



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado Abogacía y Práctica Jurídica

Análisis de la regulación y jurisprudencia actual de las
Diligencias de Investigación en el Proceso Penal y la
actuación de la Policía Judicial, en particular, la intervención
de las nuevas modalidades de comunicaciones personales.

Autor:

José Antonio García Borrego

Directores:

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. Tomás Fernández Villazala

Dr. D. Andrés Pacheco Guevara

Murcia, mayo 2017



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado Abogacía y Práctica Jurídica

Análisis de la regulación y jurisprudencia actual de las
Diligencias de Investigación en el Proceso Penal y la
actuación de la Policía Judicial, en particular, la intervención
de las nuevas modalidades de comunicaciones personales.

Autor:

José Antonio García Borrego

Directores:

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. Tomás Fernández Villazala

Dr. D. Andrés Pacheco Guevara

Murcia, mayo 2017



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. José María Caballero Salinas, Dr. D. Tomás Fernández Villazala y el Dr. D. Andrés Pacheco Guevara como Directores de la Tesis Doctoral titulada “Análisis de la regulación y jurisprudencia actual de las Diligencias de Investigación en el Proceso Penal y la actuación de la Policía Judicial, en particular, la intervención de las nuevas modalidades de comunicaciones personales” realizada por D. José Antonio García Borrego en el Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 15 de mayo de 2017.

Fdo.- José M^o Caballero Salinas.- Fdo.- Tomás Fernández Villazala.- Fdo.- Andrés Pacheco Guevara.-

UCAM



EIDUCAM
Escuela Internacional
de Doctorado

RESUMEN

Esta tesis tiene como finalidad analizar las medidas de investigación que se utilizan en el Proceso Penal, en general y, en particular, la investigación de todas las formas de comunicaciones personales, con especial atención a las comunicaciones telefónicas y a las realizadas a través de internet.

Cuando se ha realizado el estudio de cada una de estas medidas de investigación, se ha profundizado en la forma de actuación de la Policía Judicial, con el objeto de que sus intervenciones se realicen dentro de los requisitos exigidos por la legislación y la jurisprudencia.

Para ello, se ha optado por la división en cuatro Títulos, en donde se analizan diversos aspectos. En el primero de ellos se hace un dibujo del sistema de Policía Judicial en España, en el segundo se citan y definen los principales medios de investigación realizados por la Policía Judicial en la fase instructora, diferenciándolos de los medios de prueba que se realizan en esa fase, la prueba preconstituida y anticipada.

En el Título tercero se hace un recorrido por la jurisprudencia relacionada con las intervenciones de las comunicaciones, poniendo especial interés en la intervención telefónica como paradigma de intervención de las comunicaciones. En este mismo Título se hace un estudio de las nuevas técnicas de investigación tecnológica introducidas en la legislación española por 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.

En el último Título se obtienen las conclusiones del estudio y se realiza algunas propuestas de mejora tanto del sistema español de Policía Judicial, como de la legislación procesal, todo ello con el horizonte puesto para mejorar la herramientas de lucha contra las formas de criminalidad que utilizan las nuevas tecnologías para su propósito, en particular el terrorismo y la ciberdelincuencia que serán fuente de la mayoría de los problemas de seguridad que tendremos que abordar en las próximas décadas.

Palabras clave: Policía Judicial, intervención de las comunicaciones, medios tecnológicos de investigación, prueba anticipada, prueba preconstituida, hacker legal, prueba pericial de inteligencia, whatsapp, correo electrónico.

ABSTRACT

The aim of this doctoral thesis is to analyze the investigative (better than research) measures* used in the Criminal Procedure in general and, in particular,

the investigation of all forms of personal communications, with special attention to telephone communications and those carried out through the Internet.

When the study of each of these investigative measures (or methods) has been carried out, it has been done by deepening in the way that Judicial Police performs its functions in this area, in order to ensure that its interventions are carried out in accordance with the requirements established by law and jurisprudence.

For that, the doctoral thesis has been divided into four Titles, in which different aspects are analyzed. In the first one, is made a drawing of the Spanish Judicial Police system. In the second one, the main means of investigation used by the Judicial Police in the pretrial (pre-trial) stage are defined and highlighted, differentiating them from the means of evidence of this stage, the pre-trial evidence and the in-advance proof.

In the third Title, a review of the jurisprudence related to the interventions of the communications is made, putting special interest in telephone tapping as paradigm of interception of the communications. In this title is also included a study of the new techniques skills or methods of technological investigation introduced in the Spanish legislation by the "Organic Law 13/2015, of October 5, amending the Criminal Procedure Law to strengthen procedural guarantees and regulate technology-related investigation measures".

In the last Title are the conclusions of the study and some proposals of improvement are made, both for the Spanish system of Judicial Police and for the procedural legislation, all of this with the horizon to improve the tools used to combat the forms of crime that use new technologies for their purpose, in particular terrorism and cybercrime, which will be the source of most of the security problems we will have to tackle in the coming decades.

Key words: Judicial Police, interception of communications, technological means of investigation, in-advance proof, pre-trial evidence, legal hacker, expert intelligence testimony, whatsapp, e-mail.

AGRADECIMIENTOS

A mi hijo David que a sus quince años me ha enseñado que la tenacidad no tiene límites.

A su madre Bella que me alumbra y me acompaña a todas horas.

A mi padre Juan Cruz que me ha enseñado que el camino de la vida es una adaptación continúa a las circunstancias para seguir mejorando.

A mis Directores de Tesis los doctores D. José María Caballero Salinas, D. Tomás Fernández Villazala y D. Andrés Pacheco Guevara por su valentía en acoger mi proyecto y sus enseñanzas e indicaciones a lo largo de estos años.

IN MEMORIAN:

A mi madre Providencia por su permanente apoyo y consuelo que cada día tengo presentes y por la mejor herencia que nos dejó, su ejemplo de *AMOR*.

ÍNDICE

ÍNDICE DE FIGURAS, DE TABLAS Y DE ANEXOS	15
SIGLAS Y ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	21
Título I - LA POLICÍA JUDICIAL	29
1.1. La Policía Judicial, Evolución y Concepto	29
1.2 Funciones de la Policía Judicial, en concreto la función de investigación en el Proceso Penal	32
1.3. Clases de Policía Judicial.....	37
1.3.1. Policía Judicial Genérica.....	37
1.3.2. Policía Judicial Específica.....	39
1.4. Dependencia de la Policía Judicial.....	40
1.4.1. Dependencia Orgánica	41
1.4.2. Dependencia Funcional.....	41
1.5. Composición de La Policía Judicial	43
1.5.1. La Guardia Civil	44
1.5.2. La Policía Nacional.....	46
5.1.3. Otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad	49
Policía Autónoma Vasca.	49
Policía Autónoma de Cataluña.	51
Título II - LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN	65
2.1. Introducción.....	65
2.2. El principio de proporcionalidad en los actos de investigación.....	71
2.3. Las Diligencias de Investigación, la prueba anticipada y la prueba preconstituida.....	74
2.3.1. Los actos de instrucción	74
2.3.2. La Prueba Sumarial Anticipada	81
2.3.3. La Prueba Preconstituida	87
2.4. Algunos ejemplos de las diligencias de investigación:	91
2.4.1. El agente encubierto informático	91

2.4.2. La Inspección Ocular	102
2.4.3. Las Declaraciones testificales en sede policial.....	109
2.4.4. La alcoholemia.....	112
2.4.5. La circulación y entrega vigilada.	116
2.4.6. La rueda de reconocimiento y fotográfico	119
Título III – LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA	131
Capítulo I: La intervención de las comunicaciones.....	131
3.1.1. Concepto.....	131
3.1.2. Derechos fundamentales afectados	134
3.1.3. Requisitos para su adopción.....	140
3.1.4. Jurisprudencia.....	162
3.1.5. La prueba ilícita y prueba prohibida	182
3.1.6. La doctrina de la teoría del fruto del árbol envenenado	184
3.1.7. La doctrina de la desconexión de la antijuridicidad	187
3.1.8. Las Pruebas Irregulares o Anulables.....	188
Capítulo II: Especial referencia a la intervención telefónica	191
3.2.1. Concepto.....	191
3.2.2. Presupuestos	193
3.2.3. Ámbito.	194
3.2.4. Afectación a tercero.....	195
3.2.5. Solicitud de autorización judicial.....	196
3.2.6. Control de la medida.	198
3.2.7. Acceso de las partes a las grabaciones.	198
3.2.8. Modalidades de intervención telefónica hasta el momento.....	199
3.2.9. Especial referencia al correo electrónico	202
3.2.10. El whatsapp:.....	206
3.2.11. Otras posibilidades de investigación de la Policía Judicial través de la intervención telefónica.	212
3.2.12. La prueba pericial de inteligencia aplicada a la intervención telefónica.	229
3.2.13. Actuación de la Policía Judicial.....	233
3.2.14. Actuación del Juez de Instrucción.	251
3.2.15. El deber de colaboración de las empresas.	257
3.2.16. La conservación de los datos asociados, especial referencia a la jurisprudencia del tribunal de derechos humanos.....	259
Capítulo III: LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS	265
3.3.1. Concepto y presupuestos:	265
3.3.2- Autorización judicial:	268

