han de ser de aplicación a la hora de ejecutarse la grabación de imágenes por la Policía, aunque sea en espacios públicos. Por tanto, “la motivación inicial ha de integrar la noticia del hecho delictivo, la probabilidad de su existencia, con expresión de buenas razones o fuertes presunciones, y la expresión de la implicación posible de la persona a investigar. (...) El resultado de la medida de injerencia se reputará legítimo en la medida en que se cumpla la finalidad a la que está orientada y se satisfagan los principios de necesidad y proporcionalidad”¹⁷⁶.

No en vano, el propio preámbulo de la Ley 13/2015 de reforma de la LECr dice que a todas las medidas de investigación tecnológica “resultan de aplicación las disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV” (refiriéndose a los arts. 588 bis a a 588 bis k). Y añade que “toda medida deberá responder al principio de especialidad”. Insistiendo más adelante en que “las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad”¹⁷⁷.

No hay un control judicial previo, pero nada impide que con posterioridad pueda impugnarse esta diligencia de investigación y sus resultados una vez que se incorpore en las actuaciones y las partes tengan acceso a su contenido, por cualquiera de las partes, por el Ministerio Fiscal o, incluso, de oficio por el propio Juez de instrucción.

Ahora bien, no podemos olvidar que estamos ante una medida que, tal y como comentábamos al principio de este epígrafe son varios los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la grabación policial de imágenes. Por eso, “el legislador introduce un recordatorio de la necesidad de operar con un criterio restrictivo. De hecho, añade dos presupuestos que, al menos de forma alternativa, han de concurrir y que, por tanto, habrán de hacerse explícitos en el atestado, a saber, la necesidad de la medida o la existencia de razones fundadas para concluir, aun en el plano indiciario, la

¹⁷⁶ Vid. E. GÓMEZ SOLER, *La nueva reforma procesal, derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 123

¹⁷⁷ Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE de 6 de octubre de 2015), Preámbulo, apartado IV.

relación del investigado con las personas o los hechos que están siendo investigadas”¹⁷⁸. De todas formas, no perdamos de vista que estamos ante grabaciones efectuadas en lugares públicos a la vista de cualquiera, y que no se pueden efectuar grabaciones orales de estos encuentros, salvo que se cuente con autorización judicial expresa para ello.

Por otra parte, es fundamental la entrega al Juez de las grabaciones sin demora, con la finalidad de disminuir las posibilidades de manipulación del material, lo que supone una medida de control judicial importante¹⁷⁹. En este sentido, dice el TS¹⁸⁰ que en principio “el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones”, pero que “es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial”. Y añade que “la razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. Y tal aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas”.

De este modo podemos concluir que la celeridad con que las grabaciones se pongan a disposición de la autoridad judicial es una garantía más del investigado porque va a permitir un mejor control judicial y su confrontación con otras pruebas permitiendo su examen también a las partes personadas en la causa.

3.3. TERCEROS AFECTADOS

El apartado nº 2 del artículo 588 quinquies a), añade a lo expuesto que “la medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la

178 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op cit, p. 360

179 Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, epígrafe 2.7.

180 STS 200/2017 de 27 marzo (FD 2º)

vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación”.

Estamos ante lo que Marchena y González-Cuéllar llaman “daños colaterales en la intimidad y en el derecho a la propia imagen de aquellas personas que, sin ser parte pasiva de la investigación en marcha, van a verse afectados por la decisión e la Policía de captar sus imágenes”¹⁸¹.

En este caso, “el legislador ha preferido concretar el sacrificio de los terceros, justificándolo por razones de utilidad o bien por la vinculación de éstos con el propio investigado o con los hechos investigados”¹⁸².

3.4. DURACIÓN DE LA MEDIDA

Otro aspecto a tener en cuenta es la duración de la medida de investigación. La ley no regula nada al respecto en el art. 588 quinquies a). Pero no cabe duda de que en ningún caso puede ser indefinida. Esto nos lleva al art. 588 bis e) de la LECr que dice que “las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”. Esto nos lleva a pensar, de acuerdo con Gómez Soler, que “a fin de no someter al investigado a una inacabable recopilación de material videográfico y fotográfico sobre sus actividades, debe entenderse que la duración habrá de ser proporcionada a los fines de la investigación («esclarecimiento de los hechos»), entendiendo la observancia del juicio de proporcionalidad conforme a los parámetros que proporciona el art. 588 bis a.5 LECr”¹⁸³.

3.5. GRABACIÓN DE SONIDOS O CONVERSACIONES

Por último, hemos de señalar que este precepto se refiere a la obtención de imágenes, no a la captación y grabación de sonidos ni de conversaciones. La Policía no puede captar y grabar conversaciones orales, aunque éstas tengan lugar en espacios públicos, salvo que cuente con autorización judicial expresa y previa, tal y como

¹⁸¹ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op cit, p. 360

¹⁸² A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p. 360

¹⁸³ E. GÓMEZ SOLER, *La nueva reforma procesal, derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, cit, p. 124

dispone el art. 588 quater a) de la LECr.

3.6. CAPTACIÓN DE LA IMAGEN EN EL PLECR

3.6.1. Regulación y ejecución de la medida

Como hemos visto, la actual LECr dedica el Capítulo VII a la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Hay dos regulaciones diferenciadas, una para la captación de imágenes en lugares o espacios públicos (arts. 588 quinquies a), y otra para la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización (arts. 588 quinquies b) y 588 quinquies c)).

Sin embargo, el proyecto difiere bastante de la normativa actual en cuanto a concepción de la medida y en cuanto a los requisitos exigidos para ello. También la regulación es más extensa.

Como decimos, la regulación cambia. El PLECr regula esta materia en el Título III que denomina “Observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen” (arts. 394 a 404).

El proyecto regula de forma conjunta y entrelazada las medidas que llama de vigilancia física y sistemática, en donde pueden utilizarse los medios de seguimiento y localización o de obtención de imágenes.

El art. 394.1 de PLECr permite a la Policía la realización de labores de vigilancia u observación de personas, lugares o cosas que puedan estar relacionadas con el hecho delictivo objeto de la investigación. Esta labor la puede hacer para averiguar los delitos, descubrir a los responsables de su comisión o averiguar su paradero. Es una labor que la Policía realizará por sí misma o por orden del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, el apartado 2 de este precepto dice que estas labores se realizarán exclusivamente en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto o público. Y añade el precepto que “no podrán realizarse de forma sistemática o utilizando dispositivos o

instrumentos técnicos de seguimiento y localización u obtención de imágenes sin la correspondiente autorización”.

Consideramos que esta autorización debe venir del Juez de Garantías, tal y como más adelante se expone, y en la misma línea de otras medidas restrictivas ya comentadas.

La actual LECr en cuanto a la captación de imágenes en la vía pública deja claro que la Policía Judicial puede obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello es necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos (art. 588 quinquies a) de la LECr.).

Incluso se permite esta medida sin necesidad de autorización judicial, aunque “afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación”.

Por tanto, actualmente sí se permite la captación de imágenes en espacios públicos sin necesidad de autorización judicial, salvo que se trate de imágenes complementarias a la captación de grabaciones de conversaciones orales, en cuyo caso se requerirá esta autorización judicial, tal y como dispone el art. 588 quáter a) de la LECr.

Por otra parte, el art. 588 quinquies b), en relación con la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, dispone que el Juez debe autorizar su uso siempre y cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada. Y, además, la autorización debe especificar el medio técnico que va a ser utilizado.

El PLECr introduce un concepto nuevo: es el de vigilancia sistemática, que veremos más adelante en el apartado dedicado a la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. Dice el apartado 1 del art. 395 que “se entiende

por vigilancia sistemática la realizada por funcionarios de policía cuando la misma se prolongue durante más de treinta y seis horas ininterrumpidamente o durante más de cinco días consecutivos o durante más de cinco días no consecutivos repartidos en el período de un mes”.

3.6.2. Afectación de terceros

Nada prevé el PLECr sobre la afectación de terceros en relación con la medida de vigilancia física, salvo que se trata de vigilancia sistemática o se proceda con la utilización de medios técnicos de localización y seguimiento o de obtención de imágenes. En estos últimos casos sólo podrá dirigirse contra la persona o peonas investigadas (art. 395 PLECr).

3.6.3. Duración de la medida

El proyecto de LECr no prevé ningún límite temporal para las medidas de vigilancia física simple o propiamente dicha. Y es que hay que tener en cuenta que, si la vigilancia física se prolonga durante más de treinta y seis horas ininterrumpidamente o durante más de cinco días consecutivos o durante más de cinco días no consecutivos repartidos en el período de un mes, nos encontramos ya ante lo que el PLECr denomina vigilancia sistemática (art. 395 PLECr), tal y como ya hemos avanzado más arriba.

La medida de vigilancia sistemática o mediante la utilización de medios técnicos de seguimiento, localización o de obtención de imágenes, sí tiene un plazo máximo establecido. El art. 399 del PLECr dice que estas medidas no podrán exceder de tres meses a partir de la fecha de autorización.

3.6.4. Grabación de sonidos o conversaciones

En este sentido, el PLECr, en su art. 383.3, que dice que “la escucha y grabación de las conversaciones privadas podrá complementarse con la obtención de imágenes de la persona investigada y de quienes acudan a su encuentro”, se manifiesta en los mismos términos que la actual LECr. Lo cual nos remite al estudio de la normativa que regula la captación de las grabaciones y comunicaciones orales.

4. UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS O MEDIOS TÉCNICOS DE SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN

4.1. INTRODUCCIÓN

Una técnica clásica de investigación policial consiste en el seguimiento del sospechoso. Si bien, los avances tecnológicos de los últimos años han traído determinados medios técnicos que permiten realizar seguimientos policiales a través de instrumentos o dispositivos mecánicos y electrónicos, todos ellos con una precisión cada vez mayor. “Es lo que suele denominarse tecnovigilancia, que incluye el uso de cámaras, aparatos de escucha, rastreos informáticos, balizas o seguimientos informáticos que permiten, con notable grado de precisión y exactitud, la obtención de datos que vinculan espacialmente al individuo con el hecho investigado”¹⁸⁴.

Esta medida de investigación se regula en los arts. 588 quinquies b) y 588 quinquies c) de la LECr. Estos preceptos se encuentran en el Capítulo VII del Título VIII, donde se regula la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

Se trata de una medida de investigación que incluye la utilización de determinados mecanismos técnicos “destinados a localizar y seguir a un objetivo de la investigación (persona, medio de transporte o cosa) de tal forma que permita a la Policía determinar su posición en el espacio (geolocalización)”¹⁸⁵. Siendo posible dos opciones: la geolocalización de dispositivos electrónicos de comunicación y la utilización de balizas o similares.

Dice el TS que “lo que contempla este precepto es la instalación de un dispositivo técnico que, durante un plazo determinado, permita conocer las coordenadas geográficas en las que se sitúa el investigado con independencia de que se valga o no de un equipo determinado para sus comunicaciones electrónicas”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p. 215.

¹⁸⁵ J. DELGADO MARTÍN, op cit, p.505

¹⁸⁶ STS 291/2021, de 7 de abril (FD 4º)

4.2. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS

Los arts. 588 quinquies b) y 588 quinquies c) regulan el régimen jurídico aplicable en el caso de seguimiento y localización de las personas en determinados supuestos. Dispone el nº 1 del primero de los preceptos citados que “cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización”.

Los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la ejecución de la medida pueden ser varios. Martín Morales dice que “los derechos fundamentales más expuestos cuando se practica un seguimiento policial son el derecho a la intimidad y la libertad deambulatoria de la persona seguida (art. 18.1 y 19 CE)”. Este autor considera además que hay otra categoría constitucional que explica fielmente el sentimiento de quienes soportan seguimientos indiscriminados, se trata del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Añade, además, que “las aplicaciones tecnológicas vinculadas a un seguimiento físico no se pueden considerar propiamente una recogida de datos de carácter personal, pero el posterior uso indebido que pueda hacerse de esas imágenes y sonidos puede afectar al art. 18.4 CE”¹⁸⁷.

Delgado Martín considera que “la utilización de estos mecanismos no afecta en forma alguna al derecho al secreto de comunicaciones, dado que no se refieren a ningún proceso de comunicación entre personas. Sin embargo, el conocimiento de la situación en el espacio de una persona sí que afecta a su derecho a la intimidad, y cuanto mayor sea la extensión en el tiempo de esta medida, más grave será la injerencia en este derecho a la intimidad”¹⁸⁸. Un ejemplo de ello lo tenemos en el uso de teléfono móvil donde se permite desde un punto de vista técnico la geolocalización del terminal, incluso a través de SITEL, tal y como hemos visto más arriba. Uno de los riesgos que tiene la geolocalización, tal y como mantiene Batuecas Caletrío, es la vulneración de la intimidad que puede sufrir la persona física. Dice este autor que “la afectación de la intimidad es resultado, por una parte, de la tendencia generalizada que existe entre los usuarios de los dispositivos móviles a mantener estos aparatos muy cerca de ellos

187 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 12 y 13

188 J. DELGADO MARTÍN, op cit, p. 507.

(especialmente el teléfono móvil), estableciéndose un vínculo de proximidad estrecho entre la persona y el dispositivo y, por otra parte, del desarrollo tecnológico actual, que posibilita una localización permanente de los terminales y, al mismo tiempo, la identificación directa y rápida del propietario del dispositivo”. De esta forma, basta con relacionar los datos de posicionamiento de un terminal con los de quien ostenta su propiedad para llegar a conocer detalles de la vida de las personas¹⁸⁹.

Martín Morales dice que “nada impide una eventual lesión de la intimidad en la vía pública, porque las formas de intromisión lesiva en este derecho son muy variadas, ya que se trata del derecho fundamental más polifacético que existe. La protección de la privacidad va más allá del ámbito familiar privado, alcanzando otras capas de interacción social”. Y añade este autor que “la intimidad es susceptible de ser lesionada en la calle (...) a través de la utilización subrepticia de dispositivos de localización o seguimiento, o estableciendo un seguimiento físico indiscriminado o desproporcionado”¹⁹⁰.

Por su parte, Richard González afirma que “queda afectado el derecho genérico a la intimidad y principalmente el derecho a la libertad de circulación (art. 19 CE), que impide que se pueda coartar la libertad deambulatoria excepto en los casos expresamente previstos en la ley”. Añade este autor que en el caso de la medida de investigación que nos ocupa “se controla la libertad personal sin conocimiento del investigado y con ello también su intimidad en tanto que se conocerán todos los lugares y personas que visita”¹⁹¹.

El TEDH¹⁹² nos recuerda que “la recogida y la conservación sistemática de información por parte de los servicios de seguridad sobre ciertos individuos, aun sin recurrir a métodos de vigilancia secreta, constituían una injerencia en la vida privada de dichas personas”. Y añade más adelante, en relación con el concreto objeto de nuestro estudio, que “se debe distinguir, según su naturaleza, la vigilancia por GPS de otros métodos de vigilancia por medios visuales o acústicos que, en general, son más

189 A. BATUECAS CALETRÍO, “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, *Derecho Privado y Constitucional*, Nº 29, enero diciembre 2015, p. 49.

190 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 14.

191 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.214

192 STEDH de 2 de septiembre de 2010, Caso Uzun contra Alemania.

susceptibles de dañar el derecho al respeto de la vida privada de una persona porque desvelan más información sobre su conducta, sus opiniones o sentimientos. Teniendo en cuenta el principio consagrado por su jurisprudencia, el Tribunal estima, sin embargo, que los aspectos mencionados son suficientes para concluir que, en este caso, la vigilancia por GPS del demandante, así como el tratamiento y la utilización de los datos obtenidos de esta forma en las condiciones que anteceden, constituyen una injerencia en la vida privada del interesado protegida por el artículo 8 párrafo 1”.

El TS, en su sentencia 141/2020¹⁹³ dice que en esta medida de investigación la afectación a la intimidad es incuestionable. Considera que “la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos que está ya fuera de cualquier duda”.

Y añade el TS en esta misma resolución que “es cierto que el conocimiento por los poderes públicos, en el marco de una investigación penal, de la ubicación espacio-temporal del sospechoso, encierra una injerencia de menor intensidad que otros actos de investigación perfectamente imaginables (...). Sin embargo, tal forma de razonar no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión estatal que la utilización de un GPS representa en el círculo de derechos fundamentales de cualquier ciudadano. No faltarán los casos en que el conocimiento del lugar exacto en que se halla una persona se limite a otorgar una ventaja operativa a los investigadores. Pero son también imaginables espacios de ubicación que pierden su aparente neutralidad para precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. La asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica, son datos personales que pueden afectar al núcleo duro de la intimidad y quedar al descubierto si no se protege adecuadamente al ciudadano frente a la tentación de los poderes públicos de extremar injustificadamente los mecanismos de injerencia”.

4.3. TITULAR DEL DERECHO

¹⁹³ STS 141/2020 de 13 mayo (FD 2.2)

“Cuando la Policía Judicial practica un seguimiento, la consideración de sujeto pasivo la tiene la persona o personas que están siendo investigadas”. Sin embargo, terceros ajenos a la investigación, también podrán verse afectados, pero, como opina Martín Morales, esta circunstancia no tiene por qué ser constitucionalmente problemática, “aunque lógicamente la autorización judicial deberá fundamentar con precisión las circunstancias concretas que justifique el alcance subjetivo del seguimiento cuando éste lleve aparejada la grabación de conversaciones o la utilización de dispositivos de localización que puedan alcanzar a terceros”¹⁹⁴.

Por otro parte, es preciso destacar, siguiendo a Núñez Velasco, que las máquinas o las tecnologías no son en sí mismas sujetos de derechos fundamentales, sino únicamente las personas, lo que “hay que interpretar en el sentido de que no es necesario solicitar permiso judicial para colocar una baliza -dispositivo beeper- en el curso de una investigación penal (...) si el objeto geolocalizado en concreto no guarda relación de cotidianidad con la vida privada del investigado, que es lo que fundamente la intervención garantista del Juez”¹⁹⁵.

No es lo mismo la colocación de una baliza de seguimiento en el vehículo que usa habitualmente el sospechoso, que instalar este mismo dispositivo en un contenedor de un barco mercante. Reyes López considera que el primer supuesto puede reputarse una injerencia en la intimidad del investigado en grado mínimo o de baja intensidad, lo cual, en todo caso, exige autorización judicial, “sin olvidar que el sistema de GPS utilizado sólo servirá para controlar la posición del vehículo, pero sin que se pudiese registrar ningún tipo de sonido, ni de imagen, es decir, que el seguimiento no será propiamente personal, sino del vehículo, pues, con este sistema no se llega a conocer, siquiera, quien se hallaba al volante del mismo”. En el segundo supuesto que planteábamos (colocación de una baliza de seguimiento en un contenedor en un barco de carga), cabría preguntarse si es necesaria la autorización judicial o bastaría la habilitación normativa de los arts. 282 y 789 de la LECr, que aún siguen vigentes. Reyes López opina que “si no hay colisión con el derecho a la intimidad, difícilmente debe poner en marcha el recurso a la autorización judicial”. Por tanto, concluye este autor que “cuando la utilización de una baliza pueda entrar en colisión, aunque sea

194 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 17

195 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 117

remotamente, con el derecho a la intimidad de un sospechoso, será necesario obtener autorización judicial”¹⁹⁶.

4.4. CLASES DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS

De la lectura del art. 588 quinquies b) obtenemos dos datos significativos. El primero de ellos es que la medida requiere autorización judicial; y el segundo dato es que la ley no especifica qué tipo de dispositivo se puede utilizar dejando la puerta abierta al desarrollo y avance de la tecnología existente en cada momento.

Sin embargo, la Circular 4/2019 de la FGE considera que “serían dos los sistemas de geolocalización que pueden ser utilizados para el seguimiento y localización de un investigado. El primero, consistente en el uso de un dispositivo GPS o similar, controlado por la Policía Judicial, que se instalara en un vehículo o cualquier otro objeto que pudiera llevar consigo el investigado, permitiendo de este modo vigilar sus desplazamientos o ubicaciones; el segundo, mediante la obtención de los datos de localización GSM que pudiera generar el dispositivo de telefonía móvil del investigado, datos éstos en poder de la compañía de telecomunicaciones. En el primer caso estaríamos en presencia de lo que el art. 588 quinquies b llama dispositivos técnicos de seguimiento y localización, mientras que, en el segundo, se trataría de lo que denomina medios técnicos de seguimiento y localización”¹⁹⁷.

De todas formas, Se trata del uso de dispositivos de seguimiento y localización que hagan posible el control de los movimientos del investigado, así como la determinación de lugares estratégicos para el desarrollo de la actividad delictiva¹⁹⁸.

4.5. INTERVENCIÓN JUDICIAL

4.5.1. Juez competente

La propia exposición de motivos de la Ley 13/2015¹⁹⁹ insiste en la incidencia

196 Vid. J. IGNACIO REYES LÓPEZ, “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 4/2016.

197 Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (epígrafe 3.3).

198 E. GÓMEZ SOLER, op cit, p. 127

que para la intimidad de cualquier persona tiene el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial. Por eso considera preciso que la autorización para ejecutar esta medida se atribuya al Juez.

El art. 588 quinquies b) de la LECr dispone que quien ha de autorizar la medida es el “juez competente”. Santos Martínez dice “a fin de evitar seguimientos prospectivos la medida sólo se acordará cuanto existiera una causa abierta, por lo que corresponderá su autorización al Juez instructor conocedor de dicha causa”²⁰⁰.

Sin embargo, si la autorización la diera el Juez de guardia, ya que por motivos de urgencia se acudiera a él, o el de cualquier otro partido judicial, por llevarse a cabo la ejecución material en dicho lugar, este autor considera que son actuaciones judiciales válidas y que no comprometen la validez de la medida. “Y ello porque la actuación de cualquier Juez con jurisdicción penal será válida con independencia de que finalmente se declare su incompetencia y el conocimiento de la causa sea asumido por otro órgano judicial”²⁰¹.

4.5.2. Petición de la medida

Ninguno de los dos preceptos que regulan de forma particular la medida que estudiamos en este apartado tienen disposición alguna sobre los requisitos que deben concurrir en la solicitud que pudiera presentarse ante el Juez de instrucción. Lo cual nos lleva al art. 588 bis b), en cuyo apartado nº 2 regula el contenido que ha de contener la solicitud de la medida de investigación²⁰².

199 Ley 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, apartado IV del preámbulo.

200 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 219

201 *Ibidem*, p. 219

202 El apartado nº 2 del art. 588 bis b) de la LECr dice que el contenido de la petición deber ser el siguiente: 1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. 2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. 3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida. 4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido. 5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. 6.º La forma de ejecución de la medida. 7.º La duración de la medida que se solicita. 8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse

4.5.3. Resolución judicial habilitante

El apartado 1º del art. 588 quinquies b) requiere expresamente la autorización judicial para la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. De modo que “es necesaria autorización judicial y se trata de una exigencia derivada de la reserva judicial implícita de los artículos 18.1 y 19 CE. La LOMLER la reitera expresamente y la desarrolla a nivel de legalidad en los arts. 588 quinquies b) y quinquies c).” Aunque, como ahora veremos más adelante, “se permite la colocación del artificio técnico sin previa autorización en hipótesis de urgencia, dando cuenta al Juez en el plazo máximo de 24 horas (...)”²⁰³.

El TS nos recuerda que “el legislador español, en la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (...) ha optado, cuando se utilizan dichos dispositivos, por la necesidad de la autorización judicial si bien prevé, que cuando concurren razones de urgencia, la Policía judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta, a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de 24 horas, a la autoridad judicial, que podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto determina el efecto señalando que la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso”²⁰⁴.

Sigue diciendo esta misma sentencia que “resulta pues evidente que, a partir de la entrada en vigor de la mencionada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la policía judicial española necesita autorización judicial para la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento o localización cuando puede resultar afectado el derecho a la intimidad de una persona”.

La norma dispone que cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el Juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. Dice Santos Martínez que “la medida que, en principio no podrá tener un carácter prospectivo o indiscriminado, puede tener como objeto la averiguación del paradero del investigado y, eventualmente,

²⁰³ R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 27
²⁰⁴ STS 610/2016 de 7 julio (FD 1º)

la ubicación de efectos del delito”²⁰⁵.

Del contenido de los preceptos que regulan la medida que estudiamos ahora, vemos que no hay un juicio explícito de proporcionalidad. La ley no define parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que pudiera estar siendo objeto de investigación. Tampoco en sede de disposiciones comunes se establece límite alguno respecto de la pena mínima atribuida a los delitos investigados para poder acordar cualquier medida de investigación tecnológica. “De modo que podrá acordarse esta medida para investigar cualquier clase de delito únicamente estando limitado el Juez por la ponderación genérica que siempre se debe realizar entre la necesidad de acordar la medida para el buen fin de la investigación y los derechos que resultarán afectados”²⁰⁶. En este sentido el TS dice que, aunque el legislador no se ha ocupado de definir parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que está siendo objeto de investigación, “los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante”. Y añade que por eso, “lejos de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, su necesidad se ve reforzada por esa misma ausencia”²⁰⁷.

De esta forma, Martín Morales considera que el parámetro de la proporcionalidad resulta esencial. Este autor afirma que “el test de proporcionalidad nos permite medir el carácter más o menos invasivo de la tecnología aplicada a un seguimiento (proporcionalidad de los medios), así como su desarrollo más o menos sistemático y permanente en el tiempo (proporcionalidad en la duración de la medida). También nos permite, tomando como referencia la finalidad del mismo, ponderar la gravedad mínima que debería revestir el ilícito que se pretende investigar (proporcionalidad en los fines)”²⁰⁸.

Por su parte, Marchena y González-Cuéllar consideran que “este silencio no puede interpretarse, sin embargo, como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por los arts. 588 bis a)”. De hecho, afirman que “los principios de

205 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 218

206 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.213

207 STS 291/2021, de 7 de abril (FD 4º)

208 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 20

proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que lejos de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, su necesidad se ve reforzada por esta misma ausencia”²⁰⁹.

No en vano, el TS ha venido estableciendo como “requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia policial en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (por todas, STC 173/2011 , FJ 2, y la jurisprudencia allí citada)”²¹⁰.

De todas formas, no podemos olvidar que la ejecución de cualquier medida de investigación tecnológica está sujeta a los principios generales regulados en el Capítulo IV (arts. 588 bis a) a 588 bis k) de la LECr.).

El apartado 1 del primero de estos artículos dice que “durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida”. De modo que con independencia de que la regulación de la medida de investigación concreta tenga alguna disposición específica para dicha medida, siempre habrán de tenerse presentes los principios señalados con carácter

²⁰⁹ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 366
²¹⁰ STS.610/2016 de 7 julio (FD 1º)

general.

En estos mismos términos se manifiesta el TS²¹¹, que dice así:

“La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado. Es preciso reconocer que, a diferencia de lo que acontece con otras medidas de injerencia -cfr. arts. 588 ter a) o 588 quater b)-, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante”.

Por estos motivos, el TS rechaza “el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos”. Motivo que, a la vista de lo expuesto, no puede ser admitido.

El art. 588 quinquies b) dispone, además, que “la autorización deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado”, añadiendo que “los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e están obligados a prestar al Juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia”.

Decíamos más arriba que del contenido de la norma que estudiamos deducíamos dos sistemas de geolocalización, uno por sistema de GPS controlado por la Policía

211 STS 141/2020 de 13 mayo (FD 2.2.)

Judicial, y otro consistente en la obtención de datos de localización GSM generados por el dispositivo de telefonía del investigado.

Por tanto, cuando se trate de dispositivos GPS, será la Policía Judicial la que directamente controle y obtenga los datos de posicionamiento que genere el dispositivo. Por este motivo, será a la Policía a quien deberá dirigir el Juez de Instrucción el oficio acordando esta medida. Sin embargo, en el caso de localización GSM, el oficio judicial deberá dirigirse a las compañías de telecomunicaciones las cuales están obligadas a colaborar en los términos requeridos judicialmente.

No obstante, en este segundo supuesto “se exceptuarán las situaciones en las que la incorporación al proceso de los datos asociados haya sido acordada en una resolución judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas, en las que resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en el Capítulo V, referidas a la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas”²¹².

Por otra parte, tal y como adelantábamos antes, las máquinas o las tecnologías no son en sí mismas sujetos de derechos fundamentales, por lo que considerábamos que no era preciso interesar autorización judicial para instalar balizas de seguimiento en dichos elementos. De la misma opinión es Delgado Martín, que dice que “en la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización en objetos desligados de personas, es difícil defender la necesidad de autorización judicial cuando no resulten afectados de ningún modo derechos fundamentales del investigado (por ejemplo, dinero en un rescate)”²¹³.

4.5.4. Cláusula de urgencia

La LECr tiene prevista una excepción a la regla general que impone la necesaria autorización judicial previa para la ejecución de la medida de investigación.

Dispone el apartado 4 del art. 588 quinquies b) de la LECr que “cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse

²¹² Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (epígrafe 3.3).

²¹³ J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 508

inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso”.

La intervención judicial va a ser a posteriori, una vez que se esté ejecutando la medida. Y, además, “la norma recurre al empleo de conceptos jurídicos indeterminados («razones de urgencia», «razonablemente temer», «inmediatamente»), diseñando una situación límite, a modo de presupuesto habilitante, para que la Policía pueda prescindir de la autorización judicial”. Sin embargo, “con la posposición del control judicial se corre el riesgo de que el contenido del derecho pueda ser devaluado cuando el carácter previo de la autorización judicial sea una exigencia que forme parte del contenido constitucional del derecho”²¹⁴. “Porque no se puede desplazar sin más, el fundamento de la garantía de la reserva judicial desde el derecho fundamental sustantivo al derecho fundamental procesal. No basta con garantizar al afectado su posterior derecho a recurrir, como si no estuviese también en juego el derecho fundamental sustantivo.”²¹⁵

Marchena y González-Cuéllar consideran que “la garantía judicial sigue operando como exigencia irrenunciable para la validez procesal de la diligencia. La única singularidad radica en que adopta la forma de una ratificación que ha de producirse inmediatamente después de la comunicación por los agentes, en el plazo máximo de 24 horas, desde la instalación. El rechazo de la medida, como es lógico, conlleva la pérdida de efectos de la información obtenida”²¹⁶.

Como vemos, la iniciativa policial puede actuar inicialmente sin autorización judicial, aunque precisará el posterior refrendo judicial. Por ello, dice Santos Martínez, “el legislador exige que, a la mayor brevedad, la Policía Judicial comunique su actuación y justifique los motivos que le han llevado a la adopción de la medida”. De modo que la Policía ha de acreditar y justificar los motivos una vez que se presente ante la autoridad judicial para la ratificación de su intervención. Considera este autor que del

214 E. GÓMEZ SOLER, *op cit*, p. 130

215 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit, p. 31

216 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 367

redactado del apartado 4 del art. 588 quinquies b) de la LECr se puede considerar que ha de haber una comunicación informal inmediata -pues sólo así se cumpliría con la obligación de comunicar la medida a la mayor brevedad posible-. A esta comunicación primera sucederá otra más formal (en el plazo de 24 horas) que “vendrá acompañada de oficio informativo donde se especifique el objeto de la medida, el mecanismo o dispositivo utilizado, la persona investigada así como los motivos y razones de urgencia que han llevado a la adopción de la medida. (...) La existencia de esta doble comunicación resulta ineludible. Si no fuera así, resultaría muy complicado para el juez de instrucción determinar con precisión los límites temporales que fija la LECr y por ende podría dar lugar a la práctica de actuaciones abusivas”²¹⁷.

4.5.5. Control de la ejecución

Hemos de partir de la consideración que hace el TC sobre el necesario control judicial de las medidas de investigación ya que este control formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental que se puede ver afectado²¹⁸.

Nada especifican los artículos 588 quinquies b) y 588 quinquies c), reguladores del régimen jurídico de la medida que estudiamos sobre el control judicial que debe ejercerse sobre la ejecución de la intervención policial, salvo el último apartado del art. 588 quinquies c) que textualmente dice que “la Policía Judicial entregará al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones”.

Además, no podemos olvidar que entre las disposiciones generales que contiene el capítulo IV del Título VIII del Libro II se incluye el art. 588 bis c), dispone que la resolución judicial que autorice la medida ha de concretar, entre otros extremos, “la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida”.

De modo que “es al Juez de instrucción al que incumbe, en consecuencia, la definición del sistema de control que estime pertinente. (...) Sólo un control judicial

²¹⁷ Vid. A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 223-224

²¹⁸ STC 239/2006 de 17 de julio (FJ 4º)

próximo, efectivo, que analice periódicamente las razones para el mantenimiento o la cesación de la medida, cumple con las exigencias impuestas por los principios que legitiman la restricción de la privacidad que es inherente a la medida”²¹⁹.

De hecho, como hemos visto en la redacción del apartado 3 del art. 588 quinquies c), el Juez puede pedir en cualquier momento los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida. Y esta documentación, en todo caso se le debe de entregar cuando terminen las investigaciones.

Además, esta disposición “regula el régimen de custodia de la información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización, presidido por un fin esencial: evitar su utilización indebida”. De esta forma se pretende una adecuada y más segura conservación de la información durante el procedimiento, para garantizar así el derecho de las partes al examen de las fuentes de información y a la posibilidad de someterla a contradicción con cualquier otro tipo de prueba de contraste o de control de su autenticidad o veracidad²²⁰.

4.6. DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA

Hemos de partir del art. 588 bis e), que dice que “las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”. Lo que nos lleva al art. 588 quinquies c) y a insistir en que, independientemente del plazo máximo previsto en la norma, en ningún caso ha de durar más de o que sea estrictamente imprescindible durante la investigación judicial.

El art. 588 quinquies c) permite una duración máxima de tres meses, que empezará a contar a partir de la fecha de su autorización. Este precepto añade que el Juez “podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida”.

“No especifica el legislador cuándo la excepcionalidad podrá permitir la dilación

²¹⁹ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 369

²²⁰ E. GÓMEZ SOLER, *op cit*, p. 132

temporal, por lo que ésta quedará en todo caso sometida a criterio judicial”²²¹. Si bien, “una duración prorrogada, de carácter máximo, de 18 meses sólo puede justificarse a la vista de la gravedad del hecho investigado y de la utilidad de la medida. Y, por supuesto, sólo es legítima a partir de una resolución judicial motivada que explique, a la vista de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, la justificación del sacrificio del derecho a la intimidad”²²².

La prórroga está sujeta a los requisitos exigidos en el art. 588 bis f), por lo que deberán respetarse los plazos que se establecen en este precepto. La pueden pedir tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial, dirigiéndose al Juez competente antes de que expire el plazo concedido inicialmente, y con antelación suficiente para que pueda estudiarse la solicitud y resolver al respecto.

La petición debe incluir en todo caso: “a) Un informe detallado del resultado de la medida, y b) Las razones que justifiquen la continuación de la misma”. Nótese que el Juez podrá acordar la prórroga “si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida” tal y como textualmente dice la norma.

El juez deber resolver sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado. Para ello se le concede un plazo de dos días, aunque antes de dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información, entendiéndose que este plazo quedaría suspendido hasta que obtuviera respuesta.

Por último, dispone el art. 588 bis f) que una vez que se conceda la prórroga, “su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada”.

4.7. REGULACIÓN DE ESTA MEDIDA EN EL PLECR

4.7.1. Regulación

Ya hemos comentado más arriba que la regulación que de esta medida hace el PLECr cambia bastante en relación con la normativa actualmente vigente. El PLECr regula en sus arts. 394 a 404, de forma conjunta y entrelazada las medidas que llama

²²¹ A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 225

²²² M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 369

“vigilancia física” y “vigilancia sistemática”, en donde pueden utilizarse los medios de seguimiento y localización o de obtención de imágenes.

La Policía puede realizar labores de vigilancia u observación de personas, lugares o cosas que puedan estar relacionadas con el hecho delictivo objeto de la investigación, por sí misma o por orden del Ministerio Fiscal (art. 394.2 del PLECr).

Ahora bien, el apartado 2 de este precepto añade que estas labores de vigilancia “no podrán realizarse de forma sistemática o utilizando dispositivos o instrumentos técnicos de seguimiento y localización u obtención de imágenes sin la correspondiente autorización”.

Consideramos que esta autorización debe venir del Juez de Garantías.

El PLECr introduce el concepto de vigilancia sistemática. Dice el apartado 1 del art. 395 que “se entiende por vigilancia sistemática la realizada por funcionarios de policía cuando la misma se prolongue durante más de treinta y seis horas ininterrumpidamente o durante más de cinco días consecutivos o durante más de cinco días no consecutivos repartidos en el período de un mes”.

El apartado segundo añade que “la vigilancia sistemática y aquella en la que sean utilizados medios técnicos de localización y seguimiento o de obtención de imágenes solo podrá dirigirse contra la persona o personas investigadas”.

De lo cual se deduce que estos “medios técnicos de localización y seguimiento o de obtención de imágenes” podrán utilizarse en labores de vigilancia sistemáticas o de vigilancia física. Y que, su uso, en todo caso va a precisar autorización judicial.

El art. 395 sigue diciendo que de forma excepcional puede ordenarse la ejecución de esta diligencia contra otras personas en los siguientes casos:

- a) cuando concurren indicios fundados de que están relacionadas con las personas investigadas o de que se va a establecer dicha relación y

b) cuando la medida aparezca como necesaria para averiguar los delitos, descubrir a los autores y recoger efectos, instrumentos o pruebas.

Cuando la norma se refiere a “la ejecución de esta diligencia” entendemos que se trata de la vigilancia sistemática, ya que estamos en el art. 395 donde se define la misma.

Termina este precepto afirmando que “en cualquier caso, la medida se podrá llevar a cabo aun cuando inevitablemente pueda afectar a terceros que acompañen o se encuentren con la persona investigada”.

4.7.2. Intervención judicial

El PLECr dispone que la medida la puede acordar el Ministerio Fiscal, pero que, en todo caso, ésta debe ser autorizada por el Juez de Garantías (arts. 396 y 397 de la PLECr).

4.7.3. Petición de la medida

Sin embargo, en el PLECr sí se regula de forma expresa los requisitos de la solicitud del Ministerio Fiscal.

El art. 398 del PLECr dispone cuáles son los requisitos que deben concurrir en la solicitud de la medida. Dice que “el decreto del fiscal por el que se acuerde la medida con carácter urgente o, en su caso, la solicitud en los supuestos en los que requiera autorización judicial contendrá los siguientes extremos:

- “a) Los indicios basados en datos objetivos de un hecho que revista los caracteres de delito.
- b) El nombre o, si no es conocido, una descripción tan precisa como sea posible de la persona o personas objeto de observación, así como las cosas, lugares o acontecimientos a los que se extienda la vigilancia.
- c) Los motivos por los cuales la medida de vigilancia resulta necesaria para el logro de los fines señalados en esta ley.

- d) La forma en que la vigilancia ha de ser ejecutada, incluida en su caso la autorización para el empleo de medios técnicos de seguimiento, localización u obtención de imágenes.
- e) La duración de la medida”.

Además, termina diciendo este precepto, “el fiscal acordará, conforme a lo establecido en esta ley, el secreto total o parcial del procedimiento de investigación y, en su caso, dispondrá la formación de pieza separada”.

4.7.4. Autorización judicial

Por su parte, el art. 396.1 del PLECr, dice que, en todo caso, va a ser precisa la autorización judicial para el uso de cualquiera de estas medidas. Dispone que “la diligencia de vigilancia sistemática y aquella en la que se utilicen medios técnicos de seguimiento y localización o de obtención de imágenes requerirá autorización del Juez de Garantías con sujeción al principio de proporcionalidad”.

Y añade que, si durante el curso de la investigación resulta necesaria practicar esta medida de investigación, el Fiscal ha de formular la preceptiva solicitud.

Esta opción recogida en el Anteproyecto difiere del criterio jurisprudencial seguido hasta ahora. Actualmente se admite que “ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera”, y que “nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos”²²³. (FD 2º)

El número 2 del art. 397 del PLECr regula el deber de colaboración de las compañías u operadores telefónicos con la finalidad de localizar a la persona investigada o para conocer sus movimientos.

Dispone que estas entidades están obligadas a prestar esta información, si bien es precisa la autorización previa del Juez de Garantías para ello.

²²³ STS 329/2016 de 20 abril (FD 2º)

De esta forma, las compañías u operadores telefónicos deberán entregar toda la información que posean sobre la situación geográfica o punto de terminación de red del origen y destino de las llamadas telefónicas realizadas o recibidas por la persona investigada.

El art. 397 del PLECr incluye otro supuesto de intervención que también requiere autorización judicial previa por parte del Juez de Garantías. Este precepto se refiere a la captación y grabación de actividades desarrolladas en el interior de domicilios o en lugares cerrados destinados a la realización de actos de carácter íntimo, aunque las mismas puedan ser divisadas desde el exterior.

Este artículo añade que “si los dispositivos de localización o de captación de la imagen han de ser utilizados de manera simultánea a la grabación de sonido, será siempre preceptiva la previa autorización judicial en los casos, con los requisitos y con los límites establecidos en el capítulo anterior, aunque las imágenes se obtengan en lugares abiertos y públicos”.

4.7.5. Cláusula de urgencia en el PLECr

El art. 396.2 del PLECr añade la misma cláusula de urgencia que el apartado 4 del art. 588 quinquies b). Dice que “en casos de extraordinaria o urgente necesidad, el fiscal podrá autorizar la instalación y utilización inmediata de dispositivos de seguimiento y localización o la utilización de dispositivos de captación de la imagen en lugares públicos o abiertos, dando cuenta inmediata al Juez de Garantías, que en el plazo de veinticuatro horas deberá autorizar el uso de la medida o dejarla sin efecto”.

El apartado nº 3 del art. 397 regula otra cláusula de urgencia aplicable a los supuestos de este precepto (deber de colaboración de las compañías u operadores telefónicos con la finalidad de localizar a la persona investigada o para conocer sus movimientos que, recordemos, requería autorización judicial previa). Dice que “en los supuestos de este artículo, en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, la actuación podrá ser autorizada por el Fiscal General del Estado”.

Curiosamente, en este caso, quien puede autorizar la medida es el Fiscal General del Estado, mientras que en el caso regulado en el art. 396, basta con que sea el Fiscal, que suponemos se refiere al Fiscal que lleva a cabo la dirección de la investigación.

Termina diciendo el art. 397.3 que “esta intervención se comunicará por escrito motivado al Juez de Garantías dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que, igualmente de forma motivada, revoque o confirme la diligencia en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que haya sido ordenada”.

4.7.6. Control de la ejecución de la medida

El apartado 2 del art. 588 quinquies c) de la LECr dice que “la Policía Judicial entregará al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones”.

Lo cual es una doble garantía en cuanto a la protección de los derechos del investigado. De una parte, el Juez puede pedir información cuando lo considere preciso, pudiendo comprobar por sí mismo el curso de la investigación. Y, de otra parte, cuando terminen las investigaciones, también va a disponer de todo el material.

El proyecto se estructura de forma diferente. Dice el art. 400.1 del PLECr que “las informaciones obtenidas a partir de una vigilancia sistemática o mediante la utilización de medios técnicos de seguimiento, localización u obtención de imágenes serán incorporadas al procedimiento (...)”.

A continuación, dice el apartado 2 que “si el Ministerio Fiscal o alguna de las partes pretende hacer uso de ellas como prueba en el juicio oral se le facilitará copia debidamente autenticada”.

Entonces la incorporación al procedimiento de las informaciones obtenidas tal y como dice el art. 400.1 ¿qué validez tiene?, ¿se incorpora sin autenticar?, ¿qué significa “copia debidamente autenticada”?

Por último, el apartado nº 2 del art. 400 añade que “no se admitirán más impugnaciones que las que se basen en la existencia de indicios objetivos de manipulación”. Y que “sólo si los motivos de sospecha resultan suficientes, el tribunal dispondrá la realización de una comprobación pericial sobre el funcionamiento del sistema utilizado y su posible manipulación”.

¿Qué se entiende por indicios objetivos de manipulación? Y la impugnación, ¿se puede hacer ante el Juez de Garantías?

Esto hay que ponerlo en relación con el art. 401 del PLECr, que dice así:

“Terminada la vigilancia y, en su caso, alzado el secreto del procedimiento de investigación, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 365 de esta ley sobre la notificación de la resolución judicial o el decreto del Ministerio Fiscal a la persona investigada y a las personas cuya intimidad se haya visto seriamente afectada por la medida”

El art. 401 nos remite a los mismos trámites que en los casos de las grabaciones de las conversaciones telefónicas o telemáticas o en el caso de las grabaciones orales, que ya hemos comentado al estudiarlas.

Por tanto, podemos concluir que las impugnaciones a las que se refiere el art. 400 deben ir referidas al acto del juicio oral.

Por último, el apartado 3 del art. 400 se refiere a los hallazgos casuales que pudieran afectar a otros procedimientos o investigaciones. La norma dice aquí que “la utilización de las informaciones en otro proceso solo podrá realizarse, previa autorización del Juez de Garantías competente para la nueva investigación, cuando en esta concurren los requisitos que habrían permitido acordar su realización”.

El art. 402 del PLECr se refiere a la cancelación de datos, que es algo diferente a la destrucción de las grabaciones del art. 404.

El art. 402 dice que las informaciones obtenidas que no sean necesarias para el procedimiento o, en su caso, “que no hayan de ser utilizadas en otra investigación o proceso penal, deberán cancelarse de inmediato”.

Las informaciones que no se consideren necesarias para el procedimiento es algo que debe decidirse por el Fiscal o, en su caso, por el Juez de Garantías, tras la oportuna comparecencia que regula el art. 401 y 365.

La cancelación de datos debe documentarse en las actuaciones “dejando la debida constancia en el procedimiento de investigación”.

En cuanto a la destrucción de los registros, la LECr no dice nada cuando regula la medida que estudiamos en este apartado. Por ello hay que remitirse al art. 588 bis k) de las disposiciones generales.

Sin embargo, el proyecto de LECr sí regula de forma expresa esta materia en su art. 404 que dice que “salvo que se haya autorizado su utilización en otros procedimientos, los soportes que incorporen los datos relativos a los seguimientos se destruirán:

- “a) cuando el proceso finalice por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firmes o
- b) transcurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito, cuando se hubiera dictado sentencia condenatoria”

4.7.7. Duración y cese

Como hemos visto, el art. 588 quinquies c) de la LECr dispone que la medida de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización sólo puede tener una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Y añade que, de forma excepcional, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida.

La duración de la medida tal y como se regula en el Proyecto coincide totalmente con la actual LECr. Lo que pasa es que el art. 399 del Proyecto se refiere a la medida de vigilancia sistemática o mediante la utilización de medios técnicos de seguimiento, localización o de obtención de imágenes que regula en este capítulo.

No obstante, a pesar de que se señala un tiempo preciso de intervención, el apartado 2 del art. 399 dice que “la medida será dejada sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción, o modificada, completada o prorrogada en cuanto subsistan dichos motivos y a la vista de los resultados obtenidos”.

5. REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS

5.1. INTRODUCCIÓN. DERECHOS INVOLUCRADOS

Entre las nuevas medidas de investigación tecnológica introducidas por la Ley Orgánica 13/2015 no falta aquella que tiene por objeto adentrarse en el contenido de la información guardada en dispositivos técnicos y sistemas informáticos de lo más variado, permitiendo y regulando su registro. En este aspecto, la reforma atiende a las previsiones recogidas en el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa²²⁴.

“Se trata de información a veces privada, a veces no, pero siempre canalizada y restringida, protegida por el acceso que a la máquina que la almacena da el saber que sólo se alcanza con una clave y contraseña, una huella o una secuencia, que sólo conoce el que decide dar a esa exclusión de terceros sobre el contenido que constituye un modo de «morada o domicilio informático», santuario de la actual privacidad (...) de cada cual”. Incluso se ve sancionado penalmente el acceso a dicha información cuando no se cuenta con el consentimiento de su titular como si de un “allanamiento de la morada informática” se tratara²²⁵, tal y como se recoge en el art. 197 bis del CP²²⁶.

224 Se trata del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, ratificado por España el 20 de mayo de 2010 (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010), en cuyos arts. 14 y 19 dispone que los Estados firmantes han de instaurar medidas procesales dirigidas al registro y adquisición de los datos informáticos que se encuentran almacenados en un soporte o en un sistema informático.

225 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p.119

226 El art. 197 bis del CP sanciona a todo aquél que “por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información,

Dice Portal Manrubia que todos estos datos depositados en la memoria artificial del sistema o aparato informático “permiten conocer nuestro entorno personal, familiar, social, profesional y económico” Por tanto, considera este autor que “la captura de todo dato digital conlleva la averiguación de una parte de nuestra privacidad, que puede dejar al descubierto las relaciones que se mantiene con otras personas sin que las mismas sean relevantes para el objeto del proceso” toda esta información a la que se accede y que puede llegar a conocerse en profundidad “origina una invasión en el derecho a la privacidad de su titular, puesto que cualquier dato personal debe ser considerado sensible”²²⁷.

La informática no sólo se ha convertido en una herramienta de uso común por parte de la mayoría de las personas, sino que incluso es el centro en torno al cual giran numerosas actividades habituales de la sociedad actual. “Este protagonismo adquirido por la informática se ha dejado sentir, también, en el modo en el que se desarrollan numerosos comportamientos delictivos que, o bien recaen directamente sobre los dispositivos o sistemas informáticos, provocando así el nacimiento de nuevas formas de delito, o bien utilizan la informática como medio o instrumento privilegiado para su desarrollo. Precisamente por esto, en los últimos años el uso de la informática ha resultado también capital para la persecución del delito. Ambas circunstancias constituyen el motivo esencial de la irrupción progresiva de la informática en el proceso penal, no ya como instrumento de trabajo, sino como objeto y medio de prueba y, al mismo tiempo, como medio de investigación de los delitos”²²⁸.

Tal y como dice Velasco Núñez, “toda esta información debe ser considerada privada e íntima, reservada y, por tanto, excluida del conocimiento de los demás, puro secreto formal, información que quien no la borra o destruye, quien sabe que el sistema la almacena y guarda, la quiere como propia, la asume como parte de su privacidad”. Estamos, pues, ante información que está protegida por el derecho a la intimidad del art.

o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo”. También sanciona a quien “mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos”.

227 J. PORTAL MANRUBIA, “La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2/2019.

228 Circular 5/2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos (BOE nº 70, de 22 de marzo de 2019), epígrafe 1.

18.1 de la CE., y en parte, además por el derecho a la intimidad informática también protegido por el art. 18.4 de la CE²²⁹.

El propio preámbulo de la Ley 13/2015, siguiendo la STS 342/2013, afirma que “la reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información son algo más que simples piezas de convicción”. Añade esta sentencia que “el contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones”²³⁰.

Por su parte, el TEDH ha dicho que los datos que se encuentran en los sistemas informáticos, así como la información derivada del acceso a estos datos o del uso ordinario de Internet se encuentran amparados en el art. 8 del CEDH. Dice que “el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona se halla también en el ámbito de aplicación del artículo 8.1 (...). En consecuencia, el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio”²³¹.

Lo expuesto conlleva dos consecuencias. Una primera radica en que resulta imprescindible brindar una tutela judicial eficaz del entorno virtual. Y una segunda consecuencia que ha llevado al legislador a otorgar “un tratamiento unitario a la injerencia en el espacio virtual del afectado mediante el acceso a los datos contenidos en los dispositivos electrónicos, lo que contribuye a garantizar una protección eficaz de los diferentes derechos fundamentales que puedan resultar afectados”²³².

²²⁹ Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p.119

²³⁰ STS 342/2013 de 17 abril (FD 8º)

²³¹ STEDH de 3 de abril de 2007, Caso Copland contra Reino Unido (par. 43 y 44)

²³² Vid. J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 386 y 387

En relación con la primera de las consecuencias, el TS dijo en su Sentencia 342/2013 que “más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital”²³³.

Posteriormente, el TS ha insistido en la misma idea donde afirma que “partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (smartphone) se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho al entorno digital. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional”²³⁴.

Recientemente el TS ha insistido en esta idea. “Destaca que, en consideración a esta nueva necesidad, nuestra renovada legislación procesal ha contemplado el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (arts. 588 sexies) como una diligencia específica que reclama garantías singulares y diferentes al registro de otros muebles o inmuebles. Destacábamos que en este caso hay un plus que viene determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa”²³⁵.

Además, hay que decir que la regulación llevada a cabo a través de la LO 13/2015, ha venido a dar cumplimiento a las exigencias derivadas del Convenio de

233 STS 342/2013 de 17 abril (FD 8º)

234 STS 489/2018 de 23 octubre (FD 5º).

235 STS 462/2019 de 14 octubre (FD 1º, 3)

Budapest sobre Ciberdelincuencia²³⁶, que señalaba en su art. 19.1 que “cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a registrar o a tener acceso de una forma similar: a) A un sistema informático o a una parte del mismo, así como a los datos informáticos almacenados en el mismo; y b) a un medio de almacenamiento de datos informáticos en el que puedan almacenarse datos informáticos, en su territorio”

López-Barajas recuerda que, según la doctrina, estamos ante medidas de investigación que se configuran como “un acto de prueba preconstituida del Juez de instrucción”. En este sentido en relación con este tipo de prueba dice el TS que ésta “se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible”²³⁷. A lo que añade esta autora que estaríamos ante actos de investigación que “se caracterizan por estar predominantemente orientados a la obtención de elementos o datos relacionados con el delito que puedan servir como prueba en el proceso y que implican, con carácter general, una limitación de ciertos derechos fundamentales”. Añadiendo que estos actos de prueba preconstituida “tienen una relevancia práctica enorme, ya que la mayoría de las sentencias penales se fundan, sobre todo, en ellos. De ahí que sea necesario que cumplan escrupulosamente unas garantías”²³⁸. Estas garantías son las que regula la LECr.

Por último, también nos recuerda el TS que esta normativa es un mandato que va dirigido a las fuerzas policiales²³⁹ aplicable, por tanto, a la investigación penal en el seno de un proceso judicial en su fase de instrucción.

5.2. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN

5.2.1. Regulación

236 Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (BOE de 17 de septiembre de 2010)

237 STS 669/2017 de 11 de octubre (FD 1º)

238 I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, (IDP) nº 24 (febrero 2017)

239 STS 489/2018 de 23 octubre FD 5º):

La LECr, tras su reforma de 2015 operada a través de la LO 13/2015, regula de forma específica la intervención y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información en el Capítulo VIII, Título VIII, del libro II, en los artículos 588 sexies a), b) y c).

Tanto el art. 588 sexies a) como el 588 sexies b) se refieren al acceso a la información de dispositivos electrónicos tales como ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos repositorios telemáticos. Como vemos no se trata de un listado cerrado. La redacción de la norma prevé la posibilidad de que los avances tecnológicos sin duda van a permitir disponer de nuevos dispositivos, formas o sistemas susceptibles de ser utilizados para almacenar archivos electrónicos o información.

Esta medida que estudiamos ahora “tiene como finalidad permitir el acceso a la información contenida en los dispositivos descritos para su posterior incautación y examen”, sin que “en ningún caso pueda interceptarse conversación o comunicación alguna pues esta medida no permite la injerencia en las comunicaciones”²⁴⁰.

5.2.2. Intervención judicial

5.2.2.1. Juez competente

En relación con el Juez competente nada dice la norma al respecto, por lo que debemos acudir a las disposiciones de carácter general aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica y a la norma sobre competencia que regula la LECr con carácter general.

En primer lugar, dice el art. 588 bis b) de la LECr que el Juez podrá acordar las medidas las medidas de investigación tecnológica reguladas en los capítulos IV y siguientes de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

A lo cual, el art. 588 bis c) de la LECr añade que será el Juez de instrucción quien autorizará o denegará la medida de investigación que se le solicite mediante auto

²⁴⁰ A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 234

motivado.

Por otra parte, el art. 14.2 de la LECr dispone que para la instrucción de las causas, serán competentes el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine. Y el art. 15 de este mismo texto normativo dice que “cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio: 1.º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito. 2.º El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido. 3.º El de la residencia del reo presunto. 4.º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Sin embargo, estamos ante delitos que se basan en el uso de la tecnología. Y se da la circunstancia de que la tecnología permite acceder a los datos electrónicos independientemente del país en el que éstos se encuentren, sin importar las fronteras territoriales entre los estados.

Siguiendo a López-Barajas²⁴¹ vemos que, cuando los sistemas informáticos no estén ubicados en el territorio español, el acceso a su contenido plantea dos problemas fundamentales. El primero de estos problemas viene determinado por la determinación de la competencia del Juez español, por si éste podría o no autorizar un registro extraterritorial, porque lo cierto es que la ley española no lo prohíbe, o, sin embargo, debería acudir a la aplicación de los instrumentos de cooperación judicial internacional existentes entre los países implicados para, de este modo, respetar el principio de soberanía del país afectado. El segundo problema consiste en determinar dónde están los datos en cada momento, ya que éstos pueden circular a través de distintas jurisdicciones en espacios de tiempo muy breves.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, podemos acudir al Convenio de Budapest²⁴². Sin embargo, “esta normativa sólo se refiere a la obligación

241 I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de sistemas informáticos”, capítulo publicado en la monografía titulada “*La nueva reforma procesal penal*”, cit, p. 149 a 154.

242 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (BOE de 17 de septiembre de 2010)

de los estados de facilitar el acceso a los datos almacenados en su territorio”.

Por otra parte, afirma esta autora, “en el ámbito de la Unión Europea, existe mecanismos de cooperación basados en el principio de reconocimiento mutuo, en virtud del cual los países miembros están obligados a reconocer y ejecutar la solicitud de otro país, como lo harían con una decisión procedente de sus propias autoridades”. En este sentido, esta autora considera que la Orden de Europea de Investigación²⁴³, que entró en vigor el 22 de mayo de 2017, “ha sido un paso adelante en la cooperación judicial penal en al Unión Europea y en la lucha contra la criminalidad”, pero añade que “no sirve para responder con eficacia a los retos que plantea la medida de investigación objeto de estudio en este trabajo”. Y es que, tal y como ya hemos dicho, “los datos pueden circular a través del espacio de más de un estado por lo que su ubicación no puede ser determinada con claridad”. Y estos datos pueden cambiar con rapidez de un estado a otro, o pueden ser destruidos. Por tanto, es fundamental que las autoridades respondan con rapidez para que la investigación tenga éxito.

La segunda cuestión o problema que planteábamos se refería a la determinación del lugar en el que se encuentran los datos en cada momento, toda vez que éstos pueden circular de forma muy rápida entre distintos estados.

En este sentido, esta autora afirma que “ni el convenio de Budapest, ni la Directiva sobre la orden de investigación europea, ni la Directiva sobre la prevención de los ataques informáticos ofrecen soluciones a todos los retos que plantea la obtención rápida y segura de pruebas en el ciberespacio”. De modo que falta un ordenamiento claro y preciso que permita una intervención rápida y eficaz. Por eso concluye, diciendo que “hasta que no exista un marco legal, que establezca unas condiciones y garantías mínimas para los derechos y libertades de todos los interesados, y un enfoque común para obtener un acceso transfronterizo por parte de las autoridades competentes a las evidencias digitales en el marco de un proceso penal, la eficacia de esta medida de investigación queda reducida”.

5.2.2.2. Solicitud de intervención

²⁴³ https://e-justice.europa.eu/content_european_investigation_order_mutual_legal_assistance_and_joint_investigation_teams-92-es.do Consulta realizada el 19 de mayo de 2020

Sobre este aspecto, tampoco dice nada la normativa específica que regula el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Por ello es preciso acudir a las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica.

Dice al apartado 2 del art. 588 bis b) de la LECr que esta medida la puede acordar al Juez de oficio o por petición del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. En el caso de que se le solicite por estos últimos, la petición ha de contener una serie de requisitos, que son los siguientes:

1.º) La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. 2.º) La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. 3.º) Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida. 4.º) La extensión de la medida con especificación de su contenido. 5.º) La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. 6.º) La forma de ejecución de la medida. 7.º) La duración de la medida que se solicita. 8.º) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

5.2.2.3. Autorización judicial

La ley parte de dos situaciones diferentes. Por un lado, se refiere a la aprehensión de los ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, como consecuencia de un registro domiciliario y, por otro lado, a su intervención fuera del recinto domiciliario. Sin embargo, en ambos casos considera indispensable que el acceso a la información albergada en su interior se lleve a cabo con autorización judicial.

E insiste la norma en que la simple incautación de cualquiera de estos

dispositivos practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, tampoco legitima el acceso a su contenido. Para lo cual, será preciso contar con la autorización judicial (art. 588 sexies a), 2 de la LECr.). En este sentido, estamos de acuerdo con Portal Manrubia que dice que “la autorización judicial inicial no es necesaria para la incautación de los aparatos informáticos que el investigado lleve consigo en el momento de su detención o se encuentren en su vehículo”. Ahora bien, esta actuación, de producirse, debe ponerse en conocimiento del Juez de Instrucción, para que este decida si el aparato informático queda sometido al proceso y se captura su contenido digital²⁴⁴.

Por tanto, hay que diferenciar en cuanto a los términos de la autorización judicial el acceso a la vivienda del investigado, y el acceso a la información de los dispositivos encontrados en el domicilio, requiriéndose autorización judicial en ambos casos. “Esa resolución ha de tener un contenido propio, explicativo de las razones por las que, además de la inviolabilidad domiciliaria, se alza la intimidad reflejada en el ordenador. Nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un sacrificio se ensanche hasta validar implícitamente otra restricción”²⁴⁵.

“El legislador quiere, en definitiva, que la restricción constitucional de cada uno de los derechos afectados sea individualmente ponderada por el órgano jurisdiccional, que ha de exteriorizar -motivar- las razones de su sacrificio”²⁴⁶. Por ello, añade López-Barajas que “la necesidad de esa autorización judicial se hace extensiva a los casos en que la aprehensión de estos dispositivos electrónicos se lleve a cabo fuera del domicilio del investigado”²⁴⁷. Excluyéndose de esta forma, la autorización implícita o sobreentendida.

“Se trata, por tanto, de una regulación rupturista, que pretende abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho reconocido en el art. 18.2 de la CE. Lo que el legislador

²⁴⁴ J. PORTAL MANRUBIA, *op cit*

²⁴⁵ STS 786/2015 de 4 diciembre (FD 1-F)

²⁴⁶ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 374

²⁴⁷ I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos, *cit.*.

pretende, por tanto, es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros”²⁴⁸.

El TS viene diciendo que “la razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual”²⁴⁹.

El contenido de la resolución judicial habilitante debe partir de lo dispuesto de forma específica en la regulación de la medida de investigación que ahora estudiamos, sin perder de vista, lógicamente, las disposiciones de carácter general reguladas en los arts. 588 bis a) a 588 bis k) de la LECr.

La normativa específica que regula la medida que estudiamos ahora en este apartado “no establece límites cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito. Debe atender, por tanto, a las exigencias derivadas de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que opera, con carácter general, como presupuestos

²⁴⁸ STS 786/2015 de 4 diciembre (FD 1-F)

²⁴⁹ STS 204/2016, de 10 marzo (FD 11º):

de legitimidad de la medida de injerencia que debe quedar justificada en la resolución judicial habilitante”²⁵⁰. Por tanto, la resolución judicial no podrá dejar de ajustarse a los principios rectores que recoge el art. 588 bis a) de la LECr.

El principio de especialidad exige que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Por tanto, en estos casos, no resulta lícito el registro preventivo o genérico de dispositivos (como podría ser un teléfono móvil, por ejemplo) sin que exista una investigación sobre un delito concreto.

Los principios de excepcionalidad y necesidad defienden la idea que sólo puede acordarse la medida cuando no estén a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado, así como que la investigación se pueda ver gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. Por tanto, solo ante la posibilidad indiciariamente acreditada de obtener con el registro datos relevantes para la investigación, podría justificarse el mismo. De esta forma, estaríamos ante un registro ilícito que se llevara a cabo de manera sistemática ante cualquier detención, por ejemplo, o de manera prospectiva, esto es, buscando el hallazgo casual de datos o pruebas que, a priori, no aparezcan justificados.

Por último, “en cuanto a la proporcionalidad de la medida, llama la atención que el legislador no haya establecido ningún catálogo de delitos en función de cuya gravedad pueda recurrirse a esta medida”, teniendo en cuenta la importancia de la intromisión en los derechos fundamentales que con su ejecución se produce. Por tanto, “deberá ser el juicio de proporcionalidad que lleve a cabo el Juez el que justifique la medida en cada caso concreto; y ese juicio deberá valorar la gravedad del delito, no solo desde la perspectiva de la pena que le corresponda, sino atendiendo también a la naturaleza del bien jurídico protegido”²⁵¹.

El art. 588 sexies c), apartado 1, dice que “la resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá

250 I. LÓPEZ-BARAJA PEREA, “El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos”, capítulo incluido en la monografía “*La nueva reforma procesal penal*”, cit, p.155

251 Vid. Circular 5/2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, BOE nº 70, de 22 de marzo de 2019 (epígrafe 3.3.1.)

autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial”. Y añade el apartado 2, que “salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos”.

De este precepto se extraen cuatro cuestiones distintas: a) la necesidad de que la resolución judicial fije los términos y el alcance del registro, b) la posibilidad de la realización de copias de los datos informáticos, c) la necesaria fijación de las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y, por último, d) la conveniencia de evitar la incautación de los soportes de almacenamiento salvo excepciones²⁵².

a) La necesidad de que la resolución judicial fije los términos y el alcance del registro.

El Juez está obligado a determinar los términos y el alcance del registro, para lo cual ha de indicar en su resolución los datos informáticos concretos a los que se podrá acceder por partes de los investigadores, para que la afectación de los derechos fundamentales del investigado sea la mínima e imprescindible de acuerdo con los fines de la intervención policial.

La delimitación del alcance del registro tiene un alcance tanto subjetivo como objetivo. En relación con el alcance subjetivo, el Juez tiene que delimitar quienes son los sujetos afectados por el registro. Nótese que “el legislador no condiciona ni la incautación del dispositivo ni su examen al hecho de que el investigado ostente su propiedad. El único requisito es que se encuentre en el interior del domicilio o, en su caso, en posesión del investigado.”²⁵³

252 En relación con el desarrollo del contenido de estos cuatro aspectos del contenido de la autorización judicial, seguimos lo expuesto por la Circular 5/2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, BOE nº 70, de 22 de marzo de 2019 (epígrafe 3.4.)
253 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 237

En cuanto a la delimitación del alcance objetivo del registro, el Juez debe señalar qué dispositivos pueden ser registrados y cuáles no, así como la categoría o clases de datos o archivos a los que puede alcanzar el registro. López-Barajas considera que “el Juez no puede limitarse a autorizar que se aprehenda todo el material informático que se encuentre sino, únicamente, el que tenga relación con la causa. También deben arbitrarse las medidas que garanticen la exclusión de la información que pueda afectar a datos especialmente sensibles”. Y añade esta autora que “los criterios de selección de la información relevante, mediante técnicas de búsqueda inteligente de datos, son necesarios tanto para la eficacia de la investigación como para cumplir con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad”²⁵⁴.

En relación con este punto que tratamos ahora, el apartado nº 3 del art. 588 sexies c) de la LECr prevé el supuesto aquel en el que “cuando quienes lleven a cabo el registro o el acceso al sistema informático tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este”. En caso contrario, sigue diciendo este precepto, “esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial”, salvo en casos de urgencia, tal y como ahora veremos más adelante.

b) La posibilidad de la realización de copias de los datos informáticos.

Esta previsión legal debe interpretarse en el sentido de que la realización de copias requiere siempre la autorización judicial.

El copiado de los dispositivos de almacenamiento masivo de información puede llevarse a cabo de dos formas. Una de estas formas es mediante el clonado o volcado, que consiste en la realización de una copia espejo o copia bit a bit de la información original. En este caso la imagen obtenida con la copia será idéntica a la original, y debe ser firmada digitalmente a través de una función hash, que garantizará la identidad de

254 I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos”, capítulo incluido en la monografía “*La nueva reforma procesal penal*”, *cit*, p.156

los datos informáticos de entre los que existen en la copia y el original.

La otra forma de copiar es mediante la realización de una copia lógica que consiste en la realización de una copia selectiva de determinadas carpetas, archivos o ficheros. En este caso, sin perjuicio de que también pueda procederse al firmado a través de la función hash, sería recomendable que su realización se llevara a cabo en presencia del Letrado de la Administración de Justicia lo que otorgaría una mayor garantía en relación con la selección de los archivos que se copien.

c) La fijación de las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos.

Como hemos expuesto más arriba, el art. 588 sexies c) dice que la resolución judicial “fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial”. Sin embargo, como vemos, no precisa la ley qué condiciones y garantías concretas tienen que adoptarse, lo que necesariamente nos ha de llevar a las disposiciones generales sobre conservación y garantía de las fuentes de prueba.

Marchena y González-Cuéllar consideran que “el acceso a los contenidos ha de preservar la integridad de la información. De hecho, el volcado ha de practicarse en términos que permita la ulterior realización de un dictamen pericial que explique el proceso de volcado que asegure su preservación y autenticidad”. Y a la vista de la redacción del art. 588 sexies c), estos autores añaden que “la práctica del volcado ha de permitir, no sólo la obtención de las copias que el Juez repute necesarias, sino la posterior operatividad de los dispositivos de almacenamiento”²⁵⁵.

d) La conveniencia de evitar la incautación de los soportes de almacenamiento salvo excepciones.

La previsión que contiene el apartado nº 2 del art. 588 sexies c) está encaminada a evitar al afectado por el registro perjuicios innecesarios que pudieran derivarse de la incautación de los dispositivos.

255 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 377

Este precepto establece una norma general y dos importantes excepciones. La regla general dice que “se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos”.

Para determinar el “grave perjuicio” al que se refiere la norma, Santos Martínez considera que “debe prescindirse de consideraciones subjetivas, valorándose sólo aspectos objetivos como, a modo de ejemplo, que el soporte físico sea habitualmente utilizado por su titular o propietario en su actividad laboral o que contenga información personal y sensible cuya pérdida temporal le suponga un notable sacrificio”²⁵⁶. Y estas consideraciones objetivas deberán explicitarse en la resolución judicial habilitante

Las dos excepciones a las que nos referíamos antes son las siguientes: 1) que los soportes constituyan el objeto o instrumento del delito, o 2) que existan otras razones que justifiquen la incautación de los soportes físicos. Pero como puede observarse, en realidad estamos ante dos excepciones tan amplias que ofrecen justificación para incautar los dispositivos en la gran mayoría de los casos.

De todas formas, a pesar de la amplitud de las dos excepciones a la norma general, lo cierto es que “la ley exige el cumplimiento del principio de la alternativa menos gravosa”²⁵⁷, por lo que la motivación de la resolución judicial debe hacer especial hincapié en esta circunstancia.

5.2.2.4. Consentimiento del titular del derecho

También nos señala el Alto Tribunal que la necesidad de esta autorización judicial es subsidiaria del consentimiento, de modo que, si el afectado permite el acceso de forma libre, no hay problema al respecto²⁵⁸.

256 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 248

257 I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos”, capítulo incluido en la monografía “*La nueva reforma procesal penal*”, *cit*, p.147

258 STS 489/2018 de 23 octubre FD 5º):

Es ésta una consideración que parte de la doctrina del TC. En este sentido, en su Sentencia 173/2011 dice que “cualquier injerencia en el contenido de un ordenador personal –ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya, como en el presente caso, por vía manual– deberá venir legitimada en principio por el consentimiento de su titular, o bien por la concurrencia de los presupuestos habilitantes antes citados”, teniendo, además, hechas las siguientes consideraciones, resumiendo su doctrina al respecto²⁵⁹:

- Afirma que “el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, F. 5; 196/2006, de 3 de julio, F. 5)”
- No obstante, “este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, F. 3)”.
- Añade que “se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aún autorizada, subvertida los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2; 206/2007, de 24 de septiembre, F. 5; 70/2009, de 23 de marzo, F. 2)”.
- En cuanto a la forma de cómo ha de prestarse el consentimiento, el TC manifiesta que “éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre (...) reconocimos no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad (F. 9). También llegamos a esta conclusión en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero y 209/2007, de 24 de septiembre, en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, manifestando en la primera que este consentimiento no necesita ser «expreso» (F. 3) y en la segunda que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión

259 STC 173/2011 de 7 noviembre (FJ 2)

domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (F. 5)”

Una cuestión que se plantea en esta situación es si se precisa asistencia letrada para comunicar voluntariamente a la policía las claves de acceso a los equipos informáticos en caso de que el investigado esté detenido.

El TS²⁶⁰ se decanta por dar una respuesta negativa a esta situación. Reitera el hecho de que “el acceso a la información contenida en un ordenador precisa de una justificación singularizada y distinta de la que se exige para una entrada y registro en domicilio, bien en el mismo auto, bien en resoluciones independientes”. Y es que, añade que “el ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores”. Por tanto, se considera preciso que el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía haya de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial.

En este sentido también diferencia el TS entre el consentimiento dado para la entrada en el domicilio y la comunicación voluntaria de las claves para el acceso a los archivos informáticos, en ambos casos, cuando el investigado está detenido.

El imputado sólo puede dar un consentimiento válido para el acceso a su domicilio con la asistencia de letrado, siempre que se encuentre detenido. Sin embargo, el TS estima que no tiene la misma trascendencia comunicar voluntariamente las claves de acceso a un equipo informático porque considera que, aunque la entrega voluntaria de las claves facilita el acceso a la información, esto no significa que la policía pueda acceder al contenido del equipo informático salvo que cuente, además, con autorización judicial expresa para ello. Con lo cual, la garantía de los derechos del investigado parte de la propia intervención judicial, independientemente de la presencia de su letrado. Dice que “no es requisito imprescindible que, en caso de detención, la cesión voluntaria de las claves se haga a presencia de Letrado y no lo es porque la ley no lo exige y porque la manifestación del detenido tiene un alcance muy limitado y no supone per se una injerencia en el derecho a la intimidad, ya que para acceder al contenido de la información alojada en el ordenador no basta con el consentimiento del interesado sino

²⁶⁰ STS 311/2020, de 15 de junio (FD 3º)

que se precisa autorización judicial. Sin embargo, la asistencia de Letrado es muy recomendable y es expresión de una buena práctica porque aleja toda sombra de sospecha sobre las condiciones en que se produjo esa comunicación. Ya hemos dicho que la colaboración del detenido debe ser, en todo caso, libre, voluntaria y ajena a presiones ambientales, por lo que la presencia de Letrado y la ausencia de protesta en la práctica de la diligencia será un indicador de suma relevancia para evitar toda controversia posterior”²⁶¹.

5.2.3. Intervención directa sin autorización judicial previa

El acceso a la información que se encuentra en los dispositivos de almacenaje que estamos estudiando siempre requerirá autorización judicial previa, como norma general. No obstante, hay dos excepciones previstas para casos de urgencia. En estos dos supuestos la intervención judicial será a posteriori.

La primera excepción viene recogida en el apartado nº 3 del art. 588 sexies c) de la LECr. Como ya hemos dicho más arriba, este precepto permite que quienes lleven a cabo el registro o la intervención puedan ampliar los términos de ésta “siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para éste”. También hemos dicho que esta ampliación del registro ha de ser autorizada por el Juez.

Sin embargo, la norma añade que “en caso de urgencia, la Policía Judicial o el Fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación”.

El precepto, en esta primera excepción habla sólo de «urgencia», de modo que la Policía o la Fiscalía tendrán que justificar qué razones han tenido para considerar que se está en una situación de tales características para que esta intervención pueda ser convalidada por el Juez. El Juez, una vez que se le pida que confirme el registro, deberá

²⁶¹ STS 311/2020, de 15 de junio (FD 3º)

tener en cuenta los motivos esgrimidos que han llevado a la intervención si su autorización previa. su autorización. De este modo, podrá revocar o confirmar “tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación”.

La segunda excepción de la que hablábamos antes está regulada en el apartado nº 4 del art. 588 sexies c), que dice así:

“En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida”.

Como vemos, estamos ante la necesaria confluencia de dos requisitos: la existencia de razones de urgencia y la concurrencia de un interés constitucional legítimo.

El segundo de los requisitos es un concepto que adolece de una clara indeterminación. Si bien, como opina Santos Martínez, “ante la falta de concreción del legislador, el único interés constitucional legítimo podría estar relacionado o bien con la finalidad de salvaguardar la investigación o bien con la evitación del acto delictivo, actuaciones que quedan incluida en las funciones propias de la Policía Judicial”²⁶².

Las razones de urgencias a las que se refiere esta norma son fácilmente objetivables y, por tanto, son susceptibles de exposición razonada, sin embargo, hay una mayor ambigüedad en la expresión “interés constitucionalmente legítimo”. Marchena y González-Cuéllar consideran, por haberlo dicho así la jurisprudencia constitucional, “que la prevención e investigación de delitos graves encierra un interés constitucional

262 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 253

legítimo. Y añaden que, no obstante, no se puede “aceptar como suficiente una equívoca alusión a ese interés constitucional para pretender legitimar la invasión de contenidos vinculados al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Sobre todo, porque la garantía que dispensa nuestra Carta Magna al derecho proclamado en el art. 18.3 de la CE sólo admite su suspensión en los supuestos de excepcionalidad a que se refiere el art. 55.2 de la CE”²⁶³. Por tanto, deberá concretarse en qué consiste el “interés constitucionalmente legítimo” en relación con cada caso de investigación que ser esté llevando a cabo y que requiera la intervención judicial autorizándola.

La ejecución de esta medida debe comunicarse al Juez instructor competente para su conocimiento y control. Santos Martínez opina que “esta comunicación se efectuará de forma inmediata y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas. Se trataría de dos comunicaciones. De esta primera comunicación, debe darse cuenta de forma que quede constancia en la causa para que así pueda comprobarse que la intervención previa a la autorización judicial no ha durado más de las 24 horas exigidas legalmente”²⁶⁴.

5.2.4. Intervención de terceros. Deber de colaboración

El deber genérico de colaboración con la autoridad judicial en el ámbito de un proceso judicial, parte del art. 118 de la CE que dice que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

El apartado 5 del art. 588 sexies c) de la LECr regula esta cuestión de forma concreta y específica para la medida de intervención que estudiamos en este apartado. Dice la norma que “las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia”.

²⁶³ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 383

²⁶⁴ Vid. A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 253 y 254

Para que pueda solicitarse esta colaboración es preciso²⁶⁵: 1º) Que la persona requerida conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo. 2º) Que la persona requerida facilite la información que resulte necesaria para realizar la investigación. Esto supone que la Policía no puede pedir más allá de lo estrictamente necesario, porque si la persona requerida no colabora podría ser procesada por desobediencia, de modo que esta última no es quién para discutir el requerimiento ni para oponerse a él por considerar que se excede de aquello que resulte necesario. 3º) Que la prestación de auxilio no implique una carga desproporcionada para el afectado. “El legislador considera que el auxilio, aunque esencial, no puede implicar que el sujeto acabe ejecutando la medida o realizando labores periciales. Es una colaboración específica y puntual”. Y 4º) Que la persona requerida no pueda legar dispensa de su obligación de colaborar.

El último párrafo del art. 588 sexies c) de la LECr dice en relación con la obligación de colaboración que venimos comentando, que “esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional”.

Por tanto, el investigado o el encausado no pueden ser obligados a colaborar. Lo cual es una consecuencia lógica y obvia del derecho a de defensa y a no confesarse culpable.

Las personas dispensadas de colaboración por razón de parentesco es otro concepto que adolece de cierta indeterminación ya que no dice la ley hasta que límite es aplicable. Ante el silencio del legislador, sería lógico acudir al art. 416.1 de la LECr. En virtud de este precepto, estarían dispensados de la obligación de colaborar “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil”.

265 Vid. A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 253

El precepto también dice que también están dispensadas de la obligación de colaborar las personas que “de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.”

El art. 416.2 se refiere única y exclusivamente al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Por tanto, debe señalarse que la dispensa no se aplicará a otros profesionales que también pudieran ampararse en el secreto profesional, como médicos, psicólogos, periodistas...

El art. 416.3 de la LECr se refiere a “los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”. Los cuales también están excluidos de dispensa de colaboración.

Lo mismo ocurre con las personas mencionadas en el art. 417 de la LECr, las cuales también están excluidas de la dispensa de colaboración. Son las siguientes: “1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. Y, 2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida”.

Por último, nada dice este precepto de la obligación de guardar secreto que afectaría a la persona requerida de colaboración. Sin embargo, Marchena y González-Cuéllar consideran que “ningún efecto especial puede asociarse a esta laguna” ya que opinan que “es evidente que si las diligencias de investigación han sido declaradas secretas y así se hace saber al requerido, el quebrantamiento del deber de sigilo podría acarrear consecuencias penales, lo diga o no lo diga el art. 588 sexies c)”²⁶⁶.

5.3. LOS REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS

266 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 385

5.3.1. Introducción

Bajo esta denominación, los arts. 588 septies a) a 588 septies c) del nuevo capítulo IX de la LECr, recogen una nueva medida de investigación tecnológica que permite el acceso y registro de los equipos electrónicos del sujeto investigado, de forma remota y telemática, y sin conocimiento del titular o usuario, permitiéndose la injerencia de los poderes públicos en el entorno virtual de éstos.

Concretamente, el art. 588 septies a) dice que “el Juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos (...)”.

Esta normativa regula aquellos supuestos en los que se accede al contenido de un sistema informático sin necesidad de proceder a la aprehensión física del dispositivo electrónico, a través de lo que podrían llamarse registros remotos (*remote search*) o registros *on line*. Dice Delgado Martín que se trata de una técnica que consiste en “el acceso mediante la previa instalación en el sistema investigado de un software (los denominados «programas troyanos»²⁶⁷), aunque también cabe la posibilidad de acceder a distancia al contenido del dispositivo mediante el uso de códigos u otros elementos identificativos, sin instalación de programa alguno”²⁶⁸.

La primera y más significativa nota característica de esta media es que ésta se ejecuta a espaldas del investigado, sin su conocimiento. De modo que “la afectación de los derechos abarcados por ese espacio de exclusión -derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, derecho a la protección de datos, derecho a la intimidad y a la propia imagen- es de especial intensidad”²⁶⁹. Nótese que, frente a los registros tradicionales de los equipos o sistemas informáticos con aprehensión física o material de los mismos, tal y como hemos vistos en los apartados precedentes, que posibilitan el acceso a la

267El diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su acepción 3 define “troyano” diciendo así: “adj. Inform. Dicho de un virus: Capaz de alojarse en una computadora u otro dispositivo electrónico para captar información y transmitirla a usuarios ajenos”.

268 Vid. J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 408

269 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *io cit*, p. 386

información contenida en un determinado momento, Delgado Martín, afirma que “los registros remotos prolongan en el tiempo la injerencia en los diferentes contenidos del dispositivo, por lo que suponen una afectación de elevada intensidad en los derechos fundamentales”. Por estas razones, - dice este autor- “la nueva normativa recoge un estricto régimen de sometimiento a control judicial, sin que sea posible su utilización por la Policía sin previa autorización jurisdiccional”²⁷⁰.

Ahora bien, no debemos confundir esta medida de investigación con la obligación que el art. 282 de la LECr. atribuye a la Policía Judicial, que dice que ésta “tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”. Pues bien, en cumplimiento de ese mandato la policía puede -y debe- acceder a Internet y a cuantas redes sociales y sitios públicos virtuales a los que pueda acceder libremente como cualquier ciudadano. “Esta actividad de investigación no precisa de ninguna orden judicial pero el límite se haya en la investigación de aquello que se halla en el espacio público que es Internet, cualquier intrusión en un sistema informático o empresarial deberá llevarse a cabo previa orden judicial dictada al amparo de los arts. 588 septies a-c de la LECr”²⁷¹.

5.3.2. Presupuestos

Como vemos, estamos ante una medida cuya intensidad y capacidad invasiva en el ámbito personal del investigado es manifiesta. De hecho, podríamos decir que, en este aspecto, es equivalente a la grabación con micrófonos y videocámaras en el domicilio. Y es que “a lo que ahora nos estamos refiriendo es a la posibilidad de un registro sin conocimiento de su titular, a una fiscalización de los datos que éste almacena. Y se trata de hacerlo vulnerando la expectativa de intimidad que acompaña a todo usuario de la red o de sus propios dispositivos de almacenamiento”²⁷².

270 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 409

271 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.197

272 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op city*, p. 387

Por ello, la Ley dispone que han de concurrir dos requisitos para que sea posible la ejecución de esta medida de investigación. Es preciso autorización judicial previa, y que se persiga uno de los delitos expresamente referidos en la norma, tal y como veremos más adelante.

La ley prevé dos mecanismos para acceder el contenido de la información: a) mediante la utilización de datos de identificación y códigos, y b) mediante la instalación de un software específico para esta tarea (programas espía). En este punto, Rodríguez Laínz llama la atención sobre el hecho de que “el legislador omitió la posibilidad de que la activación se hiciera directamente por activación manual mediante la manipulación del propio dispositivo”. Lo cual podría llevarse a cabo mediante un acceso subrepticio del terminal, o mediante el acceso al domicilio del investigado para instalar la herramienta que permita el control remoto. Pero añade este autor que esta posibilidad que sí está permitida para el acceso para la colocación de un micrófono oculto, “difícilmente podría expandirse por vía analógica para un supuesto que poco tiene en común con aquél”²⁷³.

Por otra parte, es importante que esta medida de investigación se lleve a cabo de forma telemática y remota, ya que, si no es así, en realidad estaríamos hablando de un registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, que es otra medida regulada en los arts. 588 sexies a) y siguientes.

5.3.2.1. Intervención judicial

Como ya hemos comentado, el art. 588 septies a) de la LECr dispone de forma expresa que el “Juez competente” autorice “la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos”.

Ya había dicho el TC que “cualquier injerencia en el contenido de un ordenador
273 J. L. RODRÍGUEZ LAÍNZ, “Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del estado de 6 e marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica”, *cit.*

personal –ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya, como en el presente caso, por vía manual– deberá venir legitimada en principio por el consentimiento de su titular, o bien por la concurrencia de los presupuestos habilitantes”²⁷⁴.

Según dispone el art. 588 bis b) de la LECr, la medida la puede acordar el Juez de instrucción bien de oficio o bien a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Cuando la petición la formule el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, ésta deberá contener los términos recogidos en el apartado nº 2 de este mismo precepto.

Dice Santos Martínez, que “será competente para la concesión de la autorización el Juez instructor que conociera de la causa criminal para cuya investigación se solicita la medida. Eventualmente, podría ser competente el Juez en servicio de guardia en aquellos casos en los que todavía no existiera procedimiento abierto”. Y, además, considera este mismo autor que “el hecho de que el Juez autorizante no sea quien finalmente deba instruir la causa no afecta sin embargo a la validez de la medida”²⁷⁵.

Un problema que se plantea en la ejecución de esta medida viene referido al ejercicio de la jurisdicción en aquellos casos en los que los datos a intervenir se encuentran fuera del territorio nacional.

La Fiscalía General del Estado considera que en casos así, el criterio debe ser siempre el de exigir un vínculo territorial con España. De esta forma, el Juez podrá autorizar el registro remoto de un sistema informático que se encuentre en España, aunque a través de esta intervención se acceda a datos ubicados en el extranjero. Sin embargo, no podría autorizar el registro de un sistema localizado en el extranjero, sin acudir para ello a la cooperación judicial internacional²⁷⁶.

En casos así, cuando los datos a los que se accede se encuentran almacenados en un sistema informático o en un servidor que se encuentra fuera del territorio nacional,

274 STC 173/2011 de 7 de noviembre (FJ 4º). Caso análisis policial de portátil de pedófilo sin autorización judicial.

275 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p. 260

276 FGE, Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos informáticos (BOE nº 70, de 22 de marzo de 2019), epígrafe 4.1.

dice Delgado Martín que nos encontramos ante lo que ha venido a llamarse un «registro transfronterizo»²⁷⁷. Considera este autor que en supuestos así es de aplicación el Convenio de Budapest²⁷⁸.

El Convenio distingue dos supuestos: aquéllos en los que los datos están a disposición del público o se cuenta con el consentimiento del afectado, y aquellos otros en los que dichos datos no están a disposición pública o no hay consentimiento.

El art. 32 del Convenio permite el acceso a los datos sin autorización cuando se trate de “datos informáticos almacenados que se encuentren a disposición del público (fuente abierta), con independencia de la ubicación geográfica de dichos datos”, o cuando se trate de “tener acceso o recibir, a través de un sistema informático situado en su territorio, datos informáticos almacenados situados en otra Parte, si la Parte obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos a la Parte por medio de ese sistema informático”

Fuera de estos casos, la autoridad que investigue los hechos deber enviar una solicitud de asistencia judicial internacional con fundamento en el propio convenio de Budapest, o en cualquier otro tratado internacional que sea de aplicación.

El art. 31 del Convenio de Budapest prevé un supuesto de colaboración mutua entre países, posibilitando que un estado puede solicitar a otro que “registre o acceda de forma similar, confisque u obtenga de forma similar y revele datos almacenados por medio de un sistema informático situado en el territorio de la Parte requerida”

Delgado Martín considera que “en el seno de la UE puede contribuir a la agilidad de la asistencia judicial la aplicación del reconocimiento de la resolución de aseguramiento de esta prueba regulada por Decisión Marco de 22 de julio de 2003, y desarrollada en España por la Ley 23/2014, de 20 de septiembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (...)”. También la Decisión Marco de 18 de diciembre de 2008 desarrollada en España por la Ley 23/2014, o el Convenio

277 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 413

278 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, publicado en el «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, páginas 78847 a 78896

de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la UE; y la orden europea de investigación (Directiva 2014/41/CE que ha sido transpuesta al derecho interno español por la Ley 3/2018, de 11 de junio (BOE de 12 de junio de 2018). Este autor considera que esta normativa “puede ser utilizada para todo tipo de pruebas electrónicas, tanto para datos como para los propios dispositivos electrónicos”. De esta forma se puede solicitar la retención de los datos afectados; y posteriormente la autoridad de emisión puede pedir la entrega o transmisión de estos datos a través del “exhorto europeo de obtención de datos”²⁷⁹.

Por lo demás, en relación con la competencia judicial nos remitimos a lo dicho más arriba en relación con la medida sobre registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

La autorización judicial ha de realizarse mediante auto motivado, en el cual deben concurrir los requisitos generales que se regulan en los arts 588 bis a) a 588 bis k) de la LECr y, en especial, el art. 588 blis c).

Además, la autoridad judicial debe tener en consideración los requisitos específicos regulados para esta medida de investigación. El nº 2 del art. 588 septies a) dice que “la resolución judicial que autorice el registro deberá especificar:

- “a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.
- b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.
- c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
- d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.
- e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso”.

²⁷⁹ Vid. J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 414

Estas especificaciones son muy importantes porque hemos de tener en cuenta, tal y como dice Gómez Sierra, “cuando se solicita el registro de acceso en remoto sin conocimiento de su usuario, de igual forma puede englobar tanto al dispositivo como a la interceptación de todas las comunicaciones en tiempo real, acceso a los documentos creados o almacenados de forma local sin tener ninguna restricción si los archivos han sido creados durante la intervención o fueron creados con antelación y el acceso a plataformas digitales de terceros que el usuario realice a través del equipo, lo que permite tener una monitorización completa del uso del dispositivo intervenido”²⁸⁰. Por tanto, al resolución judicial habilitante ha de especificar muy bien y con el máximo detalle posible el ámbito y el alcance de la intervención porque se pueden ver afectados el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, al derecho de protección de datos y al derecho la propio entorno virtual.

El Juez también podrá ampliar los términos del registro cuando durante la investigación se ponga de manifiesto la insuficiencia de los términos de la autorización inicial. El apartado nº 3 del art. 588 septies a) dice que “cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro”.

García Miguel llama la atención sobre la ausencia de una cláusula legal que permita la intervención remota sobre equipos de terceros. Dice que “tal ausencia puede significar dos cosas: que sólo puede acordarse respecto del ordenador del sospechoso o también puede autorizarse respecto del ordenador de un tercero si este es utilizado por el sospechoso para almacenar o para comunicar; o que sí se puede autorizar respecto del ordenador de un tercero, aunque no esté siendo utilizado por el sospechoso, pero en el que pueden existir datos relevantes para el esclarecimiento del delito”. Este autor considera que la cuestión no está resuelta, aunque algún sector doctrinal entiende que sí cabría aplicar por analogía. De todas formas, este supuesto tendrá que ser resuelto

280 P. L. GÓMEZ SIERRA, “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de equipos informáticos”, *La Ley Privacidad*, nº 7, primer trimestre de 2021.

jurisprudencialmente²⁸¹.

Debe destacarse que en la regulación de esta medida no existe cláusula de urgencia. La Policía no puede actuar sin autorización judicial previa, ni siquiera en casos de urgencia, tal y como ocurre en la regulación de otras medidas. Ya hemos dicho que estamos ante una de las medidas de investigación más intrusivas de los derechos del investigado, por ello siempre será preciso autorización judicial previa a la intervención policial.

5.3.2.2. *Ámbito penal*

Tal y como anunciábamos más arriba, sólo el Juez puede autorizar esta medida, y sólo puede hacerlo cuando se trate de la investigación de los delitos referidos en el art. 588 septies a) de la LECr. Se trata de los siguientes:

- a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- b) Delitos de terrorismo.
- c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
- d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
- e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Como vemos, una primera cuestión que llama la atención es que se excluye la referencia a los delitos castigados con pena superior a tres años de prisión, tal y como ocurre en otras medidas de investigación tecnológica. Richard González considera que “la exigencia de que concurra la investigación con unos determinados tipos delictivos es un plus de garantía para los ciudadanos que no podrán ser monitorizados remotamente por investigaciones referentes a delitos distintos a los previstos en la Ley”. Estamos ante delitos especialmente graves, “ya sea por el objeto, por el modo de comisión o por la persona de la víctima”²⁸².

281 S. GARCÍA MIGUEL, “El uso de las nuevas tecnologías en la lucha contra la delincuencia especializada”, *La Ley Penal*, nº 142, enero-febrero 2020.

282 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.198

En esta relación de delitos que enumera el precepto, vemos que hay delitos de significativa gravedad -terrorismo, contra la Constitución, traición y relativos a la defensa nacional-, junto a otros que se centran en la vulnerabilidad de las víctimas -delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente- y otros que atienden la pluralidad de sujetos activos -delitos cometidos en el seno de las organizaciones criminales-, o a la metodología delictiva -delitos cometidos mediante instrumentos informáticos-.

Sin embargo, Marchena y González-Cuéllar consideran que la técnica que ha empleado el legislador para delimitar los delitos susceptibles de investigación mediante control remoto de los sistemas informáticos empleados por el sospechoso permite un cierto margen de flexibilidad en su interpretación que, según estos autores “debería ser más cerrado”. Consideran que, a la vista de la redacción del precepto, “basta que la investigación ponga de manifiesto la concurrencia de los presupuestos que determinan la existencia de una organización criminal (art. 570 bis CP) o la utilización de tecnologías de la información, para que la resolución judicial que decide la adopción de esta medida de injerencia, pueda superar el examen de su legitimidad, aun cuando se refiera a la investigación de un delito que no sea mencionado nominatim en el art. 588 septies a)”²⁸³.

No obstante, no podemos olvidar que la ponderación acerca de la pertinencia de esta medida de investigación requiere la presencia de los principios legitimadores proclamados en el art. 588 bis a) de la LECr. Es decir, “será necesario que la resolución judicial, después de justificar que la medida se acuerda para la investigación de uno de los delitos incluidos en el precepto, lleve a cabo un juicio de ponderación que valore si resulta proporcionada la concreta intromisión en los derechos fundamentales del investigado que se producirá con la medida en el caso investigado, en relación con la gravedad del hecho que se investiga”²⁸⁴.

5.3.3. Deber de colaboración

El deber de colaboración en relación con los registros remotos sobre equipos

283 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 389

284 Circular 5/2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, BOE nº 70, de 22 de marzo de 2019 (epígrafe 4.3.)

informáticos se regula en el art. 588 septies b) de la LECr en los siguientes términos:

a) Obligación de colaborar.

Los dos primeros apartados del art. 588 septies b) de la LECr dicen así:

“1. Los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro están obligados a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización”.

“2. Las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia”.

El punto 4 del art. 588 septies b) de la LECr, dice que, ante la orden o el requerimiento efectuado, los sujetos a los que se refiere los dos primeros apartados de dicho precepto quedarán sujetos a la responsabilidad regulada en el apartado 3 del art. 588 ter e), que dice que “los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia”.

b) Excepciones.

Dice este precepto que venimos comentando que la obligación de colaborar no será aplicable:

- Al investigado o encausado.
- A las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco.
- A aquellas personas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden

declarar en virtud del secreto profesional.

c) Deber de secreto:

El número 3 del art. 588 septies b) dice que “los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades”.

Como puede verse, la norma es prácticamente idéntica a la que se establece para la intervención de las comunicaciones telegráficas y telemáticas (arts. 588 ter e)), y para el registro directo de dispositivos de almacenamiento masivo de información (art. 588 bis sexies c, apartado 5).

Por tanto, nos remitimos a lo ya expuesto en los apartados correspondientes en el que comentamos esta otra medida de investigación.

5.3.4. Duración y cese de la medida

Dado el alto nivel de injerencia en los derechos fundamentales del investigado que conlleva la ejecución de esta medida de investigación, la ley establece un límite temporal para su práctica.

El art. 588 septies c) de la LECr dice que “la medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses”.

De todas formas, no podemos olvidar que el art. 588 bis e) de la LECr dispone que “las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”.

La duración fijada en la norma es un límite máximo, que obliga a que “el órgano jurisdiccional incluya en la motivación del auto habilitante las razones por las que la vigencia se fija en uno u otro período de duración”²⁸⁵.

285 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 390

Por tanto, el tiempo de intervención debe ser el mínimo e imprescindible, sin que sea necesario agotar el tiempo máximo previsto legalmente, salvo que la investigación concreta así lo precise.

5.4. REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS EN EL PLECR.

5.4.1. Dispositivos de almacenamiento de información

5.4.1.1. Regulación

El PLECR regula esta medida en el Capítulo III, denominado “registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información” (arts. 425 a 428), que se encuentra dentro del Título IV denominado “los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registros informáticos”.

La regulación de esta medida de investigación en el proyecto es prácticamente igual al actual texto de la LECr. El nuevo texto mantiene casi en su totalidad los criterios consignados en la LO 13/2015, con las salvedades que iremos viendo en los siguientes epígrafes.

5.4.1.2. Autorización judicial

Por su parte, el art. 426.3 del PLECr dice que “salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y siempre que sea posible obtener una copia de los mismos en condiciones que se garantice la autenticidad e integridad de los mismos”.

Lo cual coincide con el apartado 1 del actual art. 588 sexties c) de la LECr. Sin embargo, el proyecto añade que “los ordenadores o dispositivos de almacenamiento de

datos incautados serán devueltos a su propietario en el plazo que el Juez de Garantías señale, salvo que por sí mismos puedan constituir fuentes de prueba o hayan de ser decomisados”.

Es una novedad que no se contempla en la LECr vigente. Pone de manifiesto la importancia de los sistemas informáticos en la actualidad como herramienta de trabajo, y el perjuicio innecesario que puede suponer para la actividad del investigado verse privado de estas herramientas sin una causa justificada.

5.4.1.3. Intervención sin autorización judicial previa

En el art. 425.2 del PLECR también figura esta cláusula de urgencia. Dice que dice que “en los casos de urgencia, la actuación podrá ser autorizada por el Ministerio Fiscal, que por escrito motivado informará al Juez de Garantías inmediatamente, para que, igualmente de forma motivada, revoque o confirme la diligencia en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que fue ordenada”

Como hemos visto, la actual LECr permite que la Policía Judicial pueda intervenir directamente en estos casos, poniéndolo de en conocimiento del Juez de instrucción de inmediato o en el plazo máximo de 24 horas. En este caso, el Juez tiene un plazo máximo de 72 horas para resolver (art. 588 sexties c) de la LECr).

Además, otro punto a tener en cuenta es que la Policía Judicial según el art. 425 del proyecto de LECr ya no puede intervenir por sí misma nunca, ni siquiera en los casos de urgencia. En caso de urgencia, quien autoriza la medida es el Fiscal, el cual será el que deba poner este hecho en conocimiento del Juez de Garantías.

Lo mismo ocurre si es preciso ampliar el objeto del registro. La Policía Judicial tiene que ponerlo en conocimiento del Fiscal que será quien autorice la intervención urgente, y quien lo ponga en conocimiento del Juez de Garantías.

Esta nueva regulación puede traer importantes problemas prácticos en cuanto a la aplicación de la norma, tal y como mantienen García Marcos y Zaragoza Tejada. Y es que hay momentos en los que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del

Estado tienen que actuar de manera urgente según las particularidades del caso que se les pueda plantear. Consideran estos autores que “el posible rápido desarrollo de los hechos obliga a estos mismos agentes a actuar sobre la marcha y a adoptar determinadas medidas de investigación que, de esperarse a una comunicación y respuesta por el Ministerio Fiscal, podrían llegar a perder su finalidad. Por eso, e independientemente de que tenga que dictarse una resolución judicial convalidante en un plazo no superior a 24 horas, consideran que “sustraer esta facultad a la policía actuante puede provocar nefastas consecuencias no solamente para la investigación de hechos criminales sino también, claro está, para su prevención”. Por estos motivos, concluyen que no es del todo recomendable privar del ejercicio de estas actuaciones de investigación a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado²⁸⁶.

5.4.2. Registros remotos sobre equipos informáticos

5.4.2.1. Regulación.

El PLECr regula esta medida en el Capítulo IV, denominado “registros remotos sobre equipos informáticos” (arts. 429 a 432 del PLECr), que se encuentra, al igual que la medida anterior, dentro del Título IV denominado “los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registros informáticos”.

En este apartado, la regulación apenas cambia. Podemos decir que el proyecto de la nueva LECr copia íntegramente la actual y vigente norma. Tan sólo hemos encontrado una diferencia.

5.4.2.2. Presupuestos

El art. 429 del PLECr dispone, al igual que la actual LECr, que esta medida de investigación sólo se puede llevar a cabo si se persigue la investigación de una serie de delitos que vienen tasados en la norma. Entre otros delitos, el apartado d) se refiere a los “delitos cometidos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional”.

286 J. GARCÍA MARCOS y J.I. ZARAGOZA TEJADA, “Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación preliminar”. *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 2/2021.

El proyecto de la nueva LECr reduce los delitos de este apartado a “delitos de rebelión, contra la Corona y las instituciones del Estado”.

Por otra parte, llama la atención que el apartado 2 del art. 430 del PLECr dice que “las actuaciones relativas a la medida de registro remoto se tramitarán en pieza separada y secreta”. En las otras medidas, era preciso que así se acordada expresamente. Sin embargo, en esta medida, el secreto viene impuesto por disposición legal, que, por otra parte, es lo establecido en la LECr en vigor para todas las medidas, incluida ésta.

Segunda parte

CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS

Esta segunda parte de la tesis doctoral está dedicada al estudio de la medida de investigación consistente en la grabación directa de conversaciones orales. Ésta es una medida de investigación carente de regulación propia en España hasta la aprobación de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2015 mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

Vamos a proceder al estudio de esta medida de investigación a la luz de los derechos y principios constitucionales que pueden verse afectados por ella. Para lo cual hacemos un análisis de los derechos fundamentales afectados por la medida, los requisitos de la misma en relación con el principio de proporcionalidad, la necesaria intervención judicial, así como la duración y el cese de la intervención.

1. INTRODUCCIÓN

Como decimos, la que ahora es objeto de nuestro estudio carecía de una regulación específica en España hasta la aprobación de la reforma en 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁸⁷ (en adelante LECr). Esta reforma resultaba necesaria y urgente, tal y como ya había sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional español en la Sentencia 145/2014 de 22 de septiembre. No se trataba sólo de que la regulación fuese insuficiente o deficiente, sino que era inexistente. No así en el caso de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, etc., esto es, en el caso de las comunicaciones a distancia. Intentar subsanar esta carencia normativa acudiendo a la integración analógica desbordaba los límites de lo constitucionalmente aceptable, tal y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina²⁸⁸.

²⁸⁷ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, publicado en «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

²⁸⁸ Vid. por ej. I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley”. *Revista de Derecho Político*, núm. 98, enero-abril 2017, p. 98.

Recuerda el Tribunal Constitucional español que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, que incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa además de una resolución judicial que lo permita, una habilitación legal. Se considera que la reserva de ley “constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas”²⁸⁹.

La garantía del derecho a la esfera privada de la persona es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos actuales, y por ende también de nuestro proceso penal, por eso, a medida que la tecnología evoluciona hacia una mayor sofisticación, son precisos nuevos instrumentos de garantía.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda también que “al igual que las intervenciones telefónicas, las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos representan un grave ataque al respeto de la vida privada. Por consiguiente, deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: en este ámbito es también indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente”²⁹⁰.

La LECr. en su art. 588 quáter a) posibilita, previa autorización judicial, “la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados”. Este mismo precepto añade además que “la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde”.