3.3.3. Derechos fundamentales afectados	271
3.3.4. Actuación de la Policía Judicial:.....	272
3.3.5. Jurisprudencia.....	276
CAPÍTULO IV: LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN: .	279
3.4.1. Concepto y presupuestos	279
3.4.2. Autorización judicial	283
3.4.3. Derechos fundamentales afectados	288
3.4.4. Actuación de la Policía Judicial	290
3.4.5. Jurisprudencia.....	292
CAPÍTULO V: EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.....	293
3.5.1. Concepto.....	293
3.5.2. Autorización judicial	294
3.5.3. Derechos fundamentales afectados	299
3.5.4. Actuación de la Policía Judicial.....	304
3.5.5. Jurisprudencia.....	306
CAPÍTULO VI: EL REGISTRO REMOTO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS O HACKING LEGAL:	307
3.6.1. Concepto y presupuestos:.....	307
3.6.2. Derechos fundamentales afectados	309
3.6.3. Autorización Judicial	310
3.6.4. Actuación de la Policía Judicial	315
3.6.5. Jurisprudencia.....	321
Título IV – CONCLUSIONES	325
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	347

ÍNDICE DE FIGURAS, DE TABLAS Y DE ANEXOS

FIGURAS:

Figura Número 1 , Organigrama de la Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil.....	46
Figura número 2 , Organigrama de la Comisaría General de Policía Judicial de la Policía Nacional.....	47
Figura número 3 , Ciberdelitos conocidos año 2015	333
Figura número 4 , Detenciones e imputaciones por ciberdelitos en España durante el año 2015.....	334
Figura número 5 , Evolución de hechos conocidos, esclarecidos y detenciones/imputaciones realizadas por ciberdelitos en España periodo 2012-2015	334

TABLAS:

Tabla número 1 , Relación STS relacionadas con la necesidad de regulación legal de la intervención de las comunicaciones.....	170
Tabla número 2 , Relación Sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con el Principio de Especialidad.....	175

ANEXOS:

ANEXO I : Relación de las modificaciones de la LECrim.....	364
ANEXO II : Relación de las Sentencias más significativas utilizadas en la elaboración de la tesis.	371

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ADN	Ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CP	Código Penal
DAVA	Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera
FCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
INCIB	Instituto Nacional de Ciberseguridad de España
INTERPOL	Organización de Policía Internacional
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LPM	Ley Procesal Militar
MF	Ministerio Fiscal
UCO	Unidad Central Operativa de la Policía Judicial GC
UTPJ	Unidad Técnica de Policía Judicial GC
PJ	Policía Judicial
RD	Real Decreto
RDPJ	Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia Tribunal Constitucional

STS	Sentencia Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo por aquello del destino y de la noche a la mañana cambié el cómodo pupitre del aula por la *resbaladiza* tarima de profesor.

De repente me encontré con la necesidad de enseñar lo “*mucho*” que sabía. Sin embargo, tras los cinco primeros minutos de la primera clase me di cuenta la razón que tenía aquél gran filósofo clásico ateniense, considerado como el más sabio de su tiempo, SOCRATES: “*Solo sé que no sé nada*”.¹

Era demasiado tarde, había comenzado el reto más grande de mi existencia, más si cabe cuando un nuevo clásico se cruzó en mi memoria mientras preparaba mi siguiente clase. Esta vez MARCO TULIO CICERÓN me recordaba que “*Una cosa es saber y otra saber enseñar*.”

Sin embargo, esas dificultades de “*entendimiento y de explicaciones*” fueron las que motivaron que organizara y clasificara, la documentación que tenía sobre las actuaciones de la Policía Judicial en el Proceso Penal para intentar plasmarla en negro sobre blanco y de la forma más sencilla posible para que llegara y ayudara al mayor número de compañeros.

Por eso, desde hace muchos años se empezó a fraguar esta tesis cuya motivación fundamental es compartirla con todos aquellos que tienen la obligación de auxiliar a los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en sus funciones de investigación de los delitos y averiguación de los autores de los mismos, la Policía Judicial. En especial, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que con su labor diaria intentan, por un lado, evitar acciones delictivas y, por otro, descubrir las ya cometidas y detener a los presuntos responsables.

Y así ha sido desde mi primera colaboración en la obra “*Las actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal*”, a la que el Doctor D. Pascual SOLIS NAVARRO, amablemente, me invitó a participar. A esta, siguieron mis colaboraciones con uno de mis Directores de Tesis Doctor D. Tomás FERNÁNDEZ VILLAZALA puestas a disposición de los alumnos de la Academia

¹ SOCRATES “*Solo sé que no sé nada*” (en griego clásico ἐν οἶδα ὅτι οὐδὲν οἶδα, hèn oída hótí oudèn oída; en latín scio me nihil scire o scio me nescire)

de Oficiales de la Guardia Civil para su estudio y que citaré a lo largo de esta Tesis, ya que son la base de la misma.

De igual forma he querido orientar esta Tesis a la formación de la Policía Judicial que tantos problemas tiene para disponer de un marco adecuado en el que pintar sus actuaciones, teniendo en cuenta que muchas de ellas no permiten espera y análisis. En tanto y en cuanto ese cuadro sirva, no únicamente para la observación en el museo, sino para poner en práctica sus postulados y servir de guía para dar pasos firmes dentro de ese camino llamado Proceso Penal; este esfuerzo empezado tantos años ha, habrá valido la pena.

En definitiva, se trata de conseguir fijar en primer lugar quienes pueden ser considerados Policía Judicial, qué funciones y dependencias tienen, para luego establecer una guía de actuaciones en algunas diligencias de investigación y, en concreto, aquéllas que afectan a los derechos fundamentales de las personas.

Entre estas, se ha profundizado en las que afectan a las comunicaciones entre las personas mediante el uso de medios técnicos que permiten hacerlo “*a distancia*”, en directo o diferido, pero consiguiendo que un tercero reciba y pueda contestar un mensaje que se le ha enviado.

O como recientemente el TJUE ha definido, la comunicación es “*cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público*”.²

De dichas comunicaciones, emerge un derecho fundamental contenido en el artículo 18.3 de la CE, “*el derecho al secreto a las comunicaciones personales*”, que como no puede ser de otra manera, puede ser limitado con objeto de atender al bien común. Además, también se ve directamente afectado el derecho a la intimidad personal contenido en el artículo 18.1 CE.

Y recordemos que, en estas comunicaciones, no están únicamente las telefónicas, sino que hay que incluir todo tipo de comunicación a través de los medios tecnológicos actuales y futuros que se puedan crear.

Pero además, se estudiarán otras medidas de investigación tecnológica, que aunque no puedan calificarse de actos de comunicación en sentido estricto, han abierto desde hace años un sinfín de posibilidades investigadoras. Tal y como

² Vid Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [(DO 2002, L 108, p. 33)].

afirman muchos autores, la escena del delito se está trasladando de la realidad, a la red. En consecuencia, la Policía Judicial debe cambiar sus medios y métodos de investigación para afrontar esa nueva delincuencia.

Entre estas medidas de investigación de nuevo cuño legal introducidas en la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre se encuentran, además de 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

El momento es, desde mi punto de vista, muy oportuno, pues pasado más de un año de la profunda modificación que ha sufrido la LECrim en esta materia, se pueden empezar a realizar una descripción de las mismas, así como un análisis de su impacto. Pero este estudio, desde luego, quedaría huérfano si no se refiriera a la evolución producida por la Jurisprudencia en este tipo de medios de investigación.

En este sentido se realizará un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional, sin olvidarnos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la Unión Europea. Es precisamente este último, el que en numerosas ocasiones pone *“en jaque”* a los estados miembros o, más bien a sus legislaciones, por vulneración de los derechos fundamentales que se ven afectados.

Uno de estos últimos casos es de diciembre de 2016, en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 21 de diciembre condena a Gran Bretaña y, en consecuencia, obliga a que los Estados miembros regulen en su normativa nacional los requisitos materiales y procedimentales que regulen el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados relacionados con las comunicaciones y el acceso a internet.

Esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea va a suponer un antes y un después en la regulación de los estados miembros relativa a la interceptación de las comunicaciones y el acceso a los datos relacionados para la investigación de delitos.

La metodología de trabajo es la clásica de investigación, cumpliendo el ciclo de la formación del conocimiento: Estudio, reflexión, explicación y conclusión.

En la primera fase de estudio se consultan sobre el particular, sentencias y obras, intentando identificar de unas y otras las más significativas.

Una vez consultadas estas, se realiza un esfuerzo de exegesis y se intenta obtener algún punto de vista controvertido, por un lado. Por otro, los aspectos más importantes de las mismas, intentando buscar su lado práctico, para así poder revelar sus pautas ante una posible actuación de la Policía Judicial.

Producida dicha reflexión, esas ideas se plasman por escrito de la forma más cruda y directa posible pero no exenta de rigor jurídico que la cuestión requiere.

Por último, se obtienen unas conclusiones del punto estudiado donde se intenta resaltar los aspectos más importantes y se hace un resumen especificando las posibles consecuencias de una actuación que se aleje de lo requerido en tal caso.

Todo este esfuerzo de síntesis está destinado a la formación de los alumnos de las Academias de la Guardia Civil y de la Policía, así como de otras fuerzas que realizan funciones de Policía Judicial, con objeto de contribuir a que sus actuaciones se circunscriban al marco legal vigente.

Esta formación es más importante, si cabe, en la mayoría de las medidas de investigación contempladas en esta tesis, que por su propia naturaleza, afectan a los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, la ejecución inadecuada de las mismas puede llevar a la nulidad de las mismas conforme a lo establecido en el artículo 11.1 de la LOPJ.

La Tesis se ha dividido en cuatro Títulos y una introducción. En el **Título I** se hace un dibujo del sistema de Policía Judicial, consignando la organización y funciones de quienes tienen la función de auxiliar a los Jueces y Tribunales en la investigación de delitos.

En el **Título II** se hace una definición y cita de los medios de investigación diferenciándolos de los medios de prueba, en especial, de aquella que se realiza en la fase de instrucción, la prueba preconstituida y anticipada.

En el **Título III**, se encuentra el aspecto central de este estudio, como son los medios de investigación tecnológica, profundizando principalmente en la intervención de las comunicaciones.