Como vemos, estamos ante una medida de injerencia en la intimidad de la persona investigada mucho más intensa que la simple intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas. Y es que “la expectativa de privacidad de quien se siente en su propio domicilio, desarrollando, en su caso, las relaciones propias

289 STC 145/2014 de 22 de septiembre, FJ 7º.

290 STEDH de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia, párr. 26.

de toda comunidad familiar, es mucho más evidente de la que aquél que se vale de un terminal telefónico para comunicarse con otro interlocutor”²⁹¹.

La medida de investigación consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales directas se regula en España en los capítulos IV y VI del título VIII de la LECr. En el capítulo IV -arts. 588 bis a) a 588 bis k)-, se contienen las disposiciones comunes para una serie de medidas de intromisión tecnológica que enumera, entre las que se encuentra la que constituye el objeto de nuestro estudio. Y en el capítulo VI se recoge la regulación específica de la medida en sí, desde el artículo 588 quater a) hasta el art. 588 quater e).

Por último “hay que insistir en que, en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los Jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real”²⁹².

Por último, indicar que en el anteproyecto de LECr, esta medida de investigación se denomina “**La interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido**”, y se regula en los arts. 383 a 393 del PLECr.

2. OBJETO

2.1. EN LA ACTUAL Y VIGENTE LECr

En la LECr no hay definición alguna de la medida de investigación consistente en la grabación de las comunicaciones orales. No se define el tipo de conversación que va a ser objeto de la intervención, aunque este concepto pueda extraerse del propio epígrafe que acompaña al capítulo que la regula.

²⁹¹ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *op cit.* P. 337

²⁹² ATS de 18 junio 1992 (FD 11º - Apartado II: consecuencias)

El epígrafe que acompaña al capítulo VI define por sí mismo el objeto de su regulación: “la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”.

Consideramos, de acuerdo con Santos Martínez, que el objeto de esta medida son “las comunicaciones orales directas, es decir, las conversaciones humanas de naturaleza verbal que se hacen de forma presencial sin el uso de ningún artificio o mecanismo para facilitar la comunicación”. Estamos ante conversaciones que pueden mantener en cualquier lugar, ya sea en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto, o bien en un espacio cerrado como, por ejemplo, el domicilio del investigado²⁹³.

Estamos ante la captación no espontánea de conversaciones privadas. La intervención requiere la colocación de un sistema o dispositivo de grabación y la propia grabación de una comunicación o conversación oral concreta. “La eficacia de la medida de investigación exige una previa actuación de colocación de micrófonos en un lugar determinado a fin de dirigir el sonido a otro artificio que grabe la conversación”. No estamos, por tanto, ante una escucha casual de conversaciones en un lugar público. De modo que “la preparación y la colocación de mecanismos de escucha y grabación evidencia una injerencia en las comunicaciones y en la intimidad que precisa autorización judicial”²⁹⁴.

De esta forma, quedaría excluida de esta regulación la captación de una conversación que se pueda producir de forma espontánea en un espacio público como pudiera ser, por ejemplo, la escucha de un agente de policía en una vía pública. En este sentido y en relación con las conversaciones tenidas en lugares públicos, el TS considera que una conversación descubierta por la Policía mediante escucha directa de uno de los conversadores, gracias a la proximidad a él de una funcionaria en la vía pública, “excluye cualquier consideración de atentado al derecho a la intimidad del comunicante”²⁹⁵.

Como hemos visto más arriba, el art. 588 quater a) autoriza una medida de injerencia que puede consistir por una parte en la captación y grabación de

293 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p. 190

294 Vid. *Ibidem*, p. 191

295 STS 218/2007 de 5 marzo (FD 1º)

conversaciones privadas directas, tanto de carácter unilateral o multilateral que pudiera mantener el investigado y, por otra parte, la obtención de imágenes que cumplieren las conversaciones interceptadas. Y como sostienen Marchena y González-Cuéllar ninguna de estas opciones conoce límites locativos, de modo que el Juez de instrucción puede acordar la grabación, tanto en espacios públicos como privados, abiertos o cerrados, incluyendo el domicilio del investigado²⁹⁶.

Como vemos la ley permite la instalación y el uso de aparatos o dispositivos que permitan la captación y grabación de las conversaciones presenciales. Sin embargo, advertimos también que la norma no limita los dispositivos tecnológicos que puedan llegar a utilizarse, “bastando su aptitud para el cumplimiento de la función de captar y grabar comunicaciones orales directas”²⁹⁷.

Por último, comentar que estamos ante otra diligencia de investigación penal regulada a través de la LECr. Es decir, ante “una de las medidas que cabe adoptar durante la fase de investigación del proceso penal, con la finalidad de averiguar y hacer consta la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la identidad de los responsables penales de dichos delitos”, tal y como se deduce de la situación en la que se encuentran los preceptos que regulan esta medida de investigación²⁹⁸.

2.2. EN EL PLECR.

Dice el art. 383.1 del PLECr que “lo dispuesto en este capítulo será aplicable a la escucha y grabación, por medio de sistemas técnicos de captación del sonido, de las conversaciones privadas que, en el marco de encuentros concretos, mantengan entre sí dos o más personas”.

Por tanto, este precepto nos adelanta tres características a tener en cuenta que son: 1) grabación de encuentros concretos, 2) entre dos o más personas, y 3) que se trate de conversaciones privadas.

²⁹⁶ Vid. M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 338

²⁹⁷ R. BELLIDO PENADÉS, *op cit*, p. 64

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 47

Ahora bien, ¿qué pasa si el investigado habla sólo (por ejemplo, en sueños, o que dicte oralmente al ordenador...). Pues que parece que esto no es conversación por lo que su grabación no está regulada en este apartado.

El apartado nº 2 del art- 383 del PLECr define qué se consideran conversaciones privadas a los efectos de este precepto. Son las siguientes:

- “a) Las que tengan lugar en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto.
- b) Las que se mantengan en el interior de un domicilio o en cualquier otro lugar en el que se desarrollen actividades de carácter íntimo”.

El art. 588 quater a) de la actual LECr se refiere, casi en los mismos términos que el proyecto, a la grabación de comunicaciones orales. Si bien se refiere a “la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados”.

Como podemos ver, hay un matiz que diferencia ambas normas. La LECr se refiere a la grabación “en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados”, pero no se refiere a los espacios íntimos tal y como sí dice el PLECr. Por tanto, el proyecto parece más preciso.

De todas formas, habría que considerar que aunque la actual normativa no se refiera de manera expresa a los lugares en los que se desarrollen “actividades de carácter íntimo”, deberíamos entender que, por afectar al contenido del derecho a la intimidad, siempre va a ser precisa autorización judicial.

Ambas normas, prevén la captación de imágenes complementarias a la grabación de las conversaciones, si bien, el PLECr viene a ser un poco más detallado en su redacción ya que expresamente se refiere a las imágenes “de la persona investigada y de quienes acudan a su encuentro”. De todas formas, aunque la LECr no diga nada de estas personas que acuden al encuentro del investigado, es lógico suponer que dichas imágenes también se incluyen en la autorización.

En ambas normativas, está previsto que las grabaciones puedan realizarse en el interior del domicilio, en cuyo caso siempre será necesario una autorización judicial expresa para la entrada en dicho lugar, además de la autorización para la grabación.

3. DERECHOS AFECTADOS

En relación a la medida restrictiva consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos conviene detenernos brevemente en cada uno de los derechos que pueden resultar eventualmente afectados.

Podemos hablar de derechos que resultan involucrados, restringidos o vulnerados dependiendo de cómo les afecte la medida de investigación que estudiamos.

3.1. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN

El art. 18 de la CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se garantiza así un núcleo de derechos llamados de la personalidad, que se refieren sobre todo a la dignidad de la persona y a su intimidad. “Con el reconocimiento constitucional del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, queda protegido por el ordenamiento un catálogo importante de derechos que garantizan el ámbito de privacidad no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a empresas de la comunicación y, en general, a todos los ciudadanos que vendrán obligados a respetar ese espacio de reserva individual”²⁹⁹.

Estamos hablando de derechos de gran trascendencia ya que como ya dijo el TC en 1981 “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y

²⁹⁹ M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, (vol. II), Coord. F. BALAGUER CALLEJÓN, Tecnos, Madrid, 2018,, p. 155

pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”³⁰⁰.

La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo desarrolla el art. 18 de la CE para regular el ejercicio de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Y lo hace sin diferenciar el concepto de honor de la intimidad y de la imagen, sino que enumera de manera conjunta los tres derechos. Sin embargo, “los tres derechos fundamentales mencionados tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de modo que ninguno queda subsumido en el otro. Por ello, una determinada forma de captación de la información, o de la presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos”³⁰¹

El derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18.1 CE es uno de los derechos fundamentales que se ve significativamente afectado por este tipo de investigaciones tecnológicas. Este artículo garantiza el derecho a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio³⁰². Hablamos del derecho a “mantener una vida privada sin interferencias de terceros ni del Estado, con la garantía de que nadie pueda invadir los aspectos reservados de la vida íntima”³⁰³. Este derecho, en fin, “persigue el reconocimiento de un ámbito a salvo de injerencias de extraños; el derecho a no ser molestado y a guardar reserva sobre datos que una persona no quiera revelar”³⁰⁴.

Insiste el TC³⁰⁵ que “el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida,

300 STC 25/1981, de 14 de julio de 1981, FD 5º

301 STC 25/2019, Sala 1ª, de 25 de febrero, FD 3º

302 Vid. entre otras, STS 97/2015 de 24 de febrero, FJ 4º, STC 127/2003 de 30 de junio, FJ 7º, STC 89/2006 de 27 de marzo, FJ 5º.

303 Vid. M L. BALAGUER CALLEJÓN, *op cit*, p. 156.

304 E. ÁLVAREZ CONDE y R. TUR AUSINA, *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, 8ª Ed., p. 385-386

305 STC 115/2000, de 5 de mayo de 2000, FD 4º; y STC 176/2013 de 21 de octubre, FD 7º.

vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida”.

Ahora bien, sigue diciendo el TC que este derecho reconocido en el art. 18.1 de la CE “no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”. Y añade que “lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada”.

Es un derecho que “atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida, y, en consecuencia, el poder jurídico de imponer a tercero el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”³⁰⁶.

Aunque la captación o grabación se produzca en la vía pública, sigue estando involucrado este derecho, porque la intimidad también es susceptible de ser lesionada en la calle, por ejemplo mediante el uso inadecuado de micrófonos direccionales o la utilización de cualquier otra tecnología invasiva de las conversaciones orales que pudieran mantener los viandantes³⁰⁷, o bien, por citar otra hipótesis, mediante la captación subrepticia de primeros planos de las partes íntimas del cuerpo de los viandantes.

Así lo viene diciendo el TC y el TEDH, que consideran que “la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado (...). No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones

306 STC 25/2019, Sala 1ª, de 25 de febrero, FD 3º

307 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit., p. 15.

interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada”³⁰⁸.

El TEDH³⁰⁹, considera que “el respeto a la vida privada debe incluir también, en cierta medida el derecho de los individuos para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes”. Y añade que no existe ningún motivo para considerar que el concepto de “vida privada” excluye las actividades de carácter comercial y profesional ya que “es en su trabajo donde la mayoría de las personas tienen muchas, incluso la mayoría de oportunidades para fortalecer sus vínculos con el mundo exterior. Un hecho señalado por la Comisión, lo confirma: en la actividad profesional de alguien, no siempre se puede desentrañar lo que entra dentro del ámbito profesional de lo que no. En especial, las tareas de un miembro de una profesión liberal pueden constituir un elemento de su vida en grado tan alto, que no podía decir en qué condición se encuentra en un momento dado”.

Como vemos las formas de intromisión lesiva en el derecho a la intimidad son muy variadas, ya que se trata del derecho fundamental más polifacético que existe³¹⁰.

Cuando hablamos del derecho a la intimidad, es fundamental definir a través de qué medios o vías se puede vulnerar este derecho, y qué conductas son capaces de lesionarlo.

Son actos que lesionan el derecho a la intimidad:

- Actos de difusión pública
- Actos de revelación a un tercero.

³⁰⁸ STC 12/2012 de 30 de enero, FJ 5. Y añade el TC en esta misma sentencia que “un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública”

³⁰⁹ STEDH de 16 de diciembre de 1992, caso Niemietz contra Alemania, ap. 29.

³¹⁰ El derecho a la intimidad no se concibe como un simple derecho a estar solo, o *ius solitudinis*, sino que está en conexión con el derecho a la autodeterminación personal, como una determinada calidad de relación con los demás, más que como un estado de autoconfinamiento (R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit., p. 14).

- Actos de indiscreción.
- Actos de penetración física directa (por ejemplo, la entrada en un vehículo ya que no es invasión del domicilio)

Otro dato importante a tener en cuenta es cuál es el objeto protegido, qué es lo íntimo (pudor, enfermedades, orientación y actividad sexual, afectividad...).

De acuerdo con Marchena y González-Cuéllar, la restricción de derechos que supone la captación y grabación de comunicaciones orales directas es más intensa que la producida por la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas.³¹¹ La expectativa de privacidad de quien se encuentra en su propio domicilio desarrollando su vida privada y familiar es mucho más evidente que la de aquel que se vale de un terminal telefónico para comunicarse con otro interlocutor³¹².

También puede verse involucrado el derecho al honor y a la imagen personal del investigado o de cualquier otra persona afectada por la investigación. Sobre todo, teniendo en cuenta que la LECr permite la grabación de las conversaciones mantenidas e incluso de imágenes complementarias a dichas conversaciones.

En relación con el concepto de honor hay que decir que debemos considerarlo desde tres puntos de vista. Por una parte, podemos hablar de un concepto fáctico, considerándose como reputación, fama y prestigio. En segundo lugar, hablamos de un concepto subjetivo del mismo, considerándolo como autoestima, esto es, cómo se ve a sí mismo cualquier persona. Y, por último, hablamos de un concepto normativo, que se refiere a la especial relación que tiene este derecho con la dignidad de la persona como

³¹¹ Algunos autores llegan a mantener, incidiendo en esta idea, posiciones extremas, como la de M. RICHARD GONZÁLEZ, que llega a decir que la medida consistente en la captación y grabación de las comunicaciones orales supone “una vulneración que no creo que pueda ser sanada o salvada por la orden judicial. Además, (...), no creo que esta sea una medida útil en la medida que una vez puesta en marcha esta posibilidad va a ser difícil que aquellos que infringen la ley vayan a descuidar sus actos y comentarios ni siquiera en su domicilio. Y esto será así porque se habrá creado un sentimiento general en la sociedad de que el Estado puede meterse en tu casa e instalar dispositivos que captan y graban las conversaciones y las imágenes de lo que sucede. De modo que, finalmente, el delincuente hallará la forma de seguir haciendo sus negocios y la sociedad entera habrá quedado sometida al miedo genérico de ser espía en su propio domicilio con base en sospechas de la comisión de un delito que tampoco tiene que ser excesivamente grave”. (“Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”, *Diario La Ley*, núm 8808, 2016, p. 8).

³¹² M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 337.

valor superior del ordenamiento jurídico; el TC alude a la existencia de un oasis de dignidad existente en cada persona.

“El derecho al honor, en su contenido esencial, lo viene a constituir la dignidad de la persona en cuanto tal”. Y se puede decir que forma parte de “ese núcleo esencial del derecho a la consideración de la persona en cuanto a su integridad de ser humano, reconocida también en el art. 10 de la CE”³¹³.

El TC tiene ocasión de pronunciarse por primera vez sobre el derecho al honor el 26 de noviembre de 1980, aunque sólo de forma muy incidental -en un auto-³¹⁴, diciendo que el honor consiste en “el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación”³¹⁵

Con posterioridad el TC ha tenido oportunidad de referirse a este derecho en numerosas ocasiones afirmando que “el derecho al honor garantiza la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público de afrentosas”³¹⁶

El derecho al honor también protege la probidad en la actuación profesional y laboral que, como afirma el TC, “suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad”³¹⁷

Decía Martín Morales que “aunque la captación audiovisual propiamente dicha no provoque una lesión inicial del derecho al honor, ésta puede producirse después, cuando se divulgue o difunda lo anteriormente grabado. Dependerá, además, de que el contenido de la grabación incorpore elementos capaces de producir deshonra,

313 M.L. BALAGUER CALLEJÓN, op cit, p. 155.

314 J. PARDO FALCÓN. “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, año 12, enero-abril 1992, p. 145.

315 ATC nº 106/1980, Salara 1ª, secc. 2ª de 26 de noviembre, rec. 173/1980, FD 2º.

316 STC 25/2019 de 25 de febrero (FD 4)

317 STC 133/2018 de 13 de diciembre (FD 9).

independientemente de que, por sí misma, esa captación ya suponga una lesión del derecho a la intimidad”³¹⁸.

Las imágenes o las conversaciones grabadas, de conocerse su contenido o de divulgarse el mismo, pueden afectar al buen nombre o fama de la persona afectada. Y no estamos hablando sólo del investigado, ya que éste puede tener conversaciones con cualquier persona implicada o no en los hechos investigados por la Policía Judicial. Sobre todo, si estas imágenes o conversaciones pudieran llegar a difundirse de alguna manera.

De hecho, la publicación de una fotografía de la ficha policial para la investigación de un delito, se consideró que atentaba contra el derecho al honor de esta persona puesto que puede representarse a la misma de una forma no deseada por ella. Dice el TC que “no cabe negar, en principio, que la difusión de la imagen de una persona en condición de detenida (...), puede dañar la reputación de esa persona en cuanto conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación”³¹⁹.

Esto nos hace plantearnos si la reproducción de una grabación o de unas fotografías complementarias a la captación del sonido pudiera afectar al honor de la persona afectada. En este sentido debemos diferenciar dos momentos. Un primer momento sería en la fase de instrucción o investigación del delito. En este momento el acceso al contenido de las grabaciones y de las imágenes está restringido a las partes personadas en el procedimiento. De modo que no se le daría divulgación ni publicidad por lo que no va a afectar al honor del individuo afectado. Un segundo momento es en el acto de la vista oral. La vista oral es pública de modo que cualquiera puede acceder a la misma y presenciar el desarrollo del juicio. En este caso se supone que si se pide por alguna de las partes que se procediera a la reproducción de las grabaciones podría afectarse el derecho al honor de las personas afectadas. Sin embargo, debemos decir que las grabaciones que llegan al acto del juicio oral han sido seleccionadas y “recortadas”

318 R. MARTÍN MORALES, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”, *cit.*

319 STC nº 14/2003 de 28 de enero (FD 12).

en la fase de instrucción para que sólo se disponga por los fragmentos estrictamente necesarios para enjuiciamiento del delito de que se trate.

Por último, hay que decir que el secreto sumarial tampoco es absoluto ya que como tiene dicho el TC el interés público a conocer prevalece.

Y ¿qué pasa si un periodista publica el contenido de unas grabaciones íntegras de unas actuaciones que se encuentran aún en fase de instrucción? En este caso, el periodista cumple con su deber de publicar una noticia que puede ser de interés general, amparándose para ello en el secreto profesional y en su derecho a no revelar sus fuentes.

Lo dicho nos lleva también a la necesaria protección del derecho a la propia imagen, el cual se configura “como la reproducción física de la persona”³²⁰. Puede definirse como “el poder que el ordenamiento jurídico confiere a la persona para que determine cuándo y bajo qué circunstancia su figura puede ser captada, reproducida o difundida”³²¹

En este sentido el TC³²² insiste en que el derecho fundamental a la propia imagen “no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18.1 CE mantienen una estrecha relación, en tanto se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio específico”. Y añade que “en cuanto a su contenido, este Tribunal ha tenido ocasión de precisar que el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana”.

Considera el TC que el aspecto físico constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, “en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento

320 M. L. BALAGUER Callejón, *op cit*, p. 158

321 L. DE LAS HERAS VIVES, “El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, nº 8, feb. 2018, p. 439.

322 STC 18/2015, de 16 de febrero de 2015 (FD 4º)

como sujeto individual”. Estamos ante un bien jurídico que “se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico”.

Insiste el TC en relación con el derecho a la propia imagen que “lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas”.

Por eso, la finalidad del derecho a la propia imagen “consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde”³²³

Llegados a este punto, debemos aludir a los arts. 144 y sigs. del PLECr. En estos preceptos se regula el régimen de publicidad de la fase de investigación. Se dispone que cuando exista un interés informativo relevante, podrá facilitarse a los medios de comunicación información sobre el objeto y el estado del procedimiento.

Esta competencia la tiene atribuida en exclusiva el Ministerio Fiscal. Dice el apartado 2 del art. 145 que “la función de informar a los medios corresponde al fiscal jefe o al fiscal portavoz de la fiscalía competente, quienes lo harán directamente o a través de las oficinas de prensa de las distintas Fiscalías o de la Fiscalía General del Estado”. Y el apartado 3, añade que sólo tendrá la consideración de información oficial relativa a un procedimiento de investigación la que sea proporcionada por las vías señaladas en este precepto.

El art. 146 regula el contenido de la información que puede facilitarse. Como punto de partida hay que decir que el Fiscal ha de informar a los medios de comunicación de forma objetiva, consignando hechos y datos sin valoraciones que puedan suponer un menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, no se puede dar información alguna “relativa a las actuaciones del

323 STC 139/2001, de 18 de junio de 2001 (FD 4)

procedimiento que aún no se hayan notificado a las partes afectadas o a las que estas no hayan podido tener acceso por causas que no les sean imputables”.

No se puede facilitar ni la identidad ni las imágenes de las personas investigadas, de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el procedimiento, salvo que se acuerde la prisión provisional del investigado o de que se trate de un hecho socialmente relevante.

Ni tampoco se puede facilitar información a los medios que pueda contener datos o elementos que puedan conducir a la identificación de las víctimas o de los testigos menores de edad.

Por último, dice el apartado 3 de este precepto que se ha de evitar toda mención “a las circunstancias del delito que puedan comportar un atentado a la dignidad de la víctima o a los datos que puedan causarle un perjuicio innecesario”.

3.2. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Otro de los derechos fundamentales afectados por la medida de investigación que estudiamos es el derecho a la inviolabilidad del domicilio, porque la captación y grabación de comunicaciones orales también puede llevarse a cabo en este lugar tal y como prevé el art. 588.1 quater a) de la LECr. Este precepto dice que “podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados”.

Dice el TS³²⁴ que “más allá de la discusión acerca de si esas conversaciones orales directas son o no identificables con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, lo cierto es que la decisión judicial a que se refiere el art. 588 quáter c) conlleva una restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria”. Añade el Alto Tribunal que “el contenido del art. 18.2 CE no se agota con la proscripción de toda

324 STS 655/2020, de 3 de diciembre (FD 5.2.)

presencia no autorizada de un tercero en el propio domicilio. Su contenido ha de hacerse extensivo al conocimiento por los poderes públicos de lo que en el recinto domiciliario acontece, aun cuando ese conocimiento se obtenga mediante la interposición de un artilugio técnico que desnuda al morador investigado”.

Regulado en el artículo 18.2 de la CE que dispone que “el domicilio es inviolable”, y añade este mismo precepto que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. El derecho a la inviolabilidad del domicilio “es un derecho de la personalidad que impide la entrada o registro de un domicilio sin el consentimiento del titular y sin previa autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito”³²⁵.

Dicen Álvarez Conde y Tur Ausina que “el concepto de domicilio tiene un sentido eminentemente espacial, debiendo ser considerado como el espacio en el que el individuo desarrolla su esfera de vida privada al margen de las convenciones sociales”³²⁶.

El TC extrae dos reglas del art. 18.2 de la CE en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio³²⁷. La primera de ellas conlleva una definición de la inviolabilidad del domicilio, la cual constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido “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”. El TC añade que “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 eso considere que “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”. Por eso considera que “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

325 J. A. MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, (vol. II), Coord. F. BALAGUER CALLEJÓN, Tecnos, Madrid, 2018, p. 197.

326 E. ÁLVAREZ CONDE y R. TUR AUSINA, *op cit*, p. 380

327 STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984 FD 2º,

invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

La segunda regla que se extrae del art. 18.2 de la CE es la que exige “un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial”.

Por otra parte, hay que decir que el TC ha ido perfilando una noción de domicilio cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico: el desarrollo de la vida privada sin intromisiones ajenas.

Dice que “en relación con este tema debe señalarse que la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”, añadiendo que “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 (artículo 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos prima facie un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo”³²⁸

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en línea con la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional, también vincula el concepto de domicilio con la protección de la privacidad del individuo, lo que supone también en la línea del TC una ampliación con respecto a su concepto civil o administrativo³²⁹.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio -dice el TS³³⁰-, es “un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a

328 STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984 FD 2º

329 Vid. M. Á. VILLEGAS GARCÍA y M. Á. ENCINAR DEL POZO, “La diligencia de entrada y registro”, *Diario La Ley* n° 9353, de 7 de febrero de 2019, p. 2.

330 STS 399/2018 de 12 de septiembre, FD 7º.

salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de la autoridad pública, aunque puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática”.

Y añade en esta misma sentencia, siguiendo los postulados del TC, que “el domicilio es un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 94/1999 de 31 de mayo, F. 4), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familia» (STC 22/1984 de 17 de febrero, STC 160/1991 de 18 de julio y 50/1995 de 23 de febrero, STC 69/1999 de 26 de abril y STC 283/2000 de 27 de noviembre).(...) El domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental. Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad”.

Incluso hemos de considerar que “una vivienda puede ser domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada”³³¹. Así lo sostiene el TC, que dice que un lugar cerrado, aunque no estuviera habitado, si “era un espacio apto para desarrollar vida privada en el que la misma se había desarrollado anteriormente con una u otra intensidad y periodicidad. Dicho de otro modo, ha de ser considerado un "domicilio" a efectos de protección constitucional, porque en él era posible que la persona o personas que tenían su posición y disfrute, es decir legítimo acceso y uso, vivieran sin estar sujetos necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima (...)”³³².

Vemos, pues, que se considera morada protegida todo lugar en el que vive una persona, de manera estable o transitoria, incluidas no sólo las habitaciones de los hoteles y pensiones, sino también las tiendas de campaña y las roulottes³³³.

331 J. A. MONTILLA MARTOS, *op cit.*, p.201.

332 Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 31-05-1999, nº 94/1999, BOE 154/1999, de 29 de junio de 1999, rec. 1090/1995, FD 5.

333 V. MAGRO SERVET, “El valor probatorio de la localización de pruebas incriminatorias en un domicilio por uno de sus moradores”, *Diario La Ley* nº 9085, 21 de noviembre de 2017, p. 3.

La casuística es muy variada sobre los distintos supuestos que pueden gozar de la protección constitucional del art. 18.2 de la CE.

A la vista de la doctrina expuesta, el TS³³⁴ considera que han de encontrar “la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad alejadas de la intromisión de terceros no autorizados (...). También afirma que “el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado”. Y añade que “tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”. Por eso, considera el TS que “consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad”.

Además, el concepto de domicilio no requiere que estemos ante una ocupación permanente del lugar que se considera apta para el ejercicio de la vida privada. Esta ocupación también puede ser temporal o transitoria. Así lo afirma el TS afirmando que “el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental”³³⁵.

El TS ha reconocido la protección constitucional propia del domicilio al jardín de un chalé, que circunda el mismo, aunque la puerta de acceso estuviera abierta. Afirma que los espacios anexos a una vivienda, con comunicación directa con la misma, tienen consideración como parte del domicilio. Dice que “esta circunstancia ha sido reconocida en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, de 15 de diciembre de 2016, en el que se acordó que debía considerarse domicilio a efectos penales las dependencias que mantengan, con la vivienda propiamente dicha, una relación connotada por la contigüidad, el cerramiento (que no reclama la existencia de un muro), la comunicabilidad o la constitución de una unidad física, esto es, la formación de un todo”.

334 STS 113/2018 de 12 de marzo, FD 3º.

335 STS 852/2014 de 11 de diciembre

Este acuerdo fue aplicado en la STS n° 154/2017³³⁶, que decía que el concepto de domicilio “aparece estrechamente vinculado al carácter doméstico de los posibles usos, que suele traducirse en la creación de un ambiente cerrado, o incluso parcialmente abierto, pero aislado del ambiente externo de algún modo que haga patente la voluntad de quienes lo habitan de excluir a las personas no autorizadas a entrar o permanecer dentro de él. Por eso, cuando se plantea alguna duda acerca de la caracterización de un determinado lugar a tales efectos, suele acudir a criterios como la estructura del mismo, su destino, el carácter doméstico de las actividades que se realizan en él, y la potencial indeterminación de estas, por contraste con otros lugares destinados a actividades específicas, no domésticas en sentido propio”.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, concluye el TS que, si nos encontramos ante “la configuración del patio, de uso privado, comunicado directamente por una puerta con la vivienda y aislado del exterior por una verja, [éste] debe ser considerado como parte del domicilio, de forma que solamente puede entrarse legítimamente en el mismo en los casos permitidos por el artículo 18.2 de la Constitución, es decir, consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante delito”³³⁷.

Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico débil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

El concepto de domicilio que venimos estudiando excluye del mismo los lugares donde no se desarrollen actos propios de dicha privacidad, aunque el titular pueda estar legitimado para no permitir la entrada o permanencia de terceros, como es el caso de las cocheras o trasteros que carezcan de conexión directa con el domicilio.

Y es que, como mantiene el TC³³⁸, “no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales

336 STS 154/2017 de 10 de marzo, FD 1°

337 STS 113/2018 de 12 de marzo, FD 3°.

338 STC 228/1997 de 16 diciembre, FD 7°.

comerciales (ATC 171/1989, fundamento jurídico 2.º)-, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”.

Consecuentemente, -dice el TS³³⁹- “un trastero (...) que se destina a su uso característico propio y no presenta comunicación directa con domicilio, no reúne las condiciones precisas para que el local sea considerado ámbito de privacidad; si no consta atisbo de desarrollo de vida privada, no puede considerarse como un domicilio ni por lo tanto se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2”. Por tanto, “en el caso de garajes y trasteros no son aplicables las garantías derivadas de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio, ni las normas procesales que regulan garantías relativas a la entrada y registro en el domicilio de particulares”

A través del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016, el Alto Tribunal ha considerado que los trasteros y garajes comunes sitos en los edificios de propiedad horizontal, donde también se integren viviendas, tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:

- “a) Contigüidad, es decir, proximidad inmediata o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;
- b) Cerramiento, lo que equivale a que la dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;
- c) Comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la dependencia; es decir, que medie puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.
- d) Unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación”.

Además, es indiferente el título conforme al cual la persona ocupe la vivienda. Lo importante es que ésta se constituya en su morada donde desarrolle su ámbito exclusivo de privacidad³⁴⁰.

339 STS 912/2016 de 1 de diciembre, FD 4º
340 Vid. STS 509/2012 de 19 de junio, FD 8º

Una habitación de hotel o pensión, así como una tienda de campaña o una roulotte, también tendrán la consideración de morada protegida por tratarse de un lugar en el que vive una persona, de manera estable o transitoria³⁴¹

En relación con el concepto de domicilio dentro del ámbito concreto de las embarcaciones el TS ha venido matizando las circunstancias que han de darse para que tal embarcación se halle tutelada por la inviolabilidad domiciliaria, no planteándose ningún problema para “reconocer la condición de domicilio al camarote de un barco como un lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes para desarrollan su privacidad en la medida que lo desee”. Por tanto, distingue el TS los camarotes, que son dependencias que resultan aptas “para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad”, del resto de dependencias de la embarcación “como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, ya que no pueden entenderse aptas, con carácter general, para la vida privada”³⁴².

Considera el TS que, por tanto “no cabe hablar de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18-2 CE simplemente porque las embarcaciones no constituyen domicilio a estos efectos constitucionales, salvo en aquellas partes destinadas específicamente a los camarotes, dormitorios de la tripulación o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas. Y ello, aunque se tratase de un yate o embarcación de recreo (...)”³⁴³.

Un vehículo a motor (automóvil, camión...), en principio tampoco tiene la consideración de domicilio y, por tanto, tampoco goza de la protección otorgada por el art. 18.2 de la CE³⁴⁴. Dice el TS que “un vehículo-camión que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo”. Por eso considera el TS que “su registro por Agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de

341 Vid. STS 453/2001 de 16 de marzo, FD 2º

342 STS 513/2014 de 24 de junio, FD 3º

343 STS 151/2006, de 20 de febrero, FD 8º

344 Vid. STS 1255/2002 de 4 de julio, FD 2º

conductas presuntamente delictivas, para descubrir y en su caso, recogerlos efectos o instrumentos de un delito no precisa de resolución judicial, como sucede en el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado”. (...). Esta doctrina y criterio jurisprudencial “es también extensiva al registro de un remolque en orden a comprobar su carga. Es evidente que un remolque de carga, que es utilizado con dicha finalidad de medio de transporte de una mercancía, no constituye un espacio donde se prolongue la esfera privada de un individuo, ni tampoco constituye una emanación o exteriorización de ese ámbito de privacidad que comentamos”³⁴⁵.

Por tanto, si se interviene un vehículo automóvil sin autorización judicial o del propio interesado en las diligencias de investigación policial de un hecho delictivo que justifique su inspección, no hay vulneración de derechos constitucionales.

De todas formas, hay cabinas de camiones que cuentan con un espacio interior para el descanso del conductor, que podría considerarse apto para el desarrollo de la privacidad del conductor, como si de un camarote se tratara.

Tampoco tiene la consideración de domicilio en los términos que venimos comentando un establecimiento abierto al público si carece de habitáculo de morada. Y es que, si el establecimiento carece de cualquier habitáculo destinado a domicilio particular, no es precisa autorización judicial, “ya que únicamente la protección que dispensa el art. 18.2 de la Constitución española, se refiere a la inviolabilidad del domicilio como morada, y es claro que la cocina de un bar no es domicilio”³⁴⁶

Los bares, los restaurantes, los almacenes y los garajes carecen de la consideración de domicilio sometido a la protección constitucional, siempre y cuando no conste espacialmente algún atisbo de privacidad; “con la especial matización y excepción de aquellos casos en los que el garaje forme parte del domicilio como una habitación aneja, supuesto en el que el registro del garaje ha de acomodarse a las exigencias constitucionales del artículo 18.2”³⁴⁷.

345 STS 183/2005, de 18 de febrero, FD 5º.

346 STS 426/2012, de 4 de junio, FD 2º

347 STS 747/2015, de 19 de noviembre, FD 7º

Por último, en la delimitación del concepto jurídico-penal de morada, es preciso aludir a la cuestión de si las dependencias y los espacios comunes forman o no parte de la morada.

En cuanto a las dependencias, se puede contestar afirmativamente la cuestión planteada y entender que en el concepto jurídico-penal de morada se incluyen las mismas, siempre y cuando guarden una unidad funcional con la morada (TS 7-2-87, EDJ 991).

Por lo que respecta a los espacios comunes de un inmueble, como serían el portal o la escalera, no pueden ser considerados como parte de la morada, al tratarse de lugares de libre acceso a terceros y no estar destinados a la vida privada de los moradores (TS 23-9-97, EDJ 7898; 12-5-00, EDJ 10379).

A las personas jurídicas también se les reconoce este derecho, puesto que partiendo de la redacción del art. 18.2 de la CE “parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas”³⁴⁸. Sin embargo, considera el TC que éstas “gozan de una intensidad menor de protección”³⁴⁹. Y es que “tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas (...). Ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.”³⁵⁰

348 STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985, FJ 3º

349 STC 54/2015 de 16 marzo (FJ 5º)

350 STC 69/1999 de 26 abril (FD 2º). Véase también la STC 54/2015 de 16 de marzo (FD 5º).

Así las cosas, considera Matia Portilla que,” de esta forma, el TC ha modulado, sin base constitucional expresa para ello, el alcance del derecho fundamental, dependiendo de que su titular sea una persona física o jurídica”³⁵¹.

Por tanto, y como vemos, comoquiera que la intervención dentro del domicilio es más invasiva que fuera de él, habrán de extremarse las garantías constitucionales, en especial la garantía de la reserva judicial, no siendo suficiente, como veremos, con la inicial autorización de la grabación extramuros si luego resulta necesario extender la intervención dentro de un domicilio. No en vano, tiene dicho el TC que “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.”³⁵²

3.3. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Entendemos que, en el estado actual de la cuestión, el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE también puede verse involucrado en los casos de grabación de las comunicaciones orales.

Como punto de partida, siguiendo a Álvarez Conde y Tur Ausina, es preciso aclarar que el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad, de manera que puede ser vulnerado en primero sin que se vulnere el segundo de los derechos mencionados, “en cuanto que se trata de un derecho que consagra, de forma implícita y a través del secreto, la libertad de comunicaciones” y añaden que “es una garantía formal, pues la lesión se produce ante la mera interceptación, resultando irrelevante si se accede o no al mensaje así como a su contenido”³⁵³.

En relación con esta cuestión cabe recordar la controversia surgida en su momento a la hora de identificar los derechos fundamentales afectados. Siguiendo a

351 F. J. MATIA PORTILLA, Art. 18.2, *Comentario a la Constitución Española Tomo I, 40 aniversario 1978-2018 (Libro Homenaje a Luis López Guerra), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pag.422.*

352 STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984, FD 5º

353 E. ÁLVAREZ CONDE y R. TUR AUSINA, *op cit*, p. 383

Casanova Martí³⁵⁴ habría que distinguir, en relación al alcance que se dé al término “comunicación”, entre aquellos que entienden que el art. 18.3 CE protege todo tipo de comunicación independientemente del medio empleado y de la distancia existente entre los interlocutores, de manera que también quedaría protegida por el art. 18.3 CE la comunicación directa cara a cara, y aquellos que consideran que este precepto protege sólo las comunicaciones que se realizan a través de algún medio técnico mediando una cierta distancia entre los sujetos, quedando por tanto fuera de su alcance las simples conversaciones orales, por no considerarse comunicación propiamente dicha o en sentido estricto, si bien éstas seguirían estando protegidas por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, hemos de partir de las diferencias entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Jiménez Campo considera que «intimidad» es un concepto de carácter material mediante el cual designa el ordenamiento el área que cada cual reserva para sí -o para sí y sus íntimos- apartándola (...) del conocimiento de terceros”. De este modo, considera este autor que “la protección dispensada se hará atendiendo al ánimo o que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma”. Por el contrario, afirma este mismo autor que «secreto de las comunicaciones» es, en la constitución un concepto rigurosamente formal, toda vez que no se protege el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver el hecho de que lo que se comunica entre o no en el ámbito propio de la privacidad, porque lo que se protege es la comunicación en sí misma. “Toda la comunicación es, para la norma fundamental, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas.”³⁵⁵

Ya hemos dicho más arriba que el TC considera 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”³⁵⁶

354 Cfr. R. CASANOVA MARTÍ, “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, núm 8674, 2016, p. 2.

355 J. JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, nº 20, mayo agosto 1987, p. 41

356 STC 114/1984 de 29 noviembre (FD 7º)

Dicho lo anterior, Jiménez Campo considera necesario acudir en busca de una noción de “comunicación” desde un punto de vista constitucional, tras el estudio del contenido del art. 18.3 CE. Dice así que “puede identificarse la comunicación a la que se refiere la norma fundamental como todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico”. Y así, sigue diciendo este autor, que primer lugar “la comunicación constitucionalmente relevante es, en primer lugar, un proceso, esto es, un procedimiento de relación significativa entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación”. Lo que se protege en este caso es el proceso de comunicación, con independencia de lo que se comunique. “La comunicación, como segunda consideración, es un proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro”. Y, por último, añade que “sólo es comunicación, para los efectos del precepto que examinamos aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición -aunque no por ello desprovistas de toda protección constitucional- las conversaciones directas o en persona”.³⁵⁷

Lo protegido por el secreto es, en definitiva, la comunicación y no sólo su contenido.

A la vista de lo dicho y de la redacción del precepto constitucional, insistiéndose en estas mismas ideas, otros autores también venían manteniendo que el art. 18.3 CE debía estar más bien referido a una comunicación a distancia y realizada a través de algún artificio técnico, lo que no comprendería las simples conversaciones directas o en persona. La opción del constituyente de separar el art. 18.1 CE del 18.3 favorecería las interpretaciones en este sentido, en búsqueda de una mejor caracterización dogmática del art. 18.3 CE. De acuerdo con Martín Morales, puede repararse en que “el art. 18.3 CE se refiere a una comunicación a distancia, por cuanto que lo que contempla dicho precepto no es el secreto de las conversaciones. La opción de segregar del 18.1 CE el 18.3 favorece las interpretaciones en este sentido, en búsqueda de la propia identidad del 18.3 CE”³⁵⁸

³⁵⁷ J. JIMÉNEZ CAMPO, *op cit*, pp. 42 a 49

³⁵⁸ Antes de que se consolidase el criterio jurisprudencial actual, algunos autores venían manteniendo que el art. 18.3 CE debía estar más bien referido a una comunicación a distancia y realizada a través de algún artificio técnico, lo que no comprendería las simples conversaciones directas o en persona. La opción del constituyente de separar el art. 18.1 CE del 18.3 favorecería las interpretaciones en este sentido, en búsqueda de una mejor caracterización dogmática del art. 18.3 CE. (Cfr., por ejemplo, R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit, p. 46).

Díaz Revoiro, es de la misma opinión. Considera que “en todo caso es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que este derecho no protege en principio la conversación directa entre dos personas (si bien, ésta, según el caso, podría estar protegida por el derecho a la intimidad)”. Además, este mismo autor afirma que es necesario que “el medio utilizado debe ser apta para permitir una comunicación secreta entre varias personas, y por ello están excluidos los medios de comunicaciones “de masas”, y en cambio quedan incluidos medios que permiten una conversación “cerrada” entre más de dos personas, como la multiconferencia o la videoconferencia.”³⁵⁹

También opina así Elvira Perales que considera que las comunicaciones protegidas por el art. 18.3 de la CE son todas aquellas “efectuadas mediante correo electrónicos, chats u otros medios, siempre que se efectúen mediante algún artificio técnico”, añadiendo seguidamente que “en la intervención de una comunicación directa (...) se vulnerarían en su caso el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, pero no el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)”³⁶⁰. Dice que “por lo que se refiere al tipo de comunicaciones protegidas, el art. 18.3 CE menciona explícitamente las postales, telegráficas o telefónicas, pero no hay que excluir por ello otro tipo de comunicaciones dado el carácter abierto de su enunciado. Por tanto, en la actualidad, entendemos que habría que incluir las comunicaciones efectuadas mediante correo electrónicos, chats u otros medios, siempre que se efectúen mediante algún artificio técnico, puesto que en la intervención de una comunicación directa (...) se vulnerarían en su caso el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, pero no el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).”

Incluso la LO 1/1982³⁶¹ parece considerar que el emplazamiento o la utilización de cualquier medio de escucha apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas tiene la consideración de intromisión ilegítima en el ámbito de la protección delimitado por el artículo segundo de dicha ley, que se refiere a la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen.

359 F. J. DÍAS REVOIRO. Art. 18.3, *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario, Tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018. Pag. 434.

360 A. ELVIRA PERALES, *Derecho al Secreto de las Comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p.16

361 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El TC³⁶² en su sentencia nº 170/2013 ha dicho: “Asimismo, en nuestra labor de delimitación del ámbito de cobertura del derecho, hemos precisado que el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados. En consecuencia, no «gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo». Así pues «quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta». Así ocurre «cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia». En tales casos «pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido» [STC 281/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 281), FJ 3 b)]. De igual forma, en la STC 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012, 241), FJ 7, también hemos excluido la protección constitucional de comunicaciones abiertas, que se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad”.

No obstante, parece consolidarse un criterio jurisprudencial distinto. El TC ha reconocido recientemente que podríamos estar ante la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en el caso de grabaciones de conversaciones directas de detenidos en dependencias policiales. En su sentencia 145/2014, publicada poco antes de la reforma de la LECr de 2015, considera que la grabación de conversaciones orales supone una vulneración del art. 18.3 CE³⁶³. En esta resolución, el TC analiza los derechos fundamentales vulnerados mediante grabación de conversaciones orales no telefónicas mantenidas por unos detenidos en dependencias policiales. En esta ocasión, este Tribunal anula dichas grabaciones por vulneración del art. 18.3 CE. De hecho, el fundamento jurídico 8º comienza diciendo así: “Declarada la lesión del art. 18.3 CE por la intervención de las comunicaciones orales verbales en dependencias policiales (...)”.

Y más recientemente, en su sentencia 99/2021³⁶⁴ dice así: “en relación con las comunicaciones interpersonales mantenidas sin la intervención de medios o artificios

362 STC 170/2013 de 7 octubre (FD 4º)

363 STC 145/2014, de 22 de septiembre, (FJ 6º, 7º y 8º)

364 STC 99/2021, de 10 de mayo (FJ 3º)

técnicos destinados a hacer posible el proceso comunicativo (comunicaciones orales), nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde una posición en la que inicialmente se afirmaba que el derecho del art. 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas -quedando fuera del mismo, consecuentemente, las que no precisaban de la intervención de ningún tercero ajeno como prestador del servicio de telecomunicación- hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos”.

Bellido Penadés es de la misma opinión. Este autor considera que la intervención de las comunicaciones orales afectaría al art. 18.3 de la CE, esto es, al secreto de las comunicaciones. Este autor considera que “una comunicación oral directa es una forma más de comunicación digna de protección constitucional”, sin que alcance a comprender el motivo por la que una comunicación oral directa pueda ser menos comunicación que una comunicación oral que se lleva a cabo por vía telefónica, o por la que una conversación presencial merezca una menor protección que una conversación no presencial. Termina diciendo que, en definitiva, “debe otorgarse más relevancia al objeto de protección -el secreto de las comunicaciones- que al medio, instrumento o dispositivo que se utilice para el desarrollo de la comunicación”³⁶⁵.

Mucho menos discutible aún es el estado de la cuestión en relación al requisito de la interceptación por parte de terceros no intervinientes en la comunicación. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, afirma que “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (...) ajenos a la comunicación misma”, tanto públicos como privados, dado que el derecho tiene eficacia erga omnes.

3.4. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) es otro de los derechos fundamentales que se ven afectados por la medida que estudiamos. Como dice Pauner Chulvi, “el contenido de este derecho consiste, brevemente, en el poder de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona”³⁶⁶. Lo que garantiza el derecho a

³⁶⁵ Vid. R. Bellido Penadés, *op cit*, p. 55

³⁶⁶ C. PAUNER CHULVI, “La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pág. 378.

la protección de datos es “un poder de disposición sobre esos datos”. Ese poder de disposición sobre sus datos personales se queda en nada “si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen y con qué fin”³⁶⁷.

En este punto hay que considerar, siguiendo Gregorio Cámara, que hemos de entender como datos “tanto los escritos como los audiovisuales, comprendiéndose por consiguiente la voz, la fotografía, el vicio, el cine, etc. Del mismo modo, estos datos son automatizadas cuando, cualquiera que sea el soporte físico en el que se encuentren, sean susceptible de este tratamiento o procesamiento (soportes ópticos o magnéticos, etc.)”. Siguiendo a este autor, hay que entender pues, que “son también datos personales tanto las imágenes como los sonidos, en el que caso de que contengan información relativa un individuo identificado o identificable”³⁶⁸.

El contenido y significado del art. 18.4 de la CE ha variado sustancialmente respecto al existente en el momento de aprobarse la Constitución. “Difiere también del sentido propio de su tenor literal”. Esta circunstancia ha tenido lugar a través de “la actuación hermenéutica del Tribunal Constitucional que, mediante una interpretación integradora guiada por el derecho europeo, ha procedido a redefinir su significado jurídico, transformando un precepto que en su literalidad expresaba un mero mandato al legislador en la garantía constitucional de un derecho fundamental autónomo”³⁶⁹.

Además, a medida que transcurría el tiempo, “la falta de reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos situaba al ordenamiento español en una posición de difícil encaje en el contexto europeo”, por eso “el TC español se determinó a llevar a cabo una labor de integración interpretativa para perfeccionar la obra del constituyente y alinear el contenido y alcance del art. 18.4 de nuestra Magna Carta con la evolución europea³⁷⁰”.

Este proceso de adaptación por vía interpretativa desarrollado por el TC parte inicialmente de su sentencia 254/1993. En esta ocasión el TC dice que a través del art.

³⁶⁷ STC 292/2000 de 30 de noviembre, FJ 6.

³⁶⁸ Vid. G. CÁMARA VILLAR, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, 13ª ed. Madrid, 2108, p. 210

³⁶⁹ J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ. “Artículo 18.4”, *Comentario a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Libro-Homenaje a Luis López Guerra*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018. Pag. 441.

³⁷⁰ *Ibidem*, pag. 442.

18.4 de la CE, se “ha incorporado una nueva garantía constitucional como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona (...). En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama <<la informática>>”. Y añade más adelante en esta misma resolución, que “la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”³⁷¹.

Tras el dictado de esta sentencia, el TC irá avanzando poco a poco en el reconocimiento y configuración de este derecho, hasta llegar a las sentencias 290/2000 y 292/2000 donde termina por consolidar esta doctrina.

El TC, en su sentencia 11/1998³⁷², tras reiterar lo dicho en su sentencia 254/1993, insiste en que “el art. 18.4 en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos”, considerando que estamos ante “un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales” como es el caso del derecho a la libertad sindical (en el caso de la sentencia comentada) o a la intimidad como ya hemos tenido oportunidad de comprobar más arriba. Añade que el derecho reconocido en el art. 18.4 CE “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona”

De esta forma, “el Tribunal reconoce de forma expresa y neta la existencia de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales, reiterando y

371 STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 (FD 6º y 7º).

372 STC 11/1998 de 13 enero (FJ 4º y 5º)

engarzando a estos efectos con la doctrina consagrada en la anteriormente citada Sentencia 254/1993³⁷³.

Más adelante, el TC, en su Sentencia 94/1998, insiste en la doctrina que viene configurando diciendo que “la llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”³⁷⁴.

Sin embargo, en la Sentencia 144/1999, el TC vuelve a centrarse en el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE del que deduce que, de un lado, este derecho “garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”. Y que, por otro lado, “impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal y familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos pueden justificar que ciertas informaciones relativas a una persona o su familia sean registradas y archivadas por un poder público, como es el caso del Registro Central de Penados y Rebeldes”

Y añade que “todas estas precauciones derivadas del contenido constitucional del derecho a la intimidad y, en particular, del deber positivo de protección de este derecho, que pesa sobre los poderes públicos, son, justamente, la razón que justifica las medidas legales restrictivas del acceso a esa información sensible, constituyendo una ilegítima intromisión en la intimidad individual, lesiva del art. 18.1 CE la infracción de las normas sobre acceso a la información relativa a una persona o su familia, con independencia de que esa información sea objetivamente considerada de las íntimas o de que su conocimiento o divulgación pueda ser pernicioso para la integridad moral o la reputación de aquel o de aquellos a quienes se refiere”³⁷⁵. De esta forma, parece que el

373 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 208

374 STC 94/1998 de 4 mayo (FJ 4º)

375 STC 144/1999 de 22 julio (FD 8º)

TC vuelve a obviar el derecho a la protección de datos del art. 18.4 como un derecho autónomo independiente del derecho a la intimidad del art. 18.1

En la Sentencia 202/1999, el TC considera que hay determinados hechos, como es el caso de los referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad que, en principio, pudieran considerarse que no se integran en la esfera privada de la persona. “Sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar”. De esta forma, el Tribunal distingue netamente entre el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos. Por eso reitera que “la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”³⁷⁶

La consolidación de la doctrina que venimos considerando por parte del TC tiene lugar a partir de las Sentencias 290/2000, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad que resultaron acumulados contra la Ley Orgánica 5/1992, (LORTAD), y 292/2000, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, hoy vigente).

Son dos resoluciones que “más allá de los relevantes pronunciamientos que ambas contienen sobre diversos aspectos del régimen jurídico de la protección de datos, esas sentencias se erigen en un hito de la jurisprudencia constitucional por las declaraciones que el Tribunal realiza sobre el contenido y alcance del art. 18.4 del a Constitución”³⁷⁷.

La primera de estas dos sentencias reitera la doctrina que el TC viene exponiendo en sus precedentes jurisprudenciales ya comentados, refiriéndose ya al “derecho fundamental a la protección de datos personales”.

La segunda (la STC 292/2000 consolida esta denominación. En ella “el TC supera las ambigüedades de las anteriores manifestaciones sobre el derecho a la

376 STC 202/1999 de 8 noviembre (FJ 2º)

377 J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *op cit.* Pag. 444

protección de datos para acabar presentándolo sin ambages como un derecho fundamental autónomo”³⁷⁸.

En este sentido, dice el TC en esta sentencia que “con la inclusión del vigente art. 18.4 CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona”. De esta forma, considera el TC que la Constitución incorpora un “instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental”³⁷⁹, el cual es el que viene a denominar como derecho fundamental a la protección de datos.

El TC dice más adelante que este derecho fundamental a la protección de datos comparte con el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar; sin embargo, se diferencia de él porque el primero “atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática (...)”. Considera el TC que el derecho a la protección de datos tan afín al derecho a la intimidad tiene una serie de peculiaridades propias que radican “en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”³⁸⁰.

En lo que respecta a su función, mientras que la del “derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad” el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”³⁸¹

378 J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *op cit.* Pag. 444

379 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 4º)

380 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 5º)

381 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 6º)

El objeto del derecho fundamental a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, así como a la “esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal”. Dice el TC que “el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.

A la vista de lo expuesto, concluye el TC que “de este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal³⁸²”. “Por consiguiente, el sujeto del derecho ostenta un poder jurídico de disposición y control sobre sus datos personales frente a los poderes públicos y frente a terceros, control que ha de ser especialmente intenso debido precisamente al desarrollo y potencia que tienen los medios informáticos y su capacidad de acumulación y tratamiento de la información obtenida, de la que pueden resultar importantes y lesivas afectaciones de sus derechos personales”³⁸³.

Otra peculiaridad que configura el derecho a la protección de datos frente al derecho a la intimidad radica en su contenido ya que, a diferencia de este último, “que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos (...): garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo

382 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 6º)

383 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 213.

que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales”³⁸⁴.

“Como colofón el TC determina con precisión cual es el contenido del derecho derivado del art. 18.4 de la Constitución”³⁸⁵: “De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”³⁸⁶.

La titularidad del derecho a la protección de datos personales que venimos comentando se corresponde con las personas físicas, sin perjuicio de que también las personas jurídicas puedan tener reconocido este derecho, toda vez que el TC considera que “en nuestro ordenamiento constitucional aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas”³⁸⁷. De modo que “aunque la Ley las excluye sin embargo de la titularidad de las facultades que en ella se regulan, toda vez que las remite tan sólo a las personas físicas, esto no significa, obviamente que las personas jurídicas no puedan exigir responsabilidad, en su caso, por todos aquellos daños que se les pudieran causar como consecuencia del uso de información que les concierna, conforme a las previsiones generales contenidas en el ordenamiento en materia de responsabilidad civil, administrativa y penal”³⁸⁸.

Otro dato a tener en cuenta en cuanto a la titularidad de este derecho, es que el art. 18.4 de la Constitución se refiere a los “ciudadanos” de modo que “no hay que entender que por ello queden excluidos de la titularidad de este derecho los extranjeros,

384 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 6°)

385 J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *op cit*, p. 445

386 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 7°)

387 STC 23/1989 de 2 de febrero (FJ 2°)

388 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 212

pues se trata de un derecho predicable (...) de toda persona, en tanto que es inscribible en el conjunto de aquellos derechos fundamentales que resulten imprescriptibles para la garantía de la dignidad humana y la libertad que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituyen fundamento del orden público español, según se desprende además, de la jurisprudencia constitucional al respecto”³⁸⁹.

En cuanto a los obligados por este derecho, el TC ha dicho que “los poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”³⁹⁰. Respecto del Estado, “desarrolla, como derecho fundamental, una eficacia vinculante que tiene carácter inmediato y directo. Esta eficacia se concreta no sólo en la garantía del respeto de todos los poderes públicos, sino también en la obligación positiva de funcionalizarlo cuando sea necesario en el sentido de que sea necesario susceptible de conseguir su plena efectividad en todos los ámbitos, esto es, tanto en las relaciones con los poderes públicos como en las relaciones con otros particulares, lo cual conlleva la obligación de la constitucionalmente adecuada regulación por el legislador de los supuestos de su aplicabilidad y defensa. Respecto a los terceros particulares, obviamente y por estas razones, también les vincula conforme a la regulación legal establecida, además de por la aplicación de la doctrina de la eficacia social horizontal mediata de los derechos fundamentales”³⁹¹.

A lo ya dicho, hemos de añadir que el derecho fundamental a la protección de datos, como no puede ser de otra manera, también están sujetos a limitaciones “siempre que éstas así se contemplen en la Constitución de manera directa o implícita, de acuerdo con la doctrina general aplicable al respecto”³⁹². Ahora bien, junto a la previsión legal y a la justificación de la medida, el juicio de proporcionalidad resulta una exigencia imprescindible para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, pues el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales³⁹³.

389 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 212

390 STC 292/2000 de 30 de noviembre, (FJ 7º)

391 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 212

392 *Ibidem*, p. 213

393 Vid. STC 96/2012, de 7 de mayo (FJ 10 y 11)

El art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679³⁹⁴ define qué se entiende por “datos personales”, diciendo que es “toda información sobre una persona física identificada o identificable”.

Por tanto, la voz y la imagen tienen la consideración de datos de carácter personal sobre todo si contienen información relativa a un individuo identificado o identificable.

Y lo cierto es que las grabaciones de voz y de imágenes complementarias se van a ceder necesariamente a las partes intervinientes en el proceso penal. El fiscal tendrá copia de las actuaciones, al igual que todas y cada una de las partes personadas ya sea como defensa o como acusación particular. La entrega de los documentos sonoros y gráficos se hace a los letrados de las partes personadas a través de sus procuradores, y nada obsta a que las propias partes puedan acceder a una copia de dichos documentos a través de sus propios letrados y procuradores.

Por tanto, cabe preguntarse ¿qué pasa con los datos cedidos por el Juzgado una vez que finaliza el procedimiento judicial? El art. 588 bis K de la LECr impone una obligación clara y determinante al Juzgado, pues dispone y regula la destrucción de los registros. Sin embargo, esta norma parece dirigida al Juzgado; ¿están también obligadas las partes que han intervenido a destruir los registros en los mismos términos que dispone esta disposición?

394 REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Esta norma tiene alcance general y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, tal y como dispone el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Reglamento ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. El Reglamento comunitario admite que una ley interna “lo adapte y complete siempre que no ponga en cuestión sus objetivos ni obstaculice la armonización jurídica que persigue” según considera Rallo Lombarte, el cual además mantiene en relación con esta normativa que “lo más relevante reside en que el fundamento constitucional del derecho fundamental de protección de datos se ha desplazado del ámbito nacional al europeo y, sobre este último anclaje, se ha normativizado un derecho fundamental homogéneo en toda la Unión Europea”. A. RALLO LOMBARTE, “El nuevo derecho de protección de datos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 45-74, 2019.

3.5. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

La grabación de las comunicaciones orales del investigado, en los términos regulados tras la reforma de 2015, también puede afectar a sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable o autor de los hechos imputados (art. 24.2 CE).

En este sentido, el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia 513/2010, de 2 de junio (FJ 6º), sostiene en relación con el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (arts. 17.3 CE, 24.2 CE y 520 LECr.), que “tales derechos se ponen en funcionamiento cuando el acusado está sujeto a los poderes coercitivos del Estado por su detención. (...) El derecho le protege contra el uso por parte del Estado del poder de subvertir el derecho de un acusado a elegir si quiere hablar o no con las autoridades”.

En esta sentencia el TS afirma que deben concurrir dos condiciones para que la información obtenida de las grabaciones no lo haya sido en contra de la voluntad del detenido, y que su utilización en juicio no sea contraria a su derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse: la primera de las condiciones consiste en que la fijación de los aparatos de escucha y grabación de las conversaciones no sea ilegal; y la segunda, que no exista indicio alguno de que el detenido, en su conversación, hubiera sido coaccionado para hacerla o de que fuera una trampa o una inducción. Por eso, “el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido”. De modo que, si el detenido habla, que sea por su propia voluntad, debiendo suponerse que ha aceptado el riesgo de que quien reciba esa información podrá utilizarla.

3.6. DERECHO A LA DEFENSA EN REFERENCIA A LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE

Dispone expresamente el art. 118.4 de la LECr que “todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial”. El art. 775 de la LECr profundiza en este derecho disponiendo que “tanto, antes como después

de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 527”. Por tanto, “la captación y grabación de estas conversaciones no incide únicamente en el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, sino que vulnera el derecho a la defensa”. De otro modo “se rompería la relación de confianza que une al imputado con su letrado”³⁹⁵.

“El derecho a la defensa, protegido en el art. 24.2 de la CE, constituye uno de los pilares fundamentas del proceso penal que posibilita que las partes hagan valer sus argumentos y participen en el proceso en su totalidad, con el fin de defender sus posiciones e influir así en la decisión del órgano judicial”³⁹⁶. Dice el TC que el derecho a la defensa jurídica “supone en empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)”. Y añade que “de esta suerte la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del art. 24”³⁹⁷.

Este derecho nace una vez que se comunica al investigado la atribución de un hecho punible, tal y como se extrae del art. 118.1 de la LECr que dice que “toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar su derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acorado su procesamiento (...)”.

El art. 767 del mismo texto legal añade que “desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada”. Y añade este mismo precepto que “la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado”.

395 R. CASTILLEJO MANZANARES, *op cit*, p. 12.

396 E. DE LUÍS GARCÍA, “El derecho de defensa en el proceso penal: significado y manifestaciones en la jurisprudencia constitucional” *La Ley* 5052/2018, p. 2.

397 STC nº 48/1984 de 4 de abril, FJ 1º.

Como vemos, “el derecho a la defensa nace con la imputación y, en este sentido, surgen en ese mismo momento los derechos que el ordenamiento establece para su aseguramiento: así, el derecho a conocer el acto procesal que ha motivado la apertura del sumario o, en su caso, ilustración suficiente que abre la instrucción y, si es detenido o preso, los derechos que prevén los artículos 17.3 de la CE y 520 de la LECr. y, muy singularmente (...) la intervención del defensor en los interrogatorios y el derecho a comunicarse libremente con su abogado, salvo los supuestos de incomunicación legalmente adoptados”³⁹⁸.

El derecho a la defensa se incluye en los arts. 24 y 17 de la CE. El primero, tras proclamar en su primer apartado el derecho a la tutela judicial efectiva y de prohibición de indefensión de toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, dispone además en su segundo apartado que todos tienen derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. De este modo se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, disponiéndose como derechos accesorios para la garantía del mismo, entre otros, el derecho no sufrir indefensión. Por su parte, el art. 17 garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.

En relación con el derecho a asistencia letrada, dice el TC³⁹⁹ que “el art. 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las SSTC 21/1981, de 15 de junio, y 48/1982, de 5 de julio, y, por tanto, en relación con el «acusado» o «imputado»”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que incluso una mera “creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar”. Y añade que “tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente,

³⁹⁸ G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 320.

³⁹⁹ STC 196/1987, de 11 de diciembre de 1987, FD 4º.

y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención”⁴⁰⁰.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DELITOS QUE PUEDEN HABILITAR LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA

4.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LEGITIMACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA

Dispone el art. 588 quater b) de la LECr. que la grabación de las comunicaciones orales sólo podrá llevarse a cabo cuando los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos⁴⁰¹: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; c) delitos de terrorismo. Resulta además necesario que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aporte datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identidad de su autor.

No basta con que la medida esté prevista en la ley y sea adoptada por un Juez, sino que “resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman”, ya que “el sacrificio del derecho fundamental ha de estar siempre racionalmente justificado”⁴⁰². Deberemos acudir, pues, a la aplicación del test de proporcionalidad que nos permitirá, tomando como referencia la finalidad de la medida de investigación, “ponderar la gravedad mínima que debería revestir el ilícito que se pretende investigar”⁴⁰³.

Reitera el TC que la resolución judicial habilitante de una medida de investigación que pueda afectar a los derechos del art. 18.3 de la CE “debe explicitar, en el momento de la adopción de la medida todos los elementos indispensables para

400 STEDH de 13 de marzo de 2007, Caso *Castravet contra Moldavia*, párrafo 51.

401 Entiendo que cuando la ley se refiere a la investigación de hechos que pudieran constituir alguno de los delitos indicados, se está refiriendo tanto a supuestos de delitos consumados como a los actos preparatorios para llevar a cabo la comisión de un delito, siempre y cuando la provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos estén castigadas penalmente de forma expresa.

402 I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “*Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley*”, *Revista de Derecho Político*, núm. 98, enero-abril, 2017, p. 104.

403 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit., p. 20

realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior en aras del respeto de del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida”.⁴⁰⁴

La LECr regula una serie de disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, en los arts. 588 bis a) a 588 bis k).

La primera de estas disposiciones comunes, de acuerdo con la doctrina constitucional, es la que establece que la autorización judicial que permita el uso de cualquier medio de investigación tecnológica que pueda afectar a los derechos regulados en el art. 18 de la CE, siempre ha de sujetarse a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida⁴⁰⁵.

Son una serie de requisitos exigidos “como filtro de legalidad para la validez de cualquier medida de investigación limitativa de derechos fundamentales”. Debiendo significarse que “la necesidad de su concurrencia es taxativa. Deben cumplirse, por tanto, todos ellos, resultando inadmisibles cualquier medida que no observe alguno, aunque repete todos los demás”⁴⁰⁶.

Dicen Marchena y González-Cuéllar que “son principios dogmáticos, acogidos y proclamados por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, cuyo enunciado actúa como recordatorio de que, más allá del estricto cumplimiento de las exigencias formales a las que ha de ajustarse el órgano jurisdiccional, la garantía constitucional asociada al sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones, ha de operar como fuente legitimante”⁴⁰⁷.

404 STS 145/2014 de 22 de septiembre de 2014 (FD 2º)

405 Art. 588.1 bis a) LECr

406 Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (epígrafe 2.2)

407 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 212

Por último, y antes de entrar en el análisis de cada uno de los principios mencionados en el art. 588 bis a de la LECr, es preciso destacar que el art. 588 quater b) en su apartado 2 dice que sólo podrá autorizarse la medida cuando concurren, entre otros requisitos, el hecho de que “pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor”. Es esta una exigencia específica recogida en la regulación propia de la medida objeto de nuestra investigación, esto es, de la captación y grabación de comunicaciones orales, que, “como tal, no aporta nada nuevo a la previsión genérica que para todas las medidas de investigación tecnológica se recoge en el art. 588 bis a) 4, salvo destacar una especial relevancia de estos principios en relación con esta concreta medida de investigación tecnológica. En consecuencia, deberá incluirse siempre una mención expresa a la justificación de la excepcionalidad y necesidad de la diligencia en las resoluciones judiciales que autoricen esta medida”⁴⁰⁸.

4.1.1. Principio de especialidad

Dice el número 2 del art. 588 bis a) de la LECr que “el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto”. Y añade que “no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”.

Por tanto, “la especialidad exige la correspondencia entre la medida de investigación tecnológica acordada y la investigación de un delito concreto. Es decir, la medida debe ir dirigida exclusivamente a investigar un hecho delictivo específico y no otro”⁴⁰⁹.

Según Martín Morales, “el TS alude a la especialidad como uno de los requisitos que ha de reunir a la autorización judicial que habilita una intervención restrictiva en un derecho fundamental. Según dicho principio, -sigue diciendo este autor- la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, esto es, se trata de una resolución especialmente otorgada para ese objeto de investigación concreto, y no

408 Fiscalía General del Estado, Circular 3/2019 de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. BOE 22-3-2019, nº 70. Epígrafe 4.

409 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.46.

para otro. Así se evita que se convierta en una especie de autorización en blanco para la policía⁴¹⁰”

El principio de especialidad dispone la prohibición de intervenciones prospectivas, a través de las cuales las autoridades pudieran entrometerse en la vida privada de las personas investigadas con la finalidad de indagar para ver qué es lo que encuentran.

A la hora de intervenir las comunicaciones protegidas en el art. 18.3 de la CE, el TS afirmaba, en relación con el principio que estudiamos en este apartado, que no es posible propiciar su intervención “para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales”⁴¹¹

Más recientemente el TS nos describe este principio de forma más gráfica, diciendo que “la prohibición de intervenciones prospectivas es consecuencia del principio de especialidad vigente en la materia, que significa que los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario”⁴¹².

Como vemos, no caben medidas puramente prospectivas, ya que no es posible limitar los derechos fundamentales con objeto de prevenir o descubrir de manera general o indiscriminada delitos que no se han concretado o definido en el objeto de la investigación porque esta situación nos llevaría a un sistema de inquisición general que resulta incompatible con el Derecho penal moderno

410 R. MARTÍN MORALES. *El principio constitucional de intervención indiciaria*, cit, p.15.

411 STS 393/2012 de 29 mayo (FD 2º)

412 STS 272/2017 de 18 abril (FD 2º, 2.3)

A la vista de lo que vamos exponiendo podemos llegar a una conclusión cual es que “la investigación tecnológica se configura, en consecuencia, como un medio para esclarecer aspectos fácticos sobre el hecho investigado, determinación de su autoría y participación, entre los que se incluye la averiguación del paradero de sus partícipes, el iter criminis, modus operandi y aspectos probatorios, entre los que destaca la localización de los efectos del delito, etc., pero nunca como un medio exclusivamente de prevención delictiva”⁴¹³. Es preciso, por tanto, que la actividad delictiva que se vaya a investigar, o que se esté investigando, sea previa a la propia investigación.

Por ello es preciso que nos encontremos ante la investigación de un delito ya cometido o que se esté cometiendo, y que sea previo la medida de investigación.

Esta medida afecta a personas que tienen que estar relacionadas con el delito que se esté investigando, y tiene que haber indicios suficientes que sean más que meras sospechas de su intervención en la participación del delito que se esté investigando. Por eso, “la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona (...). También se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (...)”⁴¹⁴.

Es preciso que el Juez tenga elementos de convicción que supongan algo más que “meras suposiciones o conjeturas” en relación con la realidad del delito investigado y las conversaciones mantenidas entre las personas que resultan investigadas como sospechosas por su participación en la comisión del mismo o por quienes se relacionaban con ellas. Se trata de este modo de que haya elementos de convicción a través de los que se concluya que la medida de intervención no se trata de una

413 E. VELASCO NÚÑEZ, “*Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*”, cit, p. 69

414 STC 167/2002 de 18 septiembre (FD 2º)

investigación meramente prospectiva. Como dice el TC, “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos”⁴¹⁵.

Reitera el TS que “la prohibición de intervenciones prospectivas es consecuencia del principio de especialidad vigente en la materia, que significa que los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario”⁴¹⁶.

Ahora bien, el principio de especialidad tampoco exige que se dé una identidad plena entre los hechos y sujetos investigados y los finalmente descubiertos, procesados o enjuiciados. Dice el TS que “es indudable que el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones ha de estar irrenunciablemente presidido por la idea de excepcionalidad. Pero también lo es que el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias”. Y es que en algunas ocasiones es posible que determinadas personas resulten imputadas durante la fase de instrucción acordándose la intervención de sus comunicaciones, y que, sin embargo, luego no resulten acusadas. En este caso añade el TS que esta circunstancia “no expresa el fracaso de las garantías de nuestro sistema constitucional. Nuestro sistema constitucional se reafirma cuando el juicio de acusación o fase intermedia ajusta su funcionalidad a lo que constituye su esencia, esto es, la selección de aquellos imputados que, a la vista de las investigaciones practicadas han de asumir la condición de acusados. La idea de que toda imputación -sea ésta material o formal- convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene acogida en nuestro sistema”⁴¹⁷

Otra cosa distinta es que el delito que se descubre durante la investigación es otro distinto del concreto y determinado que motivó la adopción de la medida. Tampoco

415 STC 171/1999 de 27 septiembre (FD 7º)

416 STC 272/2017 de 18 abril (FD 2º, 2-3)

417 STS 412/2011 de 11 mayo (FD 6-B)

en casos así nos encontramos con una infracción del principio de especialidad. En casos así tiene dicho el TS⁴¹⁸ que “si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente de prueba.” Y, sin embargo, “si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso”. En esta segunda situación estaríamos ante un supuesto hallazgo casual, cuyo régimen jurídico veremos más adelante.

Ya había dicho el TS en relación con el principio que estudiamos en este apartado que “no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos”, y que tampoco es correcto entender autorización prácticamente en blanco. Y añadía que tal principio de especialidad debía de ser entendido “en el sentido (...) a que no se vulnera tal principio y el mismo cede cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma”⁴¹⁹. Y en una sentencia posterior añadía “que no puede renunciarse a investigar la «notitia criminis» incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque”⁴²⁰.

4.1.2. Principio de idoneidad

Otro de los principios rectores, a los que debe sujetarse cualquiera de las medidas de investigación tecnológica, recogidos en la LECr, es el de idoneidad, que según el art. 588 bis a) 3, “servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”.

Dice Velazco Núñez que conforme al principio de idoneidad “sólo si la media tecnológica es útil, puede ser autorizada por el Juez ayudando así a definir el concreto

418 STS 71/2017 de 8 febrero (FD 2º)

419 STS 1038/1994 de 20 mayo (FD 1º)

420 STS 1762/1994 de 11 octubre (FD 1º)

objeto a injerir -teléfono, dispositivo electrónico de geolocalización, ordenador, etc.-, el sujeto afectado y la duración que determine el rendimiento de la medida a los fines procesales”⁴²¹.

“El subprincipio de idoneidad o adecuación, -en palabras de Zozo Zabala- expresa la pretensión de que toda delimitación de un derecho fundamental sea adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; determina la necesidad de verificar si la medida delimitadora de un derecho tiene un fin legítimo, y si dicha delimitación restrictiva es adecuada al objetivo o fin pretendido”⁴²².

Considera esta misma autora que este principio tiene un “status de un criterio negativo” en el sentido de que a través del mismo se pueden verificar los medios que no son adecuados para alcanzar dicho fin legítimo de la medida de investigación limitadora de los derechos fundamentales, porque no se trata de verificar los medios idóneos. “Constituye un elemento de un orden marco, por cuanto su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo”⁴²³.

Sin embargo, desde el punto de vista de Sánchez Melgar, la definición dada por el art. 588 bis a) 3 de la LECr “no se corresponde con el principio de idoneidad, sino que se trata del presupuesto aplicativo a la medida: definir el ámbito objetivo, subjetivo y temporal de la misma”. Aunque sí considera que idoneidad es igual a utilidad, de modo que concluye que “una medida es idónea si sirve a los fines que se persiguen mediante su adopción”⁴²⁴.

El TS viene diciendo que se considera que una medida de investigación es idónea siempre y cuando “este medio aparezca adecuado para los fines de la instrucción”⁴²⁵

421 E. VELASCO NÚÑEZ, “Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal”, *cit*, p. 69

422 C. ZOCO ZABALA, *op cit*, p. 133. Esta misma autora, además, con base en la STC 17/2013, considera que “el fin legítimo es aquél que esté constitucionalmente previsto” (nota a pie de página nº 54)

423 Vid. *Ibidem*, p. 134

424 J. SÁNCHEZ MELGAR, “La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su Parte General”, Editorial Jurídica SEPIN, enero 2016 (SP/DOCT/19834)

425 STS 85/2017 de 15 febrero (FD 5º)

Desde hace tiempo, el TC viene considerando el principio de idoneidad como un elemento más del principio de proporcionalidad. Y así dice 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)”⁴²⁶.

Por tanto, hemos de concluir que, en atención a lo expuesto, cualquier resolución judicial que acuerde la adopción de una medida de investigación tecnológica, incluida, por tanto, la grabación de las comunicaciones orales, objeto de nuestro estudio, deberá valorar de forma expresa si dicha medida es adecuada, apta o suficiente para la obtención de resultados relevantes tanto en atención al objeto como al sujeto investigado y en relación con la duración de dicha medida.

Por último, dicen Marchena y González-Cuellar⁴²⁷ que “la idoneidad de la medida de injerencia presupone su excepcionalidad y necesidad, lo que nos lleva al análisis de estos otros principios.

4.1.3. Principios de excepcionalidad y necesidad

Estos principios están mencionados en el nº 4 del art. 588 bis a) de la LECr. Y digo mencionados, porque en realidad no se recoge una definición de los mismos, o de lo que debe entenderse por tales principios. Y así, textualmente dice este apartado nº 4 lo siguiente:

“En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales

⁴²⁶ STS 207/1996 de 16 diciembre (FJ 5º)

⁴²⁷ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op. cit., p. 214

del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida”.

Dice Santos Martínez que para valorar este principio “debe tenerse en cuenta el alcance de la injerencia y por ende el sacrificio que debe soportar el derecho fundamental afectado por la medida”. Por tanto, nos encontramos con que la Ley obliga al Juez al que corresponda autorizar la medida a que se plantee si existen o no otras medidas que logren el objetivo que pretende la investigación, pero que, a su vez, sean menos gravosas y lesivas para los derechos del investigado. Por tanto, “si existen estas alternativas que sean menos perjudiciales, pero igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, la excepcionalidad se verá comprometida”. Por tanto, concluye este autor que “el principio se cumplirá cuando no estén a disposición de la investigación estas otras medidas menos gravosas para lograr los fines pretendidos”.⁴²⁸

Velasco Núñez considera que el principio de excepcionalidad dice que “la información crucial que se pretende conseguir mediante el uso de una medida limitativa de derechos fundamentales, por un lado y en función de las circunstancias, no la pueden alcanzar los investigadores con el uso de medidas menos gravosas que se presenten igual de útiles que las recabadas, o, por otro, que sea gravemente dificultoso comprobar por otros medios: ya el hecho, su autor, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito”. Y añade este mismo autor que, por tanto, “el Juez debe descartar autorizar medidas restrictivas de investigación tecnológica cuando le consten otras vías menos lesivas para los derechos del investigado, que, con la misma eficacia similar o incluso menor dificultad, lleven a dar parecida información sobre el extremo o los extremos que se pretendan averiguar”⁴²⁹.

428 Vid. A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.47 y 48.

429 E. VELASCO NÚÑEZ. “Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal”, *cit*, p.69.

El TS⁴³⁰, en relación con la autorización de la realización de unas determinadas grabaciones telefónicas, dijo que “como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres: 1) Judicialidad de la medida. 2) Excepcionalidad de la medida. 3) Proporcionalidad de la medida”.

Respecto a las notas de judicialidad y de proporcionalidad de la medida, nos ocuparemos más adelante.

En relación con la nota de excepcionalidad, en los términos textuales utilizados por la sentencia, dice el TS que de la misma viene a decirnos que la medida de investigación habrá de ser siempre un medio excepcional en la medida que suponga el sacrificio de un derecho fundamental de la persona. Por ello, su uso debe efectuarse con carácter limitado, lo que supone que no es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, y mucho menos que se conceda esta autorización de forma rutinaria.

Dice Richard González que el principio de necesidad, o la necesidad de la medida, es un principio o criterio lógicamente relacionado con el de excepcionalidad, en el sentido de “que la medida de intervención no debe entenderse como un medio normal de investigación, sino como una excepción que únicamente puede acordarse cuando fuese necesario al no disponer de otros medios menos invasivos para investigar los hechos”. En consecuencia, mantiene este autor que “el Juez deberá valorar la petición y constatar que se persigue un fin legítimo a cuyo efecto la medida es necesaria”⁴³¹.

De acuerdo con lo que venimos comentando, considera el TC que “no es suficiente con constatar que la petición y la autorización persiguieron un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución, sino que, además, ha de ser necesaria para la consecución de ese fin. Para que pueda apreciarse esta necesidad es preciso verificar, en primer lugar, que la decisión judicial dirigida a tal fin apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la

430 Vid. STS 85/2017 de 15 febrero (FD 5º)

431 M. RICHARD GONZÁLEZ, “Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido” cit, p 88-89.

medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad) (...). Será preciso, por tanto, examinar si efectivamente en el momento de pedirla y acordarla, se pusieron de manifiesto ante el Juez, a través de la solicitud policial, no meras suposiciones o conjeturas de que el delito pudiera estarse cometiendo o llegar a cometerse y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito, sino datos objetivos que permitieran pensar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o por quienes con ellas se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva”⁴³².

El “subprincipio de necesidad”, tal y como lo llama Zoco Zabala, supone, según esta autora, “elegir, entre dos medios idóneos, aquel que sea más benigno con el derecho fundamental delimitado. En tal sentido, comporta la verificación del carácter imprescindible o no de la medida, tras determinar el peligro, amenaza o perjuicio para un bien jurídico protegido, y constatar que el perjuicio que se ocasiona en el derecho fundamental es el menor posible”⁴³³.

Añade el TS que “ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional, riesgo sobre el que esta Sala ha llamado la atención varias veces”.

El art. 8.2 del CEDH ha dispuesto 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 y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea

432 STC 49/1999 de 5 abril (FJ 8)

433 C. ZOCO ZABALA, *op cit*, p. 134

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 y las libertades de los demás”. Y la jurisprudencia del TEDH en aplicación de este precepto considera que “necesaria en una sociedad democrática’ significa que, para estar de acuerdo con el Convenio, la intervención debe corresponder especialmente a una necesidad social imperiosa y ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida” (...), y añade que “los artículos del Convenio que establecen una excepción a un derecho garantizado deben ser interpretados restrictivamente”⁴³⁴.

Dicen Marchena y González-Cuéllar que “no faltan resoluciones que aluden al principio de subsidiariedad para expresar esta misma idea de ausencia de alternativa”⁴³⁵. Y así, por ejemplo, vemos que la STS 393/2012 en relación con la autorización de una medida de intervención de comunicaciones telefónicas, dice que “el primer requisito de una resolución judicial que autorice la intervención de las conversaciones telefónicas debe ser el de su razonabilidad y proporcionalidad, exigiéndose una motivación suficiente que justifique de manera individualizada la necesidad y adecuación de la medida, sin olvidar su subsidiariedad ya que no es procedente una intervención telefónica si existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del derecho fundamental”⁴³⁶.

4.1.4. Principio de proporcionalidad

Dice Zoco Zabala que “la razonabilidad de la medida delimitadora de un derecho obedece a la persecución de un fin legítimo y constitucionalmente protegido, de forma que sólo sea legítimo imponerla cuando se justifique no que existen medios alternativos y menos lesivos para el disfrute de los derechos fundamentales; y, finalmente, que el criterio de la delimitación sea proporcional a la importancia de la finalidad que persigue”⁴³⁷.

434 STEDH de 25 de marzo de 1983, Caso Silver y otros contra Reino Unido, párrafo 97

435 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 214

436 STS 393/2012 de 29 mayo (FD 2º)

437 C. ZOCO ZABALA, *op cit.*, p. 136

Por su parte, Richard González considera que “la proporcionalidad es un principio difuso pero que tiene una concreta configuración jurisprudencial que exige que las medidas que se puedan aportar se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas, lo que sólo sucederá en la medida que la intervención acordada suponga la afectación mínima y estrictamente necesaria para conseguir el fin propuesto y que resulten proporcionadas a este sacrificio”⁴³⁸.

Por tanto, “todo acto que limite derechos fundamentales (...) ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone”⁴³⁹. De manera que “sólo será proporcional aquella medida de investigación cuya adopción aporte mayores beneficios para el interés público y de terceros, en comparación con los sacrificios y perjuicios que provocará para los derechos e intereses del investigado”⁴⁴⁰

Dice el TS que “De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible”⁴⁴¹.

438 M. RICHARD GONZÁLEZ. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p. 96. El autor basa su afirmación en el contenido de la STS 49/99 de 5 de abril, que dice textualmente que “Del principio de proporcionalidad, cuya vigencia hemos reafirmado en el ámbito de las intervenciones telefónicas (STC 85/1994, fundamento jurídico 3º; 181/1995 [RTC 1995\181], fundamento jurídico 5º; 49/1996, fundamento jurídico 3º; 54/1996 [RTC 1996\54], fundamento jurídico 7º y 123/1997, fundamento jurídico 4º), se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio” (FJ 7).

439 STC 154/2002 de 18 julio (FJ 8)

440 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.49

441 STS 993/2016 de 12 enero (FD 6º)

Todo lo dicho, nos lleva, como en el estudio de los principios anteriores, a la lectura y análisis del apartado 5 del art. 588 bis a) de la LECr que dice que “las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”

De la lectura de este precepto podemos hacer varias afirmaciones:

1ª. El principio de proporcionalidad, tal y como se concibe en este artículo, se refiere sólo a las medidas de investigación tecnológica reguladas en este capítulo. Aunque esto no significa que en las otras medidas de investigación reguladas en otros apartados de la LECr no deba estar presente este mismo principio.

2ª. Para ver si la medida de investigación es no proporcionada, es preciso “tomar en consideración todas las circunstancias del caso”.

3ª. Las medidas se reputarán proporcionadas cuando “el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros”

4ª. La valoración del interés público se basará en los siguientes parámetros:

- en la gravedad del hecho,
- su trascendencia social o
- el ámbito tecnológico de producción,
- la intensidad de los indicios existentes y
- la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho

5ª. Del precepto se deduce que el otro de los intereses en conflicto es el sacrificio de los derechos del investigado.

Como vemos, y siguiendo a Velasco Núñez, según el principio de proporcionalidad “siempre en función de las concretas circunstancias del caso, el Juez debe ponderar en una hipotética balanza *-balancing test-* si el sacrificio *-temporal-* del derecho que se le va a afectar al investigado es superior al beneficio que para la sociedad, para el interés público, va a suponer, en su caso, resolver *-hacia la condena o la absolución-* lo investigado”. Y añade este mismo autor que “se trata de evitar imponer excesos absurdos o arbitrarios hasta el capricho de impedir resolver delitos a costa de limitaciones de derechos fundamentales no tolerables en una democracia (...)”⁴⁴²

De esta forma, el principio de proporcionalidad ha de estar presente frente al órgano judicial competente para autorizar la específica injerencia, “exigiéndole una ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, de tal manera que sólo la autorizará cuando, en primer lugar, existan indicios de la comisión de un delito; en segundo lugar, cuando la medida en cuestión sea objetivamente idónea para determinar los hechos objeto del proceso penal; y, por último, si la medida aparece como necesaria para esa finalidad, esto es, cuando el mismo fin no puede ser alcanzado por otros medios menos gravosos para el afectado”⁴⁴³

Como decíamos más arriba, a través del apartado 5 del art. 588 bis a) de la LECr, el legislador exige al Juez instructor que tenga en cuenta diferentes elementos de valoración para ponderar los intereses en conflicto. Estos elementos son “la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

a) En relación con la gravedad del hecho objeto de investigación.

En relación con la gravedad del hecho objeto de investigación, tiene dicho el TC que uno de los presupuestos que habilitan legal y constitucionalmente la adopción de la

442 E. VELASCO NÚÑEZ. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p.70

443 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p.366.

decisión judicial de intervención de las comunicaciones “reside en la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo (...)”⁴⁴⁴.

Lo que ocurre es que la propia LECr ya nos dice qué delitos se consideran graves a efectos la autorización de la medida. En concreto, para la medida de investigación objeto de nuestro estudio, hay que acudir al art. 588 quater b) de la LECr, que se remite a delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, a delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y a delitos de terrorismo.

Por eso también es importante tener en cuenta esta otra afirmación del TC que considera que “la gravedad de la infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla (...)”⁴⁴⁵.

Esta afirmación debe entenderse lógicamente, en relación con delitos castigados con penas superiores al mínimo exigido legalmente. Es decir, la ley establece una pena mínima para poder acordar la medida de investigación que estudiamos, lo que no quiere decir que valga sólo con remitirse a este mínimo. Hay que justificar la intervención teniendo en cuenta los restantes parámetros exigidos legalmente, partiendo siempre de que la medida ha de referirse a delitos castigados con pena de tres años como mínimo, cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delito de terrorismo.

También hay que tener en cuenta que la comprobación de la proporcionalidad de la medida de investigación “ha de construirse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción”, con independencia del delito por el que al final se dicte auto de procesamiento o se condene al acusado⁴⁴⁶.

444 STC 166/1999 de 27 septiembre (FD 3º)

445 STC 299/2000 de 11 diciembre (FD 2º)

446 STC 126/2000 de 16 mayo (FJ 8º)

Por tanto, podemos considerar en relación con la gravedad del hecho “que un hecho es más grave cuanto más elevada sea la pena que, en abstracto, se le puede imponer a su autor”⁴⁴⁷.

b) En cuanto a su trascendencia social.

Este es un elemento especial y tradicionalmente vinculado al principio de proporcionalidad. De hecho, en numerosas ocasiones, el TS ha dicho que para que sea posible la autorización de una medida restrictiva de derechos fundamentales es preciso “que haya proporcionalidad en la medida, es decir, que se adopte en caso de delitos graves en los que por las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen su adopción”⁴⁴⁸.

Hemos de suponer que la “trascendencia social” es un concepto que según Santos Martínez “estará relacionada tanto con la alarma social que genera la conducta como con el número de personas afectadas por el delito, de manera que un hecho delictivo que afecta a una multiplicidad de víctimas posee más trascendencia social -y por ende mayor interés público- que aquel delito donde el número de víctimas es escaso o desconocidas. Asimismo, podría considerarse que la trascendencia social puede venir determinada también por la especial consideración y protección de las víctimas (menores, personas con la capacidad modificada judicialmente, etc.)”⁴⁴⁹

c) En cuanto al ámbito tecnológico de producción.

Este es otro elemento a tener en cuenta en relación con la trascendencia social del hecho investigado, por el mayor alcance potencial del medio empleado para delinquir.

El TC ha dicho que “la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación del derecho fundamental al

447 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.50

448 Vid. STS 1241/2005 de 27 octubre (FD 1º); STS 1078/2001 de 8 junio (FD 1º-1); STS 900/2000 de 28 julio (FD 3º); entre otras muchas.

449 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.51

secreto de las comunicaciones, deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito”⁴⁵⁰.

La Fiscalía General del Estado considera que “la razón esencial de la introducción del nuevo criterio de ponderación reside en el hecho de que muchos de los delitos que se comenten en la red sólo pueden ser investigados a través de esas herramientas tecnológicas so pena de quedar impunes”⁴⁵¹

Por su parte, Santos Martínez considera que el ámbito tecnológico de producción, si bien hace referencia a cuestiones eminentemente técnicas, posee también cierta dimensión social en tanto habrá de tener en cuenta si el delito se ha propagado a través de sistemas o redes de uso popular frente a aquellos que sólo han afectado a sistemas de acceso restringido”⁴⁵². Y es que hay que tener en cuenta que un delito cometido a través de populares redes sociales como pudiera ser Facebook o Instagram puede tener una gran trascendencia social por el número de personas que pudiera verse afectadas o implicadas. También puede ser relevante la comisión de un delito que afecte a redes o sistemas informáticos pertenecientes a organismos públicos o que afecten a servicios esenciales de la sociedad tales como sanidad, suministro eléctrico, defensa, etc.

d) Intensidad de los indicios existentes.

Santos Martínez considera que esta circunstancia “comporta dos elementos: que necesariamente deben existir indicios tangibles -no meras sospechas o intuiciones- y que éstos sean racionales y además puedan evidenciar una determinada conducta”⁴⁵³.

El TS⁴⁵⁴ viene diciendo que no podemos partir de simples intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor. Debe tratarse de datos “que se sitúan extramuros de estas valoraciones subjetivas, pero tampoco deben ser tan sólidos como los que se exigen para procesar ex art. 384 LECriminal, ya que se estará al inicio de una

450 STC 104/2006 de 3 abril (FJ 4º)

451 Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Penal (apartado 2.2.4)

452 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.51

453 *Ibidem*, p.51

454 Vid. STS 85/2017 de 15 de febrero (FD 5º)

investigación (...). Y añade que “los indicios son algo más que la simple sospecha, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para procesar”.

La Fiscalía General del Estado cree que éste es “un importante parámetro para fundamentar la proporcionalidad de la medida”. Y añade que “la consistencia de los indicios permitirá calibrar el nivel de desarrollo de la conducta delictiva y la participación del investigado, posibilitando así un análisis más ponderado sobre el grado de injerencia en el derecho fundamental de que se trate”⁴⁵⁵.

d) Relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Por último, en cuanto a la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho, hemos de decir que ésta ha de ser puesta en relación con los principios de idoneidad y necesidad, a los que ya nos hemos referido más arriba.

Santos Martínez considera que “la relevancia del resultado perseguido se refiere preferentemente al objeto inmediato; es decir, qué se pretende lograr con la medida y cuán relevante será para la investigación. El resultado es, por consiguiente, el objetivo primario buscado con la medida de investigación”. Añadiendo este autor que “el objetivo, a grandes rasgos, parece ser coincidente con buena parte de los propósitos de la fase de instrucción”⁴⁵⁶ Lo que nos remite al contenido del art. 299 de la LECr que dice que “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

A lo que venimos diciendo añade el TS que “la propia configuración actual del sistema, que no solo afecta a la comunicación telefónica, implica que su utilización supone una importante invasión del poder público en aspectos ordinariamente amparados por el derecho individual a la intimidad, sea bajo el derecho al secreto de las

455 Circular 1/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Penal (apartado 2.2.4)

456 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.52

comunicaciones o sea en relación con otras manifestaciones de aquel derecho”. Por eso añade el Alto Tribunal que “en este sentido, no solo es relevante que el Juez tenga en cuenta que, cuando autoriza la intervención de las comunicaciones, su decisión afecta necesariamente a otras esferas del derecho a la intimidad, que también exigen una resolución judicial, sino que, precisamente por ello, la motivación de su resolución debe referirse expresamente a la proporcionalidad de la medida en relación con el fin perseguido, y en su caso al alcance de la autorización”. Y termina diciendo el TS que “no siempre la investigación de un delito podrá justificar una restricción de la intimidad del sujeto con el alcance de la que necesariamente se produce en la actualidad mediante la utilización del referido sistema de interceptación de las comunicaciones. Por lo tanto, deberá extender su motivación a estos extremos”⁴⁵⁷.

Como podemos observar, y siguiendo a Marchena Gómez y González-Cuellar, “el principio de proporcionalidad ofrece otro de los filtros legitimadores cuyo menoscabo puede conllevar la ilicitud de la prueba”. Añadiendo estos mismos autores que mediante la presencia de este principio “en el fondo, se trata de una mención del principio de prohibición en exceso (...)”. De modo que “de acuerdo con esta idea, la adopción y práctica de esta medida (...) sólo podrá ser reputada legítima cuando no resulte excesiva y concurren los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad”⁴⁵⁸.

Por último, el TC⁴⁵⁹ dice que el principio de proporcionalidad “resulta una exigencia imprescindible para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, pues (...) el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”. Además, dice este Tribunal en esta sentencia, que tal y como tiene declarado “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (...)”. El TC añade que incluso en las Sentencias en las que ha hecho referencia al principio de proporcionalidad como canon derivado del valor justicia, del principio del Estado de Derecho, del principio de interdicción de

457 STS 293/2011 de 14 abril (FD 12)

458 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 215

459 STC 96/2012 de 7 mayo

la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona, lo ha hecho “en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos. (...)”. En este sentido, ha destacado “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)”.

Por último, hemos de concluir que la resolución judicial que acuerde esta medida habrá de exteriorizar los criterios seguidos y la ponderación de los intereses que realice.

4.2. DELITOS QUE SE PUEDEN INVESTIGAR A TRAVÉS DE ESTA MEDIDA

Estamos ante una de las medidas más intrusivas en el derecho a la intimidad de la persona y, sin embargo, la gravedad de los delitos investigados puede ser considerada relativa en ciertos casos.

En cuanto a los delitos que pueden ser objeto de investigación a través de la medida consistente en la grabación de las conversaciones orales, objeto de nuestro estudio, dice el número 2 del art. 588 quater b) de la LECr que solo podrá autorizarse cuando “los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3.º Delitos de terrorismo.

Estas tres posibles vías de legitimación de la medida de investigación que estudiamos (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres

años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo) “son alternativas, pero a cualquiera de ellas se debe añadir que exista una previsión de relevancia probatoria de la medida solicitada (tanto desde el punto de vista del objeto como de los sujetos investigados)”⁴⁶⁰.

4.2.1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión

En primer lugar, la LECr. se refiere a aquellos delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. En principio parece que no se trata de delitos castigados con más de tres años de prisión, sino de delitos que, dentro de su horquilla, la pena máxima que tengan prevista alcance o supere los tres años de prisión. Esto nos lleva a una larga lista de delitos que pueden estar castigados con penas de uno a tres años⁴⁶¹. Lo que nos remite nuevamente a la necesidad de un esfuerzo motivador por parte del Juez para justificar que la invasión de la privacidad del investigado no se hace por causas nimias o de poca importancia.

Sin embargo, Sánchez Melgar, magistrado de la Sala 2ª del TS, considera que este precepto no debe interpretarse así. Este autor dice que “la pena se acota por su umbral superior, y no el inferior, de manera que tal límite superior tiene que ser superior a los tres años de prisión”. Considera, por tanto, que no se trata de delitos graves o menos graves, simplemente que la pena de prisión que ha de tomarse como límite es la de tres años. Además, insiste en que hemos de estar ante delitos dolosos, “de tal manera que no es posible la utilización de estas tecnologías para la investigación de delitos imprudentes”⁴⁶².

460P. CONDE-PUMPIDO, “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”. Se puede acceder a esta Ponencia en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4. Fecha de consulta: 28/08/2017. P. 10.

461 Estaríamos ante delitos tan dispares como lesiones (art. 147.1 CP, se castiga con pena de uno a tres años de prisión), lesiones al feto (art. 157 CP, prisión de uno a cuatro años), fecundación de óvulos con fin distinto a la procreación humana (art. 160.2 CP, prisión de uno a cuatro años), amenazas graves (art. 169.1º CP, prisión de uno a cinco años), coacciones (art. 172 CP, prisión de uno a tres años) violencia de género habitual (art. 173.2 CP, prisión de seis meses a tres años), abusos sexuales (art. 181 CP, pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses), prostitución de menores o discapacitados (art. 188.1 CP, prisión de dos a cinco años), descubrimiento de secretos (art. 197.1 CP, prisión de uno a cuatro años), la sustitución de un niño por otro (art. 220.3 CP, prisión de uno a cinco años), por poner sólo algunos ejemplos.

462 J. SÁNCHEZ MELGAR, *op cit.*

En su informe de 23 de enero de 2015 sobre el anteproyecto de reforma de la LECr, la FGE se mostraba crítica con esta regulación, y decía que “ha de ser consciente el Prelegislador que al establecer como regla residual la de que los delitos estén castigados con penas que puedan alcanzar los tres años quedan fuera delitos castigados con penas no privativas de libertad de especial relevancia social, como serían los delitos de prevaricación (art. 404 inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años) y tráfico de influencias (art. 428 CP penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años)”⁴⁶³.

Y lo cierto es que también quedan fuera otros ilícitos penales de cierta relevancia social como es el caso de los delitos relacionados con la corrupción o, en relación con la intervención policial, la omisión del deber de perseguir delitos (art. 408.2 del CP), el descubrimiento y revelación de secretos (art. 417 del CP), lo cual puede ser una limitación significativa y ciertamente preocupante. Dice Richard González que “esto es así por cuanto que con base en el art. 579 y 588 ter a) de la LECrim sólo puede acordarse la medida de intervención telefónica en supuestos de terrorismo, crimen organizado, delitos castigados con penas de más tres años (sic) y aquellos que se realizan a través de los canales telemáticos o telefónicos de comunicación. De modo que quedan fuera un buen número de delitos que tienen atribuida una pena inferior a tres años y que, sin embargo, tienen una gran incidencia social”⁴⁶⁴.

4.2.2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal

En el caso de los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal ya no rige el límite de los tres años al que nos referíamos antes. Ahora, independientemente del delito de que se trate, e independientemente de la pena con la que esté castigado, sólo basta con que estemos investigando las actuaciones realizadas en el seno de un grupo o de una organización criminal para que pueda ser judicialmente adoptada la medida de grabación de comunicaciones orales.

463 Informe del Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado al anteproyecto de ley orgánica de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 23 de enero de 2015. Epígrafe “5.13.2 Presupuestos”, p. 59

464 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p 86-87.

Por ello es necesario buscar una definición de grupo y de organización criminal, y distinguir estos supuestos de la mera codelinquencia, lo que necesariamente ha de llevarnos al Código Penal.

El art. 570 bis CP dice que, a los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

Y el art. 570 ter del CP dispone que, a los efectos de este texto normativo, se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos, sin que dicha unión reúna alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo 570 bis CP.

Como podemos ver, y según el TS⁴⁶⁵, “ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse, aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos”.

Por tanto, sigue diciendo el TS en esta misma resolución, “el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal”.

465 STS 15/2018 de 16 enero (FD 2º)

Y una vez definido el concepto de grupo y de organización criminal, “es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país. En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”⁴⁶⁶.

Por tanto, “interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinquencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”⁴⁶⁷.

Este es un dato importante, porque sólo se permite el uso de esta medida de investigación si estamos ante un grupo o ante una organización criminal, de modo que si

466 STS 369/2018 de 16 enero (FD 2º-5)

467 STS 309/2013 de 1 abril (FD 2º)

sólo fuera un caso de codelincuencia, debemos acudir al apartado primero de este precepto para poder justificar la aplicación de la medida.

4.2.3. Delitos de terrorismo

Para los delitos de terrorismo nos encontramos en la misma situación que con la definición de organización criminal. Deberemos acudir al CP, que distingue entre organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo.

Los delitos de terrorismo se regulan en los arts. 571 a 580 bis del CP. Estos preceptos se encuentran situados en el Capítulo VII (De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo), que se sitúa, a su vez, dentro del Título XXII (Delitos contra el orden público).

En relación con el delito de terrorismo, Sánchez-Moraleda recuerda que “no existe un concepto de terrorismo universal” aunque, siguiendo a la doctrina mayoritaria, tradicionalmente se “ha venido construyendo la notición de terrorismo en torno a dos elementos esenciales: de un lado, el elemento teleológico, referido a la finalidad política o propósito de destruir o desestabilizar el orden político: y, de otro lado, el elemento estructural u organizativo, que implica que sólo quepa considerar que es terrorismo la violencia política ejercida desde una estructura organizada”⁴⁶⁸.

El delito de terrorismo se define en el art. 573 del CP que dice que “la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

“1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras

468 N. SÁNCHEZ-MORALEDA VÍLCHES, “Atentados yihadistas y nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 8932, 2 de marzo de 2017.

económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

Este mismo precepto añade que “se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis⁴⁶⁹ y 197 ter⁴⁷⁰ y 264 a 264 quater⁴⁷¹ cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior”.

Por último, el art. 573 termina diciendo que, “asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”.

Sánchez-Moraleda considera que esta definición de terrorismo que nos da el CP y que procede de la última reforma llevada a cabo a través de la LO 2/2015, “viene a ampliar desmesuradamente la noción de terrorismo que se había plasmado en el texto penal hasta entonces, al otorgar aún mayor cobertura al terrorismo individual y expandir desmesuradamente el elemento teleológico”. Además, añade esta misma autora que en esta definición “se prescinde definitivamente del elemento estructural, de modo que el legislador opta por aplicar el concepto a la comisión de una serie de delitos con determinados propósitos, siendo indiferente que quien los cometa pertenezca, actúe al

469 Artículo 197 bis. 1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

470 Artículo 197 ter. Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

471 Los arts. 264 a 264 quater del CP se refieren a daños cometidos por sabotaje informático.

servicio o colabore con una organización o grupo terrorista, o sea un individuo que lo haga sin estar integrado en una estructura de esta índole”⁴⁷².

Los delitos incluidos en el Capítulo VII (De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo) y que, por tanto, también tienen la consideración de terrorismo, son los siguientes:

- Organizaciones y grupos terroristas regulados en los arts. 571 y 572 del CP
- Tenencia o depósito de armas y otros aparatos y sustancias (Artículo 574 del CP)

El art. 574.1 del CP sanciona “el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados (...) cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573”.

El nº 2 de este mismo artículo se refiere además a “armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva”.

El desarrollo de armas químicas o biológicas, o su apoderamiento, posesión, transporte, facilitación a otros o manipulación de materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes (art. 573.3 del CP).

- La preparación o capacitación para incorporarse a una organización o grupo terrorista (art. 575 del CP). Este supuesto se refiere tanto a la preparación llevada a cabo por terceros como la que pueda llevar a cabo el propio terrorista por sí mismo a través de contenidos accesibles a través de internet o de cualesquiera otros servicios de comunicaciones electrónicas.

472 N. SÁNCHEZ-MORALEDA VÍLCHEZ, *op cit.*

La preparación o capacitación para llevar a cabo cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en este Capítulo, recibiendo adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones (art. 575.1 del CP).

También se considera delictiva la preparación o capacitación llevada a cabo por sí mismo para cometer alguno de los delitos de terrorismo tipificados en este Capítulo (art. 575.2 del CP).

Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Por último, dice el nº 3 de este precepto que “la misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero”.

- Financiación del terrorismo, tipificado en el art. 576.1 del CP que sanciona al “que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”.
- Modalidades imprudentes:

El 577.3 del CP prevé la comisión por imprudencia grave para “la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo”

El art. 576.4. contempla otra modalidad imprudente en relación con el incumplimiento de las obligaciones de prevención del a financiación del terrorismo.