Finalmente, en el **Título IV** se hace un extraen unas conclusiones del estudio realizado y se realizan propuestas de mejora.

En el mismo se realizará una apuesta por la necesaria aparición de un nuevo Código Procesal Penal, en el entendimiento que el proceso de mejora de la LECrim a través de modificaciones está definitivamente agotado y que España no puede permitirse el lujo de sufrir disfunciones en las investigaciones y procesamientos de delitos.

Con la publicación de un nuevo Código Procesal Penal que sustituya por completo a la vetusta LECrim se conseguirá, al igual que se ha hecho en el resto de la jurisdicción de un sistema de enjuiciamiento integral carente de incoherencias normativas todavía existentes.

Es incomprensible que después de casi cuarenta años de democracia el legislador no haya otorgado un texto normativo para impartir justicia penal. Se apuesta, tal y como se hacía en varios proyectos que se quedaron en el camino, por la asignación de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal y la aparición de un Juez de Garantías que fiscalice las diligencias que afectan a los derechos fundamentales de las personas.

Además, se realizan unas reflexiones sobre la posibilidad de reforma del sistema policial español, en lo que a las funciones de Policía Judicial se refiere. Reforma que debe contenerse en el Código Procesal Penal pero que necesita de la modificación o, mejor, sustitución de leyes que, aunque postconstitucionales, con cierto recorrido y necesarias de reforma, como la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Título I - LA POLICÍA JUDICIAL

Título I - LA POLICÍA JUDICIAL

1.1. LA POLICÍA JUDICIAL, EVOLUCIÓN Y CONCEPTO

El concepto de Policía Judicial aparece dentro del Título VI “Del Poder Judicial” de nuestra Constitución de 1978 como único órgano colaborador de la Administración de Justicia la Policía Judicial.³

Es en la primera constitución que aparece dicho concepto lo que demuestra la importancia que se le quiso dar a la Policía Judicial para el funcionamiento de la Justicia penal.

Así, dentro del citado Título VI, en su artículo 126 la Constitución asigna a la Policía Judicial las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, bajo la dependencia de los Jueces, la Tribunales y el Ministerio Fiscal.⁴

El auxilio de la policía resulta, frecuentemente, esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, sobre todo, en el proceso penal. En ocasiones, efectivamente, el desarrollo de las actuaciones procesales precisa la utilización de técnicas y métodos policiales o, simplemente, se hace necesario utilizar la fuerza para llevar a término ciertas actuaciones procesales, como capturar la persona a la que se imputa un delito, ponerlo a disposición de los Tribunales, practicar un registro, llevar a cabo las intervenciones de las comunicaciones, en las que la Autoridad Judicial no podría llevarlas a cabo directamente.⁵

³ GRANADOS PÉREZ, ; “Presente y futuro de la Policía Judicial”, Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 4, 1990, pág. 33.k

⁴ SOLIS NAVARRO Y OTROS; Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal. Edita Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2007 (3ª edición), Pág. 24. Estos autores citan a su vez al Profesor PEDRAZ PENALVA; Algunas reflexiones sobre la Policía y Administración de Justicia, I Seminario de colaboración institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de la Policía (actual Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil), Santander, 1989.

⁵ De acuerdo a ORMAZÁBAL SÁNCHEZ; Introducción al Derecho Procesal, 3ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 95.

Este artículo 126 junto con el artículo 104 de la Constitución, en el que se establece la dependencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Gobierno y delimita su misión en cuanto a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y a garantizar la seguridad, suponen un importante avance desde la perspectiva de consolidación del Estado de derecho.⁶

Podemos decir que la Policía Judicial es aquella que presta auxilio y servicios a los Jueces, Magistrados y al Ministerio Fiscal, en todo lo que les sea preciso para la investigación de los delitos y el descubrimiento y detención de sus autores, así como el aseguramiento de los mismos y las pruebas de su intervención.⁷

Otros autores, definen a la Policía Judicial, como *“la unidad especializada encargada de la persecución de determinados delitos considerados graves y el auxilio a la administración de Justicia”*, haciendo referencia únicamente a la Policía Judicial en sentido estricto.⁸

También, se denomina Policía Judicial a aquella que presta auxilio y servicios a los Jueces y Magistrados así como al Ministerio Fiscal, en la averiguación de los delitos, y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, en los términos legalmente establecidos (artículo 547 de la LOPJ y artículo 126 CE)⁹.

GIMENO SENDRA, describe a la Policía Judicial, señalando cuál es su función y bajo qué dependencia va a prestarse la misma, sin crear un colectivo diferenciado o una nueva Policía distinta de las existentes.¹⁰

El artículo 547 de la LOPJ establece que los miembros de la Policía Judicial, en sus cometidos de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento

⁶ BOIX REIG, 1989; Policía y Administración de Justicia, I Seminario de colaboración institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de la Policía (actual Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil), Santander.

⁷ Ver Artículo 126 CE y 547 LOPJ.

⁸ NÚÑEZ IZQUIERDO, F. La policía judicial. El auxilio con la administración de justicia en la investigación criminal 1/3/2012 en noticias.juridicas.com.

⁹ En <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/> pagina consultada 17-1-2017.

¹⁰ GIMENO SENDRA; Introducción al Derecho Procesal (4ª Edición), Editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 222.

del delincuente, dependen funcionalmente de los Jueces, Tribunales o miembros del Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.¹¹

En nuestra Constitución, la Policía Judicial tiene una función que compete, cuando sean requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y a quienes ostenten la condición de autoridad o agentes de la misma.¹²

Corresponde además a la Policía Judicial, la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coacción y ordenare la Autoridad Judicial o Fiscal, como la aprehensión, conducción y custodia provisional de las personas detenidas por orden judicial o Fiscal, y cualesquiera otras que pudieran encomendarle.¹³ O lo que es lo mismo, la Policía Judicial tiene como cometido auxiliar a los Jueces y tribunales competentes en materia penal y al Ministerio Fiscal, siguiendo sus instrucciones, en la investigación de los delitos y la persecución de los delincuentes.¹⁴

Por lo tanto, según la legislación española, cualquier funcionario puede ser Policía Judicial si en un determinado momento auxilian a la Autoridad Judicial y tienen dependencia funcional de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de dicha función.¹⁵

Así se puede observar en la LECrim¹⁶ que el legislador español no quiso crear un “*cuervo*” para realizar estas funciones de auxilio a los Jueces, sino que dejó la puerta abierta a que fuera adjudicándose a distintos funcionarios. Así, se fue realizando en distintas normas, además de la citada LECrim, como la LOPJ, la LOFYCS y el RDPJ.¹⁷

¹¹ Ver Artículo 126 CE y 10 RD 769/1987.

¹² Vid., en este sentido, ALONSO PÉREZ; La investigación Policial, incluido en Los Juicios Rápidos; Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas, DELGADO MARTÍN (Coordinador), Editorial Colex, Madrid, 2002, pág. 32

¹³ GARCÍA ATANCE; Derecho Político II, Universidad Nacional de Educación a Distancia

¹⁴ MARTÍN Y MARTÍN; La instrucción penal, Editorial Pons, Madrid, 2004, pág. 103 a 105.

¹⁵ Prueba de ello es el amplio elenco de funcionarios y autoridades que cita el artículo 283 de la LECrim.

¹⁶ Vid. Arts. 282 a 298 de la LECrim.

¹⁷ SOLIS NAVARRO y otros, Estudio de la Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal, pág. 31

Estas funciones de la Policía Judicial de carácter genérico citadas en el artículo 126 de la CE: averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, se reproducen expresamente en el artículo 547 de la LOPJ.

En consecuencia, podemos decir que la Policía Judicial es aquella Policía científica y especializada, ejercida como función por los miembros de las FCS, que se ocupa de la investigación técnica en la averiguación de los delitos y descubrimiento y aseguramiento del delincuente; todo ello bajo la dependencia funcional respecto de Jueces, Magistrados y Ministerio Fiscal.¹⁸

1.2 FUNCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL, EN CONCRETO LA FUNCIÓN DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL

En el punto anterior, acercándonos a la definición de Policía Judicial se han expuesto las funciones propias de la Policía Judicial que marca nuestra legislación. En este punto apuntaremos, brevemente, lo que debe ser su misión principal *“la investigación de los hechos presuntamente penales en el proceso penal”* ya sea por mandato de la Autoridad Judicial o por iniciativa propia.

En este sentido señala el artículo 282 de la LECrim, 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.*

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.”

¹⁸ SOLIS NAVARRO y otros, Estudio de la Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal, pág. 32

Por lo tanto, el desempeño de esta misión puede llevarse de dos modos claramente diferenciados: Por iniciativa propia de la Policía Judicial y por mandato del Juez o Fiscal competente. En este artículo se pone el acento en la actuación de la Policía Judicial *“con carácter previo”* al conocimiento del delito por parte de la Autoridad Judicial, en la sabiduría de que dichas funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento de delincuente se debe realizar con *“carácter permanente y especial”*.

Así lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 547 y siguientes asignando a la Policía Judicial diversas funciones relacionadas con la averiguación de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los culpables.

En concreto donde se especifican las funciones específicas de las unidades de Policía Judicial es en el artículo 549 LOPJ que dispone:

“1. Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones:

a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la Autoridad Judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.

b) El auxilio a la Autoridad Judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la Autoridad Judicial o fiscal.

d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la Autoridad Judicial o fiscal.

e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la Autoridad Judicial o fiscal.

2. En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la Policía Judicial o las derivadas de las mismas.”

Sin embargo, el ejercicio de las funciones *“a prevención”* de la Autoridad Judicial se determina en el artículo 282 de la LECrim y se concreta en el RDPJ que asigna a las Unidades de Policía Judicial la función de investigación criminal con carácter permanente y especial.