- Enaltecimiento del terrorismo. Los arts. 578 y 579 del CP castigan el enaltecimiento o la justificación pública del terrorismo y el menosprecio de las víctimas.
- La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos previstos en este Capítulo (art. 579.3 del CP).

En relación con los delitos de terrorismo, hay un dato claro y objetivo, cual es la gravedad de los hechos y de las penas con las que se condena, todas ellas por encima de los tres años de prisión. Lo que no quita, tal y como venimos reiterando, que no basta con la gravedad de la pena o de que estemos ante un delito de terrorismo, también han de tenerse en cuenta los principios recogidos en el art. 588 bis a) que ya han sido comentados más arriba.

4.3. LA REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Estos requisitos de los venimos hablando, referidos a la medida de investigación consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales, ahora vienen previstos en el art. 386 del PLECr, respecto del que encontramos ciertos cambios en relación con la norma actualmente vigente.

Este precepto del PLECr dice que “la escucha y grabación de las conversaciones privadas podrá ser autorizada cuando concurren los siguientes requisitos:

“a) Que existan indicios, fundados en datos objetivos, de la comisión de un delito grave que, conforme a lo establecido en esta ley, sea susceptible de ser investigado mediante la utilización de un agente encubierto.

“b) Que existan indicios fundados de que se producirán conversaciones relevantes relacionadas con el delito cometido en el encuentro que vaya a ser objeto de vigilancia.

“c) Que pueda preverse que se obtendrá una información relevante para el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, para la determinación de su autor o para la averiguación de su paradero, siempre que tales informaciones no puedan obtenerse mediante otro medio de investigación menos gravoso”.

Los apartados b) y c) coinciden con la actual regulación del art. 588 quáter b) de la LECr.

Sin embargo, en el apartado a) la norma cambia. La LECr actualmente vigente se refiere a determinados delitos que menciona de forma expresa, respecto de los cuales y sólo respecto de ellos, puede autorizarse la medida. Se trata de 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y 3.º Delitos de terrorismo.

El Proyecto de LECr requiere que haya indicios de la comisión de un delito grave, pero no dice qué se entiende por delito grave. Lo que nos obliga a acudir o bien al art. 355 para aplicarlo con criterios analógicos, o bien al Código Penal.

Ya hemos dicho más arriba que el art. 355 en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, sí especifica claramente qué tipos de delitos pueden investigarse a través de este medio⁴⁷³.

473 Dice el art. 355 del PLECr que el ámbito de aplicación de la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas que “solo se podrá acordar la interceptación de las comunicaciones para la investigación de las siguientes infracciones:

a) Delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión.

b) Delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de la misma.

c) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación.

También podemos acudir al CP. Esta ley dice que son delitos graves aquellos, las infracciones que la Ley castiga con pena grave (art. 13). Y el art. 33 añade que las penas se clasifican en graves, menos graves y leves, disponiendo que son penas graves, entre otras, la prisión permanente revisable y la prisión superior a cinco años⁴⁷⁴.

El art. 386 parece que exige otro requisito más. Se remite a los delitos graves que, conforme a lo establecido en esta ley, sean susceptibles de ser investigado mediante la utilización de un agente encubierto. Por tanto, tendremos que ver qué entiende la ley por agente encubierto, y si es que hay algún tipo de delitos que sólo puedan ser investigados a través de agente encubierto.

Esto nos lleva al art. 500 del PLECr que nos dice en primer lugar que “podrá autorizarse la actuación como agente encubierto de quienes sean funcionarios de la Policía Judicial para que, ocultando dicha condición, se infiltren en una organización criminal”. Es decir, de este texto extraemos que es agente encubierto un funcionario de la Policía Judicial, que oculta dicha condición para infiltrarse en una organización criminal, previa autorización judicial.

Y el apartado siguiente, este mismo art. 500 dispone que sólo puede autorizarse la actuación de agentes encubiertos en dos ocasiones:

1º. Cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito de organización criminal previsto en el artículo 570 bis del Código penal. En este caso, han de concurrir en la organización investigada alguna de las siguientes circunstancias:

“a) que tenga por objeto la comisión de delitos graves;

474 El art. 33 del CP dice que “en función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves”. Y añade en el apartado nº 2 que “son penas graves: a) La prisión permanente revisable. b) La prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad.

“b) que, aun teniendo por objeto la comisión de delitos menos graves, concurra en ella alguna de las circunstancias señaladas en el apartado 2 del artículo 570 bis del Código Penal”.

2º. Cuando concurren indicios de la comisión de un delito de organización criminal terrorista contenido en el art. 571 del Código Penal.

La remisión a estos requisitos nos lleva a preguntarnos si el único que puede intervenir las comunicaciones orales es el agente encubierto, y si es así, si sólo pueden intervenir dichas comunicaciones cuando se investiguen delitos diferentes al delito de organización criminal en los términos antedichos.

5. LA GARANTÍA JUDICIAL

Hay dos ideas claves que rigen la medida de investigación que estudiamos: “la primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida”⁴⁷⁵.

El TS en su Sentencia 393/2012 se refiere a la invasión de la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones derivada de las grabaciones de unas conversaciones telefónicas. Pero sus palabras nos parecen muy ilustrativas y, sin duda, nos pueden servir a nosotros en relación con el objeto de nuestra investigación. Dice esta resolución que “el despojo injustificado y sin garantías legales, de la privacidad de las conversaciones telefónicas, convierte al ciudadano en un ser frágil y desamparado, expuesto a la curiosidad pública y sometido a medidas lesivas para la integridad de sus derechos fundamentales. Por eso la Constitución y las leyes que la desarrollan encomiendan la restricción de estos derechos a los jueces que, deberán velar por el respeto de las garantías esenciales de la persona investigada, procurando que la invasión de la intimidad esté orientada exclusivamente a los fines específicamente previstos por

475 Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, apartado IV. BOE nº 239 de 6 de octubre de 2015, p. 90197.

la ley y que no son otros que la investigación de los delitos que por su gravedad incidan de modo sensible sobre la convivencia pública”⁴⁷⁶.

El estudio de la intervención judicial de las comunicaciones orales puede extenderse a varios momentos diferentes: 1) la determinación del juez competente y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en un proceso penal; 2) el momento de la solicitud de la medida; 3) los requisitos de la autorización judicial habilitante; y 4) el control judicial en la ejecución de la misma. Analicemos cada uno de estos momentos.

5.1. EL JUEZ COMPETENTE PARA ADOPTAR LA MEDIDA DE INVESTIGACIÓN, EN UN PROCESO PENAL

5.1.1. El Juez competente

Tal y como hemos dicho más arriba, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones son derechos fundamentales que la Constitución garantiza en el art. 18.

Sin embargo, recuerda el TS que no estamos ante derechos de carácter absoluto. Están sujetos a limitaciones y restricciones, “que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan considerarse prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Es decir, para que puedan hacerse efectivas las restricciones a este derecho, es preciso que -partiendo de la necesaria habilitación legal-, existan datos en el caso concreto que pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria su limitación en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Exigencias que implican una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida; dejándose la ponderación de los intereses en juego en manos del Juez de instrucción, quien deberá expresarse en una resolución motivada”⁴⁷⁷.

476 STS 393/2012 de 29 mayo (FD 3º)

477 STS 113/2020, de 11 de marzo (FD 2º)

Dispone el art. 588 bis c) de la LECr que el juez de instrucción será el que autorice o deniegue la medida de investigación solicitada, debiendo hacerlo mediante auto motivado, y oído el Ministerio Fiscal.

Lo cual nos lleva a buscar cuál es el juez de instrucción competente, y qué consecuencias puede tener que la autorización la dé un juez que carezca de competencia.

En primer lugar y, como punto de partida, hemos de comenzar diferenciando los conceptos de jurisdicción y competencia, definición a la que llegamos de la mano del TS.

El Alto Tribunal tiene dicho que “la jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al "ius puniendi" que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella. La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción”⁴⁷⁸.

Hemos de partir del contenido del art. 18.1 de la CE cuanto la intervención afecte al derecho a la intimidad, o del art. 18.3 también de la CE, cuanto dicha intervención afecte al derecho al secreto de las comunicaciones. En ambos casos, conforme a este precepto constitucional que establece una reserva jurisdiccional para el levantamiento de estos derechos fundamentales, “el sujeto activo que acuerde la medida de intervención de las comunicaciones orales directas ha de ser siempre el titular de un órgano jurisdiccional”⁴⁷⁹.

El ámbito de jurisdicción penal viene determinado en el art. 23 de la LOPJ, debiendo considerarse que “al ser la jurisdicción una manifestación de la soberanía del

478 STS 327/2003 de 25 de febrero (FD 1º)

479 M. L. NOYA FERREIRO, *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 186

estado, la atribución de la misma parte de la regla básica consistente en que a cada Estado le corresponde, en virtud del principio de territorialidad, conocer de todos los hechos punibles cometidos en tu territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido, sin otro condicionamiento que el derivado de las inmunidades establecidas por la ley interna o por el Derecho internacional”⁴⁸⁰.

Una vez determinada la existencia de jurisdicción, y que un asunto en concreto ha de ser conocido por un órgano jurisdiccional español del orden penal, es preciso determinar qué concreto órgano judicial tiene que conocer. Para ello, el ordenamiento jurídico dispone de tres tipos de normas sobre competencia. Y así hemos de distinguir entre competencia objetiva, competencia territorial y competencia funcional⁴⁸¹.

“Las normas sobre competencia objetiva determinan el grado de jurisdicción o nivel jerárquico del órgano judicial competente, lo que puede necesitar o no de una ulterior concreción cuando dentro de ese grado exista una pluralidad de órganos”. Para ello ha de atenderse a la gravedad o naturaleza de la infracción penal, o a la condición de la persona investigada (en caso de aforados).

Como complemento a las normas de competencia objetiva, es preciso acudir a las normas sobre competencia territorial, que son aquellas que la distribuyen entre los diversos órganos con la misma competencia objetiva y con idéntico rango jerárquico.

Por último, las normas sobre competencia funcional permiten que a determinados órganos jurisdiccionales se atribuya “el conocimiento de las diversas fases del proceso y de los diversos incidentes o impugnaciones que pueden plantearse dentro del mismo a órganos determinados con arreglo a los dos grupos de normas anteriores o, partiendo de ellas, por aplicación de criterios de jerarquía o de especialización. Es el caso de la denominada competencia funcional”.

En cuanto a la competencia objetiva, dispone claramente el art. 588 bis c) de la LECr que ha de ser el juez de instrucción quien autorice o deniegue la medida de investigación solicitada. Naturalmente, entendemos que el precepto se refiere al Juez a

480 A. MELÓN RUÍZ (coord.), *Memento Práctico Procesal Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019, par. 575

481 *Ibidem*, par. 675

quien corresponda la instrucción de la causa, porque la investigación puede estar dentro del ámbito competencial del Juzgado de Instrucción, o del de Violencia sobre la Mujer, por ejemplo.

En este sentido, el art. 87 de la LOPJ dice que “los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (...). Y el art. 87 ter 1 a) de la LOPJ añade que “los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. Estos Juzgados también son competentes para la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas en el art. 87 ter, 1 a).

Santos Martínez, en la línea del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales⁴⁸², considera que “también puede

⁴⁸² El artículo 42.1. del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales dice que “constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento

ser competente el Juzgado de Guardia en aquellos casos en los que la premura exija una rápida respuesta por parte de los Tribunales. En efecto, en no pocas ocasiones la necesidad de adoptar alguna de las medidas objeto de estudio se puede producir cuando todavía no existe causa abierta”⁴⁸³.

La competencia funcional para la adopción de la medida objeto de nuestro estudio corresponderá al juez a quien corresponda la instrucción dependiendo del tipo de delito o hechos de cuya investigación se trate (Juez de Instrucción, Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Juez Central de Instrucción según arts. 87-88 de la LOPJ, o Magistrado Instructor en los supuestos de competencia atribuida a la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia y a la Sala Segunda del Tribunal Supremo). Por tanto, en el proceso penal común, la competencia para la instrucción de la causa corresponde, como regla general, a los juzgados de instrucción (arts. 14.2 de la LECr y 87.1ª de la LOPJ).

Para determinar la competencia territorial hemos de acudir al art. 14 de la LECr. que dispone que “fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes (...) para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine”

A lo cual, hemos de añadir que el art. 15 de la LECr. establece, como fuero subsidiario que “cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio:

- 1.º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito.
- 2.º El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido.
- 3.º El de la residencia del reo presunto.

Criminal atribuye al Juez de guardia. Y, asimismo, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

483 A. M. SANTOS MARTINEZ, *op citi*, p.77.

4.º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Este mismo precepto, termina diciendo que “una vez que conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, el Juez o Tribunal que estuviere conociendo de la causa acordará la inhibición en favor del competente, poniendo en su caso los detenidos a disposición del mismo y acordando remitir, en la misma resolución las diligencias y efectos ocupados”.

Y si nos encontramos con delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, el art. 15 bis de la LECr. dice que “la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”.

Lo dicho nos lleva al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Se trata de un derecho que aparece reconocido de forma expresa en el art. 24.2 de la CE, el cual está íntimamente relacionado con el principio de unidad jurisdiccional establecido en el art. 117, también de la CE.

Sostiene Cámara Villar que “el juez ordinario es el juez cierto y, por ello, imparcial no establecido ad hoc, para el caso concreto, lo que haría posible la manipulación del proceso”. Se trata del “juez al que corresponda conocer, con arreglo a criterios establecidos por la ley que satisfagan las exigencias de independencia e imparcialidad (art. 117,3 y 4), pues tales son los intereses directos protegidos por este derecho”⁴⁸⁴.

Dice el TC que “el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley (...) exige, en primer término, que el órgano judicial, haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente

484 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 319.

establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente”⁴⁸⁵.

Y añade este mismo Tribunal que este derecho “exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional”⁴⁸⁶.

De este modo, siguiendo a Cámara Villar, “la determinación del juez ordinario implica tres cosas: primero, que efectivamente se trate de un órgano judicial ordinario, esto es, que esté incardinado en el Poder Judicial en los términos regulados en el Título VI de la Constitución y, por ello, no sea especial o excepcional (...); segundo, la preexistencia de unas reglas con carácter de generalidad de atribución de competencias (que el órgano judicial haya sido previamente creado por la norma jurídica y que ésta lo haya investido de jurisdicción), cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita establecer cuál es el órgano jurisdiccional llamado a conocer del caso, con la correspondiente inexistencia de jueces ad hoc; tercero, que tal predeterminación debe efectuarse por ley en sentido estricto, como resulta de la misma dicción literal del precepto constitucional”.

Sin embargo, debe señalarse “que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley”⁴⁸⁷.

De hecho, constituye también doctrina reiterada del TC “que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias”. Y añade que una cosa es el derecho fundamental al juez predeterminado

485 STC 47/1983 de 31 mayo (FJ 2º)

486 STC 220/2009 de 21 diciembre (FJ 3). También STC 134/2010 (FJ 2), entre otras muchas.

487 STS 1377/2001 de 11 julio (FD 1º)

por la ley, y otra cosa muy distinta es el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido.⁴⁸⁸

5.1.2. En un proceso penal

Otra cuestión que tampoco debe pasarse por alto es que la medida de investigación ha de adoptarse en un proceso penal que ya esté iniciado, o que se inicie como consecuencia de una investigación policial. Por tanto, dice Richard González, “en ningún caso se podrá autorizar una intervención con carácter previo a la iniciación de un proceso penal o al margen de un proceso penal”. Y añade este autor que “la única excepción a esta norma es la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales al amparo de la LO 2/2002 de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia”⁴⁸⁹. El número 1 del artículo único de esta norma dice que “el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”⁴⁹⁰.

488 STC 191/2011 de 12 diciembre (FJ 5)

489 M. RICHARD GONZÁLEZ. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p. 61.

490 En cuanto a las funciones del Centro Nacional de Inteligencia, el art 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia dice así:

“Para el cumplimiento de sus objetivos, el Centro Nacional de Inteligencia llevará a cabo las siguientes funciones:

“a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional.

“b) Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población.

“c) Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos.

“d) Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro.

“e) Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro.

“f) Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada.

En relación con esta cuestión, tiene dicho el TS que de la nota de la judicialidad de la medida se derivan las siguientes consecuencias: en primer lugar nos dice el TS que “solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad”; por lo que añade que “al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada, es decir, motivada (...). En segundo lugar, afirma que este sacrificio “lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación”. Lo que le lleva a afirmar, en tercer lugar, que “por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas, si bien el alcance del quebrantamiento de esta prevención no tiene alcance invalidante para la intervención al tratarse de una cuestión meramente procedimental”⁴⁹¹.

Sobre esta misma cuestión, el TC afirma que “la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con su concurrencia formal -autorización procedente de un órgano jurisdiccional- sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. La naturaleza de la intervención telefónica, su finalidad y la misma lógica de la investigación exigen que la autorización y desarrollo de la misma se lleve a cabo, inicialmente, sin conocimiento del interesado, que tampoco participa en su control. Sin embargo, al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso, esta ausencia ha de suplirse por el control que en él ejerce el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos «ex» art. 124.1 CE, y posteriormente, cuando la medida se alza, el propio interesado ha de tener la posibilidad, constitucionalmente necesaria dentro de ciertos límites que no procede precisar aquí (Sentencia del TEDH, caso Klass, núm. 55), de conocer e impugnar la medida. Tal garantía existe también cuando, como en este caso, las de por sí discutibles «diligencias indeterminadas» se unen, pese a todo, sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de

“g) Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales.

491 STS 993/2016 de 12 enero (FD 6º)

control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente inaceptable, secreto”⁴⁹².

“Ha de tenerse en cuenta que el problema de las diligencias indeterminadas es, precisamente, que su incoación no se notifica necesariamente al Ministerio Fiscal, a diferencia de las diligencias previas, lo que impide el ejercicio por éste de la relevante función de control que le corresponde desempeñar, y a la que específicamente se refiere el Tribunal Constitucional, por lo que en aquellos casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman de inmediato en diligencias previas o no se incorporan a un proceso legal ya incoado se está vulnerando el derecho constitucional”⁴⁹³.

Por tanto, como vemos, la medida de investigación ha de adoptarse en el seno de un proceso judicial con la finalidad de garantizar los derechos del investigado que se van a ver afectados por la intervención acordada. Y, dado que éste lógicamente desconoce la medida, debe estar presente el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, sin perjuicio de que una vez que se levante el secreto, la persona afectada pueda impugnar la intervención por considerarla no ajustada a derecho.

5.2. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

5.2.1. Solicitud de la medida

En la reforma del año 2015 el legislador introduce una regulación muy detallada sobre los aspectos formales que debe revestir la solicitud de autorización judicial, con el fin de asegurar una buena fundamentación en la solicitud.⁴⁹⁴ Y es que estamos ante uno de los momentos procesales más importantes de cara a la protección del derecho fundamental que puede verse afectado por la medida de investigación.

La importancia de la solicitud de la medida de investigación y la posterior resolución judicial que la autorice se ve reflejada en el preámbulo de la LO 13/2015, cuando señala: “La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos

⁴⁹² STC 49/1999 de 5 abril (FJ 6º)

⁴⁹³ STS 706/2014 de 22 octubre (FD 1º)

⁴⁹⁴ Vid. R. CASANOVA MARTÍ, “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, núm. 8674, 2016, p 3.

formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia”⁴⁹⁵.

La solicitud de la medida ha de tener un determinado contenido que ha de ajustarse a los requisitos que vienen señalados en los arts. 588 bis b) de la LECr. aplicables en la solicitud de cualquiera de las medidas de investigación relacionadas con las nuevas tecnologías. Por eso se incluye su tratamiento entre las Disposiciones Comunes recogidas en el capítulo IV del título VIII del libro II de la LECr. Por tanto, hemos de partir de estas disposiciones comunes, cuyo contenido tiene que ser completado con las previsiones específicas que la Ley regula para cada una de las diligencias de investigación.

El art. 588 bis b). 2 de la LECr exige que la solicitud contenga los siguientes puntos:

“1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

495 Apartado IV del preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Publicado en: «BOE» núm. 239, de 06/10/2015.

5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

6.º La forma de ejecución de la medida.

7.º La duración de la medida que se solicita.

8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse”.

Podría parecer que estamos ante un precepto-formulario a través del cual el legislador pretender facilitar su trabajo a quienes procedan a solicitar la medida de investigación. Sin embargo, Marchena y González-Cuéllar piensan que los distintos apartados que integran el precepto “describen exigencias que, debidamente interrelacionadas, van a resultar decisivas para justificar la legitimidad de la injerencia. Son, por tanto, presupuestos cuya concurrencia mira directamente a la admisibilidad de la petición encaminada a habilitar el acceso de los agentes a las comunicaciones del sospechoso”⁴⁹⁶.

Sin embargo, y a pesar de la minuciosidad de la regulación del contenido de la petición, Velasco Núñez considera que “la omisión del peticionante de información ignorada o que, entre la indicada por la noma, no resulte imprescindible para que el Juez pueda realizar su juicio ponderativo sobre el acuerdo o no de la medida, no supone ningún impedimento para la legalidad de la adopción de la medida, aunque, obviamente, posibilita a aquél recabar la información complementaria que eche en falta”⁴⁹⁷.

Richard González no opina así. Este autor alega que “el contenido del oficio de solicitud es importante, ya que la posterior resolución judicial se fundamentará en las razones y argumentos expuestos en la solicitud inicial (generalmente realizada por la policía) y resolverá sobre la petición en función del fundamento que se contuviera en la solicitud”. Y añade que “además, el oficio policial puede servir como fundamento, por remisión, del auto que puede referir a los argumentos contenidos en aquél como sustento o complemento de su fundamentación”⁴⁹⁸.

496 Vid. M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op. cit., p. 232

497 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 71.

498 M. RICHARD GONZÁLEZ. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.66

Es cierto que, en relación con esta última idea, el TC tiene reconocida la validez de la motivación por remisión. Dice que “aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, ésta, según una consolidada doctrina de este Tribunal, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva”⁴⁹⁹.

Sin embargo, no podemos perder de vista que lo importante no es la petición en sí misma, sino la resolución judicial habilitante sobre la que va a recaer todo el peso de la legitimidad de la medida de investigación. De modo que, si el Juez de instrucción considera que la petición es infundada o está incompleta, o bien requiere al solicitante para que la complete, o bien la rechaza. Y es que el Juez, lógicamente, no está obligado a acordar la medida por el simple hecho de que la petición se formule conforme al contenido exigido legalmente.

5.2.2. Solicitantes de la medida

La petición de la medida de investigación la realizará el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial (art. 588 bis b) LECr). Lógicamente, el propio Juez instructor también puede acordar la medida de oficio.

La mención a la Policía Judicial “es lo suficientemente genérica como para abarcar en ella, no sólo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que funcionalmente asumen este cometido, sino también a los agentes de Vigilancia Aduanera”. La Ley 25/2007, de 18 de octubre los considera “agentes facultados” para el acceso -previa autorización judicial- a los datos generados o tratados como consecuencia de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas⁵⁰⁰. Esta disposición normativa, dispone en su art. 6.2 que, de cara a la cesión de estos datos, “tendrán la consideración de agentes facultados: a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder

⁴⁹⁹ STC 26/2006 de 30 enero (FJ 6)

⁵⁰⁰ Vid. M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 233.

Judicial. b) Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...). Establece esta última norma que “constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes”, entre otros, “las Autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales”.

En este sentido, la STS 297/2006, tras resumir la jurisprudencia aplicable a este tema, recuerda que “esta Sala, en su condición de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, en el Pleno no Jurisdiccional de 14 de noviembre de 2003 tomó el acuerdo siguiente:

“1º) El artículo 238 de la LECrim no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.

2º) El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en el sentido genérico del art. 283.1º de la LECrim, que sigue vigente. Conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre Represión del Contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal.

3º) Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas”.

Y, por eso, termina diciendo que “la conclusión de todo lo razonado es la expresa declaración de que el SVA en sentido amplio tiene la condición de Policía Judicial en el específico marco de sus actuaciones (...)”

El apartado c) del art. 6.2 de la Ley 25/2007 reconoce que también puede tener acceso a los datos generados o tratados como consecuencia de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas “el personal del Centro Nacional de Inteligencia en el

curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia”.

Sin embargo, hay que decir que la intervención del personal del Centro Nacional de Inteligencia se lleva a cabo en un marco funcional que “no tiene como escenario natural el proceso penal, sino que se desarrolla en el ámbito del acopio de información para la prevención de hechos delictivos, la protección de la seguridad y, en general, de los derechos ciudadanos y las libertades públicas”⁵⁰¹. Por tanto, considera el TS que “los actos de investigación desarrollados por los agentes del CNI con la cobertura que ofrecen los cuatro apartados que integran el art. 1 de la LO 2/2002, no pueden ser etiquetados como actos judiciales de investigación, por más que puedan implicar (...) la autorización del Magistrado encargado del control previo de las actividades de los servicios de inteligencia. (...). Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba -ni siquiera como diligencias de investigación- en un proceso penal”⁵⁰².

Como podemos ver, el art. 588 bis b) de la LECr sólo se refiere al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial, o al propio Juez que puede acordar la medida de oficio. La norma no menciona a otras partes que también pueden intervenir en el proceso. Por lo pronto se olvida de las acusaciones particular y popular.

Tampoco contempla la posibilidad de que intervenga la Abogacía del Estado solicitando alguna de las medidas objeto de nuestro estudio, en aquellos asuntos cuya intervención pudiera ser preceptiva⁵⁰³. Lo mismo ocurre con los Letrados de la Seguridad Social, o con los Letrados de cualquier comunidad autónoma⁵⁰⁴, por poner algunos ejemplos.

501 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op. cit., p. 234

502 STS 1094/2010 de 10 diciembre (FD I -2A)

503 El art. 551.1 de la LOPJ dice que “la representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo”.

También podría interesar la medida de investigación a alguna de las defensas de alguno de los coinvestigados. Y tampoco se contempla de forma expresa que puedan pedirla.

No obstante, entendemos que cualquiera de estos intervinientes no citados expresamente por el art. 588 bis b) de la LECr podrían acudir a lo dispuesto en el art. 311 del mismo texto legal que sí lo prevé. Dice este precepto que “el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales”.

A pesar de ello, también es cierto que esta petición pudiera no tener viabilidad práctica, puesto que, como mantienen Marchena Gómez y González-Cuellar⁵⁰⁵, la adopción de este tipo de medidas conllevará por disposición legal el carácter secreto de las actuaciones con la consiguiente exclusión de las acusaciones no oficiales, mientras no se restablezca el principio general de publicidad (arts. 588 bis j) y 302 LECr).

Santos Martínez no lo considera así, ya que piensa que “el secreto parcial de la causa no es motivo para negarles legitimación”, puesto que “debe tenerse en cuenta que el secreto se declara una vez formulada la petición. Por ello no se veda con anterioridad a la formulación de la petición el acceso de las partes a la causa, pudiendo así tomar conocimiento de las diligencias practicadas hasta el momento”⁵⁰⁶. A lo cual podemos añadir que después de la práctica de la medida, se levantará el secreto y todas las partes tendrán acceso a lo actuado.

Otro motivo que se alega para limitar a las partes no mencionadas en el art. 588 bis b) de la LECr la posibilidad de petición de la medida de investigación tecnológica está en la complejidad técnica de dichas medidas, y en la exhaustiva información que

504 Vid. Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía. También el art. 551.3 de la LOPJ dice que “la representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo”.

505M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 233.

506 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.55

debe consignarse en la solicitud. Sin embargo, este motivo también puede rebatirse. La petición no requiere grandes conocimientos técnicos, tan sólo precisa técnica jurídica. También puede ocurrir que el contenido de la petición no se ajuste a todos y cada uno de los requisitos exigidos legalmente. ya que en muchas ocasiones las partes no tienen por qué tener acceso a toda esta información requerida. En casos así, “el desconocimiento de los mecanismos técnicos para ejecutar la medida, de las unidades policiales competentes o de los datos relacionados con los medios de comunicación usados por el investigado por el resto de las acusaciones son elementos que atenuarían la exigencia del contenido de la solicitud efectuadas por las partes”⁵⁰⁷. No podemos olvidar que si la medida se ejecuta es porque al final lo autoriza el Juez de instrucción, el cual tiene que dictar una resolución debidamente motivada en la que dónde sí han de concurrir todos y cada uno de los requisitos exigidos legalmente, tal y como más adelante veremos.

Esta situación regulada en el art. 588 bis b) podría poner en entredicho el principio de igualdad de armas, toda vez que “las posibilidades de contradicción son esenciales para determinar las condiciones en que se produce el debate, ya que es necesario que todo acusado pueda oponer sus propios medios probatorios a los que se esgrimen por la acusación y, al mismo tiempo, esté en condiciones de contradecir los elementos inculpativos. Cualquier carencia en este sentido quiebra las normas y garantías del procedimiento y abre el camino para una posible indefensión”⁵⁰⁸.

Quizá podría tener sentido que la petición de la acusación particular o popular, o de alguna de las defensas, se pudiese resolver por el juez en secreto, dándose traslado únicamente al Ministerio Fiscal, en los términos previstos en el art. 588 bis d), el cual dispone que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

También podría solicitarse al Ministerio Fiscal, por cualquier interesado, que sea éste quien pida la medida de investigación interesada, sin que fuera preciso de dar traslado a las partes personadas en las actuaciones. No en vano dice el art. 541 de la

507 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.56

508 STS nº 763/2000, de 8 de mayo, FD único.

LOPJ que “el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados (...)”, que es una fiel reproducción del art. 124 de la CE.

El art. 588 bis c) dispone que para autorizar la medida restrictiva es preciso que el Ministerio Fiscal emita un informe al respecto, salvo en el caso, lógicamente, de que sea la propia Fiscalía la solicitante. “La emisión del dictamen no plantea dudas, si no fuera por el plazo de tiempo que tiene como máximo el juez para dictar la resolución, 24 horas desde que se presentara la solicitud”⁵⁰⁹.

Si hablamos, no de la autorización inicial de la medida por parte del juez, sino de los supuestos de prórroga de la misma, nada se dice sobre la necesidad o no del informe del Ministerio Fiscal, aunque entendemos que por lógica también será necesario.

5.2.3. Autorización judicial de la medida en el PLECr

En el Proyecto de la nueva LECr, el art. 384 de dicho texto obliga al Ministerio Fiscal de forma expresa a recabar autorización judicial para la escucha y grabación de las conversaciones privadas que, en el marco de encuentros concretos, mantengan entre sí dos o más personas.

El proyecto también deja claro que, si para la instalación de los dispositivos de grabación es preciso entrar en un domicilio particular o en cualquier otro lugar en donde se desarrollen actividades íntimas, será preciso que la autorización judicial se extienda de forma expresa a la entrada en dicho lugar.

También la actual LECr exige autorización judicial expresa para la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinadas al ejercicio de la privacidad en el art. 588 quáter a).

Y, por último, el PLECr también dispone que la autorización judicial es precisa para la captación de imágenes si estas imágenes acompañan a una escucha y grabación

509R. CASTILLEJO MANZANARES, *op. cit.*, p. 4.

de las conversaciones privadas. Como vemos, da igual donde se capten estas imágenes; si son complementarias a las grabaciones, van a precisar autorización judicial.

En este caso, la actual LECr dice en el apartado n 3 del art. 588 quáter a) que la escucha y grabación sólo se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde.

Por otra parte, el art. 387.1 del PLECr dispone que, con carácter previo a la intervención, el Ministerio Fiscal tiene que dirigir una solicitud al Juez de Garantías donde justifique la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 386.

Tal y como hemos visto más arriba, la actual LECr regula de forma mucho más detallada y precisa el contenido que ha de tener esta solicitud. Lo hace en el art. 588 bis b). Este precepto regula el contenido de la solicitud de autorización judicial para todas las medidas de investigación tecnológica, autorización que deberá complementarse con las peculiaridades que se requieran al regularse cada una de las medidas.

Nótese que quien formula la petición al Juez de Garantías para interceptar las conversaciones, incluidas la escucha y la grabación de las que se mantengan en lugares públicos, es el Ministerio Fiscal, y no cualquier otra de las partes personadas tal y como dispone el 384.1 del PLECr. No en vano, es el Ministerio Fiscal quien dirige la investigación y su responsable (arts. 87, 88, 94 y 96 del PLECr).

Dentro del apartado que regula ciertas disposiciones comunes aplicables a los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas, el art. 345 del PLECr dispone que el Juez de Garantías a petición del Ministerio Fiscal podrá acordar la interceptación de las conversaciones privadas.

De esta forma, parece ser según la regulación del PLECr que las partes han de interesar la medida solicitándolo así al Ministerio Fiscal el cual decidirá si pide la autorización judicial o no.

5.3. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL HABILITANTE

5.3.1. Tribunal competente

La resolución judicial habilitante ha de dictarla el Juzgado de Instrucción que esté conociendo de la investigación en cuestión, tal y como ya hemos expuesto con más detalle más arriba, a cuyo contenido nos remitimos.

5.3.2. Intervención del Ministerio Fiscal

El art. 588 bis c de la LECr dispone que cuando el Juez de instrucción vaya a resolver sobre la autorización o denegación de una de las medidas de investigación tecnológica, el Ministerio Fiscal ha de ser oído con carácter previo.

Y es que, como dice la STS 272/2017⁵¹⁰, “después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.O. 13/2015) el legislador ha resuelto cualquier discusión en esta materia cuando en el artículo 588 bis c), bajo la mención de resolución judicial, establece en su apartado I que el Juez de Instrucción autorizará o denegará la medida solicitada (se refiere a las comprendidas en el Capítulo IV) mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal, excepto naturalmente en aquellos casos en que sea él mismo quien haya instado la diligencia de investigación limitativa de los derechos a que se refiere el Capítulo mencionado”. La STS 494/2020⁵¹¹ insiste en que este informe “no es necesario, siendo el Ministerio Fiscal quien insta la injerencia”.

La intervención del Ministerio Fiscal es una garantía más a favor de los afectados por la medida de investigación, toda vez que ésta se adopta y ejecuta a espaldas de ellos. Ya hemos comentado más arriba que es importante que la investigación se lleve a cabo en el seno de un proceso judicial porque el Fiscal se convierte en un garante más de la legalidad. No en vano el art. 124.1 de la CE dice que al Ministerio Fiscal le corresponde “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”. Esta idea se reitera en el art. 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁵¹².

⁵¹⁰ STS 272/2017 de 18 abril (FD 2º, 2.5)

⁵¹¹ STS 494/2020, de 8 de octubre (FD 2º)

⁵¹² Dispone el art. 3.1 y 3.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que para el cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas,

De todas formas, lo que parece claro es que “el legislador no quiere que la intromisión estatal en los derechos contemplados en el art. 18 de la CE se verifique con la absoluta indiferencia del Ministerio Fiscal. Desea que este órgano de relieve constitucional contribuya a reforzar las cautelas precisas para que la legitimidad de la decisión judicial no suscite ninguna duda”⁵¹³.

Ahora bien, la ausencia de la intervención de la Fiscalía no tiene que conllevar, necesariamente, la nulidad de la medida de investigación. El art. 588 bis c) de la LECr no menciona nada sobre los efectos que pudieran derivarse de la ausencia del traslado al Fiscal. Dice el art. 238.3º de la LOPJ que “los actos procesales serán nulos de pleno derecho (...) cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”. Santos Martínez considera que “la omisión de este acto no tiene mayores efectos, más allá del derecho del Ministerio Fiscal a interponer recurso frente a la resolución judicial que se adopte por no haber tenido la oportunidad de ser escuchado”⁵¹⁴.

5.3.3. Plazo para dictar la resolución

El art. 588.1 bis c) de la LECr dice que la resolución habilitante de la medida de investigación solicitada “se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud”. Pero añade el número siguiente de este mismo precepto que este plazo puede interrumpirse cuando el Juez considere que debe requerir a los solicitantes de la medida para que amplíen o aclaren los términos de su solicitud.

A Velasco Núñez este plazo tan breve le resulta “increíble en cuanto a su imposición inflexible por parte del legislador, pues la medida de iniciación de una investigación tecnológica debe hacerse de manera reforzadamente motivada y no atiende al consabido colapso de trabajo en los Juzgados, ni a su horario”. De todas formas, considera que la sanción de no dictar la resolución judicial dentro de este breve

“corresponde al Ministerio Fiscal (...): 1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. (...). 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

513 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 255

514 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p.82

plazo no ha de ser la nulidad, “pues de no hacerlo no afecta a derechos fundamentales”⁵¹⁵.

Santos Martínez es de la misma opinión de Velasco Núñez. Este autor considera que el legislador no explica ni da razón alguna de los motivos que le han llevado a establecer un plazo tan breve, cuyo cumplimiento va a ser difícil ya que “no se ha tenido en cuenta la carga que, de ordinario, soporta el Juzgado de Instrucción (...). Por tanto, el plazo de veinticuatro horas puede ser de difícil asunción en todos los casos”. Sin embargo, sigue diciendo este autor, “el legislador tampoco ha previsto qué efectos tiene el incumplimiento del plazo de veinticuatro horas. La toma de decisión superado el plazo legal ni compromete la validez de la resolución ni provoca una suerte de caducidad de la solicitud, con independencia de la eventual responsabilidad del juez por la demora en el despacho de asuntos”⁵¹⁶.

A nosotros el plazo también nos parece excesivamente breve, siendo lo más sencillo que se incumpla, sobre todo, porque lo importante es la rapidez en la toma de decisión para que la medida sea efectiva y cumpla con la finalidad para la que se pide. Mejor hubiera sido disponer que la resolución ha de adoptarse a la mayor brevedad posible sin especificar un plazo determinado.

De todas formas, dictar una resolución fuera del plazo de veinticuatro horas dispuesto debería considerarse como una mera infracción procesal, de modo que no tiene por qué conllevar la nulidad de la medida siempre y cuando no afecten los derechos fundamentales de los afectados produciéndose indefensión a las partes afectas por la medida, por aplicación de lo establecido en el art 238.3º de la LOPJ. “Ahora bien, en aquellos casos en los que el incumplimiento se prolongue de manera absolutamente desproporcionada, de forma tal que pueda comprometer la concurrencia de los principios de excepcionalidad y necesidad, podría provocar la nulidad de la medida. En este último caso, lo más correcto sería que el Juez requiriera nuevo informe ampliatorio de quien hubiere instado la medida (policía o Ministerio Fiscal) con el fin de recabar

515 Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 72.

516 Vid. A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.84

nuevos datos que confirmen la vigencia de tales principios en el momento de dictar la resolución”⁵¹⁷.

5.3.4. Forma y contenido de la resolución judicial habilitante

5.3.4.1. Forma

Como venimos diciendo, la medida requiere autorización judicial expresa y, con más razón si es para captar o grabar en el interior de domicilios o lugares destinados a la realización de actos de carácter íntimo, aunque la grabación se haga desde el exterior⁵¹⁸.

La resolución judicial habilitante que autorice la medida de investigación ha de dictarse en forma de auto motivado. Así lo establece el art. 588 bis c) de la LECr. De esta forma se evita la tentación de acordar o prorrogar cualquier medida de investigación tecnológica mediante providencia. Debiendo señalarse que sobre este tema ya dijo el TC que el uso de la providencia era una técnica inconstitucional, porque “la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992, 13/1994), y 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”⁵¹⁹. A lo cual debe añadirse que según el art. 248 de la LOPJ “la fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden (...)”, mientras que “los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva (...)”.

El auto que acuerde la adopción de la medida “deberá contener todos los elementos indispensables para realizar y dar a conocer el juicio de proporcionalidad para hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no tiene conocimiento de ella en el momento de su adopción”⁵²⁰.

⁵¹⁷ Fiscalía General del Estado. Circular 1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵¹⁸ R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional de seguimiento directo de personas*, cit., p. 41.

⁵¹⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia num. 181/1995 de 11 diciembre (FJ 5)

⁵²⁰ M. RICHARD GONZÁLEZ. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.75

5.3.4.2. Contenido de la resolución judicial habilitante

El uso de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales y, en su caso, para la obtención de imágenes en el domicilio del investigado no es una prueba más, porque se trata de un acto tal de intromisión a través del cual el Estado se inmiscuye en el núcleo duro de la intimidad de la persona. Por eso el TS⁵²¹ considera que esta medida de investigación “no puede ser contemplada por el Juez instructor como una medida de injerencia susceptible de ser acordada con los mismos presupuestos de legitimidad con los que se adoptan otras medidas de investigación tecnológica en el proceso penal”. Y ello porque considera que la autorización judicial que permita la colocación de esos dispositivos “deja sin efecto la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria. Neutraliza también los derechos a la intimidad y a la propia imagen. De ahí que asimilar su funcionalidad a la que es propia de otras medidas limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE supone distorsionar los términos con los que su legítima utilización ha de ser valorada”. Por ello insiste el Alto Tribunal que “el grado de injerencia que esa medida representa en el espacio que cada ciudadano define para excluir a los poderes públicos y a terceros de su propia privacidad, no puede ser ponderado con el mismo ángulo valorativo con el que se aceptan otras medidas de investigación”.

En esta sentencia que venimos comentando, el TS da para ello los siguientes motivos:

En primer lugar, dice que “la expectativa de privacidad de quien cierra la puerta de su domicilio no tiene parangón con la que cada ciudadano puede concebir cuando, por ejemplo, hace uso de un teléfono susceptible de ser intervenido o se desplaza en un vehículo al que ha podido adosarse un dispositivo de geolocalización”. El TS insiste que a través de este mecanismo de investigación tecnológica que permite la grabación de conversaciones e imágenes en el domicilio del investigado, “el Estado se adentra en el núcleo duro de la intimidad de cualquier persona”.

En segundo lugar, añade que “esta medida de injerencia, además, va mucho más

521 STS 718/2020, 28 de diciembre (FD 2.1.2.)

allá de la captación de una conversación bidireccional mantenida por los interlocutores concernidos. La utilización de los dispositivos a que se refiere el art. 588 quater a) no afecta sólo al investigado. Alcanza también a su familia, a los residentes habituales y a los que excepcionalmente o de forma esporádica pueden llegar a compartir la vivienda del sospechoso”.

Y, en tercer lugar, manifiesta que “la utilización de un dispositivo de esta naturaleza desnuda al investigado de su propia vida familiar, lo coloca a merced de los investigadores, que se convierten así en privilegiados conocedores de una información generada en el día a día y que desborda con creces aquello que pueda resultar de interés para el delito investigado”.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, el Tribunal llega a la conclusión de que “el grado de motivación de la resolución que autoriza la injerencia, el respeto a los estándares impuestos por los principios de proporcionalidad y necesidad y, sobre todo, la duración de la medida han de ser objeto de una escrupulosa valoración judicial”.

Una vez expuesto el criterio del TS, debemos acudir al art. 588 bis c) de la LECr. Este precepto establece el contenido que, con carácter general, debe tener esta autorización. La norma dice que la resolución judicial deberá contener: hechos, calificación jurídica, indicios existentes del delito, personas investigadas, extensión de la medida, unidad policial encargada, duración, forma y periodicidad de información sobre resultados obtenidos, finalidad perseguida con la citada medida, y sujetos obligados o terceras personas que se harán cargo de la ejecución.

A la hora de autorizar la medida que estudiamos en este apartado, dice el TC que “las garantías establecidas por la ley vendrán plenamente satisfechas por la determinación en la resolución judicial del lugar (concreción locativa), de los sujetos (concreción subjetiva), y de varios encuentros concretos entre dichos sujetos que previsiblemente tendrán lugar en un lapso de tiempo (concreción temporal)⁵²².”

En el caso de introducción de dispositivos de grabación en el domicilio del afectado deberá existir “una motivación reforzada, indicativa de las razones por las que

522 STC 66/2021, de 10 de mayo (FJ 6º)

la medida resulta indispensable y proporcionada”⁵²³. Y, por otra parte, “la necesidad y proporcionalidad de la diligencia de investigación debe darse tanto para elegir la medida de investigación adecuada, como para graduar la intensidad de la medida misma”⁵²⁴.

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida (Apartado a) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

La necesaria indicación del hecho objeto de investigación procede de los principios de especialidad y proporcionalidad. Recordemos que, según el número 2 del art. 588 bis a), “el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto”.

Por eso, “el hecho punible cuyo esclarecimiento se persigue mediante la adopción de esta medida ha de ser definido con unos contornos suficientemente nítidos, excluyentes de toda idea de prospección indefinida”. De modo que, aunque es cierto que su delimitación se pueda ir definiendo o determinando de forma progresiva a medida que avanza la investigación, también es cierto que “el núcleo fáctico de lo que está siendo objeto de investigación debe dibujarse de forma que, más allá de datos complementarios que vaya concretando el desarrollo de la diligencia, los hechos mantengan una identidad sustancial”⁵²⁵.

También dependerá de cada caso concreto y del momento o fase en que se encuentre la investigación en el que tenga lugar la aprobación de la diligencia de intervención, existiendo precedentes que flexibilizan este requisito. Y así, tiene dicho el TS, sintetizando la jurisprudencia constitucional al respecto, que “(...) en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios, pero sin duda deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de una suposición

523 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 351.

524 R. BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, p. 68.

525 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 256.

de la existencia de un delito o de la intervención en el de una determinada persona (...)”⁵²⁶.

Y también es cierto que el objeto de la investigación va a ir concretándose a lo largo de ésta. Por eso tiene dicho el TS que “la idea de que el objeto del proceso penal es de cristalización progresiva no es cuestionada por la dogmática y así ha sido destacada en numerosos precedentes de esta Sala (cfr. entre otros, SSTS 385/2011, 5 de mayo y 412/2011, 11 de mayo). Ni el atestado, ni la denuncia, ni la querrela, como medios de iniciación del proceso penal, ofrecen una imagen fija del desenlace jurisdiccional de la fase de investigación. Lo contrario sería inasumible desde la perspectiva de los principios que informan el proceso penal. El sumario, en el procedimiento ordinario (art. 299 LECrim), y las diligencias previas, en el procedimiento abreviado (art. 771.1 LECrim), tienen por objeto la práctica de los actos de investigación indispensables para determinar la naturaleza del hecho y la identidad de las personas responsables. Es evidente, por tanto, que en el inicio del proceso penal la delimitación objetiva -también la subjetiva- se presenta con una nitidez que no siempre es definitiva”⁵²⁷.

La calificación jurídica del hecho que está siendo objeto de investigación, también se observa como un requisito esencial puesto que no todos los delitos pueden investigarse utilizando los medios de investigación tecnológica. Y, en concreto, en el caso de la medida de investigación consistente en la grabación de comunicaciones orales, objeto de nuestro estudio, sólo puede utilizarse para la investigación de determinados delitos, tal y como hemos visto más arriba.

La resolución judicial también ha de expresar los indicios razonales en que se funda la medida de investigación que se va a aprobar. Dice el TS que debemos estar ante indicios que rebasen las meras sospechas, y que sin que tengan que llegar a constituir prueba, sin embargo, sí que representen mucho más que una conjetura más o menos fundada.

⁵²⁶ STS 841/2014 de 9 diciembre (FD 5º)
⁵²⁷ STS 7/2014 de 22 enero (FD 13)

En este sentido el TS⁵²⁸ dice que “para que sea constitucionalmente legítima una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, el Juez ha de verificar la presencia de unos indicios constatables por un tercero que rebasen el dintel de las meras sospechas y gocen de cierta potencialidad acreditativa, que sin llegar a constituir prueba represente mucho más que una conjetura más o menos fundada. No bastan meras afirmaciones apodícticas de sospecha”.

El TS también viene considerando que los indicios existentes sobre la intervención de los investigados en un determinado hecho delictivo han de analizarse todos ellos de forma global, en conjunto. Dice que “el análisis de la idoneidad de la información policial para alzar las barreras de protección que el art. 18.3 de la CE reconoce a todo ciudadano, ha de ser valorado de forma conjunta, en su integridad, sin desmenuzar todos y cada uno de los indicios de delito. La aceptación o rechazo del auto de intervención de comunicaciones, no puede obtenerse pues, a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial de todos y cada uno de los indicios de los que se dispone, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios, sino que hay que atender a la cadena lógica de informaciones e indicios conjuntamente considerados para valorar las hipótesis iniciales ofrecidas por la investigación policial”. Y añade que “el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. Pues el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes” Y termina diciendo el TS que “la fragmentación del resultado probatorio

528 STS 106/2017 de 21 febrero (FD 5). En esta resolución, el TS añade: “El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende indagar; y la necesidad de la invasión de un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas. La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de esas conclusiones justificativas de las escuchas es valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas o que exterioricen sus deducciones para que el Juez las asuma acríticamente. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan ese juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia”.

para analizar separadamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar un cuadro probatorio”⁵²⁹.

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido (Apartado b) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

La Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado recogió buena parte de la doctrina del TC y TS sobre el alcance subjetivo de la resolución judicial habilitante. A su vez, la Circular 1/2019 de la FGE condensa sus principales argumentos, alcanzando las siguientes conclusiones⁵³⁰:

- “En la resolución judicial que acuerde la medida deberá reflejarse la identidad del afectado, si fuere conocido.
- “No conociéndose la identidad, deberán indicarse los datos de los que se tenga conocimiento y que permitan su individualización (número de teléfono, domicilio, señas de identidad física, apodo o sobrenombre, etc.)
- “La identidad que ha de reflejarse en la resolución es la del afectado por la medida, cuyo derecho se ve limitado, que puede no coincidir con el titular formal del medio sobre el que ésta recaiga (teléfono, ordenador, vehículo en el que se instalen dispositivos, etc.)
- “Los errores padecidos en la identificación subjetiva no tienen por qué viciar la resolución.
- “Es posible adoptar medidas de investigación que afecten directamente a un tercero no investigado con la finalidad de obtener datos relevantes”.

Estas conclusiones, aunque están referidas a la grabación de comunicaciones telefónicas, son perfectamente extrapolables al resto de las medidas de investigación tecnológica.

Por tanto, la resolución judicial debe precisar la identidad tanto del investigado como de cualquier otro afectado por la misma, siempre y cuando sean conocidos. Y si

529 STS 373/2016 de 3 mayo (FD 1º-4)

530 Fiscalía General del Estado, Circular 1/2019 sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 06/03/2019.

no lo son, deberán aportarse todos los datos de identificación de los que se disponga y que permitan su individualización.

El TS viene diciendo que “el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias. Esta idea la expresa con absoluta claridad, en el ámbito de la fase de investigación, el art. 299 de la LECrim, cuando recuerda que durante esa etapa del proceso se practican las actuaciones encaminadas a "...averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Ninguna vulneración de derechos constitucionales puede asociarse a una actuación jurisdiccional que entronca con la esencia misma del proceso penal. El hecho de que algunas de las personas que, durante la fase de instrucción de la causa sufrieron una medida de imputación material, cual fue la intervención de sus comunicaciones, no resultaran luego acusadas, lejos de expresar el fracaso de las garantías de nuestro sistema constitucional, es la mejor evidencia de que el proceso penal del que trae causa el presente recurso se ajustó a sus principios legitimadores. Nuestro sistema constitucional se reafirma cuando el juicio de acusación o fase intermedia ajusta su funcionalidad a lo que constituye su esencia, esto es, la selección de aquellos imputados que, a la vista de las investigaciones practicadas han de asumir la condición de acusados. La idea de que toda imputación -sea ésta material o formal- convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene acogida en nuestro sistema”⁵³¹.

c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a (Apartado c) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

Es preciso justificar si la medida tiene por objeto la captación y grabación de las conversaciones, o si también la autorización se extiende a la grabación de imágenes complementarias. Y en qué lugar se van a intervenir. Recuérdese que el art. 588 quater c) de la LECr dice que la resolución judicial también tiene que hacer “una mención

531 STS 385/2011 de 5 mayo (FD 6)

concreta al lugar o dependencias” donde vaya a tener lugar la grabación. Porque, como ya hemos dicho, dependiendo de la intensidad de la afectación de la intimidad de los afectados, así deberá reforzarse la motivación de la medida.

También puede ocurrir “que la captación y grabación recaiga sobre encuentros deslocalizados o en los que el lugar de su celebración se desconozca previamente. En estos casos en los que la solución podría pasar por la colocación de los dispositivos electrónicos de grabación ocultos en el cuerpo de uno de los asistentes a la reunión (piénsese, por ejemplo, en el caso de un agente encubierto, o de la propia víctima o de un colaborador en la investigación), el lugar o dependencias en los que hubiera de celebrarse el encuentro carecería de relevancia a la hora de delimitar el alcance de la medida”⁵³². En casos así, la resolución judicial debería describir esta circunstancia y señalar una localización geográfica más amplia del lugar del encuentro y tan detallada como fuera posible.

Este apartado, en definitiva, está pidiendo una vez más que el Juez de Instrucción precise con meridiana exactitud qué grado de sacrificio constitucional es preciso para el esclarecimiento de los hechos que se están investigando.

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención (Apartado d) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

Este es un requisito que en principio parece que tiene por objeto convertirse en un medio más de control de la medida. Lógicamente el Juez tiene que saber qué unidad lleva a cabo la ejecución de la medida de injerencia. De todas formas, dicen Marchena y González-Cuéllar que “su no identificación o el hecho de que intervengan en su ejecución agentes inicialmente no designados en la orden judicial, puede no constituir una infracción de relieve constitucional, pero no se olvide que el control judicial de la limitación del secreto de las comunicaciones puede verse resentido si el órgano judicial abdica de su deber de conocer y controlar el qué y el quién de la ejecución”⁵³³.

532 Fiscalía General del Estado, Circular 3/2019 sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 06/03/2019. Epígrafe 5.

533 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, op. cit., p. 263.

e) La duración de la medida (Apartado a) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

También ha de señalarse la duración de la medida de intervención. Si bien, en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales, este precepto ha de ponerse en conexión con el art. 588 quater c), que sobre esta cuestión dice que la resolución judicial también ha de contener los encuentros del investigado que van a ser objeto de vigilancia. Por tanto, en principio no hay por qué referirse a un determinado plazo temporal, sino a señalar los encuentros concretos cuyas conversaciones van a grabarse.

Delgado Martín considera que la “Ley exige la concurrencia de indicios de la previsibilidad del encuentro o encuentros”. Por este motivo considera que, “además de los requisitos aplicables a toda medida de investigación tecnológica, son exigibles indicios suficientes de que va a tener un encuentro entre personas específicas”⁵³⁴.

De todas formas, la duración de la ejecución de la medida se estudia más adelante con más detalle.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida (Apartado f) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

También este punto se desarrolla con más detenimiento más adelante. No obstante, baste ahora decir que este requisito que hay que relacionar con el art. 588 quater d) de la LECr, también está relacionado con la exigencia de control judicial de la medida en los términos expuestos en el art. 588 bis g) de la LECr, que dice que “la policía judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que éste determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma”. Ahora bien, “la simple omisión no necesariamente afecta a la validez de la medida si ha existido efectivo control judicial; si no se lleva a efecto -a pesar de expresarse en la resolución la forma y periodicidad de la dación de cuenta-, podría resultar nula”⁵³⁵.

534 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 489

535 Fiscalía General del Estado, Circular 1/2019 sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 06/03/2019. Epígrafe 2.3.

g) La finalidad perseguida con la medida (Apartado g) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

La concreción de la finalidad perseguida con la medida de investigación supone exteriorizar las razones que justifican la concurrencia de los principios rectores recogidos en el art. 588 bis a) de la LECr, y en especial, los de excepcionalidad y de necesidad.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia (Apartado h) del art. 588 bis c) 3 de la LECr).

Lo normal es que la ejecución de la medida objeto de nuestro estudio, se lleve a cabo por los propios agentes policiales designados para ello, sin necesidad de la colaboración de ningún tercero. “Únicamente en aquellos casos en ellos que se pretenda utilizar alguna infraestructura de captación o grabación de imágenes o sonido ya existente cabría plantarse la posibilidad de recabar el auxilio de quienes la controlaran, resultante en este caso plenamente aplicable este precepto”⁵³⁶.

La ley no recoge expresamente a quién se puede autorizar para ejecutar la medida objeto de nuestro estudio. El art. 588 quater a) de la LECr sólo dice que “podrá autorizarse” la colocación de dispositivos de captación y grabación. Pero como afirma Velasco Núñez, de acuerdo con la tónica contextual sobre el resto de la regulación de las medidas de investigación tecnológica, sólo se podrá autorizar “al Ministerios Fiscal o a la Policía Judicial (...) lo que no descarta que en la colocación se auxilien los agentes policiales el Fiscal que la ejecuten de ciudadanos -colaboradores, testigos protegidos o víctimas- que puedan portarlos subrepticamente o colocarlos en un lugar al que tengan permitió el acceso, pero siempre bajo control judicial”⁵³⁷.

536 Fiscalía General del Estado, Circular 3/2019 sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 06/03/2019 (epígrafe 5).

537 Vid. E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 110.

Recuérdese que la STS (Sala de lo Penal) nº 311/2018 de 27 de junio, anula las grabaciones realizadas por un particular con medios facilitados por la Guardia Civil y siguiendo sus instrucciones. Esta prueba fue anulada porque la grabación se llevó a cabo sin autorización ni control judicial.

Por otra parte, si no hay colaboración, o no se guarda debidamente el secreto, la medida deviene ineficaz. Por eso es importante apereibir de forma expresa de que si no se colabora en los términos dispuestos en la resolución judicial se incurriría en un delito de desobediencia. Y si no se guarda el secreto, se podría estar ante un delito de revelación de secretos⁵³⁸. O ante un delito de obstrucción a la justicia⁵³⁹.

A este contenido hay que añadirle el específico para la medida que estudiamos, regulado en el art. 588 quater c), que dispone que, además, el Juez debe hacer una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

Esta resolución judicial deberá especificar asimismo si la medida es sólo para la captación del sonido o también lo es para la grabación de imágenes complementarias, así como si resulta necesario entrar en el domicilio del investigado para la instalación de los aparatos de grabación.

Según se desprende del art. 588 bis b) LECr, el auto mediante el cual el Juez de Instrucción autoriza la grabación de las conversaciones orales ha de contener la explícita exposición de las razones por las que concurren los presupuestos constitucionales de legitimidad de la medida. Se trata pues de “una motivación integradora, expresiva del juicio de ponderación y eventual sacrificio de los principios que convergen en el

538 Dispone el art. 466.1 del CP que, si “el abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años”. A lo cual añade el número 3 de este mismo artículo que “si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior”.

539 Dice el art. 465.1 del CP que “el que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años” El número 2 de este precepto añade que “si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses”.

momento de la adopción de una medida de esta naturaleza”⁵⁴⁰. Así, será preciso, además de la previa ponderación de los bienes jurídicos en conflicto (principio constitucional de proporcionalidad)⁵⁴¹, que el Juez valore la existencia o no de indicios que señalen a una concreta persona (principio constitucional de intervención indiciaria)⁵⁴².

Como vemos, se opta por una minuciosa regulación del contenido de la autorización, para evitar un posible defecto de fundamentación y se consigue que la resolución autorizante tenga un contenido garantista que no quede a expensas de lo que cada Juez de Instrucción considere. La precisión de la autorización judicial es básica, porque a ella deben ceñirse los funcionarios policiales y demás sujetos encargados de la ejecución de la medida⁵⁴³.

El art. 588 quater e) dice que, cesada la medida, la grabación de nuevas conversaciones o captación de imágenes “exigirá una nueva autorización judicial”, lo que es lógico porque la medida está prevista para la captación de los “encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia” (art. 588 quater c.).

5.3.5. Inexistencia de una cláusula de urgencia

En algunas de las medidas de investigación tecnológica previstas por la LECr. se prevé una cláusula de urgencia. Estas cláusulas de urgencia no han de ser confundidas con las medidas de suspensión de derechos fundamentales que, al amparo del art. 55.2 CE, pueden ser adoptadas en relación a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, a las que también se refiere la LECr.⁵⁴⁴.

540 M. MARCHENA GÓMEZ, y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 351.

541 El art. 588 quater b. 2.b de la LECr. establece expresamente el requisito de que pueda “preverse racionalmente que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación del autor”.

542 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, *cit.*, p. 30.

543 R. CASANOVA MARTÍ, “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *cit.*, pp. 4 y 5.

544 Dispone el art. 55.2 de la CE que una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos entre otros en el art. 18.3 CE, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

El art. 55.2 de la CE dice que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Este precepto, como vemos, “establece la posibilidad de que, sin necesidad de proceder a la declaración de los estados de excepción o sitio, se suspenda el art. 18.3 CE, con la preceptiva autorización judicial y adecuado control parlamentario, para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”⁵⁴⁵.

Con esta norma nos encontramos con la posibilidad de suspensión individual de determinados derechos que permite la CE en relación con determinados derechos fundamentales, con la finalidad de proteger el Estado de Derecho. Dice el TC que “esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático”⁵⁴⁶.

En la misma línea, la STC 199/1987 declara que “el propio constituyente ha sido consciente de la existencia como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho”⁵⁴⁷.

En concreto, el art. art. 588 ter d) 3 de la LECr, en relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas, prevé expresamente esta suspensión del derecho

545 C. ZOCO ZABALA, *op cit*, p. 254

546 STC 25/1981 de 14 julio (FJ 5)

547 STC 199/1987 de 16 diciembre (FJ 2º)

fundamental del art. 18.3 CE prevista en el art. 55.2 CE, disponiendo que “en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad”, comunicándose esta medida “inmediatamente al Juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas”. Lógicamente estamos hablando de la suspensión individual, que es sólo posible cuando se trate de los derechos regulados en los arts. 17.2 (duración de la detención preventiva), 18.2 (inviolabilidad del domicilio) y 18.3 (secreto de las comunicaciones) de la Constitución.

Llegados a este punto, es preciso preguntarnos si, en el caso de la grabación de conversaciones orales que estamos estudiando, cabría aplicar la suspensión individual de derechos fundamentales del art. 55.2 de la CE. Naturalmente, todo dependerá de si el derecho fundamental afectado por esta medida restrictiva es el derecho del art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones) o es el art. 18.1 (derecho a la intimidad), para lo que nos remitimos al apdo. 2 de este trabajo. Aparte de la grabación de comunicaciones orales, el legislador no ha previsto expresamente cláusulas de suspensión o de urgencia⁵⁴⁸, por lo que descartada la existencia de una cláusula de urgencia distinta de la del art. 55.2 CE para la medida de grabación de comunicaciones orales, lo que nos queda por dilucidar son dos cosas: 1º) si cabe aplicar el art. 55.2 en el caso de la medida que estudiamos, y 2º) qué requisitos y garantías deberían en su caso preservarse.

En relación con la primera cuestión, sí cabría la aplicación del art. 55.2 CE, siempre que entendamos que el precepto constitucional implicado es la libertad de las comunicaciones del art. 18.3 CE y no el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

El problema viene dado en relación con los requisitos y garantías que deberían preservarse en el momento de la ejecución de la medida, y en particular en determinar si

⁵⁴⁸ Es decir, no existe para la medida que estudiamos cláusula de urgencia, “sin perjuicio de la posible aplicación, cuando proceda, del art. 55.2 CE en el caso de las investigaciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, siempre y cuando entendamos que el bien jurídico afectado es el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y no el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE”. R. MARTIN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit., p. 28.

le son aplicables analógicamente las prescripciones establecidas por la LECr para la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, donde se permite la intervención de la grabación antes de producirse la autorización judicial, una vez que sea aprobada por el Ministerio del Interior o por el Secretario de Estado y siempre que se comunique de forma inmediata, y en todo caso antes de las 24 horas, al Juez.

Los artículos que la LECr. dedica a la grabación de las comunicaciones orales nada dicen sobre qué autoridades concretas deberían autorizar la intervención ni tampoco habla sobre el plazo de comunicación al Juez. Al no existir referencias legales, hay autores que consideran que la ejecución de esta medida antes de que la autorice el Juez no es posible, ni siquiera por razones de urgencia⁵⁴⁹.

De este modo nos encontramos con una previsión constitucional en el art. 55.2 CE que permite la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones y con una regulación en la LECr que desarrolla este precepto, pero sólo en relación con las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Consideramos que, tanto en el caso de comunicaciones orales como de comunicaciones telemáticas ha de ser posible la suspensión de tal derecho por aplicación del art. 55.2 CE. Sobre todo, por el contrasentido que supondría que se pudiese intervenir una comunicación telefónica de un terrorista, y no una conversación oral entre dos terroristas planeando un atentado.

5.3.6. Determinación de los lugares y encuentros a grabar

Un dato que caracteriza a esta medida es que no se determina legalmente un plazo determinado durante el cual se puede llevar a cabo de intervención de las comunicaciones. La captación de la comunicación oral directa se limita a un encuentro - a lo sumo a varios, pero para cada uno de ellos se tendrá que disponer de autorización

⁵⁴⁹ En este sentido el Magistrado E. VELASCO NÚÑEZ considera que hay que “descartar la posibilidad de que la medida la realicen, motu proprio, el Ministerio Fiscal o los Cuerpos policiales, incluso en situaciones de urgencia, ni siquiera con convalidación judicial posterior”. *Vid.* E. VELASCO NÚÑEZ, “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, coord. J. I. ZARAGOZA TEJADA, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 230.

judicial- a diferencia de aquellas otras medidas destinadas a la captación de las comunicaciones de otra naturaleza, en las que la injerencia puede extenderse durante meses”⁵⁵⁰.

Es preciso delimitar los encuentros del investigado sometidos a vigilancia, lo cual “se hace con el fin de que la investigación no tenga el carácter de causa general contra el investigado, debiendo limitarse sólo a aquellos encuentros en los que se prevea que el investigado puede proporcionar pruebas del hecho delictivo”⁵⁵¹.

Aunque el art. 588 quáter c) de la LECr. dispone que la resolución judicial ha de hacer mención expresa al lugar o dependencias donde se vaya a ejecutar la medida, las grabaciones no pueden llevarse a cabo de forma indiscriminada, ni cabe instalar micrófonos en cualquier punto de una vivienda, sino sólo en aquellas dependencias donde resulte proporcionado de cara a la investigación. De modo que necesariamente se ha de hacer mención “a la específica dependencia dentro del lugar donde se autorice la colocación, siempre que en aquélla se produzca una afectación más intensa del derecho a la intimidad (por ejemplo, un dormitorio o un W.C.)”⁵⁵². Nuestro sistema “deja en manos del Juez la definición del alcance locativo de la medida”⁵⁵³. Estamos ante una de las medidas más intrusivas en el derecho a la intimidad de la persona, de modo que ha de especificarse con claridad dónde se colocan estos dispositivos.

Por tanto, el juez puede acordar, de acuerdo con la Constitución y la ley, la captación y grabación de comunicaciones orales tanto en espacios públicos como privados, abiertos o cerrados, incluyendo el domicilio del investigado.

Velasco dice que “aunque la ley se refiera a ubicaciones espaciales, nada descarta la posibilidad de que el micrófono o cámara oculta sean portados por una persona que acuda al encuentro -piénsese en el caso de un colaborador o una víctima-, incluso en una situación no estática -v.gr., en un desplazamiento continuada en un paseo, o en un vehículo durante un viaje concreto-”. Por eso concluye este autor diciendo que “la norma pone el énfasis en que se señale el lugar y momento donde por su ubicación y

550 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.188

551 S. GARCÍA MIGUEL, *op cit*.

552 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 489

553 *Vid.* M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 352.

contexto temporal se hayan captado las conversaciones, para evitar que se suplanten por otras ocurridas en otro sitio o día diferente”⁵⁵⁴.

Por eso, Delgado Martín considera que “cuando el art. 588 quater c) se refiere a que la autorización judicial ha de contener «una mención concreta al lugar o dependencias» del encuentro cabe interpretar que el lugar ha de ser definido de forma razonable, sin exigir un grado tan alto de detalle que haga inviable la medida, pero exigiendo una concreción que circunscriba el espacio autorizado de manera suficiente”⁵⁵⁵.

Nótese que la grabación del sonido siempre requerirá autorización judicial, ya sea en el interior de un domicilio o en la vía pública. Sin embargo, la grabación de imágenes en un espacio público no requerirá autorización judicial. El art. 588 quinquies a) de la LECr dice que “la policía judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos”. Richard González considera que la diferencia se encuentra en dos razones. “En primer lugar, la propia actitud del investigado que se halla en la vía pública que cede parte de su derecho a la intimidad al transitar o estar en el espacio público. En segundo lugar, y partiendo de lo anterior, la persona que se halla en la vía pública no puede tener la expectativa de protección absoluta de su imagen, pero sí de aquello que hablan en un tono y volumen moderado, ya que esa conversación está protegida por su derecho al secreto de las comunicaciones a la intimidad personal”⁵⁵⁶.

De todas formas, hay que tener en cuenta que estamos hablando de imágenes complementarias a la grabación de las conversaciones, y que deberán autorizarse expresamente cuando se invada el ámbito de la intimidad del investigado, tal y como más adelante comentamos.

554 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 114

555 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 489

556 M. RICHARD GONZÁLEZ. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p.222

Por otra parte, las conversaciones mantenidas por el investigado que pudieran ser de interés para la causa pueden ser grabadas tanto dentro como fuera de su domicilio, incluso en el domicilio de terceras personas (art.588 quáter a. LECr.), siempre que intervenga el investigado. El TEDH también ha reconocido esta posibilidad en la STEDH de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia (párrafo 28).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que una cosa son las grabaciones de las conversaciones de los investigados, y otra bien distinta la entrada en su domicilio. La reforma prevé que en el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio, o en algunos de los espacios donde las personas desarrollan su vida privada, la resolución habilitante ha de motivar de forma expresa la procedencia del acceso a estos lugares (art. 588 quater a) 2 LECr). Es decir, el permiso judicial de grabación no supone por sí mismo autorización de entrada en domicilio privado. Por ello debe recogerse expresamente la previsión de entrada en domicilio cuando tal entrada sea necesaria. “Naturalmente, cuando la grabación de las conversaciones del investigado suceda en su domicilio, habrán de concretarse la específica dependencia donde se autorice la colocación del dispositivo, lo que deberá ser objeto de una motivación reforzada, indicativa de las razones por las que la medida resulta indispensable y proporcionada”⁵⁵⁷.

Además, debe señalarse que el consentimiento del morador para la entrada en su propio domicilio no es suficiente para legitimar la utilización añadida de instrumentos de grabación⁵⁵⁸.

Por último, es preciso llamar la atención de que no sólo la entrada física en el domicilio requiere una resolución judicial expresa al respecto⁵⁵⁹, sino que también la grabación desde el exterior (por ejemplo, a través de micrófonos direccionales) se considera una vulneración al derecho a la inviolabilidad del domicilio⁵⁶⁰.

557 M. DÍAZ MARTÍNEZ, *La nueva reforma procesal penal, derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 102

558 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 348.

559 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. STS 22/1984, de 17 de febrero, (FJ 5º). En los mismos términos se manifiesta la STC 22/2003 de 10 de febrero (FJ 3º).

560 M. J. CABEZUDO BAJO, “El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados”,

5.3.7. Grabación complementaria de imágenes

En el artículo 588 quáter a) de la LECr. está previsto que la escucha y grabación de las conversaciones privadas se puede complementar con la obtención de imágenes, cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. De esta forma vemos que “por un lado, la inclusión de imágenes en la práctica de la medida supone una intromisión mayor en la intimidad de los afectados, pero, por otro, supone una mayor garantía de la prueba, al eliminar dudas que pudieran suscitarse con la simple audición de la conversación, tales como la identidad de los interlocutores o el sentido de la conversación en atención a la actitud de los mismos. Estas circunstancias deberán ser igualmente valoradas en la resolución judicial habilitante, que hará de justificar la necesidad y procedencia de la grabación de las imágenes como complemento del sonido”⁵⁶¹.

No basta, por tanto, con la autorización genérica de la grabación, sino que, si además del sonido se quiere extender la medida restrictiva a la imagen, el juez deberá ampliar la motivación. Al tratarse de una medida más invasiva, la ponderación de la proporcionalidad es lógicamente diferente. La naturaleza particularmente invasiva de la captación de imágenes nos deja incluso en la duda de si existen suficientes garantías con la actual redacción del art. 588 quáter a).⁵⁶²

Recordemos que estamos ante una medida “complementaria” a la grabación de las comunicaciones y no ante una medida autónoma, en cuyo caso estaríamos hablando de la regulación prevista en los artículos 588 quinquies a) y siguientes de la LECr⁵⁶³.

Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, nº 15 (2016), p. 84.

⁵⁶¹ Fiscalía General del Estado, Circular 3/2019 de 6 de marzo, sobre “captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, epígrafe 3.

⁵⁶² Esto ha llevado a algunos autores, como Richard González, a considerar inadecuada la ubicación sistemática del precepto por lo que se refiere a la captación de imágenes, ya que, dada la parquedad de su regulación, considera que las garantías son insuficientes. Se debería proceder -dice este autor- a “una muy especial tipicidad delictiva y estar sometida a unas especiales medidas de control, sin que sea suficiente con decir que la resolución judicial podrá complementar la orden judicial de grabación del sonido” (M. RICHARD GONZÁLEZ, “*Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización*”, cit, p. 7). Recuérdese, no obstante, en lo que se refiere a la ubicación del precepto, que el capítulo VII se refiere a la captación de imágenes en espacios públicos, mientras que la medida prevista en el art. 588 quáter a) incluye también la captación de imágenes en el domicilio o en recintos cerrados en los que pueda encontrarse el investigado.

⁵⁶³ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 348. En el supuesto de grabación de imágenes estamos, pues, ante dos regímenes que no deben ser confundidas, uno es el prevista en los arts. 588 quáter a) y ss., correspondientes a la grabación de las comunicaciones orales

5.3.8. Terceros que puedan resultar afectados por la grabación

Afirman Marchena y González-Cuéllar que “los principios de especialidad e idoneidad a los que alude el art. 588 bis a) imponen también una delimitación subjetiva que aleje el acto de injerencia estatal en las comunicaciones privadas de una decisión puramente prospectiva o de límites difusos y, por tanto, constitucionalmente no amparada”⁵⁶⁴.

Dice el apartado 2c del art. 588 bis c) de la LECr. Que la resolución judicial que autorice la medida ha de recoger “la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido”.

A lo cual hay que añadir lo dicho en el art. 588 bis h) de la LECr, que, al igual que el precepto anterior, también está ubicado en el Capítulo IV donde se recogen ciertas disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica. Y hemos de relacionarlo con el contenido del art. 588 quater a), también de la LECr. Dice el primero de los preceptos citados que “podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas”. Y el segundo añade que “podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado (...)”.

Vemos que, aunque es cierto que las medidas de investigación tecnológica pueden afectar a terceras personas, también es cierto que el art. 588 bis h) condiciona la afectación de éstas a su previsión legal específica. Y en el caso de las grabaciones de las comunicaciones orales sólo pueden autorizarse para grabar las conversaciones que tenga el investigado. Este último precepto no habla de terceros ajenos al investigado.

y de imágenes complementarias a las mismas, y otro el regulado en los arts. 588 quinquies a) y ss. (Cap. VII), sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, seguimiento y localización.
564 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 227

De todas formas, aun acordándose la grabación de las comunicaciones del investigado, está claro que también se van a ver afectados los derechos de aquellos con quienes éste entable conversación. Eso es lo que se llama “vía indirecta” o “recogida de arrastre”, que viene siendo aceptada por el TS como prueba válida. En este sentido, dice el TS en una sentencia de 14 de mayo de 2013, donde se analizan las grabaciones efectuadas en el interior de un vehículo policial, que “siempre que se acuerda una intervención telefónica se produce una recogida «de arrastre» de todas las conversaciones mantenidas a través del teléfono intervenido, sean de salida o de entrada, con la consecuencia de captar conversaciones ajenas al objeto de la investigación criminal que justificó la autorización judicial de la injerencia. De ahí no puede seguirse sin más la violación del derecho a la intimidad de las terceras personas cuyas conversaciones sean captadas”. Y añade el TS que en estos casos “lo procedente es efectuar una selección de lo relevante a la investigación y ocultar el resto, de suerte que no existe publicidad de esa parte privada. Eso es lo que ha ocurrido aquí, en donde no constan las conversaciones ajenas al concreto delito descubierto casualmente”⁵⁶⁵.

Rodríguez Lainz comenta que “ese mismo principio de «recogida en arrastre» que permite el acceso ocasional a conversaciones captadas a terceros que se entrevisten en el lugar de activación del sistema de grabación de conversaciones orales habría de legitimar el acceso a éstas y a todo aquello que se escuche con carácter ambiental por dicho dispositivo”. Y añade este magistrado que “en cualquier caso, la regulación sobre los hallazgos casuales del art. 579 bis podría servir de cobertura a la información así obtenida”⁵⁶⁶.

Por último, considera Velasco que “cuando uno de los interlocutores presentes en el encuentro esté apercibido de que las conversaciones se están registrando -el caso comentado arriba de víctimas o testigos colaboradores que se colocan el micrófono-, lo importante para el Derecho es que su participación en ellas sea de buena fe, descartándose la validez de las que supongan conversaciones provocadas, pues únicamente tendrían validez las que afloran en un delito ajeno y no las que lo inducen, en las que el agente se une a la actividad criminal de otro, pero nunca la inicia, razón

⁵⁶⁵ STS 419/2013 de 14 mayo (FD 4º)

⁵⁶⁶ J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, “Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica”, *cit.*

por la que para conocer y poder valorar el contexto de lo captado, conviene que la grabación/filmación conste siempre completa en la causa”⁵⁶⁷.

El TS en un caso de grabaciones entre particulares, que no es el caso que nos ocupa, aunque se trata de una sentencia interesante, analiza las grabaciones realizadas de forma provocada por parte de la víctima del delito denunciado. En casos así, y de acuerdo con la afirmación de Velasco, el TS dice que la grabación por uno de los intervinientes de conversaciones puede ser inicialmente lícita “si el encuentro es voluntario y libre. La cuestión varía cuando la persona grabada, de alguna manera, ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra” Y añade el TS que “para su validez se debe tratar de un encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamientos de ninguna clase. Así se desprende de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. La espontaneidad y la buena fe son requisitos condicionantes de su valoración. Cuando se fuerza y provoca una conversación ya no es posible situarse en el mismo plano. El interlocutor grabado no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero”⁵⁶⁸.

5.3.9. Control de la medida

El TC ya venía manteniendo que el control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones⁵⁶⁹. Y añade este mismo Tribunal que “para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen períodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas”⁵⁷⁰.

567 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 114

568 STS 1066/2009 de 4 noviembre (FD 4º)

569 STC 9/2011 de 28 de febrero, FJ 3, y STC 165/2005 de 20 de junio, FJ 8.

570 STC 239/2006 de 17 julio (FJ 4)

Por eso, con la reforma, no sólo se impone al Juez de instrucción la obligación de examinar los presupuestos habilitantes para acordar las medidas de investigación, sino que también queda obligado al control de la ejecución de las medidas acordadas⁵⁷¹.

Además, teniendo en cuenta que la persona investigada o el tercero afectado por la investigación y, por tanto, por la grabación de sus comunicaciones orales, no conoce la ejecución de la medida, el control judicial se convierte en una garantía básica. De este modo, el TS declara la nulidad de la grabación de unas conversaciones llevada a cabo por un particular que actúa con medios técnicos e instrucciones que le facilita Guardia Civil, sin autorización ni control judicial. El TS considera que la información obtenida a través de estas grabaciones no puede ser avalada por la Sala ya que “ha de quedar fuera de toda duda que en aquellas ocasiones en la que el Estado se vale de un particular para sortear las limitaciones constitucionales al ejercicio del ius puniendi, la nulidad probatoria resultará obligada”⁵⁷².

La regulación del control judicial de la medida que estudiamos la encontramos con carácter general dentro de las “Disposiciones comunes” aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, en el art. 588 bis g) y, en referencia en concreto a la grabación de comunicaciones orales, en el art. 588 quater d). El primero de los preceptos citados dispone que la Policía Judicial ha de informar al Juez de Instrucción del desarrollo y resultados de la medida cuando, por cualquier causa se ponga fin a la misma, y en la forma y con la periodicidad que judicialmente se determine. Lo cual pone de manifiesto que el Juez de instrucción dispone de un amplio margen de arbitrio a la hora de decidir qué medidas de control va a imponer para llevar a cabo la ejecución de la medida de investigación.

Por su parte, el art. 588 quáter d) establece otros dos elementos de control:

1º) La Policía judicial ha de poner a disposición de la autoridad judicial “el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes”, debiendo ir acompañada de “una transcripción de las conversaciones” que se consideren de

571 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 352.

572 STS (Sala de lo Penal) nº 311/2018 de 27 de junio de 2018, FD 1.4 y 1.7.

interés. Los funcionarios no están autorizados a realizar copias y guardarlas⁵⁷³, pues han de entregar todos los soportes a la autoridad judicial.

De modo que como puede leerse en el precepto, los soportes utilizados para el almacenaje de las grabaciones e imágenes han de entregarse de forma íntegra y original. Si embargo “no puede equipararse control judicial con audición y visión íntegra de todas las grabaciones e imágenes, siendo suficiente para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial que los agentes informes al Juez de los resultados obtenidos de la intervención, aportándole los datos más relevantes mediante los oportunos informes junto con una transcripción parcial de los soportes que recojan los aspectos más trascendentes”⁵⁷⁴.

2º) El informe remitido al Juez ha de identificar a todos los agentes intervinientes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

De esta forma se facilita que quien haya intervenido en la investigación pueda llegar a ser citado al plenario, convirtiéndose la diligencia de investigación en verdadera prueba sometida a los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

Por tanto, el control judicial de la medida es “una actuación ineludible que se desarrolla no sólo a través de la preceptiva autorización judicial, sino que se mantiene de forma constante durante la ejecución de la medida y que continúan hasta su cese. Se constata, por consiguiente, un control judicial a través del cual el juez valora que efectivamente se cumplen las garantías necesarias para la adopción de la medida de investigación. Y asimismo un control paralelo al desarrollo de la actuación tendente a garantizar la correcta ejecución así como la autenticidad e integridad de la información obtenida”⁵⁷⁵.

De todas formas, el art. 588 quater d) ha de interpretarse como un precepto de mínimos, como señalan Marchena y González-Cuéllar. El juez de instrucción puede

573 R. CASANOVA MARTÍ, “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, cit. p. 7.

574 M. DÍAZ MARTÍNEZ, *op cit*, p. 107

575 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Ed. Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona 2017, p.105

añadir cualesquiera otras medidas de control que considere pertinentes en cada caso: “en la forma y con la periodicidad que éste [el Juez] determine” (art. 588 bis g) LECr)⁵⁷⁶.

Y es que debemos tener en cuenta que “la reforma legitima a la Policía Judicial para controlar la ejecución de la medida (art. 588 bis g) de la LECr.), poniendo a disposición del juez, con la periodicidad que éste determina y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones realizadas”⁵⁷⁷. Otro motivo más para exigir un adecuado y eficiente control judicial sobre la ejecución de la medida de investigación.

5.3.10. En el PLECr.

Encontramos algunas diferencias significativas con la regulación prevista en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que pasamos a comentar.

5.3.10.1. En cuanto al contenido de la resolución judicial

El Proyecto de LECr vemos que mientras que la forma y contenido de la petición que tiene que hacer el Ministerio Fiscal viene regulada de forma muy escueta, el contenido de la resolución judicial sí se detalla al máximo. El art. 388.1 del PLECr dice así:

“La resolución judicial por la que se acuerde la medida contendrá los siguientes particulares:

- a) Los indicios de los que se deriva la existencia de la infracción penal.
- b) La identificación de la persona investigada y, en todo caso, la designación de la persona o personas que vayan a encontrarse con ella y cuyas conversaciones hayan de ser captadas.
- c) Los motivos por los cuales la diligencia resulta imprescindible para el logro de los fines señalados en esta ley.
- d) En su caso, la vivienda, las habitaciones o los lugares que hayan de ser objeto de vigilancia.

576M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 353.

577 C. ZOCO ZABALA, *op cit*, p.181.

- e) Las condiciones en que la escucha y grabación de las conversaciones hayan de llevarse a cabo, incluida la autorización para la utilización de medios técnicos de captación de la imagen, así como los mecanismos de control que hayan de ser observados por el fiscal en la ejecución de la diligencia.
- f) El encuentro concreto al que se contraiga la ejecución de la medida, sin que pueda extenderse a otros posteriores salvo que se acuerde la ampliación conforme a lo previsto en el artículo 390.2 de esta ley.
- g) La concreta información que se trate de recabar a través de la medida y su relevancia para la investigación del hecho delictivo, la determinación de su autor o la averiguación de su paradero.
- h) La unidad de Policía Judicial que se hará cargo de la actuación investigadora”.

Además, dice el punto nº 2 de este mismo artículo que “la resolución judicial establecerá también las medidas que deban observarse para preservar la integridad y autenticidad de las grabaciones, a fin de hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial”.

Una primera cuestión que llama la atención es que el PLECr no le impone al Juez de Garantías un plazo para resolver sobre la petición. Por el contrario, el art. 588 bis c) de la actual LECr dice que “la resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas”.

El apartado 2 de lart. 588 bis c) también permite que el Juez requiera a quien haya solicitado la medida para que amplíe o aclare los términos de la solicitud. Sin embargo, en el PLECr nada se dice al respecto, pero deducimos que el Juez de Garantías puede hacerlo sin problema siempre que necesite una mayor información para fundamentar su resolución y, porque nada se lo impide, ni siquiera tiene plazo para resolver.

Por lo demás, los requisitos del apartado nº 1, son prácticamente coincidentes con los exigidos en el art. 588 bis c) de la LECr, establecidos con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica y 588 quáter c), dispuestos específicamente para la medida de intervención de las grabaciones orales.

5.3.10.2. En cuanto a la cláusula de urgencia

El PLECr no tiene prevista ninguna cláusula de urgencia o de suspensión de derechos que permita al Ministerio Fiscal intervenir este tipo de comunicaciones orales sin autorización judicial previa.

De hecho, el art. 389.1 del PLECr dice textualmente lo siguiente:

“Una vez acordada la intervención por el Juez de Garantías, los funcionarios de la Policía Judicial procederán a la escucha y grabación de las conversaciones y, si así se hubiese autorizado, a la captación de imágenes”.

Lo cual deja claro que sólo pueden intervenir las comunicaciones orales si hay autorización judicial previa, sin excepción alguna

5.3.10.3. En cuanto al control de la medida

El Proyecto dispone en su art. 347 entre sus disposiciones comunes aplicables a las medidas de investigación relativas a la interceptación de las telecomunicaciones de las conversaciones privadas que “el Fiscal informará al Juez de Garantías, en la forma y con la periodicidad que éste disponga, del desarrollo y los resultados de la medida y, en todo caso, cuando por cualquier causa se le ponga fin”.

Por tanto, hay una primera medida de control que parte de la resolución del Juez de Garantías.

Además, como ya hemos dicho, el art. 389.1 del PLECr dispone que una vez que se autorice la medida, serán los funcionarios de Policía judicial los que van a realizar las grabaciones y la captación de imágenes.

Estas grabaciones se van a poner a disposición del Ministerio Fiscal, en el plazo que éste indique. Por tanto, la Policía dará cuenta al Fiscal, no al Juez como ahora se dispone en el art. 588 quáter d).

Al Fiscal se le va a hacer entrega de las grabaciones originales de la totalidad de las conversaciones interceptadas y de las imágenes que se hayan captado, el cual podrá disponer la transcripción por escrito de las conversaciones captadas, aunque, en todo caso, deben conservarse los originales de las grabaciones.

Por último, estas grabaciones deberán ir acompañadas de la identificación de los agentes que hayan participado en la ejecución de esta diligencia, al igual que dispone el art. 588 quáter d) de la actual LECr. Lo cual tiene su lógica porque, por una parte, la resolución judicial tiene que identificar la unidad de Policía Judicial que se hará cargo de la actuación investigadora y, por otro lado, estos agentes posiblemente deban comparecer en el juicio oral para la ratificación de sus intervenciones e informes.

5.4. HALLAZGOS CASUALES

5.4.1. Definición

Hay determinadas ocasiones en las que los investigadores, cuando llevan a cabo actividades de investigación que pudieran afectar a un derecho fundamental, se encuentran con elementos o hechos que son indicios de la comisión de otro delito distinto del que se estaba investigando, y respecto del que, en principio, carecen de autorización judicial para continuar.

Esta cuestión está prevista en el art. 588 bis i) de la LECr que dice que “el uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis”.

En relación con la redacción del art. 579 bis de la LECr, dice Nadal Gomez que “el hallazgo casual supone aquí la aparición de un dato nuevo, o desconocido hasta ese momento, como consecuencia no ya de una acción casual o fortuita, sino de las actividades indagatorias desarrolladas en la investigación y sin que tales datos se enmarquen en la finalidad inicial de la misma”⁵⁷⁸. El hallazgo casual se concibe y define

578 I. NADAL GÓMEZ, “El régimen de los hallazgos casuales en la ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016.

pues, en sentido amplio “como aquel que tiene lugar dentro de un determinado marco de intervención habilitada para distinta finalidad”⁵⁷⁹. Nadal Gómez, sin embargo, considera “que se ha impuesto entre la doctrina una definición más estructura de los hallazgos casuales que los circunscribe al ámbito del desarrollo de diligencias de investigación que sean restrictivas de derechos fundamentales, ya que éstas se encuentran sujetas a un estricto régimen de autorización y control imprescindible para su legalidad”.⁵⁸⁰

Siguiendo esta misma línea, Álvarez de Neyra Kappler considera que por hallazgo casual ha de entenderse “la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados”⁵⁸¹

El TS⁵⁸² considera que el hallazgo casual es un “elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad”.

Por tanto, “para entender que nos encontramos ante un hallazgo casual se hace preciso que: a) esté en marcha una investigación en el marco de un proceso penal; b) aparezca un dato nuevo o desconocido hasta ese momento como consecuencia de las actividades indagatorias desarrolladas en la investigación, circunscrito al ámbito del desarrollo de diligencias de investigación que sean restrictivas de derechos fundamentales; c) los nuevos datos no se enmarquen en la finalidad inicial de la misma”⁵⁸³.

579 J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Cívitas, Madrid, 2001, p. 190

580 I. NADAL GÓMEZ, *op cit.*

581 S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2011.

582 STS 777/2012 de 17 octubre (FD 2º)

583 R. CASTILLEJO MANZANARES, “Hallazgos casuales y medidas tecnológicas de investigación”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 5, 2018 (Consejo General del Poder Judicial)

Son dos las cuestiones a plantear al respecto en relación con la regulación sobre los hallazgos casuales tal y como se regula en la LECr tras la reforma del año 2015. Por un lado, el análisis del régimen jurídico del descubrimiento o hallazgo casual. Y, por otro lado, la incorporación del material probatorio que se pueda llegar a obtener de una investigación de un hecho distinto del que se encuentra a un proceso determinado.

5.4.2. Régimen jurídico del descubrimiento o hallazgo casual, o cómo se ha de actuar ante el descubrimiento casual

Pue bien, en relación con las primera cuestión hemos de indicar que el TS⁵⁸⁴ ha declarado repetidamente que “el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. (...) Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos, de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados, con tal que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad, y justifique su necesidad y proporcionalidad”.

También nos venía diciendo el Alto Tribunal⁵⁸⁵ que “por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista”. Añadiendo que “la doctrina de esta Sala Casacional ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma”.

584 STS 777/2012 de 17 octubre (FD 2º)

585 STS 616/2012 de 10 julio (FD 2º)

En principio, podría parecer que el hallazgo casual se confronta con el principio de especialidad, el cual, tal y como hemos comentado más arriba, “impone la prohibición de intervenciones prospectivas, mediante las que los poderes públicos se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con el exclusivo objeto de indagar qué es lo que encuentran. El principio de especialidad exige que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas éste siempre relacionada con la investigación de un delito concreto cuyos elementos ya se dibujan, al menos, en el plano indiciario que permite el estado incipiente del proceso”⁵⁸⁶.

Sigue diciendo el TS en esta misma Sentencia del año 2017 en relación con el principio de especialidad, que éste obliga a que en la resolución que determine la adopción de la medida deba figurar “la identificación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a la evaluación de la concurrencia de la exigible proporcionalidad de la decisión y la evitación de "rastreos" indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento”.

Pero estos descubrimientos no pueden quedar impunes y deben ser investigados. Dice el TC⁵⁸⁷ que “la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996, fundamento jurídico 4.º). (...) Que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos. Los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim y ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del TS de 7 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 28 de abril de 1995 y 4 de octubre de 1996)”.

⁵⁸⁶ STS 71/2017 de 8 febrero (FD 2º)

⁵⁸⁷ Véase, por ejemplo, la Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera) 41/1998 de 24 febrero (FJ 22y 33)

Dice la STS 71/2017 que venimos comentando que el principio de especialidad justifica la intervención sólo del delito investigado “pero los hallazgos delictivos ocasionales son *notitia criminis*, sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito”, y añade que “en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque”.

Añade esta misma resolución que “por ello el principio de especialidad justifica la intervención sólo al delito investigado, pero especial mención merecen ya en la fase de ejecución de la medida interventora de las comunicaciones telefónicas, los llamados en la doctrina "descubrimientos ocasionales" o "casuales", relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen), bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o a terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido”.

En relación con la solución jurídica relativa a estos descubrimientos casuales, el TS ha dicho que ha de distinguirse⁵⁸⁸:

“1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto posteriormente de prueba.

2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "*notitia criminis*" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso”.

588 STS 71/2017 de 8 febrero (FD 2º)

Bueno de Mata considera que “una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que ese hecho constituya un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trata de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior (...)”. En el primer caso, este autor considera que el Juez debe dictar una resolución judicial ampliatoria en relación con la investigación que se está llevando a cabo y la ejecución de la medida de investigación en cuestión, y proseguir con la investigación en la misma causa; en el segundo caso, el Juez tiene que volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y competencia, para dictar una autorización judicial expresa que permita la continuación de la escucha e incoar la causa oportuna tras deducir testimonio correspondiente; “con lo que se iniciaría una investigación diferente, aunque con un punto de arranque común”⁵⁸⁹.

El art. 579 bis 3 de la LECr dispone que, para continuar con la investigación del delito casualmente descubierto y las medidas acordadas para ello, se “requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento”. Termina diciendo la norma que “asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”

Podemos ver que la reforma de 2015 incorpora una regla que coincide con el criterio jurisprudencial expuesto. “De lo que se trata, al fin y al cabo, es que esa mutación del objeto del proceso iniciado para la investigación de un hecho distinto o, en otro caso, el inicio de unas nuevas diligencias para el esclarecimiento de los hechos inesperadamente conocidos, ajuste también el nivel de sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones a los presupuestos constitucionales que le confieren legitimidad”⁵⁹⁰.

Es importante determinar el objeto del proceso, puesto que va a estar conectado con el objeto de la investigación. Nadal Gómez considera que “la determinación del

589 Vid. F. BUENO DE MATA, *op cit.*

590 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit.*, p. 259.

objeto nos interesará aquí en tanto que los hechos descubiertos puedan constituir un nuevo objeto y en cuanto tal pueda resultar competente un órgano judicial diferente del que conocía del objeto inicial”. Esta autora dice que “el objeto del proceso penal está formado por los hechos punibles que motivaron el inicio de dicho proceso, constituidos siempre por conductas humanas”. Son pues dos elementos los configuradores del proceso: el subjetivo y el objetivo. “La configuración sucesiva del proceso penal también afectará a este elemento subjetivo ya que, si bien el autor responsable de una conducta delictiva firma parte del objeto del proceso, sólo lo será de forma necesaria e inamovible a partir de un determinado momento procesal (...) pero que en ningún caso puede darse al inicio del mismo”. El elemento objetivo viene dado por los hechos que integran tal conducta”⁵⁹¹.

Sin embargo, el objeto del proceso penal no es estático, ya que puede variar a lo largo de las diferentes fases que lo componen. En este sentido, nos recuerda el TS que “el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias [de investigación]”⁵⁹². Siempre se verá afectado por la práctica de las diligencias de investigación y los descubrimientos producidos por éstas. Y es que “nuestro ordenamiento procesal penal configura las diligencias de investigación como instrumentos para el descubrimiento de la verdad de los hechos presuntamente delictivos y de sus autores”. En concreto, nos dice Nadal Gómez que “las diligencias de investigación se ordenan para la investigación de los hechos que constituyen la *notitia criminis* que ha originado el comienzo de ese proceso. A su vez, los descubrimientos producidos por dichas diligencias pueden contribuir a la modificación de los de su causa y origen, precisamente por la aparición de hechos nuevos que les afectan”⁵⁹³.

Durante la investigación penal llevada a cabo pueden descubrirse hechos que supongan la existencia de delitos homogéneos al inicialmente investigado, o heterogéneos al que se estaba investigando en un primer momento, dándose la posibilidad en esta segunda circunstancia de que se trate de delitos conexos o no al objeto de la investigación.

591 I. NADAL GÓMEZ, *op cit*

592 STS 412/2011 de 11 mayo (FD 6-B)

593 I. NADAL GÓMEZ, *op cit*.

El Tribunal Constitucional ha entendido que son delitos homogéneos aquellos “que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse”⁵⁹⁴, y que tengan la misma naturaleza de modo que el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo⁵⁹⁵.

Por su parte, el TS dice, en relación con los delitos homogéneos, que “lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos, fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena”⁵⁹⁶.

En estos supuestos, Nadal Gómez considera que realmente no estamos ante hechos nuevos y que, por tanto, no se da verdaderamente un supuesto de hallazgo casual, porque “lo hallado no supone una modificación sustancial respecto de lo buscado más allá de que en lugar de constituir un solo delito, se descubre que son varios”.

Sin embargo, creo que no debe perderse de vista nunca las garantías constitucionales de los derechos del investigado. La aplicación del principio de especialidad ha de mantenerse en la investigación de estos nuevos delitos hallados de forma casual e inesperada, independientemente de que se trate de delitos homogéneos o no. Lo que habría de llevarnos al dictado de una nueva resolución judicial que amparara la continuidad de la investigación en relación con esos nuevos hechos descubiertos. Ya hemos dicho más arriba que, producido el hallazgo casual, el juez ha de resolver de forma expresa la continuación con la investigación relacionada ahora también con este nuevo delito, salvaguardándose así los principios de especialidad, necesidad y proporcionalidad.

594 STC nº 35/2004 de 8 de marzo (FJ 6º), STC 4/2002 de 14 de enero (FJ 3º), STC 225/1997 de 15 de diciembre (FJ 3º), entre otras muchas.

595 Vid. STC 95/1995 de 19 de junio (FJ 3º)

596 STS 246/2011 de 14 abril (FD 1º)

5.4.3. Incorporación del material probatorio casualmente hallado a un procedimiento determinado: utilización de los descubrimientos casuales en otro proceso.

Esta cuestión ya había sido tratada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que dio lugar al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo de 2009. Se acordó lo siguiente:

“En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.

El contenido íntegro del acuerdo de 26 de mayo de 2009, según reiterada jurisprudencia⁵⁹⁷, ha sido aplicado, señalándose:

“a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias”.

597 Vid. STS 714/2016 de 26 septiembre (FD 5º)

La actual regulación del tratamiento de los hallazgos casuales a través de lo dispuesto en los arts. 588 bis i) y 579 bis de la LECr, sigue los criterios que venían aplicándose ya por la doctrina jurisprudencial del TS.

El art. 579 bis, en su primer apartado, dispone que “el resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal”. De esta forma, se sienta un principio general consistente en “la utilizabilidad de los contenidos obtenidos mientras estuvo en vigor la medida de injerencia inicialmente acordada”⁵⁹⁸, de modo que los contenidos o elementos probatorios descubiertos casualmente podrán ser utilizados en otro proceso judicial.

El siguiente apartado del art. 579 bis de la LECr dice que “a tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen”.

De lo que se trata es de comprobar y valorar la corrección del acuerdo judicial que motivó la intervención policial. Y como dicen Marchena y González-Cuellar, “el juicio sobre la legitimidad de la medida no se agota en la constatación de la existencia de una inicial resolución judicial habilitante y, en su caso, de los autos mediante los que se decide la prórroga de la interferencia ya acordada. Es preciso analizar —de ahí la necesidad de su remisión por testimonio— las solicitudes que han impulsado el acto jurisdiccional. Sólo así podrán valorarse las exigencias de los principios de necesidad, de excepcionalidad y proporcionalidad”⁵⁹⁹.

Lo importante, como puede deducirse del tenor del precepto citado, es que no quede ninguna duda sobre la validez de la prueba que pretende llevarse al otro proceso.

598 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p. 280
599 *Ibidem*, p. 281

Y una vez deducido el testimonio de los particulares necesarios llevados al otro proceso para se puedan servir como prueba, “corresponderá al imputado acreditar, en su caso, la ilicitud y falta de validez de las evidencias obtenidas en el otro procedimiento, conforme resulta de la aplicación del Acuerdo del TS de 26 de mayo de 2009”⁶⁰⁰.

El art. 579 bis 3 establece que “la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento (...)”.

Lógicamente, este precepto pide el dictado de una nueva resolución judicial “que deberá evaluar las circunstancias en las que se produjo el hallazgo casual y comprobar la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento”⁶⁰¹; y que habilite la continuación de la medida de investigación en cuestión, y que legitime la intromisión en el ámbito de privacidad del investigado, y de los posteriores descubrimientos.

Por otra parte, mientras el órgano judicial dicta esta nueva resolución judicial y toma la decisión sobre si extiende la investigación o no a ese nuevo objeto procesal, no significa que las grabaciones queden en suspenso o que, de aparecer nuevos datos, sean inutilizables. El TS considera que no es así, que “la decisión final del instructor habrá de ser adoptada en un plazo prudencial y permitirá no sólo la investigación de ese delito (hallazgo casual), sino además usar para acreditarlo los frutos de las grabaciones; también de aquéllas producidas en ese período intermedio además de las iniciales en las que aparecieron esos indicios de una nueva infracción”. Por eso añade el Alto Tribunal que “no han de apartarse absurdamente las conversaciones intermedias. Contaban con autorización judicial. Mucho menos podemos derivar de ahí la ilegalidad de las posteriores conversaciones producidas cuando ya se había oficializado la investigación por la nueva infracción incoándose un nuevo procedimiento ad hoc”. Y concluye el TS señalando que “en consecuencia, nada impide utilizar en la investigación de un nuevo delito los elementos indiciarios o probatorios obtenidos casualmente en una

600 M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p. 281

601 M. DÍAS MARTÍNEZ, *op cit*, p.109

investigación sobre otro delito distinto. En la actualidad esta posibilidad está contemplada legalmente en los artículos 588 bis i), en relación con el artículo 579 bis ambos de la LECr”.⁶⁰²

Por último, un problema que se plantea en este momento es el de determinar quién es “el juez competente” que haya de dictar una nueva resolución para continuar con la medida de investigación. Delgado Martín considera que de la redacción del precepto citado “cabe entender que el «juez competente» para decidir la continuación es quien ha dictado la resolución judicial autorizando la medida en ejecución de la cual se produce el hallazgo casual; independientemente de que este juez siga conociendo de los nuevos hechos en un nuevo proceso, o bien éste último sea conocido por otro Juzgado al que le ha correspondido por aplicación de las normas de competencia y reparto”. Y añade este mismo autor que “tras el hallazgo casual y la ulterior autorización judicial que lo ampare en los términos expuestos, lo actuado ha de ser remitido al Juzgado competente de conformidad con las normas de competencia territorial y de reparto que resulten de aplicación”⁶⁰³.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, podemos concluir de acuerdo con Santos Martínez que “el descubrimiento casual que no tuviera conexión⁶⁰⁴ con los hechos criminales que eran objeto de investigación, permite la incoación de un nuevo proceso y, a partir de la información así obtenida, se inicia una actividad de instrucción destinada a determinar la repercusión criminal de aquellos hechos, así como su autoría. Ahora bien, cuestión distinta es si la medida de investigación donde se ha producido el

602 Vid. STS 158/2019 de 26 de marzo (FD 1º)

603 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 379

604 La instrucción de los delitos conexos se regula en el art. 17 de la LECr. El nº 1 de este precepto, parte de la premisa de que “cada delito dará lugar a la formación de una única causa”. Y añade que “no obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”. El nº 2 del art. 17 dice que “a los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas. 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente. 6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. El nº 3 del art. 17 añade una última regla que dice que “los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”.

hallazgo casual puede continuarse o bien es preciso que se adopte una nueva medida tendente a investigar de forma exclusiva los hechos descubiertos. En ambos casos, no obstante, será necesaria resolución del juez competente”⁶⁰⁵.

6. DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA

6.1. DURACIÓN

Constituye una exigencia general derivada del principio de proporcionalidad que las medidas de investigación tecnológica del delito no puedan exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. De este modo, la resolución judicial que autoriza la ejecución de una medida restrictiva deberá precisar el tiempo concreto de duración de la diligencia⁶⁰⁶. Sin embargo, la utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de conversaciones orales directas no requiere fijación de un plazo temporal concreto, pero sí la determinación de los “encuentros concretos” (588 quater b) sobre los que va a recaer. Estamos hablando de la utilización de dispositivos para la grabación de comunicaciones orales determinadas y no para rastrear *sine die* las conversaciones mantenidas por los investigados⁶⁰⁷. Los encuentros concretos deberán de especificarse en la resolución judicial habilitante y será inconstitucional su instalación indiscriminada.