Esta función será ejercida, en principio, por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a través de las Unidades de Policía Judicial que serán auxiliadas con carácter colaborador por el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.¹⁹

Si bien, como luego se abordará, este es uno de los artículos que está superado por la realidad fáctica y la legislación autonómica y local de los cuerpos de seguridad dependientes de las Comunidades Autónomas y entidades locales, respectivamente. Tanto es así, que podemos afirmar que los miembros de la Policía Autonómica y Local realizan las funciones de Policía Judicial apuntadas.

Las funciones de Policía Judicial deben hacerse con exclusión de cualquier otra. Esto quiere decir que los miembros de las FYCS deben realizar la función de Policía Judicial sin que en ningún caso puedan encomendárseles la práctica de actuaciones que no sean las propias o derivadas de las mismas.²⁰ Ello, sin perjuicio de que puedan desarrollar también las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.²¹

A esta exclusividad particular hay que añadir, además, la general que afecta a todo miembro de las FYCS cuyo estatuto personal establece “*una incompatibilidad*” para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, con excepción de las autorizadas en la legislación sobre incompatibilidades.²²

La Policía Judicial realiza las funciones relatadas en el artículo 282 de la LECrim a través de la confección del correspondiente atestado en el cual debe plasmar todas sus actuaciones y en el que debe constar la obtención de pruebas y el medio por el cual se han obtenido. Ello se realiza a través de la realización de las diligencias precisas, tal y como establece el artículo 11.1 g) de la LOFYCS y una consolidada jurisprudencia de la que podemos citar por todas la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 40/2003 que establece que “*la Policía Judicial debe practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos de los que tengan conocimiento y descubrir a los delincuentes*”.

¹⁹ Vid. Artículo 29 LOFCS.

²⁰ Vid. Artículo 549.2 LOPJ y 19 RDPJ

²¹ Vid. Artículo 33 LOFYCS

²² Vid. Artículo 6.7 LOFCS

El Atestado es el conjunto de diligencias policiales encaminadas a la averiguación del delito y descubrimiento del delincuente. Todas ellas serán practicadas por la Policía Judicial y dirigidas a los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal cuya elaboración deriva del artículo 292 de la LECrim.²³

Aunque hay autores que opinan que las diligencias policiales que se realizan en el atestado carecen de valor probatorio alguno, tanto si se practican en el ámbito de un proceso penal como si se realizan con anterioridad para la prevención, investigación y constatación de los hechos delictivos.²⁴ Obviamente, no podemos estar de acuerdo con tales afirmaciones, cuando las manifestaciones vertidas en el atestado por los agentes actuantes pueden servir de prueba de cargo para la destrucción de la presunción de inocencia en numerosas ocasiones.

Obviamente no todo el atestado, pero cuando se trata de diligencias realizadas por la Policía Judicial podrán ser utilizadas como prueba de cargo, salvo que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, una vez incorporadas al Proceso Penal de forma válida, normalmente con su ratificación en sede judicial y, más concretamente, en el juicio oral.²⁵

Sin embargo, cuando se trata de declaraciones “no ratificadas” ante la Autoridad Judicial, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714 LECrim, pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. Ello no impide que estas declaraciones en el atestado policial puedan aportar datos objetivos, hasta entonces desconocidos, que permitan seguir líneas de investigación que conduzcan a la obtención de verdaderas pruebas. Además, las diligencias de comprobación de la existencia de los aspectos fácticos contenidos en la declaración policial del imputado, podrán ser valoradas en función de su

²³ “Los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.

La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.”

²⁴ MARTÍN GARCÍA, P (Dir.) (2006) La actuación de la policía judicial en el Proceso Penal, 1ª Edición Librería Jurídica.

²⁵ Vid. STS 229/2014 de 25 de marzo.

contenido inculpativo una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada.

Como se ha dicho, el desempeño de esta misión puede llevarse de dos modos claramente diferenciados: Por iniciativa propia de la Policía Judicial y por mandato del Juez o Fiscal competente.

En este sentido, el artículo 4 RDPJ determina que los componentes de las FCS, cualesquiera que sean su naturaleza y dependencia, deberán practicar por iniciativa propia según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o que tengan relación con su ejecución, dando cuenta a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

En resumen las funciones de la Policía Judicial *genérica* se recogen en los siguientes artículos, los cuales se reproducen por su importancia: El artículo 282 de la LECrim, 547 de la LOPJ, 11.g) de la LOFCS, 1 del RDPJ

En cambio, como funciones de la Policía Judicial *específica* o en sentido estricto, son:²⁶

- La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la Autoridad Judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las Leyes.

- El auxilio a la Autoridad Judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

- La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la Autoridad Judicial o fiscal.

- La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la Autoridad Judicial o fiscal.

- Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la Autoridad Judicial o Fiscal.

²⁶ Vid. Artículo 549 LOPJ.

Mención aparte cabe hacer a las denominadas Unidades Adscritas, las cuales se encuentran incardinadas en las Unidades Orgánicas de Policía Judicial y mantendrán con la unidad de la que forman parte estrechas relaciones de coordinación. Igualmente prestan asistencia directa a los órganos del orden jurisdiccional penal y muy en especial al Juzgado y Fiscal de guardia, así como desempeñan cometidos de investigación criminal especializada propios de una policía científica. Estas Unidades tienen las siguientes funciones:²⁷

- Inspecciones oculares.
- Aportación de primeros datos, averiguación de domicilios y paraderos y emisión de informes de solvencia o de conducta.
- Emisión, incluso verbal, de informes periciales provisionales, pero de urgente necesidad para adoptar decisiones judiciales que no admiten dilación.
- Intervención técnica en levantamiento de cadáveres.
- Recogida de pruebas.
- Actuaciones de inmediata intervención.
- Cualesquiera otras de similar naturaleza a las anteriores.
- Ejecución de órdenes inmediatas de Presidentes, Jueces y Fiscales.

1.3. CLASES DE POLICÍA JUDICIAL

En base a lo dicho hasta ahora se deduce que la legislación española, sin crear un cuerpo específico, ha creado dos clases de Policía Judicial que se dedican a la función de prevención y averiguación de los hechos delictivos que se cometan auxiliando a Jueces y Tribunales y al Ministerio Fiscal.

Precisamente, poniendo el acento en esa dependencia y funciones, se realizó una clasificación en España de dos clases de Policía Judicial: La Genérica y la Específica.

1.3.1. Policía Judicial Genérica

Después de algún intento de creación de un Cuerpo de Policía Judicial, como organización Policial que se dedicara exclusivamente a estas funciones y que dependiera orgánica y funcionalmente de los Jueces y Tribunales, la

²⁷ Vid. Artículo 28 RDPJ.

legislación derivada de la Constitución de 1978 ha ido adjudicando a distintos colectivos estas funciones con carácter genérico.

Por lo tanto, la Policía Judicial Genérica es todo aquél funcionario público que sin tener asignada “específica” ni “exclusivamente” la función de auxiliar a los Jueces y Tribunales para la averiguación del delito, están obligados a prevenir e investigar el delito que pueda cometerse en su demarcación. De esta forma, componen la Policía Judicial genérica todos los funcionarios que cita la LECrim en su artículo 283.

En el mismo se establece 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 los siguientes:

“Primero. Las Autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.

Segundo. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.

Tercero. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de barrio.

Cuarto. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.

Quinto. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros Agentes municipales de policía urbana o rural.

Sexto. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.

Séptimo. Los funcionarios del Cuerpo especial de Prisiones.

Octavo. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados.

Noveno. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes.”

El modelo de Policía Judicial Genérica o de primer grado, enraizado con la obligación general de auxiliar a la Justicia que cuyo origen es el artículo 118 CE y que se desarrolla en el citado artículo 283 LECrim, tiene su concreción postconstitucional en la LOPJ de 1985 cuya Exposición de Motivos cita que es una Institución que coopera y auxilia a la Administración de Justicia. Así, el artículo 547 LOPJ establece que la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los

juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, **a todos los miembros** de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.²⁸

Como se ve, la legislación derivada de la Constitución Española es más genérica y define a la Policía Judicial genérica por su función circunscribiendo la misma en los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Si hacemos una relación de los mismos citados en la LO 2/1986, nos daremos cuenta que esta legislación está superada y que, no sólo, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad realizan estas labores.

Efectivamente, en la actualidad existen cuerpos creados y citados por otras legislaciones que no siendo Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cumplen funciones de Policía Judicial genérica tal y como les encargan en dichas legislaciones. Se pueden poner tres ejemplos muy significativos: El DAVA, la Policía Portuaria y los Agentes Forestales.

1.3.2. Policía Judicial Específica

La Policía Judicial Específica, en sentido estricto o de segundo grado se puede considerar como la verdadera Policía Judicial por dos razones: La primera porque depende exclusivamente de los Jueces y Tribunales para la averiguación de los delitos y detención de sus culpables y la segunda porque realiza esta función con carácter exclusivo y excluyente de otras que tuvieran por el cuerpo de procedencia.

Es decir, que la legislación española no ha querido, en contraposición a otros Estados de nuestro entorno, crear un cuerpo diferente de los policiales existentes para otorgar esta competencia de Policía Judicial Específica, sino que ha designado a esos cuerpos la función específica del auxilio a la Justicia. De esta forma, todos estos cuerpos, la mayoría integrantes de las FYCS, han creado Unidades Orgánicas de Policía Judicial para cumplir con esta importante misión.

²⁸ Vid. Arts. 1 y ss RDPJ.

Dentro de las mismas existen funcionarios que integran otra Policía Judicial Específica que trabaja directamente con los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal que son las llamadas Unidades Adscritas de Policía Judicial y que podríamos considerar la Policía Judicial de tercera fase.