Para salvaguardar los principios constitucionales de intervención indiciaria y de proporcionalidad es preciso que la autorización judicial se limite a uno o varios encuentros concretos y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación, debiendo cesar la grabación cuando desaparezcan esas concretas razones que la motivaron⁶⁰⁸.

Se trata de reforzar la idea de que la autorización de las medidas del capítulo VI sólo adquiere significado cuando se relaciona con encuentros previsibles. No es una medida sostenida en el tiempo.⁶⁰⁹ No se puede aspirar a grabar indiscriminadamente

605 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op citi*, p.110.

606 Cfr. I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley”, *cit.*, p. 110.

607 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional de seguimiento directo de personas*, *cit.*, p. 45.

608 R. MARTÍN MORALES, *ibidem*, p. 43.

609 La LECr, en el art. 588 quater a) 1, dice en efecto que la medida ha de estar vinculada a “comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos”. En el art. 588 quater c) se

conversaciones con la expectativa de que alguna de ellas podrá ofrecer información de interés⁶¹⁰.

Aunque en el capítulo VI la norma nos hable de “encuentros concretos”, sin necesidad de especificar plazo alguno, recordemos que existe una garantía adicional en el art. 588 bis e), según la cual las medidas “no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”. Este precepto busca un equilibrio entre la necesidad de utilizar la medida y la importancia de definir unos límites cronológicos que no prolonguen de manera innecesaria la restricción de derechos.⁶¹¹

En la Exposición de motivos de la Ley 13/2015 se afirma que “no caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberá desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del art. 588 quater c)”⁶¹². Esto hace pensar que la medida sí podría adoptarse dentro de un determinado plazo temporal, aunque sólo para la captación de determinadas conversaciones concretas, que serían las únicas que podrían grabarse en ese tiempo, de modo que una vez grabadas finalizaría la ejecución de la medida, tal y como se entiende desde la Exposición de Motivos.

Delgado Martín parece decantarse por esta posibilidad. De hecho, considera que “en la aplicación práctica de esta medida cabe distinguir dos momentos: por un lado, la instalación del mecanismo de grabación del sonido; y por otra parte, la explotación del mecanismo mediante su encendido. Y ello por cuanto se puede proceder a instalarlo sin que el mismo sea puesto en funcionamiento para la captación y/o transmisión del sonido”⁶¹³.

dispone que la autorización judicial ha de hacer una mención concreta a “los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia” y, en el art. 588 quater e), se afirma que la grabación que pueda hacerse en otros encuentros exigirá una nueva autorización.

610 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 354.

611 R. CASANOVA MARTÍ, “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *cit.*, p. 6

612 Apartado IV de la exposición de motivos de la LO 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, p. 90197 del BOE nº 239, de 6 de octubre de 2015.

613 J. DELGADO MARTÍN, *op cit.*, p. 490

Claro que esa medida debe acordarse haciendo referencia a esta posibilidad, teniéndose en cuenta esta circunstancia a la hora de fijar las condiciones de la autorización y control judicial de la medida en estos términos.

Añade este autor que “en cuanto a la explotación de la medida, resulta conveniente que quede constancia electrónica del encendido/apagado del sistema, levantando el acta correspondiente. Se trata de un medio adecuado para «acotar» el encuentro o encuentros en concreto en el conjunto de la medida autorizada como acto de investigación tecnológica, resultando necesario establecer una vía ágil de comunicación con el Juez que controla la medida a efectos del otorgamiento de las sucesivas autorizaciones judiciales, en el marco de la medida principal autorizada”⁶¹⁴.

Nótese pues que este autor se muestra conforme con que los sistemas de grabación se queden instalados, aunque su activación tenga lugar cuando corresponda según la autorización judicial. Y añade que debe quedar constancia del encendido y apagado del dispositivo, lo cual es una garantía necesaria en la ejecución de esta medida.

Sin embargo, parece que considera que cada vez que sea necesario activar el dispositivo el Juez debe autorizarlo, lo cual es lógico si se trata de medidas ejecutadas en momentos distintos.

Podríamos estar ante dos hipótesis de trabajo. Una autorización para grabar determinados encuentros para los que se instalara el dispositivo de grabación el cual se activará cuando tengan lugar cada uno de los encuentros autorizados. Y otra segunda hipótesis que supone dejar los aparatos de grabación instalados, aunque la medida de intervención ya esté finalizada. En este segundo caso, para volver a grabar habría que solicitar una nueva autorización judicial. Esto puede ser válido para grabaciones en determinados lugares tales como centros penitenciarios o calabozos policiales en donde pueden encontrarse instalados de forma permanente aparatos de grabación. Pero en otros lugares tales como domicilios privados o establecimientos mercantiles, por poner sólo dos ejemplos, creo que los aparatos de grabación deben de retirarse cada vez que la medida finalice.

614 J. DELGADO MARTÍN, *op cit*, p. 491

En definitiva, es posible la instalación de dispositivos de grabación permanentes que se activen para “encuentros concretos”, pero no de dispositivos de captación del sonido, y mucho menos de imagen, permanentemente activados.

Sin embargo el TC en su Sentencia de 10 de mayo de 2021⁶¹⁵ matiza esta idea. Dice que “teniendo en cuenta la permanente referencia en el articulado a los «encuentros» objeto de intervención, resulta razonable la interpretación según la cual el deber de desconexión no se refiere a cada uno de los encuentros objeto de la medida sino al conjunto de ellos, cuya previsibilidad ha sido apuntada indiciariamente. En otras palabras, la obligación de desactivar los dispositivos de escucha no será exigible al terminar cada conversación sino al finalizar la serie de encuentros a los que se dirigía la medida de investigación”.

Como vemos, el TC considera que la conversación que puede ser objeto de intervención y a la le que refieren los arts 588 quater b) y c), puede estar compuesta por uno o por varios encuentros. Y que cuando finalice el último encuentro, termina la conversación. Por tanto, que esta comunicación puede tener lugar en uno o en varios encuentros lo que conlleva a que no sea necesario desconectar el aparato de grabación entre cada uno de los encuentros concretos.

Lo que se está autorizando es la grabación de determinados encuentros, aunque éstos tengan lugar en un determinado periodo de tiempo, sin que sea preciso estar pidiendo autorización para cada encuentro.

El plazo, por tanto, sólo se entiende y justifica como garantía referida al anticipado conocimiento de un contacto preciso, predecible y de cuya existencia próxima puedan aportarse relevantes indicios⁶¹⁶. De todas formas -recordemos- la medida sólo ha de durar el tiempo estrictamente indispensable, pues de lo contrario, sería desproporcionada e ilegal⁶¹⁷.

615 STC 99/2021, de 10 de mayo (FJ 6º)

616 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 355.

617 R. CASANOVA MARTÍ, “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *cit.*, p. 7.

Piénsese, por ejemplo, que se hubiera descubierto que se van a producir varios encuentros en un determinado lugar, cuya grabación puede ser de interés para la causa. En este caso, aparte del requisito del encuentro concreto, regiría también el plazo temporal de un mes fijado el art. art. 588 bis e) de la LECr. como una garantía adicional más.

Por eso, Richard González considera que, “aunque el art. 588 quater a) de la LECr. no prevé expresamente un plazo determinado para la ejecución de la medida de captación y grabación de sonido y/o imagen en domicilio o lugar cerrado, el Juez lo deberá fijar en el auto que la autoriza de conformidad con el art. 588 bis j) citado y también conforme con el art. 588 bis c) LECr, en sede de disposiciones comunes, que establece que el auto en el que se autorice la medida de investigación se fijará su duración”⁶¹⁸.

Debemos significar también, que este mismo precepto dice que el plazo de intervención “se computará desde la fecha de autorización judicial”.

De todas formas, lo cierto es que en el art. 588 quater b) no se fija un plazo de duración de la medida de investigación consistente en el uso de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales y, en su caso, para la obtención de imágenes. Sin embargo, dice la STS 718/2020⁶¹⁹ que lo que se fija es una pauta inderogable para definir los límites temporales a la autorización cual es que “la utilización de estos dispositivos ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”.

En esta Sentencia que citamos, considera el Alto Tribunal que “la falta de fijación de un plazo acotado de duración de la medida no puede ser interpretada como una invitación a decisiones jurisdiccionales con términos temporales abiertos y susceptibles de sucesivas prórrogas. En la determinación de su plazo de vigencia no cabe una integración analógica con lo dispuesto para otras diligencias invasivas del derecho de intimidad, respecto de las cuales el legislador sí ha considerado conveniente

⁶¹⁸ M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p. 275

⁶¹⁹ STS 718/2020, 28 de diciembre (FD 2.1.3.)

la fijación de un límite temporal expreso. Para la legitimidad de una diligencia de investigación de tanta incidencia en el espacio ciudadano de exclusión de terceros, es indispensable que la resolución habilitante no pierda de vista el significado constitucional de la medida que autoriza el art. 588 quater a) de la LECrim, que no es otro que permitir la grabación de conversaciones -excepcionalmente, con inclusión de imágenes- que sea previsible van a producirse en un encuentro concreto entre los investigados. La capacidad del Estado para adentrarse en el domicilio de cualquier ciudadano -por más que se trate del sospechoso de una infracción penal- no puede aspirar a prolongarse en el tiempo”. Por eso, considera el TS en esta resolución que citamos que “la utilización de dispositivos de grabación y escucha en el domicilio del investigado ha de ser concebida como un acto procesal de máxima injerencia -y, por tanto, de mínima duración- en la inviolabilidad del domicilio y, con carácter general, de la privacidad. El art. 588 quater a) de la LECrim no autoriza a los Jueces de instrucción a alzar la protección constitucional de esos derechos durante un plazo, más o menos abierto, con la esperanza de que algo podrá oírse durante el tiempo de vigencia de la medida. La solicitud de los agentes de policía sólo puede ser aceptada cuando contiene y describe, con el grado de precisión que permita el estado de la investigación, uno o varios encuentros de los investigados entre sí o con terceras personas que puedan resultar determinantes para el esclarecimiento del hecho. Sólo así podrá razonarse la proporcionalidad, la necesidad y la excepcionalidad de la medida”.

No obstante, termina diciendo el TS en esta resolución de 28 de diciembre de 2020 que venimos comentando que lógicamente hay ocasiones en las que no se puede descartar situaciones en las que la previsibilidad de ese encuentro no pueda fijarse con la exactitud deseada. Por tanto, en esos casos -sólo en esos- dice que “será posible la fijación de un breve período de tiempo en el que el encuentro pueda llegar a tener lugar (...). Y, por supuesto, la resolución judicial que acuerda la medida no es prorrogable, con carácter general, por períodos iguales. Será indispensable justificar la noticia de un nuevo encuentro o de una fecha más segura para legitimar la intromisión. Así se desprende del art. 588 quater d) de la LECrim”.

En este sentido y en línea con el criterio de esta reciente sentencia, concluye Rodríguez Laínz que “sería factible dissociar el momento de la instalación del dispositivo, que sí podría estar sometido a plazos de autorización, con los momentos de

su efectiva activación; especialmente cuando hay constancia de que estas reuniones podrían tener lugar en este concreto espacio de tiempo, pero no hay un conocimiento más preciso de en qué momento concreto habrían de tener lugar”⁶²⁰.

Por último, hemos de señalar que según la STC 99/2021⁶²¹, “la posibilidad de delimitar la medida mediante la fijación de un plazo, que debe considerarse excepcional y no general, estará condicionada por los indicios sobre la previsibilidad del encuentro o encuentros concretos, a los que está vinculado”. Agrega en esta misma resolución que “sólo cuando indiciariamente no sea posible prever con exactitud el momento en que tendrán lugar tales encuentros podrá delimitarse el alcance de la intervención mediante la fijación de un plazo”, añadiendo que “en todo caso, como consecuencia del estándar mínimo de garantía señalado en el art. 588 ter g LECrim, el máximo de duración de la intervención será el establecido en dicho precepto para la intervención de las comunicaciones telefónicas”. Y termina diciendo que “el cumplimiento de estas exigencias determina que la intervención de las comunicaciones orales no pueda ser calificada de “general o indiscriminada”.

6.2. PRÓRROGA

Es cierto que el art. 588 bis f) de la LECr regula la posibilidad de solicitar una prórroga en la ejecución de las medidas de investigación tecnológica.

Sin embargo, ya hemos comentado más arriba que el art. 588 quater b) de la LECr insiste en que la utilización de los dispositivos de grabación de comunicaciones orales tiene que estar “vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas”.

Por tanto, entendemos que no procede la prórroga de la medida de investigación que estudiamos, ya que la misma se agota una vez que ha tenido lugar los encuentros en cuestión y para el que se autorizó la intervención. No se puede prorrogar la ejecución de una medida que se agota en sí misma una vez ejecutada, es decir, una vez que tiene

620 J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, “Dimensión témporoespacial de la grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 9825, 8 de abril de 2021.

621 STC 99/2021, de 10 de mayo (FJ 6º)

lugar el encuentro para el que autorizó la sonorización. Si no ha sido suficiente la grabación por los motivos que sean (supongamos, por ejemplo, que los investigados finalizan su reunión antes de tiempo y acuerdan continuarla en otro momento), será preciso volver a pedir otra autorización judicial para volver a activar o a instalar los dispositivos de grabación.

En relación con esta cuestión, el TS⁶²² que recuerda que el art. 588 quáter e) dispone que “cesada por alguna de las causas previstas en el art. 588 bis j)⁶²³, la grabación de las conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes en tales momentos exigirán una nueva autorización judicial”. Añadiendo a continuación que con esta norma “el legislador quiere destacar el mandato de renovación de la autorización judicial, siempre que resulte necesaria una nueva grabación del sonido o la imagen. Se trata, por tanto, de subrayar que, al amparo del art. 588 quáter a) no tienen cabida resoluciones abiertas, sin otra referencia limitadora que el paso del tiempo. No obstante, resulta evidente que el juez de instrucción, que ha sido informado acerca de la previsible realidad de unos encuentros de los que se va a desprender información de interés para los investigadores, puede fijar un plazo máximo de vigencia de la medida. Pero este plazo solo se extiende y justifica como garantía añadida al anticipado conocimiento de un contacto preciso, previsible y de cuya existencia próxima pueden aportarse relevantes indicios”.

6.3. CESE DE LA MEDIDA

En cuanto al momento en que debe producirse el cese de la medida, y como acabamos de decir, el art. 588 quater e) dispone que una vez que finaliza la medida por alguna de las causas que están previstas en el art. 588 bis j), “la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos, exigirá una nueva autorización judicial”.

622 STS 655/2020, de 3 de diciembre (FD 5.4.)

623 El art. 588 bis j) de la LECr dice que “el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada”.

Este dato pone de manifiesto el carácter limitado de la medida como una garantía más, evitándose de este modo que pueda utilizarse con vocación de continuidad.

Las causas de cese a las que se refiere el art. 588 bis j) son las siguientes: a) cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción; b) cuando resulte evidente que a través de dicha medida no se están obteniendo los resultados pretendidos y, en todo caso, c) cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada⁶²⁴.

Santos Martínez considera que las causas previstas en este último precepto “pueden no ajustarse a las particularidades de esta medida, por lo que es necesario realizar una adaptación. Y así, la medida cesará en los siguientes casos: a) cuando no hubiera tenido lugar el encuentro para que se acordó la autorización; b) cuando celebrado el encuentro la conversación careciera de interés para la investigación; o c) naturalmente, cuando se hubiera practicado la misma”⁶²⁵.

De todas formas, hay que tener en cuenta que la medida de investigación objeto de nuestro estudio se agota en sí misma una vez ejecutada ya que lo que se autoriza es uno o varios encuentros concretos y debidamente definidos.

Por tanto, consideramos que, entre grabación y grabación, es posible dejar instalado, aunque desactivado, el sistema de grabación, para luego activarlo para los encuentros expresamente autorizados, todo ello sujeto lógicamente a un plazo máximo de intervención.

6.4. PIEZA SEPARADA Y SECRETA

La LECr, tras su reforma de 2015, dispone en relación con la ejecución de las medidas de investigación tecnológica que éstas han de llevarse a cabo en secreto. El art. 588 bis d) de la LECr dice que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la

⁶²⁴ Richard González considera que debería de concretarse de forma expresa un plazo de duración de la medida de investigación objeto de nuestro estudio. Vid. M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, cit, p. 225

⁶²⁵ A. M. SANTOS MARTÍNEZ, op cit, p.204

medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

Como vemos es la propia ley la que impone el secreto de las actuaciones disponiendo que se sustancien en una pieza separada y secreta sin necesidad de declaración expresa, y sin que esta declaración de secreto afecte al resto de la causa y de las actuaciones que se lleven o estén llevando a cabo.

Esta medida tiene su lógica ya que el éxito de la intervención está en el desconocimiento de las personas afectadas de ahí que el secreto de la causa incida de forma notable a la eficacia de la medida de investigación.

Ahora bien, “la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación, que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles”⁶²⁶.

El secreto de actuaciones dispuesto para el caso de las medidas de investigación tecnológica difiere del régimen general regulado en el art. 302 de la LECr.

Este precepto dispone que podrá declararse el secreto de las actuaciones siempre y cuando concurren determinadas condiciones y así se motive debidamente. El art. 302 dice que, “(...) si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: “a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o “b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso”.

Sin embargo, en el caso del art. 588 bis d) de la LECr el secreto de la pieza viene dado ex lege, “el juez no tiene que razonar su decisión. Es más, ni siquiera debe hacer

626 STC 18/1999 de 22 febrero (FJ 4)

mención alguna en el auto que resuelve la solicitud de la medida, pues la presentación de la petición comporta la declaración del secreto”⁶²⁷.

Y una vez “que cesa la última medida para el conjunto de todos los injeridos (...), se alza el secreto decretado por obra de la ley, y se notifica a los afectados, que tienen un breve plazo para recurrirlo -tres/cinco días- y forma -reforma/apelación-, aunque también pueden reproducir la tacha de nulidad en las cuestiones previas al inicio del juicio oral (art. 789.2 de la LECr)”⁶²⁸.

De acuerdo con el TC, “conviene recordar que cuando el Juez de instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECrim, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto”⁶²⁹.

A lo dicho, también añade el TC que “las suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal (...), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (...); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (...), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada”⁶³⁰.

Aunque es cierto que, en el caso de las medidas de investigación tecnológica, el secreto de la intervención viene declarado ex lege, también es cierto que, a la vista de la doctrina del TC citada, podemos concluir que estamos ante un dato o elemento más que

627 Vid. A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.95

628 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, *cit*, p. 74

629 STC 100/2002 de 6 mayo (FJ 4º)

630 STC 174/2001 de 26 julio (FJ 3º)

obliga a considerar la duración de la medida de investigación durante el menor tiempo posible. De esta forma se puede evitar que las partes queden excluidas del conocimiento de lo actuado, y que el secreto de las actuaciones no afecte al derecho a la defensa.

Por último, debemos preguntarnos si el secreto en cuanto a la ejecución de la medida alcanza o afecta también al proponente de la misma. Nos estamos refiriendo en concreto a las partes personas distintas del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial. Ya hemos comentado más arriba que la proposición de esta medida en principio sólo está prevista para que pueda pedirse por el Ministerio Fiscal o por la Policía judicial, sin perjuicio de que el Juez de instrucción la pueda acordar de oficio. Sin embargo, también decíamos que las partes personadas, acusación particular o popular, la Abogacía del Estado, letrados de la Seguridad Social o de entidades locales (que también quedan fuera del parámetro de la LECr) o, incluso alguna de las defensas, podrían proponer la medida como diligencia de investigación al amparo del art. 311 de la LECr.

Rodríguez Lainz considera que el art. 588 bis d) de la LECr no debería interpretarse “como un cierre absoluto a todas las partes sobre cualquier noticia que pudiera atañer a la petición y decisión judicial adoptada”. Naturalmente, dice este autor que el Juez puede tomar la decisión de apartar de la pieza separada a la acusación particular o popular por cualquier razón legítima. Pero no considera que “haya que dejar a la acusación que insta la medida en la más absoluta incertidumbre, auténtico limbo jurídico, sobre si se ha aceptado o no la práctica de la diligencia solicitada. Es una opacidad procesal que incluso podría suponer una auténtica situación de indefensión para la parte”. Considera que no debe sostenerse “que la parte proponente haya de ser apartada de cualquier decisión que tome el Juez instructor hasta que se produzca el aplazamiento del secreto de la medida. Debe relacionarse el mandato del art. 588 bis d) con la norma general sobre declaración de secreto de las actuaciones a que se refiere el art. 302, párrafo segundo”⁶³¹.

6.5. ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES

Sin embargo, en relación con el acceso de las partes a las grabaciones que hayan tenido lugar, la LECr, en la regulación que hace sobre las medidas de investigación

631 J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, “Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del estado de 6 e marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica”, *cit.*

tecnológica no tiene ninguna norma aplicable con carácter general a todas estas medidas. Tan sólo hay una regulación expresa para las grabaciones telefónicas y telemáticas en el art. 588 ter i).

Este precepto dice en su apartado 1 que “alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas”⁶³².

Claro que debe insistirse en que esta norma está pensada sólo para las grabaciones telefónicas y telemáticas. La medida de investigación objeto de nuestro estudio no cuenta con una norma de carácter similar lo que nos lleva a plantear la posible aplicación analógica. Dice la FGE que “no obstante el silencio de la Ley en este punto, parece oportuna la aplicación analógica del art. 588 ter i) a los supuestos de captación y grabación de comunicaciones orales, no sólo por concurrir plenamente el presupuesto de la analogía que describe el art. 4.1 del CC, sino porque, incluso, las soluciones que aporta el art. 588 ter i) encuentran fundamento en otros preceptos del ordenamiento jurídico”⁶³³.

Por tanto, dejando aparte la aplicación analógica propuesta por la FGE, en relación con esta cuestión tenemos que acudir a los arts. 118 y 302 de la LECr, ya que en el apartado donde se regulan las medidas de investigación tecnológica no hay ninguna previsión al respecto salvo en el caso de la regulación específica de las

⁶³²El contenido completo del art. 588 ter i) de la LECr, sobre acceso de las partes a las grabaciones, dice así:

“1. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

“2. Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

“3. Se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia”.

⁶³³ Fiscalía General del Estado. Circular 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (epígrafe 8)

grabaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el art. 588 ter i) de la LECr.

El art. 118.1b) de la LECr reconoce al investigado el “derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración”. Y el art. 302, tal y como ya hemos visto, prevé con carácter general el derecho de las partes personadas a tomar conocimiento de las actuaciones.

Dice el TS que una vez que se ordena el cese de la medida, “deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo (...), para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle.”⁶³⁴

Y añade que “sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue (Ver Sentencia del TEDH de 6-9-1978, Caso Klass), aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación, porque en un proceso penal nada puede permanecer en secreto cuando llega el momento esencial del enjuiciamiento en el correspondiente juicio oral al que, además, nada llega probado. No hay razones para considerar que en el caso enjuiciado fuera necesario.

Esto último de acuerdo con el TEDH, que añade que “si no se le informa de las medidas tomadas sin su conocimiento, el interesado no puede, en principio, impugnar retroactivamente la legalidad de la actuación”; y que “el interesado debe ser informado tras el cese de las medidas de vigilancia siempre que la notificación pueda hacerse sin comprometer la finalidad de la restricción”, refiriéndose en este caso el Tribunal al conjunto de las medidas de intervención de las comunicaciones que se pudieran haber llevado a cabo, con el fin de que esta información prematura al investigado no ponga en peligro la investigación⁶³⁵.

6.6. DESTRUCCIÓN DE LAS GRABACIONES

⁶³⁴ ATS de 18 junio 1992 (FD 11º)

⁶³⁵ STEDH de 6 de septiembre de 1978, Caso contra Caso Klass y otros contra Alemania (Párr. 57 y 58)

Ya venía poniendo de manifiesto el TS la necesidad de destruir los registros obtenidos de la intervención de las comunicaciones. Aunque se refería a las grabaciones de comunicaciones telefónicas, sus argumentos son perfectamente aplicables al caso que nos ocupa.

Decía el TS que “si no se adoptan las necesarias cautelas, podría resultar posible el almacenamiento de una cantidad ingente de datos relativos a la actividad de numerosas personas, implicadas o no en hechos delictivos, que quedarían fuera del control directo y exclusivo de la autoridad judicial (...). Es por ello que los Tribunales, de oficio, en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las copias entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido”⁶³⁶.

Marchena y González-Cuéllar consideran que “la ilimitada conservación de los contenidos del proceso de comunicación que han sido interceptados por orden judicial, podría añadir un menoscabo sobrevenido al titular del derecho que ha sufrido la restricción de su ejercicio. La posibilidad de una filtración que provoque la divulgación de conversaciones o mensajes obtenidos durante la investigación o, en fin, el riesgo de una reutilización de esos mensajes con fines distintos a los que legitiman el proceso penal, imponen la necesidad de destrucción”⁶³⁷.

Por su parte, Velasco afirma que “la información obtenida con la medida tecnológica (...) está legalmente permitida, como defensa social, en tanto sirva para probar, pero no debe erigirse en una sanción en sí misma a perpetuidad que lacere ad eternum la estima del investigado”. Por eso considera este autor que, “en consecuencia, para proteger los datos personales negativos que instrumentalmente conlleva toda medida, se debe legalmente hacer desaparecer su resultado, mediante su borrado y

⁶³⁶ STS 293/2011 de 14 abril (FD 12º)

⁶³⁷ M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p.281

eliminación de los sistemas electrónico/informáticos originales que la conserven y se han usado para ejecutarla (...)”⁶³⁸.

El apartado 1 del art. 588 bis k) de la LECr dice que “una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Se conservará una copia bajo custodia del secretario judicial”.

Se distinguen dos tipos de documentos, los registros originales en poder de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que han sido las responsables de la ejecución material de la medida, y las copias entregadas al Juzgado custodiadas por el Letrado de la Administración de Justicia.

“Los registros orinales contenidos en los sistemas electrónicos e informáticos usados durante la práctica de la medida de ejecución, al ser fuente de prueba, deben ser conservados durante la sustanciación del proceso. Además de las diligencias o pruebas que con ellos pueda obtenerse, también es posible que las partes puedan realizar periciales técnicas sobre la base de los registros originales”⁶³⁹.

Los registros originales deberán ser “destruidos una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme”. La FGE considera que “será, por lo tanto, en los casos en los que se haya dictado sentencia y ésta haya ganado firmeza o cuando se haya terminado el procedimiento mediante auto de sobreseimiento libre que también haya quedado libre”⁶⁴⁰. Velasco considera que “la firmeza que aquí se exige debe entenderse sobre la fase declarativa del delito y no sobre su fase de ejecución (...)”⁶⁴¹.

“El precepto quiere que la resolución que ponga término al procedimiento imponga, entre otros efectos, la destrucción de los registros originales que obran en

638 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 78.

639 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.114.

640 Fiscalía General del Estado. Circular 1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (epígrafe 2.9).

641 E. VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, cit, p. 78

poder de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se trata, pues, de eliminar toda tentación gubernativa de uso sobrevenido de una información con tanta incidencia en el ámbito de la privacidad de los que han sufrido la medida de interceptación”⁶⁴².

En segundo lugar, el art. 588 bis k), en su apartado 2 dice que “se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal”.

En este caso el supuesto contempla varias opciones no exentas de duda interpretativa.

En primer lugar, dice que “se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado”. Esta primera opción no tiene problema alguno en cuanto a su interpretación. Trascurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado, se dispondrá la destrucción de los registros.

Sin embargo, en problema puede venir determinado por el plazo de cinco años en relación con los siguientes supuestos contemplados en la norma:

- “cuando el delito o la pena hayan prescrito o
- se haya decretado el sobreseimiento libre o
- haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado”.

En estos casos, ¿es preciso esperar también el transcurso del plazo de cinco años? O ¿este plazo de cinco años es sólo para aquellos casos en los que hubiera habido sentencia condenatoria?

Santos Martínez considera que “es posible afirmar que con respecto a la prescripción del delito o de la pena una espera de cinco años no parece tener demasiado sentido, máxime cuando en general los plazos de prescripción superan incluso el lustro”.

⁶⁴² M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op cit*, p.284

Y añade que “la firmeza de la sentencia absolutoria es argumento suficiente para considerar innecesario conservar durante cinco años la copia de los registros originales toda vez que frente a aquélla es difícil acudir a mecanismos extraordinarios de revisión (...) por lo que sería difícil hallar un argumento que justifique mantener custodiada la copia durante dicho período”⁶⁴³.

De todas formas, termina diciendo este apartado del precepto citado que los registros podrán conservarse más allá de los cinco años “siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal”.

Por último, el número 3 del art. 588 bis k), dispone que “los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados”. No siendo precisa la presencia de las partes en el acto de la destrucción, sin perjuicio del derecho de cualquier interesado directo a ser testigo de su destrucción si ello le atañe directa y personalmente.

Hay que tener en cuenta que la LECr se refiere solamente a las copias que obran en poder del Juzgado, bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia (antiguo Secretario Judicial). Porque lo cierto es que con toda seguridad existirán copias de estos registros fuera del Juzgado, principalmente en poder de la Fiscalía y de cualquiera de las partes personadas.

Se trata de una cuestión que no es baladí, sobre todo porque, como hemos dicho antes, la existencia de estas grabaciones puede dar lugar a filtraciones que provoquen la divulgación de las conversaciones, o su reutilización con fines distintos para los que fueron autorizados. Por ello, debería resolverse por el Juzgado de forma expresa y motivada disponiendo la destrucción de dichos registros que se encuentren en poder de las partes personadas o de la Fiscalía.

6.7. PLECR: DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA. ACCESO DE LAS PARTES A LAS GRABACIONES Y SU DESTRUCCIÓN

643 A. M. SANTOS MARTÍNEZ, *op cit*, p.114

6.7.1. Duración, prórroga y cese de la intervención

Duración.

En el Proyecto de LECr, el art. 348.1 dispone que las medidas consistentes en la interceptación de las telecomunicaciones y de conversaciones privadas “tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para esclarecimiento de los hechos”.

A lo cual añade el apartado 4 de este mismo precepto que “la vigilancia acústica de las conversaciones y la grabación del sonido, complementada, en su caso, con la obtención de imágenes, se limitará al encuentro concreto para el que se concedió la autorización, sin perjuicio de su ampliación a otros posteriores, cada uno de los cuales deberá ser objeto de la correspondiente autorización judicial”.

A lo dicho, añade el art. 390 que “la escucha y grabación de las conversaciones privadas deberán ser dejadas sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción o se produzca el encuentro concreto para cuya grabación se autorizó”.

Vemos pues que se mantiene el mismo espíritu en cuanto a la intervención de encuentros concretos que tiene la actual LECr.

Prórroga.

El Anteproyecto de LECr prevé la ampliación de la medida de intervención para la grabación de conversaciones que tengan lugar en otros encuentros en su art. 390.2.

Dispone que si es preciso ampliar la escucha y grabación para otros encuentros sucesivos “habrá de ser objeto, cada uno de ellos, de una nueva autorización, que solo se podrá acordar cuando se den los mismos requisitos que motivaron su adopción”.

Por tanto, vemos que la línea que sigue la nueva norma, aún en proyecto, es la misma que tiene la actual LECr y la interpretación y aplicación de la misma que actualmente hace de ella el TS.

Cese.

El cese de la medida de intervención para la grabación de conversaciones que tengan lugar en otros encuentros se regula en el arts. 348 y 390.1 del PLECr.

Dice este precepto que “la escucha y grabación de las conversaciones privadas deberán ser dejadas sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción o se produzca el encuentro concreto para cuya grabación se autorizó”.

Como vemos, la idea que subyace en el proyecto es la misma que la que se establece en la actual regulación por parte de la LECr vigente. Una vez que tenga lugar el encuentro concreto y determinado, la medida de investigación ya se ha ejecutado. Por tanto, si hace falta volver a grabar cualquier otro encuentro, será precisa una nueva autorización judicial para ello. También lo establece así el art. 588 quáter e).

Cuando se ponga fin a la medida, el Fiscal tiene que comunicarlo al Juez de Garantías, según dispone el art. 391.1 del PLECr. Lo que no aclara este precepto es si basta sólo una comunicación informando del cese, o también hay que darle traslado del contenido de las grabaciones interceptadas.

El art. 391.2 del PLECr añade que una vez que se de por concluida la diligencia de investigación y se alce el secreto, la resolución se ha de notificar a la persona investigada y aquellas otras personas cuya intimidad se pudiera haber visto seriamente afectada por la medida.

Para terminar, el art. 393 del PLECr regula la utilización posterior de las grabaciones en los mismos términos que el art 367 prevé para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, que ya hemos comentado.

6.7.2. Declaración de secreto

En relación con esta cuestión, el art. 347.1 del PLECr dice que “la intervención de las comunicaciones y de las conversaciones privadas se tramitará siempre en pieza separada y en régimen de secreto”. Y el art. 387.2 del PLECr añade que “al formular la solicitud, el fiscal decretará el secreto total o parcial de las actuaciones y dispondrá la formación de la correspondiente pieza separada”.

La LECr actualmente vigente, dispone en el art. 588 bis d), con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica, que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas al medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

De todas formas, el art. 388.3 del PLECr dispone que la resolución judicial que autorice la medida solicitada también tiene que pronunciarse sobre si ratifica o no la declaración del secreto de la investigación acordada por el fiscal. Por tanto, el secreto o no de la investigación, en última instancia, va a depender del auto del Juez de Garantías.

6.7.3. Acceso de las partes a las grabaciones

El art. 391.2 del PLECr añade que una vez que termina la diligencia de investigación y se alza el secreto, “será de aplicación lo dispuesto en el artículo 365 sobre la notificación de la resolución judicial a la persona investigada y a las personas cuya intimidad se haya visto seriamente afectada por la medida”.

Se trata de una serie de trámites a la ya nos hemos referido en el estudio de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Por último, el art. 392 del PLECr regula una comparecencia ante el Ministerio Fiscal, donde será citada la persona investigada “para excluir aquellos extremos que no se encuentren relacionados con los hechos investigados o que, aun estándolo, sean irrelevantes para la investigación o cuya conservación no resulte necesaria para el ejercicio efectivo del derecho de defensa”.

Para lo cual, obviamente, se facilitará a las partes el acceso al contenido de las grabaciones.

En esta comparecencia las partes podrán hacer todas las observaciones que consideren oportunas. La comparecencia será presencial, si bien, puede sustituirse por un trámite por escrito.

La vigente LECr no prevé ningún procedimiento para la entrega a las partes de las grabaciones efectuadas.

6.7.4. Destrucción de las grabaciones

En el proyecto de LECr la destrucción de las grabaciones está regulada en el art. 352. Este precepto está incluido en el apartado que regula una serie de disposiciones comunes aplicables a la interceptación de las comunicaciones y de las conversaciones privadas.

El art. 352.1 de PLECr dice que “los soportes en los que se encuentren incorporados los datos relativos a las comunicaciones o su contenido se destruirán: a) cuando el proceso finalice por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento o b) transcurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito, cuando se hubiera dictado sentencia condenatoria”.

No obstante, la destrucción no tendrá lugar cuando se haya autorizado en otros procedimientos, tal y como afirma este mismo precepto. Por lo que, en estos casos, entendemos que habrá que esperar a la finalización del procedimiento judicial en los mismos términos, plazos y motivos que los señalados.

El apartado segundo del art. 352 del PLECr añade que “en todo caso, una vez concluido el proceso mediante resolución firme, el juez o tribunal ordenará el borrado y eliminación de las grabaciones originales que se mantengan en los sistemas electrónicos

e informáticos utilizados en la interceptación y sol se conservará una copia bajo la custodia del letrado de la administración de justicia del tribunal sentenciador”.

Cuando el precepto habla de “resolución firme” ¿se refiere a una sentencia? Porque el párrafo termina haciendo mención del “tribunal sentenciador”. Con lo cual parece que se refiere a un procedimiento penal que termina en sentencia. Pero ¿qué pasa si termina en Auto porque se archive en fase de instrucción? ¿O en Decreto de la Fiscalía? Por tanto, para que las grabaciones se conserven en poder del Letrado de la administración de justicia ¿es sólo para los casos en los que haya sentencia? Parece que sí. Y si ¿el procedimiento termina antes, por sobreseimiento, por ejemplo? Según el tenor de este apartado, los archivos deben destruirse sin más y sin que quede copia alguna bajo custodia del Letrado de la administración de justicia.

Esta copia se quedará en poder del tribunal sentenciador, de modo que no puede haber copias en la Fiscalía ni a disposición del Juez de Garantías que haya intervenido en el asunto.

En tercer lugar, el art. 352 dice que “antes de resolver sobre la destrucción de las grabaciones, serán oídas las partes”.

Por último, el apartado 4 de este precepto que venimos comentando dispone que “la integridad y la seguridad del sistema de interceptación de las comunicaciones serán supervisadas por la Agencia de Protección de datos, que habrá de aprobar las características técnicas y reglas de funcionamiento de dicho sistema”.

Lo primero que llama la atención es que la Agencia de Protección de Datos va a supervisar el cumplimiento de sus obligaciones que se atribuyen al Juzgado en cuanto a la destrucción de las grabaciones. Y en segundo lugar, este precepto se remite a un procedimiento que aún está elaborarse.

Concluyendo, nos llama la atención que sólo se piensa en la destrucción de las grabaciones que están en poder del tribunal. De las partes intervinientes no se dice nada; tampoco de la Fiscalía. Tanto la acusación pública como privada, así como la defensa van a tener copia de las grabaciones.

7. GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DE ABOGADOS

7.1. LAS FUNCIONES DEL ABOGADO Y LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE SUS COMUNICACIONES ORALES

Dispone el art. 6 del Estatuto General de la Abogacía⁶⁴⁴ que “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”. Y el art. artículo 9.1 del mismo texto legal añade que “son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”. Por tanto, como vemos, “corresponde al Abogado la defensa de los intereses de las partes en todo tipo de procesos, incluido cómo no, el proceso penal, en el que están en juego los bienes jurídicos que merecen mayor respeto y protección. Para ello, es necesario que cliente y abogado puedan mantener comunicaciones libres de injerencias, en las cuales se respete el derecho al secreto de las comunicaciones como manifestación de su derecho a la intimidad reconocido por el art. 18.3 de la CE”⁶⁴⁵

Como no puede ser de otra forma, en similares términos se manifiesta el art. 542 de la LOPJ, que dice que “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”. Y añade esta misma disposición que “en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”. Y termina diciendo este mismo precepto que “los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

644 Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

645 M. CERRADA MORENO, “Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa”, *El Derecho Editores*, 29 de diciembre de 2011, p. 2

Hay que tener en cuenta que “en el proceso penal, al abogado suplente con sus conocimientos jurídicos las carencias de que adolece el ciudadano medio sometido al proceso, preservando el principio de igualdad de armas frente a las acusaciones, especialmente la acusación pública encomendada por el Estado a un experto en Derecho Penal, como es el Ministerio Fiscal”⁶⁴⁶

El CEDH⁶⁴⁷ dice en su art. 6.3 que todo acusado tiene, entre otros, el derecho “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

Como vemos, todas las personas tienen reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que conlleva el derecho a ser asistido y defendido por un abogado. Sin embargo, el derecho a la defensa puede verse cercenado si las comunicaciones entre el letrado y su cliente pudieran estar siendo intervenidas. Es evidente que en casos así “la injerencia en el secreto de las comunicaciones del cliente con su abogado tendientes a ejercer la defensa estará provocando indefensión y vulnerando un derecho fundamental”⁶⁴⁸. De acuerdo con De Luis García, la defensa formaría parte de las garantías del proceso en la medida en que sólo podremos hablar de «juicio justo» cuando la defensa de las partes sea respetada y garantizada por el órgano judicial”⁶⁴⁹. La violación de este derecho nos lleva al art. 11 de la LOPJ que dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando los derechos o libertades fundamentales”.

El art. 24 de la CE termina diciendo que en ningún caso podrá producirse indefensión. Es “una cláusula de cierre que hay que poner en conexión con los derechos que positivamente se reconocen y garantizan, que actuarán, por consiguiente, como parámetro para concretar cuándo se ha dejado indefensa (esto es, sin tutela judicial) a una parte ante o en el proceso”⁶⁵⁰

646 M. CERRADA MORENO, *op cit*, p. 1

647 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

648 M. CERRADA MORENO, *op. Cit.* P.5.

649 E. DE LUÍS GARCÍA, *op cit*, p. 3.

650 G. CÁMARA VILLAR, *op cit*, p. 317.

Y la grabación de las conversaciones mantenidas entre el abogado y su cliente producen indefensión a este último toda vez que no puede hablar libremente con su defensor ni éste puede preparar eficazmente su defensa.

Sostiene el TEDH⁶⁵¹ que “en particular, el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio”. Además, este mismo Tribunal⁶⁵² dice que “si un abogado no pudiera entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y no pudiera recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad, cuando el fin del Convenio consiste en proteger derechos concretos y efectivos”. Y afirma en otra de sus sentencias⁶⁵³ que “las entrevistas entre un preso y su asistente legal pueden ser supervisadas, pero no oídas, ya sea directa o indirectamente por un policía o una institución oficial”.

Tras la reforma de la LECr de 2015, vemos que no hay una referencia expresa en relación con la posible intervención de las grabaciones de las conversaciones que pudieran tener un letrado con su cliente. No hay mención alguna al respecto ni en el Capítulo IV, en donde se recogen las disposiciones comunes a todas las medidas de intervención tecnológica, ni en el Capítulo IV, dedicado a la medida concreta de captación y grabación de comunicaciones orales.

Sin embargo, no podemos olvidarnos del art. 118.4 de la LECr, introducido por la LO 13/2010, que dispone expresamente que “todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial”.

Este mismo precepto, añade que “si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al

651 STEDH de 5 de octubre de 2006, Caso Marcello Viola contra Italia, párrafo 61.

652 STEDH de 2 de noviembre de 1991, Caso S. contra Suiza, párrafo 48.

653 STEDH de 16 de octubre de 2001, Caso Brennan contra Reino Unido, párrafo 39 (“Interviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but not within hearing, either direct or indirect, of a police or institution official”).

destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones”.

También recoge este mismo artículo la única excepción a esta regla general que regula. Dispone que la intervención o captación de las conversaciones sí es posible cuando “se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria”, tal y como veremos más adelante con mayor detalle.

En este caso, en relación con la excepción a la regla general de inviolabilidad de las comunicaciones abogado-cliente recogida en el art. 118.4 de la LECr, dice Bellido Penadés que “aunque el precepto no lo diga, debe entenderse aplicable lo dispuesto en el régimen jurídico general, según el cual, como se ha visto, resulta necesaria la previa autorización judicial”⁶⁵⁴.

7.2. DISTINTAS SITUACIONES EN CUANTO A LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL ABOGADO

Dicho lo cual, debemos contemplar la existencia de varias situaciones en las que pueden verse intervenidas las comunicaciones entre un abogado y su cliente: Por un lado, las conversaciones que mantengan un abogado y su cliente el cual aún no esté imputado, o con el cliente que ya lo esté, o con el cliente que se encuentre preso en calabozos, o que se encuentre en prisión ya sea como preso preventivo o como condenado y, por último, en el caso de que sea el propio abogado el que resulte investigado.

7.2.1.- Conversaciones abogado cliente sin que se haya notificado ningún proceso judicial contra éste (cliente no investigado, o al que aún no se le ha comunicado su condición de investigado)

Como ya hemos dicho anteriormente, el derecho a la defensa nace en el mismo momento en el que se le comunica al cliente su condición de investigado. Por tanto, no estaríamos ante una vulneración del derecho a la defensa, sino ante la afectación del

654 R. BELLIDO PENADÉS, *op cit*, p. 97

derecho a la intimidad o al secreto profesional garantizado este último por el art. 24 de la CE.

La justificación del secreto profesional “reside en la necesidad de que exista una absoluta confianza entre el abogado y su defendido, que el un acusado no podría contar toda la verdad a un abogado si luego se pudiese obligar al abogado a declarar como testigo lo que le ha contado”⁶⁵⁵

De todas formas, el art. 24.2 de la CE y el art. 542.3 de la LOPJ consagran el deber de secreto profesional de los abogados, disponiendo que éstos “deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”. Se trata de un deber del abogado como una garantía más del derecho de defensa, y en última instancia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución Española.

Esta obligación de secreto se refiere a todo aquello que conozca el abogado en el ejercicio de sus funciones interviniendo en toda clase de procesos como en casos de asesoramiento y consejo jurídico al margen de éstos (art. 542.1 de la LOPJ).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁵⁶ también reconoce este derecho. Tiene dicho que “el Derecho comunitario, surgido de una interpenetración no sólo económica, sino también jurídica, de los Estados miembros, debe tener en cuenta los principios y nociones comunes a los Derechos de dichos Estados en materia de respeto de la confidencialidad, especialmente por lo que respecta a la comunicación entre los Abogados y sus clientes. Esta confidencialidad responde, en efecto, a la exigencia, cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros, de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su Abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten”. Y añade más adelante que “más allá de estas diversidades, los Derechos internos de los Estados miembros revelan, no obstante, la existencia de criterios comunes, por cuanto protegen, en condiciones similares, la confidencialidad de la correspondencia entre los

⁶⁵⁵ M. CERRADA MORENO, op, cit, p.18.

⁶⁵⁶ STJUE de 18 de mayo de 1982-ASUNTO 155/79, AM & S Europe Limited, párrafos 18, 21 y 22.

Abogados y sus clientes, siempre que, por un lado, se trate de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente y, por otro lado, se trate de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral.

Por tanto, dos son los requisitos que según el TJUE considera que han de concurrir para que prevalezca el derecho al secreto profesional protegiéndose, de esta forma, la confidencialidad de correspondencia entre Abogados y clientes (ampliándose a cualquier comunicación establecida entre ambos): 1º) que se trate de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente y. 2º) que se trate de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral.

Ahora bien, dice el TC⁶⁵⁷ que “el derecho al secreto profesional (...) solamente es invocable por el Abogado defensor que sería, en su caso, el titular del derecho, y no por el demandante sobre el cual únicamente produce efectos meramente reflejos y carece de legitimación para pedir amparo de un derecho fundamental que le es ajeno (SSTC 141/1985 y 11/1992).

7.2.2.- Conversaciones entre el abogado y el cliente cuanto este último ha sido formalmente declarado como investigado, habiéndosele notificado tal circunstancia.

Las comunicaciones del cliente investigado con su abogado defensor en el proceso deben ser inviolables. Así lo dispone el art. 118.4 de la LECr que hemos citado más arriba.

Y es que hay que tener en cuenta que el Estado de Derecho pone a disposición de Jueces y Magistrados en forma de diligencias de investigación suficientes medios para dicha investigación de los hechos que se considera que pudieran ser delictivos. “Por eso, no parece posible apreciar en este punto la necesidad de violar otro derecho fundamental como es el de defensa, considerado además el derecho estrella de la Constitución, el vértice del sistema constitucional de derechos y libertades”⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ STC 183/1994, de 20 de junio de 1994, FD 3º

⁶⁵⁸ M CERRADA MORENO, *op, cit*, p 17.

El investigado, que está protegido por el principio de presunción de inocencia “debe gozar de la máxima libertad en orden a preparar su defensa como reacción frente a la acción del ius puniendi del Estado, de forma que se garanticen los principios constitucionales de contradicción, igualdad de armas y ausencia de indefensión”⁶⁵⁹.

Entendiéndose que estos principios, principalmente el de ausencia de indefensión, se salvaguardan excluyendo cualquier tipo de intervención sobre las comunicaciones que el investigado mantenga con su abogado.

También nos podemos encontrar con captaciones casuales de conversaciones que puedan tener el investigado con su cliente. El TS estudia este supuesto, entre otras, en su sentencia 2026/2001, en relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas⁶⁶⁰.

En esta sentencia, dice el TS en relación con la grabación de determinadas conversaciones mantenidas con letrados, que aconsejaban o defendían a los acusados que “el secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”.

Por tanto, la grabación es posible si el abogado se integra en la actividad delictiva yendo más allá de lo que son sus obligaciones de defensa.

El TS reconoce a continuación que no es lo mismo acordar la intervención del teléfono del abogado, que la del teléfono del cliente. En el caso de la sentencia

⁶⁵⁹ M. CERRADA MORENO, op cit. P. 17

⁶⁶⁰ Vid. STS 2026/2001 de 28 noviembre FD 9º

2026/2001 que venimos comentando, no se acuerda la intervención de ningún teléfono de profesionales de la abogacía. Sin embargo, lo que ocurre es que se interceptación de varios teléfonos de sospechosos, se graban conversaciones realizadas al parecer con letrados encargados de su asesoramiento legal. En este caso, dice el TS que “en esta circunstancia el secreto profesional no puede actuar con la misma energía y firmeza que se produce, cuando es el cliente el que acude al despacho del abogado y en ese momento, tiene lugar la interceptación de la conversación, sin causa o fundamento que la justifique” Añade el Alto Tribunal que “el letrado que utiliza su teléfono para comunicarse con sus clientes que lo tienen intervenido, no puede pretender un trato privilegiado que extienda el secreto a estos extremos”. Por eso, concluye el TS que “la valoración del contenido de las conversaciones deberá ser utilizado cautelosamente por el órgano juzgador, pero en ningún caso se puede declarar la nulidad de su contenido”.

El TS, en su Sentencia 402/2019, de 12 de septiembre⁶⁶¹, se refiere a las grabaciones efectuadas al intervenir el teléfono de unos de los acusados, el cual mantiene ciertas conversaciones con su letrado en relación con el proceso penal en cuestión. Sin embargo, el TS dice que no se trata de una grabación intencionada en la que se buscara captar las conversaciones concretas entre la acusada y su abogado defensor. Dice el TS que “la captación de tal conversación fue debida al propio sistema SITEL que, a modo de pesca de arrastre”, tratándose de una “captación circunstancial con ocasión de la intervención del teléfono de la acusada de conversaciones con quien la defendió en esta causa durante un tiempo” considerándose por la sentencia recurrida de la AP (confirmada por el TS) que esta circunstancia no puede ser fuente de nulidad.

En esta sentencia que comentamos, el TS se remite a la sentencia 926/2012, de 27 de noviembre, donde se plantea la licitud de la escucha de una conversación entre un cliente y su letrado, con motivo de intervenir el teléfono del primero, afirmándose que, con independencia de que el contenido de la conversación no hubiera afectado al derecho a la defensa, lo relevante era que el teléfono intervenido era el del imputado y por esa razón se captó la conversación cuando le llamó el abogado. “Por la misma razón se intervino otra conversación, en esta ocasión llamó el cliente al abogado. Sin embargo, en ninguno de los casos hubo un consciente y querido deseo de captar las conversaciones del imputado con su abogado, sino que la captación de tal conversación

661 STS 402/2019 de 12 de septiembre (FD 2º)

fue debida al propio sistema SITEL que, a modo de pesca de arrastre, capta todas las conversaciones que reciba o envíe el teléfono intervenido”. En este caso concluyó afirmando que la única reserva a efectuar al respecto era la de que “hay que evitar todas las transcripciones de conversaciones que sean ajenas al objeto que justifica la intervención”.

La STS 402/2019 también acude a la argumentación dada en su sentencia 233/2014, de 25 de marzo, en un caso en que también se intervino el teléfono de un imputado y se grabó de forma aleatoria una conversación que tuvo con su letrado. En este caso, el Tribunal comprobó que la conversación no había sido utilizada por la acusación y, además, la sentencia recurrida “por si pudiera darse el caso de que dicha conversación estuviese dentro de los supuestos en los que se pueda considerar vulnerado el secreto profesional entre abogado y cliente” excluyó del acervo probatorio tal conversación y acordó la nulidad de su utilización, conforme lo dispuesto en el art. 11.1 y 238 LOPJ.

Por estas mismas razones considera el TS en su sentencia 402/2019 que no “puede ser apreciado en este caso la vulneración consciente, voluntaria y predeterminada del derecho al secreto de las comunicaciones, ni consta que resultara infringido de forma efectiva el derecho de defensa ni el secreto profesional del letrado. Pues se trató de la intervención de alguna llamada del teléfono de la acusada, que estaba legal y constitucionalmente intervenido, en la que el interlocutor fue su abogado, que fue así grabado aleatoriamente. En cuyo caso la respuesta adecuada es dejar sin efecto esas llamadas cliente-abogado en el caso de que contuvieran datos que comprometieran el derecho de defensa de la acusada o el derecho al secreto profesional del letrado”

Sin embargo, en la medida de investigación que es objeto de nuestro estudio, la grabación accidental de un investigado con su letrado no debería pasar nunca. En el caso de la grabación de comunicaciones orales, debemos acudir al art. 588 quater b) de la LECr, que dice que la utilización de dispositivos de grabación “ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”. Por tanto, estamos hablando de intervenir la grabación de las conversaciones que tengan lugar en un determinado encuentro concreto que se

supone va a realizarse entre el sospechosos y determinadas personas. Y si una de estas personas es su abogado defensor estaríamos vulnerando su derecho a la defensa en los términos que venimos exponiendo.