Estas Unidades podrán ser creadas por el Ministerio del Interior cuando sean necesarias asignando con carácter permanente y estable a los Juzgados y Tribunales o al Ministerio Fiscal funcionarios de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial²⁹ y deberán, en lo posible, tener su sede en las propias dependencias o edificios judiciales y Fiscalías. A tal fin se habilitarán los locales adecuados.

Dentro de estas Unidades pueden asignarse por el Ministerio del Interior, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial o a su propuesta, con carácter permanente y estable a los Juzgados y Tribunales que por su ritmo de actividades lo requieran Unidades de Policía Judicial especialmente adscritas a los mismos. De igual manera se adscribirán a aquellas Fiscalías que se estimen precisas, oído el Fiscal General del Estado y atendiendo preferentemente a aquellas con respecto a las cuales exista propuesta o informe favorable de éste.³⁰

1.4. DEPENDENCIA DE LA POLICÍA JUDICIAL

Debido a que en España no se ha creado un Cuerpo específico para el cumplimiento de las funciones propias de Policía Judicial, los funcionarios que cumplen las mismas tienen una doble dependencia. Por un lado, del Cuerpo de pertenencia (dependencia orgánica) y por otro de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal (dependencia funcional).

Además, debido a que estos funcionarios pertenecen, en su gran mayoría, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, deben realizar, a su vez, las funciones que les corresponden, en un sistema que trata de explicar el profesor MORENO CATENA:

“La CE marca un hito fundamental en el encuadramiento del aparato policial español, sumido hasta entonces en continuas contradicciones e indefiniciones, en efecto, tiene lugar una nítida diferenciación, incluso sistemática, en la regulación constitucional

²⁹ Vid. Artículo 23 RDPJ

³⁰ Vid. Artículo 23 y ss RDPJ.

de las Fuerzas Armadas, por una parte, que tiene como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (artículo 8.1), y de las FCS, por otro lado, que bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (artículo 104.1)...”³¹.

1.4.1. Dependencia Orgánica

Esta dependencia funcional de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal, se concreta en las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Orgánicamente, como hemos dicho, dependerán de la estructura corporativa de su procedencia y se estructurarán con arreglo a criterios de distribución territorial sobre una base provincial. También podrán constituirse secciones de las mismas en aquellas poblaciones cuyo índice de criminalidad así lo aconseje. Asimismo, se constituirán Unidades con ámbito de actuación que exceda el provincial, por razones de especialización delictual o de técnicas de investigación.

1.4.2. Dependencia Funcional

Es la dependencia más importante, ya que es precisamente la que hace referencia a su función. Tanto es así que, es la predeterminante y así lo establecen varias disposiciones del ordenamiento jurídico español en el que, en resumen, se regula que la dependencia de la Policía Judicial de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal es exclusiva y excluyente en las funciones de investigación de los hechos delictivos y detención del delincuente, así como de otras funciones que les ordenen relacionadas con la investigación criminal.

Esta dependencia, es la misma, ya estemos hablando de la Policía Judicial genérica o específica, con la particularidad de que los primeros la ejercerán de forma puntual y en los segundos de manera continua por su dedicación exclusiva a esta importante función.

³¹ MORENO CATENA, V. Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial, Poder Judicial, nº especial. p.143

Y así la LOPJ, haciendo referencia a la Policía Judicial genérica en el artículo 547 LOPJ, establece que la función de auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, comprende cuando fueren requeridos para ello, a todos los miembros de la Policía Judicial con independencia de cual fuera su dependencia orgánica.

El siguiente artículo 548 LOPJ determina que se establecerán Unidades de Policía Judicial (Policía Judicial específica) que dependerán funcionalmente de las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal en desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden.

En la ejecución de sus cometidos referentes a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente³² las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial y los funcionarios a ellas adscritos dependen funcionalmente de los Jueces, Tribunales o miembros del Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.³³

En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la Policía Judicial o las derivadas de las mismas.

Esta dependencia funcional se concreta en la dirección de los juzgados y tribunales y del Ministerio Fiscal en las funciones de investigación penal, sin que en ningún caso los funcionarios de la Policía Judicial puedan ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del Juez o fiscal competente.³⁴

Tan intensa es esta dependencia que los miembros de la Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de los Jueces, Tribunales o Fiscales que les dirijan en las diligencias o actuaciones que lleven a cabo por encargo y bajo la supervisión.

³² Así como para el auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial y Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal (Artículo 549 LOPJ)

³³ Vid. Artículo 10 RDPJ

³⁴ Vid. Artículo 550 LOPJ

Sin embargo, al no tener la dependencia orgánica sobre ellos, **los Jueces no pueden ejercer la potestad disciplinaria** contra los funcionarios de la Policía Judicial que estén trabajando en un determinado asunto o estén adscritos. Ello no obsta para que puedan instar la el ejercicio de la potestad disciplinaria cuando entiendan que su conducta ha sido merecedora de sanción y que puedan ejercer sobre los mismos las facultades conferidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la Autoridad Judicial y al Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal.³⁵

Las diligencias y actuaciones llevadas a cabo por las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial tendrán el valor reconocido en las Leyes y gozarán de la especial consideración derivada de la adscripción y del carácter de comisionados de Jueces, Tribunales y Fiscales.³⁶

1.5. COMPOSICIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

De lo dicho hasta ahora debe haber quedado claro que en el sistema jurídico policial español no existe un Cuerpo exclusivo al que se le asignen las funciones que debe realizar la Policía Judicial.

De igual forma se ha citado en numerosas ocasiones que la Policía Judicial está compuesta por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que son auxiliados en dicha función por miembros de otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Sin embargo, intencionadamente no se ha profundizado hasta qué punto estas afirmaciones que se realizan en base a lo establecido en la LOFYCS se encuentra vigente y en qué medida; o si por el contrario la realidad fáctica, legislativa y jurisprudencial ha establecido un sistema que supera dicho dibujo y que se va a intentar aclarar en las próximas líneas estudiando cada uno de los cuerpos que, en la actualidad, realizan las funciones de Policía Judicial.

³⁵ Vid. Artículo 17 RDPJ

³⁶ Vid. Artículo 14 RDPJ

1.5.1. La Guardia Civil

De acuerdo con lo dicho anteriormente, la Guardia Civil es Policía Judicial en los dos sentidos, genérico y estricto.

En numerosas normas de las transcritas se afirma dicha circunstancia, pero donde se especifica de forma clara es en la LOFYCS, en cuya exposición de motivos se hace un anuncio de lo que posteriormente establece en su articulado:

“Ello significa que la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo.”

En concreto en el artículo 11 relata la citada Ley Orgánica las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre los que se encuentra además de la Guardia Civil, la Policía Nacional.

Entre las mismas destaca la relacionada con las funciones de la Policía Judicial:

“g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.”

La Guardia Civil realiza estas funciones en todo el territorio nacional, salvo las capitales de provincia y en las poblaciones donde el gobierno ha decidido que sea la Policía Nacional.

Pero incluso la Guardia Civil, para el desempeño de sus competencias propias³⁷, podrá asimismo realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional, cuando ello fuere preciso. Esto es, fuera de su ámbito

³⁷ Artículo 12 B) LOFYCS: *“a) Las derivadas de la legislación vigente sobre armas y explosivos. b) El resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando. c) La vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas. d) La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran. e) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, de los recursos hidráulicos, así como de la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza. f) La conducción interurbana de presos y detenidos. g) Aquellas otras que le atribuye la legislación vigente.”*

territorial de actuación. Cuando esto ocurra los miembros de la Guardia Civil deben dar cuenta al cuerpo policial territorialmente competente.

Para el ejercicio de la competencia de Policía Judicial genérica, la Guardia Civil dispone de “*todos*” los miembros del Cuerpo, con independencia de la especialidad en donde estuvieran destinados. Esto lleva consigo que cualquier guardia civil que sea requerido por la Autoridad Judicial del ámbito penal para su auxilio en una determinada actuación debe llevarla a cabo sin más dilación. Además, en casos de delitos flagrantes o acabados de ocurrir deberán intervenir siempre realizando las primeras diligencias y dando cuenta a la Autoridad competente que determinará las actuaciones a llevar a cabo y la Unidad responsable de las mismas.

Sin embargo, para ejercer las funciones de la Policía Judicial específica la Guardia Civil dispone en su organigrama de una Jefatura de Policía Judicial dependiente del Mando de Operaciones, al mando de un Oficial General de la Guardia Civil en situación de servicio activo. A esta Unidad le corresponde organizar y gestionar la investigación y persecución de los delitos y faltas y desarrollar los servicios de criminalística, identificación, analítica e investigación técnica, así como la colaboración en dichas materias y en su propio ámbito corporativo, con otros cuerpos policiales nacionales y extranjeros.

Para ello, existen tres Unidades dependientes de esta Jefatura especializadas en los distintos aspectos:

- **Unidad Central Operativa (UCO).** Tiene como misión investigar y perseguir los asuntos relacionados con la delincuencia grave, nacional e internacional y aquella otra cuyas especiales características así lo aconsejen.
- **Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ).** Tiene como misión el asesoramiento técnico al mando de la Jefatura de Policía Judicial en sus funciones; centralizar la información sobre delincuencia y la de interés tanto para la acción del mando en este ámbito, como para la operatividad de las Unidades en la prevención del delito; realizar el análisis criminal útil para la dirección, planificación, coordinación y operatividad de las Unidades de Policía Judicial; elaborar y proponer a la Jefatura de Policía Judicial las normas técnico-operativas de funcionamiento; centralizar la gestión de los sistemas de información de apoyo para las investigaciones o

relacionados con la delincuencia; y materializar la cooperación e intercambio de información con otros organismos afines, nacionales y extranjeros.

- **Servicio de Criminalística.** Tiene como misiones, coadyuvar al esclarecimiento de los hechos penales, mediante la aplicación de técnicas y procedimientos científicos especiales, elaborar los informes periciales y técnicos que demanden los Órganos Judiciales y las Unidades de Investigación; identificar personas en sucesos con víctimas múltiples; prestar apoyos técnicos operativos que se le ordenen y la investigación científica en su ámbito.

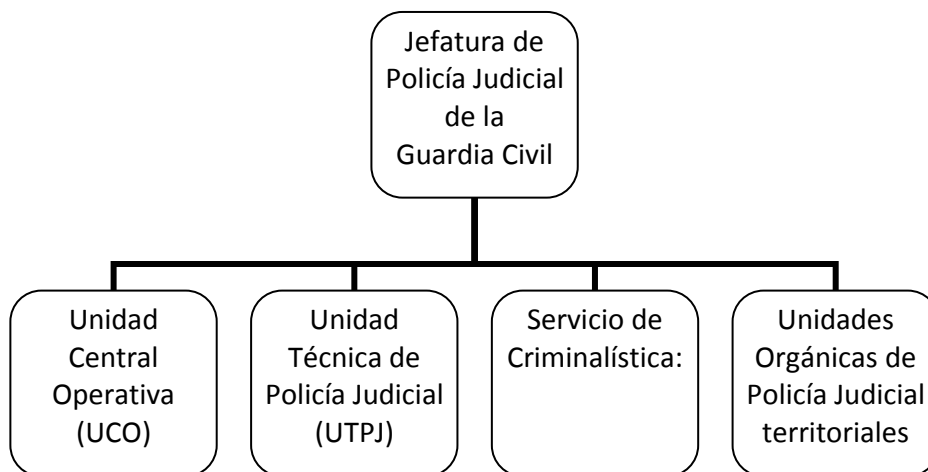


Figura número 1: Organigrama de la Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil

1.5.2. La Policía Nacional

Igualmente, los miembros de la Policía Nacional son Policía Judicial en los dos sentidos, amplio y estricto.

Esta afirmación se desprende del artículo 283 de la LECrim y en la LOFYCS en su artículo 11, donde atribuye a la Policía Judicial, junto con a la Guardia Civil, la función de Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a

disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.

Por lo tanto, los miembros de la Policía Nacional realizan funciones de Policía Judicial tanto genérica, como específica. Para realizar esta última en su organización dispone de la Comisaría General de Policía Judicial de la que, a su vez, dependen las Unidades para el desarrollo de los distintos aspectos relacionados con la función de auxilio a los Jueces y Tribunales y al Ministerio Fiscal que se pueden ver en el siguiente organigrama:

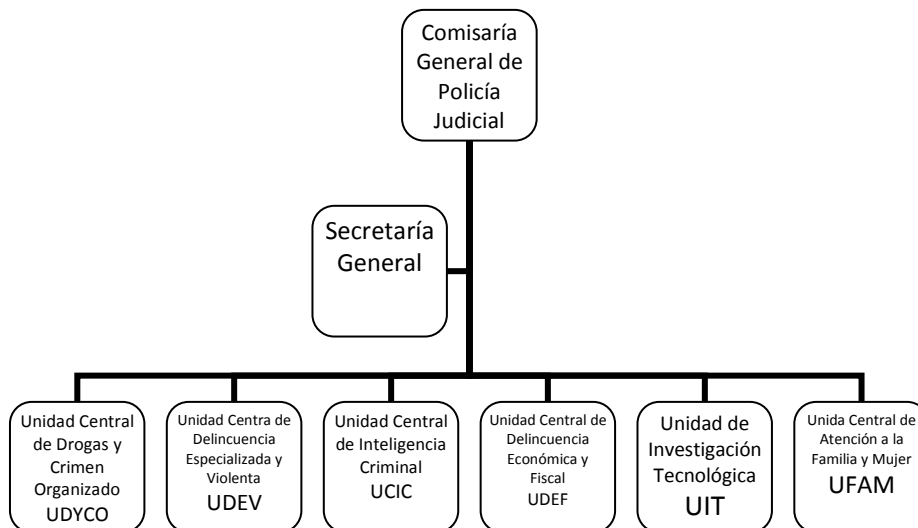


Figura número 2: Organigrama de la Comisaría General de Policía Judicial de la Policía Nacional.

- **Unidad Central de Droga y Crimen Organizado (UDYCO):** Asume la investigación y persecución de las actividades delictivas, de ámbitos nacional y transnacional, relacionadas con el tráfico de drogas, con arreglo a las competencias atribuidas en el artículo 12. 1 A) e) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, y el crimen organizado, así como la coordinación operativa y el apoyo técnico de las respectivas unidades territoriales.
- **Unidad Central de Delincuencia Especializada y Violenta (UDEV):** Tiene como competencia asumir la investigación y persecución de las

actividades delictivas, de ámbito nacional y transnacional, en lo concerniente a delitos contra las personas; a delitos relacionados con el patrimonio, especialmente el patrimonio histórico artístico; las relativas al derecho de autor; al consumo y medio ambiente; a las infracciones delictivas en materia de dopaje en el deporte; a la vigilancia e inspección del juego; así como la coordinación operativa y el apoyo técnico de las respectivas unidades territoriales.

- **Unidad Central de Inteligencia Criminal (UCIC):** Da apoyo al titular de la Comisaría General en sus funciones de dirección, planificación y toma de decisiones. En el marco de su ámbito competencial y, como parte de la estructura nacional de inteligencia y planificación, se responsabiliza de la captación, recepción, análisis, tratamiento y desarrollo de las informaciones relativas a la criminalidad, así como la elaboración, desarrollo y seguimiento y control de planes estratégicos y operativos, y la actividad prospectiva.
- **Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF):** Asume la investigación y persecución de las actividades delictivas, de ámbito nacional e internacional, en materia de delincuencia económica y fiscal, así como la coordinación operativa y el apoyo técnico a las respectivas Unidades territoriales.
- **Unidad de Investigación Tecnológica (UIT):** Asume la investigación y persecución de las actividades delictivas que impliquen la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y los ciberdelitos de ámbito nacional y transnacional, relacionadas con el patrimonio, el consumo, la protección al menor, la pornografía infantil, delitos contra la libertad sexual, contra el honor y la intimidad, redes sociales, fraudes, propiedad intelectual e industrial y seguridad lógica. Actuará como Centro de Prevención y Respuesta E-Crimen del Cuerpo Nacional de Policía.
- **Unidad Central de Atención a la Familia y Mujer (UFAM):** Asume la investigación y persecución de las infracciones penales en el ámbito de la violencia de género, doméstica y todos los delitos sexuales con independencia de la relación entre víctima y autor, al igual que la

coordinación de la actividad de protección de las víctimas de violencia de género.

5.1.3. Otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Policía Autónoma Vasca.

La Disposición Final Primera, apartado 1 de la LOFCS, establece que:

“Lo dispuesto en la presente Ley no será de aplicación a la competencia que el artículo 17 del Estatuto de Autonomía atribuye a las instituciones del País Vasco en materia de régimen de la policía autónoma, para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, que seguirá regulándose por dicho Estatuto en la forma en que se determina por el mismo.”

Como se observa, esta Disposición Final remite al artículo 17 del Estatuto de Autonomía del País Vasco el cual establece a los efectos que interesa en el presente apartado:

“1. Mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución, corresponderá a las Instituciones del País Vasco, en la forma que se determina en este Estatuto, el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, quedando reservados en todo caso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los servicios policiales de carácter extracomunitario y supracomunitario, como la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida en territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, armas y explosivos, resguardo fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal al Estado.

3. La Policía Judicial y Cuerpos que actúen en estas funciones se organizarán al servicio y bajo la vigilancia de la Administración de Justicia en los términos que dispongan las Leyes procesales.

4. Para la coordinación entre la Policía Autónoma y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado existirá una Junta de Seguridad formada en número igual por representantes del Estado y de la Comunidad Autónoma”.

Igualmente el artículo 36 de este Estatuto recoge que:

“La Policía Autónoma Vasca, en cuanto actúe como Policía Judicial, estará al servicio y bajo la dependencia de la Administración de Justicia, en los términos que dispongan las Leyes procesales.”

En este orden de cosas, resulta especialmente significativo el apartado primero de la exposición de motivos de la Ley 4/1992 que crea la Policía del País Vasco. En él se menciona que se dota a la Policía Autónoma Vasca de una organización para constituirse como un cuerpo de policía integral *“presto para auxiliar con eficacia a jueces y tribunales en la averiguación del delito y castigo de los culpables”*.

De este modo, la Policía del País Vasco ejerce, con carácter general, las funciones de Policía Judicial específica y genérica en todo el territorio autónomo. Pueden, por tanto, crear también Unidades adscritas a Juzgados o Fiscalías.

Las FCSE presentes actuarán siempre como Policía Judicial genérica, y, específicamente, en aquellos delitos que se deriven de los servicios policiales extra y supracomunitarios o en las investigaciones que se practiquen en razón de los tipos delictivos competencia de la Audiencia Nacional o de sus Juzgados Centrales o de las derivadas de la comisión de un hecho delictivo, practicadas inicialmente fuera del ámbito de la propia Comunidad Autónoma y que haga preciso una actuación policial dentro del territorio de ésta. No obstante, se establecen mecanismos y órganos de coordinación que, supeditados a los Acuerdos de la Junta de Seguridad, deberán actualizarse o potenciarse al máximo.

Cuando miembros de la Policía autónoma Vasca sean comisionados por alguna Autoridad Judicial para la realización de algún servicio fuera del territorio de su competencia, siempre se pondrán en contacto con el Cuerpo Policial que corresponda y Autoridad Judicial competente, debiendo prevalecer siempre los principios de colaboración, coordinación y auxilio entre los distintos Cuerpos de Seguridad.