Otra cosa distinta es que el abogado defensor también esté siendo investigado como presunto autor de algún delito como cómplice o coautor de los hechos que se imputan a su cliente.

7.2.3. Conversaciones entre el abogado y su cliente investigado detenido en calabozos.

Hoy por hoy, según Orduna Navarro, “no existe, en consecuencia, una regulación específica que permita grabar las conversaciones entre detenidos en los calabozos policiales. Cualquier grabación de las conversaciones entre detenidos o detenidos y sus letrados o con terceros debe considerarse nula”⁶⁶².

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta afirmación en todos sus extremos. No cabe duda que las conversaciones entre el abogado y el cliente deben salvaguardarse en todo caso. En este caso estamos ante un investigado detenido que se encuentra en calabozos pendiente de una decisión judicial que disponga su libertad o su entrada en prisión. Es una situación excepcional y necesariamente temporal puesto que la detención no puede extenderse más allá de las 72 horas. En este momento, la entrevista del abogado con su cliente es esencial para articular una defensa inmediata ante la declaración de este ante la autoridad judicial. Por tanto, la entrevista tiene que ser totalmente confidencial y sin interferencia alguna.

Otra cosa distinta son las conversaciones que pueda mantener el detenido con cualesquiera otras personas en el calabozo. En este caso, sí podrían ser intervenidas en aplicación de lo establecido en la LECr (arts. 588 quater a) y sigs.), con las salvedades y garantías que en este texto normativo se disponen.

7.2.4. Cuando es el abogado el que resulta investigado.

662 B. ORDUNA NAVARRO, “Intervención de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Alcance de la reforma de la LECrim. LO 13/15 de 5 de octubre”, *La Ley* 3407/2018, p. 8

Tal y como decíamos más arriba, el art. 118.4 de la LECr dice que “todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial”. Añade este apartado del art. 118.4 que “si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones”.

Y termina diciendo este precepto que “lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria”.

Por tanto, “salvo supuestos de terrorismo, en los que en el art. 51.2 LO1/1979, General Penitenciaria, permite, mediante autorización judicial, las intervenciones de los presos con sus abogados, no se pueden intervenir las comunicaciones entre el abogado y su cliente, ya que el secreto profesional está amparado por el art. 24.2 CE”⁶⁶³.

A lo cual añade el TC que ni los preceptos de la Ley General Penitenciario ni de su reglamento “rigen en un marco extrapenitenciario, ni están pensados para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza”⁶⁶⁴.

Por tanto, la grabación de las conversaciones mantenidas entre un letrado y su cliente pueden intervenir, si bien, sólo en casos muy especiales y determinados. Dice el TS⁶⁶⁵ en relación con la grabación de determinadas conversaciones mantenidas con letrados, que aconsejaban o defendían a los acusados que “el secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente

663 M. DÍAZ MARTÍNEZ. *op cit*, p.104.

664 STC 145/2014 de 22 septiembre (FD 7º)

665 STS 2026/2001 de 28 noviembre (FD 9º)

por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”

Para que sea posible la intervención de las comunicaciones entre un abogado y su cliente, el TS⁶⁶⁶ considera que es preciso la concurrencia de varios requisitos.

En primer lugar, es precisa la existencia de una previsión legal suficiente que lleve a cabo el desarrollo del derecho fundamental en cuestión y que, en todo caso, respete su contenido esencial (artículo 53.1 CE). En segundo lugar, se requiere que exista “una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad”. Y, en tercer lugar, en nuestro Derecho, es preciso que haya “una autorización judicial, regulada en ocasiones de forma expresa y en otras de forma implícita, según ha establecido el TC, aunque su forma y características admitan algunas matizaciones en función de la entidad de la restricción”.

Hay un cuarto requisito que apuntábamos antes: la intervención ha de limitarse sólo a los supuestos en los que el propio abogado sea quien puede estar llevando a cabo una actividad delictiva extralimitándose, por tanto, de sus funciones como abogado.

Por último, según considera de Goyena Huerta, hay una quinta exigencia derivada del parecer del TEDH, consistente en que la admisión de este tipo de grabaciones no puede perjudicar en ningún caso el derecho de defensa del cliente. Así lo considera el TEDH en su sentencia de 16 de junio de 2016 (caso Versini-Campichi y Crasnianski c. Francia) que dice que “el privilegio de la relación abogado/cliente -que se basa en el respeto de los derechos de la defensa del cliente- no se opone a la grabación de las conversaciones entre un abogado y su cliente como parte de la interceptación de la línea telefónica del segundo, cuando en esas conversaciones haya indicios que permitan presumir la participación del propio abogado con hechos constitutivos de delito, y siempre que ello no perjudique el derecho de defensa del cliente”⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Vid. STS 79/2012 de 9 febrero FD 7º-7

⁶⁶⁷ STEDH de 16 de junio de 2016, Caso Versini-Campichi y Crasnianski c. Francia, par 79

Dice Goyena Huerta que “el Tribunal insiste en que lo relevante es que no se perjudique el derecho de defensa del cliente, y para ello fija una regla: las grabaciones y las transcripciones no podrán ser utilizadas en contra del cliente en el procedimiento en el que él está siendo investigado”. De este modo, la grabación de una conversación entre un abogado y su cliente sólo podrá servir como prueba de cargo contra el letrado y no contra su cliente.

Considera este autor que “con esta solución salomónica, el Tribunal de Estrasburgo ha pretendido buscar un equilibrio entre los fines legítimos del proceso penal (averiguación del delito) con la salvaguarda del derecho de defensa del imputado no abogado, con el resultado final de que el letrado -y no su cliente- será el único perjudicado por las pruebas obtenidas en el curso de una interceptación expresa y específica de las comunicaciones entre ambos”⁶⁶⁸.

De modo hay un primer límite consistente en que es precisa la necesaria ponderación por parte del órgano judicial, y un segundo límite que radica en que sólo en los supuestos en los que el propio abogado puede estar llevando a cabo una actividad delictiva extralimitándose, por tanto, de sus funciones como letrado.

7.2.5. Conversaciones entre el abogado y su cliente investigado interno en un establecimiento penitenciario.

En este caso hemos de acudir a lo dispuesto en el art. 51.2 de la LOGP, que dice que “las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

De todas formas, este apartado lo desarrollamos con más detenimiento en el epígrafe sobre grabaciones de comunicaciones a internos en prisión.

668 J. GOYENA HUERTA, “La interceptación de conversaciones abogado-cliente en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2017, pag. 6.

7.3. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ABOGADO-CLIENTE EN EL PLECR

En este punto hemos de partir del art. 51 del PLECr que recoge una relación de derechos que tiene la persona investigada.

Uno de estos derechos es el de “entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la que preste en sede policial”.

Como ya hemos visto en apartados precedentes, el art. 356 del PLECr establece los requisitos de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. En sus apartados 2 y 3 entra a regular esta materia cuando la medida afecta a las conversaciones que pudiera tener un investigado con su abogado.

El apartado 2 dispone que “solo se podrá extender la investigación al contenido de las conversaciones que mantenga la persona investigada con el abogado designado en el procedimiento para ejercer su defensa cuando existan indicios fundados de la participación de este en el hecho delictivo investigado”.

En este caso, termina diciendo este apartado, que “cuando haya de dirigirse el procedimiento de investigación contra el abogado de la persona investigada, se procederá conforme a lo previsto en el artículo 56 de esta ley”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ El art. 55 del PLECr regula los motivos por los que el abogado puede ser apartado de su función, y el art. 56 del mismo texto regula el procedimiento a seguir para la exclusión del letrado.

El art. 55 dice en su primer apartado que “el abogado defensor podrá ser apartado de su función cuando, en el curso del procedimiento: a) Existan elementos objetivos suficientes para afirmar que ha participado en la comisión del delito que constituye el objeto del procedimiento o en un delito de encubrimiento, receptación o blanqueo, u otro delito conexo, siempre que exista un conflicto de intereses entre ambas defensas. b) Abuse de las comunicaciones con la persona investigada, que se encuentre privada de libertad, para facilitar la comisión de infracciones penales o para poner en riesgo la seguridad del centro penitenciario. c) Pueda considerarse que su conducta procesal es constitutiva de un delito de obstrucción a la justicia.

En el segundo apartado añade otro motivo más de exclusión. Dice que “cuando la causa tenga por objeto las actividades de una organización criminal, también podrá acordarse la exclusión del abogado defensor cuando se dirija contra él otro procedimiento por pertenecer a la misma organización o colaborar con ella”.

Por su parte, el art. 56 dispone en su primer apartado que cuando el fiscal tenga indicios suficientes de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 55, ha de solicitar al juez competente en cada fase del procedimiento la exclusión del defensor mediante escrito razonado, del cual se dará traslado a todas las partes afectadas por el plazo de cinco días. Y transcurrido este plazo de cinco días, el juez resolverá motivadamente lo que proceda sin más trámite, se hayan presentado o no alegaciones.

De todas formas, añade el apartado segundo que la exclusión se alzará “tan pronto cese el presupuesto que le haya servido de fundamento”.

Estamos ante un supuesto en el que el abogado defensor ya no interviene como tal, sino más bien como cómplice del investigado o coautor de un delito que pueda estar siendo objeto de investigación.

De todas formas, y fuera ya de la previsión excepcional marcada por el apartado segundo del art. 356, las conversaciones entre abogado y cliente no pueden intervenir en ningún caso, tal y como hemos visto que ocurre en la regulación actualmente vigente. Por tanto, “si como consecuencia de una intervención autorizada llegaran a interceptarse comunicaciones con el abogado de la persona investigada, se procederá a destruir los registros o grabaciones de dichas comunicaciones, previa puesta en conocimiento de la persona investigada y su abogado quienes, no obstante, podrán solicitar su incorporación al procedimiento”, tal y como dispone el apartado 3 de este mismo precepto.

El problema que se plantea en la regulación del PLECr que estudiamos en este apartado es que la exclusión de la intervención de las comunicaciones abogado-cliente está prevista sólo y exclusivamente para los supuestos de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Ya hemos dicho más arriba que la regulación de los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas se regulan en el Título II dentro del Libro III. El Título II, a su vez tiene un Capítulo I que recoge una serie de disposiciones generales aplicables a todas estas medidas de investigación. Y a continuación dedica el Capítulo II a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el Capítulo III a la interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes, y el Capítulo IV a la interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido.

Por último, para evitar la indefensión del investigado, el apartado 3 dice que “cuando se acuerde la exclusión del defensor, se requerirá a la persona encausada para que realice una nueva designación, advirtiéndole de que si no lo hace en el plazo que se le fije, o si designa a otro en quien también concurra causa de exclusión, se le designará un defensor de oficio”.

Pues bien, la regulación que comentamos de la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente está dispuesta en el Capítulo II (interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas). Creemos que esta materia debería estar incluido en el apartado que regula las disposiciones generales aplicables a todas estas medidas de investigación, esto es, en el Capítulo I. De otra forma, tal y como ahora está redactada la norma, parece que esta regulación sólo es aplicable a las medidas reguladas en el Capítulo II (comunicaciones telefónicas y telemáticas) y que no afecta a las otras comunicaciones (postales o telegráficas, faxes y burofaxes, o conversaciones privadas captadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido).

8. GRABACIÓN DE COMUNICACIONES A INTERNOS EN PRISIÓN

8.1. LOS INTERNOS EN UN CENTRO PENITENCIARIO, TITULARES DEL DERECHO AL SECRETO DE SUS COMUNICACIONES

Hemos de partir del incuestionable hecho de que los internos en prisión también tienen reconocido el derecho al secreto de sus comunicaciones. Si bien, este derecho “está sujeto a mayores restricciones que las que rigen fuera del recinto penitenciario como consecuencia de la relación de sujeción especial establecida”⁶⁷⁰

En este sentido, el TC⁶⁷¹ dice que, para llevar a cabo un control jurisdiccional sobre la intervención de las comunicaciones de los internos en prisión, “debe partirse, claro está, del marco normativo constitucional del derecho a las comunicaciones de que puede gozar un interno recluso en un establecimiento penitenciario”. Ese marco viene determinado no solo por lo dispuesto en el art. 18.3 CE que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, sino también y primordialmente por el art. 25.2 de la propia Constitución que dispone en su inciso segundo que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria».

670 A. DEL MORAL GARCÍA, “La intervención de las comunicaciones en centros penitenciarios”, *Diario La Ley*, N.º 7573, 21 de febrero de 2011, p.1.

671 STC 200/1997 de 24 nov. 199, FD 2º

Por tanto, concluye el TC que en un principio el recluso goza del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque pueda verse afectado por estas limitaciones que se mencionan.

Y añade⁶⁷² que “este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere por ello suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del art. 25.2 C.E. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad”.

Dice el TC⁶⁷³: “Según disponen los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual proyectado a las comunicaciones del interno en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal -art.51.5 de la L.O.G.P.- o bien el derecho de defensa -art. 51.2 de la misma Ley-, significa que es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el art. 25.2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio de Roma”.

La regulación de la intervención de las comunicaciones de los internos en prisión parte del art. 51 de la LOGP, el cual es objeto de desarrollo en los artículos 41 y siguientes del RD 190/1996. Sin embargo, si nos encontramos ante una intervención de las comunicaciones acordada en una causa penal hemos de partir de la LECr, aunque hay que decir que ambas normativas deben conjugarse toda vez que la ley procesal penal no desplaza necesariamente las previsiones del derecho penitenciario⁶⁷⁴.

672 STC 175/1997 de 27 oct. 1997, FD 2º

673 STC 183/1994, de 20 de junio de 1994, FD 5º

674 A. DEL MORAL GARCÍA, *op cit*, p. 2.

En relación con las grabaciones en el ámbito penitenciario, el art. 51 de la LOGP diferencia varias modalidades de comunicación, que son de naturaleza diferente por lo que vienen sometidas a regímenes diferentes⁶⁷⁵.

En primer lugar, el art. 51.1 de la LOGP se refiere a las comunicaciones genéricas toda vez que este precepto autoriza a los internos a “comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial”.

En segundo lugar, el art. 51.2 hace mención a las comunicaciones específicas “de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen”.

Por último, son también comunicaciones específicas, aunque de otro tipo, las reguladas en el art. 51.3 de la LOGP, que son las mantenidas con “profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente”.

8.2. COMUNICACIONES GENÉRICAS

8.2.1. Grabaciones por motivos de tipo regimental

Las causas o motivos para la grabación de las comunicaciones genéricas por motivos de tipo regimental están previstas en el art. 51.1 de la LOGP que dice que “estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

La intervención de las comunicaciones genéricas requiere del cumplimiento de una serie de requisitos que han venido perfilándose a través de una amplia doctrina del TC, cuyos rasgos más significativos son los siguientes⁶⁷⁶:

675 Vid. STC 175/1997 de 27 oct. 1997, FD 3º.

676 Vid. J. NISTAL MARTÍNEZ, “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, *Diario La Ley*, N.º 7383, 19 de abril de 2010, p. 5.

- ✓ La decisión ha de ser adoptada por el director del centro penitenciario. Así lo dice en art. 51.5 de la LOGP, que dispone que “las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.
- ✓ La decisión ha de estar motivada. La motivación no sólo parte del art. 51.1 del LOGP; el TC considera que “la motivación del acuerdo es necesaria, no solo porque así lo exige expresamente el art. 51 L.O.G.P., sino porque constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva”⁶⁷⁷.
- ✓ Proporcionalidad de la medida. Tiene dicho el TC⁶⁷⁸ que “estrechamente relacionada con el requisito de la motivación se encuentra la exigencia constitucional de proporcionalidad de la medida. La valoración de la proporcionalidad se descompone en tres juicios: El de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”
- ✓ La decisión administrativa debe ser individualizada. Considera el TC que “la intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una repuesta a peligros concretos que efectivamente puedan incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento⁶⁷⁹”, y añade que, al ser una medida excepcional, “no debe adoptarse con carácter general e indiscriminado, ni por más tiempo del que sea necesario para los fines que la justifican”⁶⁸⁰.

677 STC 170/1996 de 29 oct. 1996, FD 5°.

678 STC 175/1997 de 27 oct. 1997, FD 4°

679 STC 175/1997 de 27 oct. 1997, FD 6°

680 STC 170/1996 de 29 oct. 1996, FD 6°.

- ✓ También es preciso establecer un límite temporal a la medida de intervención. El TC tiene dicho que es necesario “que al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el período temporal de su vigencia”. Aunque considera que para ello no es estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, “sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención”. De modo que el acuerdo que adopte la medida puede “en determinadas circunstancias sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria”⁶⁸¹

- ✓ El acuerdo de intervención se ha de notificar al interno. Así lo dispone claramente el art. 51 de la LOGP. En este sentido “debe tenerse en cuenta que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial”⁶⁸². El acuerdo ha de notificarse con indicación del recurso que cabe presentar contra el mismo, que no es otro que el de queja ante el juez de vigilancia penitenciaria, toda que vez que el art. 76.2 g de la LOGP dice que “corresponde especialmente al Juez de Vigilancia (...) acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos”.

- ✓ Por último, la medida ha de comunicarse de forma inmediata a la autoridad judicial competente. De otra forma, “sería inexistente el control judicial desde el período que se extiende desde la adopción de la intervención hasta la fecha en que el Juzgado recibiera la comunicación”. De esta manera “la intervención jurisdiccional sobre la medida administrativa se ha de llevar a cabo a posteriori, aunque siempre de manera efectiva para el control ordinario de legalidad y constitucionalidad de la restricción del derecho fundamental, de modo que tal

681 STC 200/1997 de 24 nov. 1997, FD 4º.

682 STC 200/1997 de 24 nov. 1997, FD 4º

control no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes”⁶⁸³.

En este caso, el juzgado competente es el de vigilancia penitenciaria, independientemente de que se trate de internos preventivos o penados, y ello a pesar de que el Reglamento penitenciario identifique como autoridad judicial al juez de vigilancia penitenciaria si se trata de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos (art. 43 RP).

El TC⁶⁸⁴ ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto decantándose por la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en ambos casos. Para ello parte del análisis de la LOPJ y de la LOGP.

Dice que “según el art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reguladora del tercer poder del Estado, se prevé que, en cada provincia, y dentro del orden penal existirán Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, cuyo haz competencial es triple: a) en materia de ejecución de las penas privativas de libertad; b) control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y c) amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios”. A su vez, el art. 76 de la LOGP dispone que corresponde al Juez de Vigilancia penitenciaria, entre otras, la de “acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulan en relación al régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios de aquéllos (...)”. Concluye el TC en este sentido que “de la doctrina conjunta de los artículos 94 de la LOPJ y 76 de la LOGP, puede afirmarse sin riesgo de error, que los Juzgados de Vigilancia constituyen dentro del orden penal, una jurisdicción especializada”.

Ya hemos visto que el art. 51 de la LOGP reconoce el derecho a la intimidad de las comunicaciones y a la posibilidad de intervención, disponiendo que ha de darse “cuenta a la autoridad judicial competente”. Al respecto continúa diciendo el TC que “evidentemente tal dación de cuenta no es tal, sino que tiene el carácter de efectivo control que deberá confirmar o rechazar, ya que la función de garante de los derechos de

⁶⁸³ STC 175/1997 de 27 oct. 1997, FD 4º

⁶⁸⁴ Vid. ATS (Sala de lo Penal) de 16 noviembre de 1999, cuestión de competencia 2880/1999, FD único. También el ATS de 10 de diciembre de 1999, cuestión de competencia 2150/1999.

los ciudadanos internos, no se acompasa al papel de mero notificado. En todo caso, y a lo que aquí interesa es claro que esa autoridad competente es el Juez de Vigilancia Penitenciaria por tratarse de limitación de un derecho fundamental de un ciudadano privado de libertad acordado por la propia autoridad penitenciaria”

Y añade el TC, en la resolución que venimos comentando, que “lo relevante para tal adscripción competencial es la situación de encontrarse en prisión, siendo indiferente que esté en situación de preventivo o penado, pues ambas condiciones se avienen al término de «interno» que es exclusivamente el utilizado tanto en el art. 51 como en el 76 de la LOGP y que la queja proceda de una actuación adaptada por la autoridad penitenciaria con afectación a derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios”.

En relación con lo regulado en el art. 43 y 46 del Reglamento Penitenciario, que dispone que la medida de intervención de las comunicaciones debe ponerse en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso de penados o de la autoridad judicial de que depende si se trata de detenidos o presos, el TC ha dicho que estamos ante una diferencia de contenido normativo entre los artículos 97 y 76 de la LOGP y el mismo reglamento. Dice que “que tal diferenciación constituye sin duda un caso de redistribución competencial que tiene por consecuencia un cambio de atribución competencial a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria respecto de la que les venía concedida tanto en el art. 97 de la LOPJ como en el 76 de la LOGP”. Y considera que estaríamos ante un cambio introducido por un reglamento que “es claro que no puede ir contra lo dispuesto en normas de rango superior como son las propias Leyes Orgánicas citadas”.

Aparte de ello, el TC considera “que es la única [medida] que garantiza una unidad de criterio más fácil de obtener dentro de la jurisdicción especializada de los Juzgados de Vigilancia, y sobre todo impide la situación nada extraña por otra parte, de que una misma persona interna se encuentre simultáneamente preventivo en una causa y penado en otra, situación que daría lugar a un conflicto de competencias de difícil solución en orden a determinar la autoridad judicial que fuese competente -Juez de Vigilancia si se tratase de interno, Juez o Tribunal del que dependiera si se tratase de preventivo- para conocer de las restricciones impuestas al interno en sus derechos

fundamentales acordadas por la autoridad penitenciaria y que pudiera dar lugar al efecto perverso de dejar en desamparo los derechos del interno de suscitarse una contienda interminable entre los diversos órganos judiciales afectados”.

8.2.2. Grabaciones por motivos procesales penales

La intervención de las comunicaciones acordada por el director del centro penitenciario, regulada en el art. 51 de la LOGP que hemos visto, tiene fines únicamente preventivos (razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento). Si tal intervención tuviera por objeto la investigación de posibles actividades delictivas, se requeriría previa autorización judicial⁶⁸⁵.

Hemos de recordar que estamos ante comunicaciones que pudiera mantener el interno con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria. En ningún caso podrán grabarse las conversaciones que mantenga con sus abogados o procuradores, salvo las escasas excepciones que ahora veremos. En este caso, en el supuesto de investigación de delitos en el curso de un procedimiento de instrucción penal, la normativa aplicable parte de la LECr. y, más concretamente, de lo dispuesto en los arts. 588 quater a y siguientes que venimos estudiando a lo largo de este trabajo.

En este sentido, considera Antonio del Moral que las comunicaciones genéricas en el ámbito de un procedimiento penal pueden ser intervenidas motivadamente, tanto si son escritas como si son orales. Y en este último caso, “tanto en los supuestos de conversaciones telefónicas como presenciales, lo que supone la admisibilidad de la colocación de micrófonos en las celdas, locutorios u otras dependencias del centro penitenciario previa autorización judicial recaída en el seno de un procedimiento penal”. Si bien, hay que tener en cuenta que no sólo se puede ver afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho fundamental a no declararse culpable⁶⁸⁶.

8.3. GRABACIONES DE COMUNICACIONES ESPECÍFICAS (CON ABOGADOS Y PROCURADORES)

⁶⁸⁵ Vid. A. DEL MORAL GARCÍA, *op cit*, p. 2.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 4

Como ya hemos señalado son comunicaciones específicas las entabladas con las personas que indica el art. 51.2 y 51.3 de la LOGP.

En esta ocasión, dispone el art. 51.2 de la LOGP que “las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

El TS⁶⁸⁷ nos recuerda que “el sometimiento de los internos en Centros Penitenciarios a un régimen especial conlleva una limitación de determinados derechos, y concretamente del derecho al secreto de las comunicaciones, autorizando el art. 51.5º de la Ley General Penitenciaria que las comunicaciones orales y escritas de los internos puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la Autoridad Judicial competente. Ahora bien las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar estas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercitarla desde la prisión (art. 9.2 de la Constitución Española)”.

Por eso, añade el TS que “la posibilidad de intervención administrativa de las comunicaciones prevenida por el art. 51.5º de la LOGP no es aplicable a las comunicaciones de los internos con el Abogado Defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los Procuradores que los representen” (art. 51.2.º LOGP, STC 20 junio 1994).

Por tanto, esta intervención sólo puede llevarse a cabo cuando venga acordado así por orden judicial, y sólo para supuestos de terrorismo.

687 STS 538/1997 de 23 abril, FD 7º.

Ya dijo el TC⁶⁸⁸ que las comunicaciones entre el interno y su abogado o procurador están sometidas al régimen especial del art. 51.2 de la LOGP “cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario”.

A lo dicho, añade que “esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 - régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1- y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de "orden de la autoridad judicial" y "supuestos de terrorismo", que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales”.

Y concluye el TC diciendo que “dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la L.O.G.P. autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

Por tanto, como vemos, partiendo de la actual redacción del art. 51.2 de la LOGP, “la injerencia estatal en la esfera el secreto de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores sólo puede darse por orden judicial y en casos de terrorismo”. Este precepto “vendría a consagrar una excepción que está justificada en el terrorismo y esa excepción no puede contagiarse al resto del sistema. No puede quedar a la discrecionalidad del Juzgado o Tribunal de turno decidir qué delitos, por graves que sean, pueden merecer una injerencia semejante, ni con el aval de orden judicial, ni sin él”⁶⁸⁹.

688 STC 183/1994, de 20 de junio, FD 5º.
689 J. NISTAL MARTÍNEZ, *op cit.*

De todas formas, Mestre Delgado decía que “la investigación de un delito no puede quebrar, por vía indirecta, la eficacia del derecho a no declarar contra uno mismo”. Y, es que, añade que en muchas ocasiones “las pruebas decisivas para la demostración de la responsabilidad de una persona son las que él mismo proporciona sin saberlo”, como es el caso de sus propias conversaciones que puede mantener en la confianza de la vigencia del derecho constitucional al secreto de sus comunicaciones⁶⁹⁰.

Ahora bien, otra cosa es que el propio abogado pudiera estar colaborando en la comisión del delito, o sea persona investigado.

Si se entiende -motivadamente- que el abogado pudiera estar colaborando en las presuntas actividades delictivas de su cliente, Ramón C. Pelayo⁶⁹¹ considera posible la grabación de las conversaciones si concurren varios requisitos según la jurisprudencia del TEDH⁶⁹²:

“a) En primer lugar, es necesaria la existencia de una previsión legal específica y concreta dado que no sólo se trata de una intromisión en el derecho a la intimidad sino un atentado al principio de confidencialidad y secreto profesional que afecta, directamente, al derecho de defensa (...)”.

“b) La orden judicial debe ir acompañada de una serie de garantías específicas y efectivas que aseguren el mínimo menoscabo de los principios en juego, puesto que, de otra manera, se atentaría a la correcta administración de justicia y contra el art. 24 CE y art. 6 del Convenio Europeo de derechos humanos”.

“c) Debe existir una necesidad imperiosa, adecuadamente exteriorizada, que justifique la proporcionalidad de la medida con el fin perseguido (...)”.

“d) Pero, además, en todo caso, previamente a cualquier intervención en estos supuestos, debe comunicarse al abogado y a su cliente la imputación de aquél, de tal

690 Vid. E. MESTRE DELGADO, “La intimidad, devaluada frene a la investigación de delitos”, *Diario La Ley*, nº 8085, 17 de mayo de 2013.

691 R. C. PELAYO JIMÉNEZ, “Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.795/2010, p.5

692 Vid. STEDH de 16 de diciembre de 1992 (caso Niemietz contra Alemania); STEDH de 25 de marzo de 1998 (caso Kopp contra Suiza).

forma que puedan adoptar las medidas necesarias, no solo para salvaguardar el derecho a la defensa sino, también, para evitar un posible conflicto de intereses, dándoles, así, la oportunidad, de poner fin a su relación profesional y encargar a otros abogados la defensa de sus intereses”.

Naturalmente, sigue diciendo este autor, estos requisitos han de complementarse con los restantes requisitos exigidos por la LECr.

Por otra parte, también es posible que el abogado pueda ser investigado procesalmente con independencia de la relación profesional que pueda tener con sus clientes. En este caso no cabe duda de que puede ser sujeto pasivo de la intervención de sus comunicaciones, siempre y cuando se cumplan los requisitos que están previstos en la LECr para ello. Ahora bien, “la intromisión legítima debe especificar, de manera clara, que la intervención sólo puede referirse a los hechos investigados sin que en modo alguno pueda intervenir documentos, comunicaciones o conversaciones del abogado «sospechoso» con clientes ajenos a su supuesta actividad delictiva”⁶⁹³

693 Ramón C. Pelayo, “Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa”, Actualidad Jurídica Aranzadi num.795/2010, p.6

CONCLUSIONES

1. Entendemos que la protección de los derechos fundamentales por parte del legislador, en relación a la utilización de medidas de investigación tecnológica para la averiguación de los delitos, ha pasado en España por cuatro fases diferentes a lo largo de nuestra actual era democrática.

a) En un primer periodo, que llegó hasta finales de la década de los ochenta, las previsiones legislativas eran tan exiguas como ineficaces los intentos de integración analógica a partir de una normativa legal apenas reducida a la escueta regulación de las intervenciones telefónicas y poco más.

Afortunadamente la explosión de las nuevas tecnologías no era aún lo fulgurante que muy pronto llegaría a ser, pero las llamadas de atención por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional, sobre la exigencia de *interpositio legislatoris*, ya empezaban a oírse.

b) A partir de la década de los noventa se produce una expansión sin precedentes de las nuevas tecnologías que deja más a descubierto muchos ámbitos de libertad e intimidad y más en evidencia los vacíos normativos de nuestra legislación. Se hacía cada vez más necesaria una base legal para cada una de las medidas de investigación tecnológica, una base legal que también fuera suficiente. La globalización tecnológica se había acelerado.

c) El tercer periodo se inicia con la reacción legislativa protagonizada por la reforma de la LECR de 2015, que trajo consigo una pléyade de garantías de los derechos fundamentales frente a este tipo de medidas restrictivas de carácter tecnológico. Esta reforma supuso un punto de llegada a esa especie de travesía del desierto que habíamos recorrido y un punto de partida para esta Tesis doctoral. Con la reforma aumenta significativamente la seguridad jurídica y, desde la perspectiva que nos ofrecen estos seis años transcurridos, podemos ya calificarla como una reforma exitosa.

d) En noviembre de 2020 se hace público el Proyecto de reforma de la LECR, con el que se pretenden introducir grandes cambios estructurales en nuestro sistema procesal y en el que se vuelven a regular todas estas medidas de investigación tecnológica. Todavía es pronto para valorar si nos encontramos ante un cuarto periodo o ante un simple amago. Todo dependerá lógicamente del devenir de esta normativa en los próximos meses y años, aunque sí podemos adelantar, en relación al objeto de esta Tesis, que las transformaciones vendrán más determinadas por los cambios estructurales generales que por las reformas específicas de las concretas medidas de investigación tecnológica.

2. Considerando que la Constitución española distingue entre el derecho a la intimidad (art. 18.1) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), la captación y grabación de comunicaciones orales directas tendría quizá mejor encaje dogmático en el 18.1 CE, al no concurrir ni distancia entre los interlocutores ni comunicación a través de artefacto técnico alguno. Sin embargo, teniendo en cuenta lo contradictorio e inoperante que sería que la captación de una conversación oral, en el caso de bandas armadas o elementos terroristas, quedase fuera del ámbito de aplicación del art. 55.2 de la CE y no así cuando se tratase, por ejemplo, de una comunicación telefónica, fue resultando conveniente establecer la conexión de la captación de comunicaciones orales directas con el art. 18.3 de la CE, que ha sido el criterio que poco a poco se ha ido consolidando en la jurisprudencia.

3. Algo confusa o incompleta ha quedado la rúbrica del Título VIII (“De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”), en el sentido de que las medidas de investigación tecnológica no sólo conllevan una limitación de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, sino que también involucran, como hemos visto a lo largo de la Tesis, a otros derechos fundamentales (v. gr., art. 17.3, art. 24, etc.).

4. Algunos de los que veníamos denominando ámbitos modulados del principio constitucional de intervención indiciaria (por ejemplo, la llamada restricción inevitable), han sido traídos con acierto al plano de legalidad, ganándose con ello seguridad jurídica.

5. Esta Tesis ha tenido por objeto el análisis de las medidas de investigación tecnológica, lo que deja fuera de su ámbito de estudio, por ejemplo, los casos en que un agente simplemente oye una conversación privada mantenida por dos personas a su alrededor, sin grabarla ni utilizar micrófonos direccionales o artificio técnico alguno, para lo que, por cierto, tampoco necesitará autorización judicial, al no desplegar conducta prospectiva alguna.

6. La captación de imágenes puede ser una medida complementaria a la grabación de las comunicaciones orales, pero requiere una habilitación judicial adicional. No se debe confundir esta captación complementaria de imágenes con la medida restrictiva consistente en la “utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen”, regulada en el Capítulo VII del Título VIII del Libro II de la LECr, que tiene un régimen jurídico diferente.

7. Una intervención tecnológica autorizada tampoco habilita para la entrada en un domicilio donde se encuentre, por ejemplo, el ordenador que se pretende intervenir. Si para la ejecución de la medida es preciso entrar en un domicilio, la Policía deberá ir provista de una autorización judicial específica. Esta resolución también especificará los lugares concretos de la vivienda donde puede llevarse a cabo la intervención.

8. No está prevista en la LECR la eliminación de los datos y grabaciones en poder de las partes, sino solo la eliminación de los archivos policiales y judiciales. Nada dice la norma sobre las otras partes intervinientes (fiscal, abogado defensor, abogado del Estado, acusaciones particular o popular), que bien podrían conservar esta documentación. Entendemos que el Juez debería disponer también la destrucción de los registros que se encuentren en poder de las partes o de la Fiscalía.

9. La referencia a los “delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación” para autorizar la medida de intervención telefónica es poco precisa y puede generar inseguridad jurídica. Se requiere un adicional esfuerzo motivador por parte del Juez.

10. La LECR establece, con carácter general, un sistema de plazos para que prevalezca el principio de proporcionalidad en su dimensión temporal, estableciendo como cláusula de cierre el principio general, unas veces positivado y otras no necesariamente, según el cual ninguna medida restrictiva de derechos fundamentales nunca puede exceder el tiempo imprescindible para la realización de las actuaciones tendentes a la averiguación del delito y al esclarecimiento de los hechos.

11. El tratamiento que hace la LECR en relación al tema del secreto de las actuaciones judiciales también nos parece un acierto. Las medidas de investigación que estudiamos se ejecutarán en una pieza separada y secreta. No obstante, una vez finalizada la intervención se dará traslado de lo actuado a todas las partes, por lo que sus derechos no se verán afectados.

12. Considérese, en relación a la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, que se regula esta medida en la LECr como una medida de investigación y no de prevención. No se activa en este caso la garantía constitucional de la reserva judicial, pero sí otros indicadores de constitucionalidad que siempre deben ser observados por los agentes actuantes, como el principio constitucional de proporcionalidad, que actúa como garantía frente a seguimientos o intervenciones desproporcionadas, o el principio constitucional de intervención indiciaria, que es una garantía frente a seguimiento indiscriminados.

13. La idea de que no existe intimidad en la vía pública no es enteramente cierta. La captación de la imagen en lugares o espacios públicos puede llegar a afectar a los derechos fundamentales del art. 18 de la CE. Dependerá del alcance de la captación, de los medios utilizados, del uso que se dé a esas grabaciones, etc.

14. Los derechos fundamentales afectados por la utilización de balizas de seguimiento son, esencialmente, el derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE) y la libertad deambulatoria (art. 19 CE). Si la baliza de seguimiento se coloca sobre un vehículo (un camión o un yate, por ejemplo), con la única finalidad de controlar el destino de un cargamento de mercancías, no quedarían en principio involucrados derechos fundamentales, salvo de los conductores o tripulantes, si fuese el caso.

15. La autorización para intervenir las comunicaciones a través de un determinado terminal telefónico no autoriza para acceder al contenido de la información que pueda encontrarse en el mismo. Se necesitaría para ello una autorización judicial específica.

16. Cuando se es requerido por la Policía para la exhibición del contenido de un terminal o dispositivo de almacenamiento, el consentimiento del titular del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), que no tiene por qué coincidir con el titular del derecho a la propiedad (art. 33 CE), es relevante, salvo que se trate de un consentimiento viciado.

17. Las conversaciones abogado-cliente son inviolables. En ningún caso puede autorizarse su intervención, salvo que el propio abogado sea objeto de investigación, en calidad de investigado, por el delito para el que se haya acordado dicha medida.

18. El PLECr introduce grandes cambios estructurales en el proceso, empezando por la dirección de la instrucción por parte del Fiscal, sin perjuicio de que sea necesaria la autorización del Juez de Garantías para la ejecución de medidas de investigación que afecten a derechos fundamentales. Pero, como decíamos antes, realmente el PLECr no incorpora grandes novedades en relación con las medidas de investigación tecnológica, únicamente retoques puntuales que hemos ido analizando a lo largo de esta tesis.

19. En el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales directas el criterio que sigue la LECr para la salvaguarda del principio de proporcionalidad no es el de establecer un plazo de duración, sino el de limitar la intervención restrictiva “a uno o varios encuentros concretos y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”.

A lo largo de esta tesis hemos analizado toda la problemática que encierra este complicado criterio. La autorización judicial de la medida debe indicar los encuentros concretos a intervenir, porque el criterio que sigue la LECr es, como decimos, el de determinar los encuentros que van a intervenir, aunque estos puedan concretarse en relación con un determinado espacio de tiempo.

La jurisprudencia constitucional (*vid.* STC 99/2021) viene considerando que, cuando por las circunstancias de la investigación no sea posible precisar con exactitud el

momento del encuentro, las garantías de los intervenidos quedarán salvaguardadas por la determinación en la resolución judicial del lugar (concreción locativa), de los sujetos (concreción subjetiva) y de varios encuentros concretos entre dichos sujetos que previsiblemente tendrán lugar en un lapso de tiempo (concreción temporal). Ahora bien, la posibilidad de delimitar la medida fijando un plazo debe ser considerada excepcional y no general, solamente para los casos en que no se pueda prever con exactitud el momento en que se producirán esos encuentros. Lo importante es que la intervención de las comunicaciones orales no pueda ser calificada de “general o indiscriminada”.

Por otra parte, la conversación intervenida puede estar compuesta por uno o por varios encuentros. La obligación de *desactivar* los dispositivos de escucha no será exigible, según el TC, al terminar cada conversación sino al finalizar la serie de encuentros a los que se dirigía la medida de investigación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR DE LUQUE, L., “Los límites de los Derechos Fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 14, enero-abril 1993.

ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, 8ª Ed.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2018, 13ª ed., p. 472.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Manual de Derecho Constitucional* (vol. II), Coord. F. BALAGUER CALLEJÓN, Tecnos, Madrid, 2018.

BATUECAS CALETRÍO, A., “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, *Derecho Privado y Constitucional*, Nº 29, enero diciembre 2015.

BELLIDO PENADÉS, R., “*La captación de comunicaciones orales directas de imágenes y su uso en el proceso penal (propuesta de reforma)*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

BUENO DE MATA, F., “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 8627, 19 de octubre de 2015.

DE LAS HERAS VIVES, L., “El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, nº 8, feb. 2018.

DEL MORAL GARCÍA, A., “La intervención de las comunicaciones en centros penitenciarios”, *Diario La Ley*, N.º 7573, 21 de febrero de 2011.

DÍAZ REVOIRO, F. J. “Art. 18.3”, *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ CABIALE, J. A. y R. MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Cívitas, Madrid, 2001, p. 190

DÍAZ MARTÍNEZ, M. “La Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *La nueva reforma procesal penal, derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ELVIRA PERALES, A. “Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, *Iustel*, Madrid, 2007.

GARCÍA MARCOS J. y J.I. ZARAGOZA TEJADA, “Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación preliminar”. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 2/2021.

GARCÍA MIGUEL, S. “El uso de las nuevas tecnologías en la lucha contra la delincuencia especializada”, *La Ley Penal*, nº 142, enero-febrero 2020.

GÓMEZ SIERRA, P. L. “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de quipos informáticos”, *La Ley Privacidad*, nº 7, Primer trimestre de 2021.

GÓMEZ SOLER, E. “La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Cuando la practica forense no puede esperar”, en *La*

nueva reforma procesal, derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GOYENA HUERTA, J. “La interceptación de conversaciones abogado-cliente en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2017.

HUETE NOGUERAS J. J., “La regulación de las medidas de investigación tecnológica. Análisis de los aspectos referentes a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 2, 2016.

JIMÉNEZ CAMPO, J. “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, nº 20, mayo agosto 1987.

JIMÉNEZ SEGADO, C. Y PUCHOL AIGUABELLA, M., “Las medidas de investigación tecnológica limitativas de los derechos a la intimidad, la imagen, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos”, *Diario La Ley*, nº 8676, 7 de enero de 2016.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”, *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)* nº 24 (febrero 2017).

– – “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley”. *Revista de Derecho Político*, núm. 98, enero-abril 2017.

– – “El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de sistemas informáticos”, capítulo publicado en la monografía titulada “*La nueva reforma procesal penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

LUÍS GARCÍA, E. de “El derecho de defensa en el proceso penal: significado y manifestaciones en la jurisprudencia constitucional”, *Diario La Ley*, nº 9215, 2018.

LLORENTE DE PEDRO, P. A., “Las diligencias policiales en la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Penal*, nº118, enero-febrero 2016.

NOYA FERREIRO, M.L., *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MAGRO SERVET, V., “El valor probatorio de la localización de pruebas incriminatorias en un domicilio por uno de sus moradores”, *Diario La Ley* nº 9085, 21 de noviembre de 2017.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

MARTÍN MORALES, R., *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.

– – “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”, *Diario La Ley*, nº 6079, 6 de septiembre de 2004.

– – *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Editorial Comares, Granada, 2015.

MATIA PORTILLA, F.J., “Art. 18.2”, *Comentario a la Constitución Española, Tomo I, 40 aniversario 1978-2018*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

MESTRE DELGADO, E., “La intimidad, devaluada frene a la investigación de delitos”, *Diario La Ley*, nº 8085, 17 de mayo de 2013.

MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho Constitucional*, (vol. II), Coord. F. BALAGUER CALLEJÓN, Tecnos, Madrid, 2018.

MUÑOZ CUESTA, J., “Distinto grado de protección constitucional en las medidas de investigación tecnológica” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 971/2021.

MELÓN RUÍZ, A. (coord.), *Memento Práctico Procesal Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019

NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016.

NISTAL MARTÍNEZ, J., “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, *Diario La Ley*, N.º 7383, 19 de abril de 2010.

ORDUNA NAVARRO, B., “Intervención de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Alcance de la reforma de la LECrim. LO 13/15 de 5 de octubre”, *La Ley* 3407/2018.

PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, año 12, enero-abril 1992.

PAUNER CHULVI, C., “La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015.

PELAYO JIMÉNEZ, R.C., “Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.795/2010.

PORTAL MANRUBIA, J., “La incorporación de los dispositivos de almacenamiento masivo en el procedimiento penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2/2019.

RALLO LOMBARTE, A., “El nuevo derecho de protección de datos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 45-74, 2019.

REYES LÓPEZ, J.I., “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 4/2016, Ed. Aranzadi, 2016

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización” *Diario La Ley*, núm. 8808, 2016.

– – *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

ROBERT ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril 2011.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L., “Artículo 18.4”, *Comentario a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018, Tomo I*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “SITEL: nuevas tendencias, nuevos retos”, *Diario La Ley*, Nº 8082, 14 de mayo de 2013.

– – “Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 9416, 16 de mayo de 2019.

– – “Sobre la necesaria indicación en la resolución judicial habilitante de los indicios racionales en que se funda una medida de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 9620, 24 de abril de 2020.

– – “Dimensión témporo espacial de la grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 9825, 8 de abril de 2021.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su Parte General”, (SP/DOCT/19834) *Editorial Jurídica SEPIN*, enero 2016.

SÁNCHEZ-MORALEDA VÍLCHEZ, N., “Atentados yihadistas y nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 8932, 2 de marzo de 2017.

SANCHEZ CRESPO, C., “Puesta al día de la instrucción penal: la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, *La Ley Penal*, nº 125, marzo-abril 2017.

SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Bosh-Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

VELASCO NÚÑEZ, E., “Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal”, *Diario La Ley*, Nº 8595, 1 de septiembre de 2015.

– – *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepín, Madrid, 2016.

– – “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, coord. J. I. ZARAGOZA TEJADA, Aranzadi, Navarra, 2017.

VIDAL MARÍN, T. y RUIZ DORADO, M., “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.9/2016.

VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., “La diligencia de entrada y registro”, *Diario La Ley*, nº 9353, de 7 de febrero de 2019.

ZOCO ZABALA. C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Thomson Reuters-CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2015.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 25/1981, de 14 de julio de 1981

STC 47/1983 de 31 mayo

STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984

STC 48/1984 de 4 de abril

STC 114/1984 de 29 noviembre

STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985

STC 196/1987, de 11 de diciembre

STC 199/1987 de 16 diciembre

STC 23/1989 de 2 de febrero

STC 254/1993, de 20 de julio de 1993

STC 183/1994, de 20 de junio de 1994

STC 95/1995 de 19 de junio

STC 170/1996 de 29 de octubre

STC 175/1997 de 27 de octubre

STC 200/1997 de 24 de noviembre

STC 225/1997 de 15 de diciembre

STC 228/1997 de 16 diciembre

STC 11/1998 de 13 enero

STC 41/1998 de 24 febrero

STC 81/1998 de 2 abril

STC 94/1998 de 4 mayo

STC 18/1999 de 22 febrero

STC 49/1999 de 5 abril

STC 69/1999 de 26 abril

STC 94/1999 de 31 de mayo

STC 144/1999 de 22 julio

STC 166/1999 de 27 septiembre

STC 171/1999 de 27 septiembre

STC 202/1999 de 8 noviembre

STC 115/2000, de 5 de mayo

STC 126/2000 de 16 mayo

STC 292/2000 de 30 de noviembre

STC 299/2000 de 11 diciembre

STC 81/2001 de 26 marzo

STC 139/2001, de 18 de junio de 2001

STC 174/2001 de 26 julio

STC 4/2002 de 14 de enero

STC 70/2002 de 3 abril

STC 100/2002 de 6 mayo

STC 154/2002 de 18 julio

STC 167/2002 de 18 septiembre

STC nº 14/2003 de 28 de enero

STC 22/2003 de 10 de febrero

STC 127/2003 de 30 de junio

STC 184/2003, de 23 de octubre

STC nº 35/2004 de 8 de marzo

STC 165/2005 de 20 de junio

STC 26/2006 de 30 enero

STC 89/2006 de 27 marzo

STC 104/2006, de 3 abril

STC 239/2006 de 17 de julio

STC 236/2007 de 7 noviembre

STC 220/2009 de 21 diciembre

STC 134/2010

STC 9/2011 de 28 de febrero

STC 173/2011 de 7 de noviembre

STC 191/2011 de 12 diciembre

STC 12/2012 de 30 de enero

STC 96/2012 de 7 mayo

STC 115/2013 de 9 mayo

STC 170/2013 de 7 octubre

STC 176/2013 de 21 de octubre

STC 145/2014 de 22 de septiembre

STC 18/2015, de 16 de febrero

STC 54/2015 de 16 marzo

STC 272/2017 de 18 abril

STC 133/2018 de 13 de diciembre

STC 25/2019 de 25 de febrero

STC 99/2021, de 10 de mayo

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 22/1984, de 17 de febrero

STS 1038/1994 de 20 mayo

STS 1762/1994 de 11 octubre

STS 207/1996 de 16 diciembre

STS 538/1997 de 23 abril

STS 900/2000 de 28 julio

STS 763/2000, de 8 de mayo

STS 453/2001 de 16 de marzo

STS 1078/2001 de 8 junio

STS 1377/2001 de 11 julio

STS 2026/2001 de 28 noviembre

STS 255/2002 de 4 de julio

STS 1235/2002 de 27 junio

STS 327/2003 de 25 de febrero

STS 83/2005 de 18 de febrero

STS 1241/2005 de 27 octubre

STS 26/2006, de 30 de enero

STS 151/2006 de 20 de febrero

STS 218/2007 de 5 marzo

STS 250/2009 de 13 marzo

STS 1066/2009 de 4 noviembre

STS 1215/2009 de 30 diciembre
STS 680/2010 de 14 julio
STS 1094/2010 de 10 diciembre
STS 246/2011 de 14 abril
STS 293/2011 de 14 abril
STS 412/2011 de 11 mayo
STS 316/2011 de 6 de abril
STS 385/2011 de 5 mayo
STS 293/2011 de 14 abril
STS 79/2012 de 9 febrero
STS 393/2012 de 29 mayo
STS 426/2012 de 4 de junio
STS 509/2012 de 19 de junio
STS 616/2012 de 10 julio
STS 722/2012 de 2 octubre
STS 777/2012 de 17 octubre
STS 143/2013, de 28 de febrero
STS 309/2013 de 1 abril
STS 342/2013 de 17 abril
STS 419/2013 de 14 mayo
STS 945/2013 de 16 diciembre
STS 7/2014 de 22 enero
STS 145/2014 de 22 de septiembre
STS 409/2014 de 21 mayo

STS 513/2014 de 24 de junio
STS 706/2014 de 22 octubre
STS 841/2014 de 9 diciembre
STS 852/2014 de 11 de diciembre
STS 97/2015 de 24 de febrero
STS 747/2015 de 19 noviembre
STS 786/2015 de 4 diciembre
STS 204/2016, de 10 marzo
STS 329/2016 de 20 abril
STS 373/2016 de 3 mayo
STS 610/2016 de 7 julio
STS 650/2016 de 15 julio
STS 714/2016 de 26 septiembre
STS 912/2016 de 1 diciembre
STS 993/2016 de 12 enero
STS 912/2016 de 1 diciembre
STS 71/2017 de 8 febrero
STS 85/2017 de 15 febrero
STS 106/2017 de 21 febrero
STS 154/2017 de 10 de marzo
STS 200/2017, de 27 marzo
STS 250/2017, de 5 abril
STS 272/2017 de 18 de abril
STS 669/2017 de 11 de octubre

STS 15/2018 de 16 enero

STS 113/2018 de 12 de marzo

STS 311/2018 de 27 de junio

STS 369/2018 de 16 enero

STS 399/2018 de 12 de septiembre

STS 489/2018 de 23 octubre

STS 158/2019 de 26 de marzo

STS 402/2019, de 12 de septiembre

STS 462/2019 de 14 octubre

STS 634/2019, de 19 de diciembre

STS 634/2019, de 19 de diciembre

STS 55/2020, de 18 de febrero

STS 113/2020, de 11 de marzo

STS 141/2020 de 13 mayo

STS 159/2020, de 18 de mayo

STS 311/2020, de 15 de junio

STS 317/2020, de 15 de junio

STS 455/2020, de 15 de septiembre

STS 463/2020, 21 de septiembre

STS 494/2020, de 8 de octubre

STS 596/2020 de 11 de noviembre

STS 569/2020, de 30 de octubre

STS 655/2020, de 3 de diciembre

STS 676/2020 de 11 de diciembre

STS 718/2020, 28 de diciembre

STS 727/2020 de 3 de marzo

STS 84/2021, de 3 de febrero

STS 291/2021, de 7 de abril

STS 375/2021, de 5 de mayo

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 5 febrero 2008

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 6 de septiembre de 1978, Caso Klass y otros contra Alemania

STEDH de 25 de marzo de 1983, Caso Silver y otros contra Reino Unido

STEDH de 2 de noviembre de 1991, Caso S. contra Suiza

STEDH de 16 de diciembre de 1992, caso Niemietz contra Alemania

STEDH de 16 de octubre de 2001, Caso Brennan contra Reino Unido

STEDH de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia

STEDH de 5 de octubre de 2006, Caso Marcello Viola contra Italia

STEDH de 13 de marzo de 2007, Caso Castravet contra Moldavia

STEDH de 3 de abril de 2007, Caso Copland contra Reino Unido

STEDH de 2 de septiembre de 2010, Caso Uzun contra Alemania.

STEDH de 27 mayo 2014, caso De La Flor Cabrera contra España

STEDH de 16 de junio de 2016, Caso Versini-Campichi y Crasnianski c. Francia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 18 de mayo de 1982-Asunto 155/79, AM & S Europe Limited.