Para el cumplimiento de estas funciones, se creó en 1994 dentro de la estructura orgánica de la Ertzaintza la **Unidad de Policía Judicial** que en el cumplimiento de sus funciones sus agentes dependerán funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de la investigación.

En conclusión, la Policía del País Vasco ejerce todas las funciones atribuidas a la Policía Judicial de manera idéntica a como lo realizan la Guardia Civil y la

Policía Nacional, constituyendo dentro de su territorio, lo que se ha venido a conocer como *Policía Integral*.

Policía Autónoma de Cataluña.

La Disposición Final Segunda, apartado 1 y 2, de la LOFCS establece:

“1. La policía autónoma de Cataluña se rige por su Estatuto de Autonomía y normas que lo desarrollen, respecto a las que la presente Ley tendrá carácter supletorio, de conformidad con el artículo 13.1 de aquél.

2. No obstante lo establecido en el número anterior, por su carácter general, serán de aplicación directa al régimen de la Policía Autónoma de Cataluña, los artículos 5, 6, 7 y 8 de esta Ley, y, en virtud de lo dispuesto respectivamente en los apartados 2. C), 7 y 4, del artículo 13 del Estatuto de Cataluña, los artículos 38, 43 y 46 de la misma”.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña., en materia de Policía Judicial, en su artículo 164.5, recoge que:

“5. La Policía de la Generalitat-Mossos d’Esquadra tiene como ámbito de actuación el conjunto del territorio de Cataluña y ejerce todas las funciones propias de un cuerpo de policía, en los siguientes ámbitos:

a) La seguridad ciudadana y el orden público.

b) La policía administrativa, que incluye la que deriva de la normativa estatal.

*c) **La Policía Judicial** y la investigación criminal, incluidas las diversas formas de crimen organizado y terrorismo, en los términos establecidos por las leyes.”*

Por lo tanto nos hallamos ante un modelo de policía integral similar a la Policía Autónoma Vasca, actuando en funciones de Policía Judicial en los términos establecidos en el artículo 126 de la CE., el artículo 164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y artículos 547 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Igualmente, dentro de estas funciones cabe reseñar que, en la actualidad, los miembros de esta Policía Autonómica en unión a la Guardia Civil o Policía Nacional participan activamente en Equipos Conjuntos formados con policías de otros países.

Es interesante, la aclaración que el fiscal jefe de la Audiencia Nacional hace a los Mossos sobre cómo actuar en caso de ofensas a la Corona u otros delitos cuya competencia sea de la Audiencia Nacional, recordándoles que como

colaboradores de los Jueces y Tribunales que tienen la obligación de actuar y remitir las actuaciones al órgano judicial competente, la Audiencia Nacional.

La actuación de las Unidades policiales en todos los supuestos de delitos que sean de la competencia de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ajustará a las siguientes directrices:

Primera. Ante la existencia o conocimiento de cualquier hecho delictivo que encaje en los preceptos penales antes mencionados como competencia de la Audiencia Nacional, se procederá a elaborar de forma urgente el informe o atestado oportuno, que contendrá todos los datos necesarios acerca de su ejecución, autoría, participación, circunstancias concurrentes, etc.

Segunda. La comunicación o informe policial a modo de "notitia criminis" en cumplimiento de lo previsto en el art. 284 LECrim, se remitirá con carácter urgente al Juzgado Central de Instrucción que se encuentre en funciones de guardia y al Fiscal de la Audiencia Nacional que preste servicio de guardia.

Tercera. Los funcionarios policiales practicarán de forma inmediata las diligencias necesarias para acreditar los hechos delictivos y determinar las responsabilidades penales exigibles, así como cuantas les encomiende el Juzgado Central de Instrucción competente y/o en su caso el Fiscal, remitiendo a los mismos su resultado, así como los informes V atestados que elaboren sobre los hechos objeto de investigación al amparo de lo previsto en los arts. 284, 287, 295 y 297 LECrim, y demás normativa vigente.

Policía Foral de Navarra.

La Disposición Final Tercera de la LOFCS establece:

"1. La Policía Foral de Navarra se regirá por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de Agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y normas que la desarrollan, respecto de las que la presente Ley tendrá carácter supletorio.

2. No obstante, lo establecido en el número anterior, por su carácter general, serán de aplicación directa al régimen de la Policía Foral, los artículos 5, 6, 7, 8, 43 y 46 de esta Ley, sin perjuicio de las competencias que correspondan a Navarra en materia de regulación del régimen de policía, en virtud de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto; asimismo, y de conformidad con el artículo 51.2 de la citada Ley Orgánica, podrán aplicarse los artículos 38 y 39 de esta si así se establece en la normativa propia de la Comunidad Foral de Navarra.

3. *La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Foral de Navarra se realizará por la Junta de Seguridad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 51.2 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral”.*

En la actualidad la Policía Foral de Navarra tiene cada vez más funciones de Policía Judicial, igual que ocurre en otras competencias policiales, ya que se ha ido asentando en el territorio de dicha Comunidad de una manera reposada y sin excluir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Sin embargo, hay que tener presente que la Policía Foral Navarra se ha constituido en atención a la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la LOFYCS en una verdadera Policía Integral con un estatus idéntico (aunque con matices) al dibujado para la Policía Autónoma Vasca y de Cataluña y que en la actualidad el Plan Director de la Policía Foral 2016-2020 contempla asumir las competencias de una manera exclusiva, sustituyendo a las FYCSE.

En lo que respecta, a las competencias en Policía Judicial, ostenta tanto las genéricas y las específicas pudiendo constituir Unidades de Policía Judicial e incluso adscritas a los Juzgados y Tribunales. Así, lo establece la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las policías de Navarra en su artículo 13:

“1. Los miembros de la Policía Foral de Navarra ejercerán las funciones generales de Policía Judicial que les atribuye el ordenamiento jurídico y prestarán, a través de los cauces pertinentes, la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal en actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento o aseguramiento de delincuentes.

El Consejero competente podrá regular, dentro de la estructura orgánica de la Policía Foral de Navarra, unidades con funciones de Policía Judicial, que podrán adscribirse a determinados Juzgados o Tribunales o al Ministerio Fiscal. Para su creación, podrá tener en cuenta criterios de especialización delictual.”

Cuerpo General de la Policía Canaria.

Con la Ley 2/2008, de 28 de mayo, se consiguió la creación del denominado Cuerpo General de la Policía Canaria. Crea una Policía Autónoma muy distinta a las que se acaban de definir.

La Policía Canaria se constituye exactamente conforme a lo establecido en la LOFYCS que establece un régimen estatutario de los Cuerpos de Policía de las

Comunidades Autónomas determinado, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

Es decir, sentando como base que la competencia en materia de seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, las policías autonómicas que se creen podrán colaborar con las FYCSE en el ámbito de sus competencias y en la forma establecida en sus Estatutos de Autonomía y leyes de creación de policía.

La Policía Canaria, se ha constituido, en consecuencia, como una policía colaboradora de la Guardia Civil y Policía en todas las competencias. Igualmente, en materia de Policía Judicial que ahora nos ocupa, donde literalmente el artículo 19 de la Ley 2/2008:

“2. El Cuerpo General de la Policía Canaria ejercerá también las siguientes funciones en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

b) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se crearán grupos o secciones, con personal específico, para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial de las previstas en el apartado 1 del presente artículo”.

En resumen, en la actualidad, las funciones de la Policía Canaria en materia de Policía Judicial son las establecidas por la LOFCS, es decir, poseen el carácter de colaboradores de las FCSE, no pudiendo crear Unidades Adscritas a Juzgados, Tribunales o al Ministerio Fiscal, ni Unidades Orgánicas de Policía Judicial. Por lo que ejercen la función de Policía Judicial es “*genérica*”.

Policía de Galicia

Por ley 8/2007 de 13 de junio, de Policía de Galicia, se creó esta Policía autonómica, definiendo dicho cuerpo como un instituto armado de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, que se constituye orgánicamente como un cuerpo único y que se rige, sin perjuicio de lo establecido en la normativa básica reguladora de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo dispuesto en la presente ley y, supletoriamente, en la Ley de la función pública gallega.³⁸

³⁸ Vid. Artículo 3 Ley 8/2007.

Se creó en base a la Unidad del Cuerpo Nacional de Policía a la Comunidad Autónoma de Galicia que dicho cuerpo tiene de acuerdo a la Ley 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de cuyo personal se pretende dotar.

En el artículo 15 de la Ley 8/2007 se citan las funciones de la Policía Autónoma gallega y, en relación con las funciones de Policía Judicial establece:

“c) En el ámbito de Policía Judicial, aquellas funciones que le correspondan de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Constitución, en la Ley orgánica del poder judicial y en la restante normativa vigente.”

En consecuencia, estas funciones serán ejercidas de manera auxiliar y colaboradora de los cuerpos que la cumplen de forma principal y en atención a los que los Jueces y Tribunales les demanden. No obstante, tal y como en el caso anterior, no pueden crear Unidades Orgánicas de Policía Judicial, ni adscribir Unidades a estos Juzgados y Tribunales, por lo que podemos afirmar que desarrolla una función de Policía Judicial genérica.

La Policía Judicial en las demás CCAA.

En las demás Comunidades Autónomas, tanto las que pueden crear sus Policías Autónomas como Valencia y Andalucía, pero que no han utilizado esta vía, como en las que no existe posibilidad de creación, las funciones de Policía Judicial se ejercen actualmente por las FCSE.

En caso de que se crearan el ejercicio de esta función sería llevado a cabo por las Policías Autonómicas de forma similar a la dibujada para la Policía Canaria y Gallega.

La Policía Local

La LOFYCS se ha procurado dar a las Corporaciones Locales una participación en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, coherente con la distribución territorial del Estado, presidido por la evitación de duplicidades y concurrencias innecesarias y en función de las características propias de los Cuerpos de Policía Local.

En consecuencia, las Policías Locales, además de cumplir con las funciones de policía administrativa relacionadas con las entidades locales de dependencia,

participan en la función de Policía Judicial de acuerdo con lo establecido en la LOYFCS, todo ello de acuerdo con su artículo 53:

“1. Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones:

a) Proteger a las Autoridades de las Corporaciones Locales, y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones.

b) Ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.

c) Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.

d) Policía Administrativa, en lo relativo a las Ordenanzas, Bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia.

e) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley.

f) La prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil.

g) Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad.

h) Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.

i) Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.”

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto, la LOPJ, la LECrim, la LOPJ y el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial; las Policías Locales realizan funciones de Policía Judicial genérica y las llevan a cabo con carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

No obstante, es preciso recordar que el carácter de colaboración no supone, sin embargo, subordinación de las Policías Locales (igual que las Autonómicas) a las FCSE, sino coordinación entre ambas a través de los órganos y mecanismos

legalmente previstos, desde Juntas de Seguridad hasta las Comisiones de Coordinación de Policía Judicial.³⁹

Igualmente, el artículo 173 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido en materia de Régimen Local establece que *“la Policía Local ejercerá sus funciones de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*.

Sin embargo, esta realidad dibujada por la LOFYS está superada en muchos casos, puesto que muchas Policías Locales fueron asumiendo competencias en materia de Policía Judicial más allá de la mera colaboración. Esto se debe a que fueron preparándose técnica y materialmente con objeto de auxiliar a los Jueces y Tribunales, no a través de las FYCSE, sino de forma independiente.

Tanto es así, que con objeto de que se regularizara este ejercicio, se firmó el **Convenio Marco de Colaboración, Cooperación y Coordinación entre el Ministerio del Interior y la Federación Española De Municipios y Provincias**, en Materia de Seguridad Ciudadana y Seguridad Vial para que los Cuerpos de Policía Local pudieran realizar las funciones de Policía Judicial por encima de lo dispuesto en la LOPJ.⁴⁰

Así los Cuerpos de Policía Local que se adhieran al citado Convenio de Colaboración de las Policías Locales, colaborarán en el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, tanto en lo que se refiere a la recepción de denuncias como a la investigación de los hechos, en relación con las siguientes infracciones penales, cuando constituyan falta o delito menos grave:

- a) Faltas penales.
- b) Lesiones, que no requieran hospitalización.
- c) Violencia doméstica y de género.
- d) Delitos contra las relaciones familiares.
- e) Quebrantamientos de condena; de localización Permanente; órdenes de alejamiento y privaciones el permiso de conducir.
- f) Hurtos.

³⁹ MORENO CATENA, V. Ob., cit. p. 148.

⁴⁰ Vid Convenio Marco de Colaboración, Cooperación y Coordinación entre el Ministerio del Interior y la Federación Española De Municipios y Provincias, en Materia de Seguridad Ciudadana y Seguridad Vial entre la Federación Española de Municipios y Provincias y el Ministerio del Interior firmado en 20 de febrero de 2006.

g) Denuncias por recuperación de vehículos, siempre que estos no estuvieran considerados de interés policial

h) Patrimonio histórico municipal.

i) Actividades de carácter comercial o con ánimo de lucro realizadas en la vía pública o mercadillos y que constituyan delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

j) Defraudaciones de fluido eléctrico y análogo.

k) Delitos contra la seguridad del tráfico.

l) Amenazas y coacciones.

m) Omisión del deber de socorro.

n) Daños en general y, en especial, los causados al mobiliario urbano y de la actividad que tradicionalmente vienen realizando.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que recordar que la Policía Local actuarán como Policía Judicial “*por competencia propia*” en los atestados que instruyan por accidentes de circulación que se produzcan en el interior del casco urbano, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1.c) de la LOFYCS.

En definitiva, ni la prevención de la delincuencia ni la necesidad de auxilio que tienen las Autoridades Judiciales pueden prescindir de la cantidad y calidad de los Cuerpos de Policía Local que en nuestros días son necesarios para lo uno y para lo otro. Máxime, en ambientes rurales donde la escasez de fuerza policial dependiente del Estado hace que sea necesaria esta participación.

Para ello, se debería abordar la renovación de una LOFYCS que se ha visto superada por los acontecimientos fácticos en varios aspectos y, este, es uno de ellos.

Otros Cuerpos

En este caso nos planteamos si además de los relacionados existen en España que realicen funciones de Policía Judicial. Cuerpos que sin estar incluidos en la LOFYCS realizan funciones de policía administrativa y judicial, en los términos expuestos.

La respuesta debe ser afirmativa desde el primer renglón, pues enseguida nos viene a la memoria el Servicio de Vigilancia Aduanera.

El **Servicio de Vigilancia Aduanera**, es un Cuerpo armado de naturaleza civil dependiente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (Dirección

Adjunta de Vigilancia Aduanera) y que tiene como misiones la lucha contra el contrabando, el blanqueo de capitales el fraude fiscal y el narcotráfico.

Numerosas dudas surgieron en la doctrina y jurisprudencia española sobre si el Servicio de Vigilancia Aduanera tenía encaje en el concepto de Policía Judicial acuñado tras la Constitución de 1978.

Finalmente, la competencia del Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial fueron avalados tanto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por el dictamen de la Fiscalía General del Estado y la propia legislación.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Contrabando 12/95 de 12 de diciembre establece:

“1. Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación.

El Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos.

2. Los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias estativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración aduanera, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando.

3. Con idéntico fin los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando podrán establecer contactos e intercambiar información con otros servicios homólogos nacionales o internacionales”.

Fue sobre todo a partir del año 2003 donde el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de noviembre en el que se adoptó una decisión uniforme, ya que se había dado Sentencias contradictorias que no consideraban al Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial.⁴¹

El contenido del citado acuerdo es del siguiente tenor literal:

⁴¹ Vid. STS 1231/2003.

“1º) El artículo 283 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 artículo 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”.

Posteriormente, fueron numerosas las Sentencias⁴² en las que esta cuestión se aclaró e incluso decisiones del legislador que no han dejado de lado aquella interpretación realizada por el Tribunal Supremo⁴³.

A partir del año 2011, la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial cuenta con el DAVA, a quien se encomienda como Policía Judicial con base al artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no solo para los delitos de contrabando, blanqueo conexo, investigación del fraude fiscal y la economía sumergida, sino también específicamente como vías de colaboración de las investigaciones patrimoniales, investigación de datos de la AEAT, investigación de insolvencias aparentes a los efectos de suspensión de penas, e incluso localización de inculpados o reos por delitos contra la Hacienda Pública o blanqueo de capitales, y obtención de datos fiscales complementarios al Punto Neutro Judicial.

Como última muestra de lo dicho anteriormente, podemos citar la Ley 31/2010, de 27 de julio sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión

⁴² Sentencias 624/2002 de 10 de abril, -con anterioridad, existe el Auto de 31 de julio de 1998 y con posterioridad al Pleno indicado, podemos citar las núm. 1489/03 de 6 de noviembre, 291/2005 de 2 de marzo, 866/2005 de 30 de junio, 1020/2005 de 19 de septiembre y STS núm. 297/2006 de 6 marzo.

⁴³ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que establece: “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.”

Europea, donde se reconoce expresamente en su Disposición Adicional primera a la DAVA como un Servicio de Seguridad del Estado y en su Artículo 3 dice:

“Servicios de seguridad competentes. A los efectos de lo previsto en esta Ley tendrán la consideración de servicios de seguridad competentes las autoridades policiales y aduaneras, que estén autorizadas por el ordenamiento jurídico español para descubrir, prevenir e investigar delitos y actividades delictivas, así como para ejercer la autoridad y adoptar medidas coercitivas que sean designadas de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley, sin perjuicio de lo previsto en el apartado tercero del artículo 1 de esta Ley.”

En conclusión la DAVA, más bien su personal, tiene la condición de Policía Judicial en el específico marco de sus actuaciones, actuando bajo la dependencia de la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal.

Otro caso que se nos plantea es la **Policía Portuaria** que realiza las funciones de policía especial, citadas en el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁴⁴, atribuidas a la Autoridad Portuaria por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.⁴⁵

El personal de la Policía Portuaria, debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía, tendrá la consideración de agente de la autoridad de la Administración portuaria, sin perjuicio de la obligación de colaborar siempre que sea preciso con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Pero lo que ahora nos ocupa es la posibilidad de que el personal de la Policía Portuaria realice funciones de Policía Judicial.

Es lo cierto que la anterior redacción de la LOSC era más explícita y otorgaba directamente funciones de seguridad ciudadana al personal de la Policía Especial, al citar el artículo 4.1 de la LO 1/1992 que realizarán funciones de seguridad ciudadana, prevención de delitos y faltas, así como la vigilancia y mantenimiento del orden público.

En mi opinión, esta consideración ha cambiado, creo que el legislador con el criterio de poner cerco a la creación de estas Policías Especiales, o mejor dicho,

⁴⁴ Anteriormente citada, más expresamente, en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

⁴⁵ Vid. Artículo 296 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

para que no ejerciten sus competencias de forma directa, han recalificado sus funciones para afirmar en el artículo 7.4 de la LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana que las llevarán a cabo con carácter de colaborador, aunque no se dice de quien se debe entender de las FYCS.

En consecuencia de acuerdo con lo expuesto en el punto que nos referíamos a la composición de la Policía Judicial, al establecerse un sistema abierto de Policía Judicial, podemos concluir que la Policía Portuaria puede actuar como Policía Judicial genérica con carácter de colaboración con las FYCS competente desde el punto de vista territorial del puerto del que dependan.

Por último, pasamos a analizar el caso de los **Agentes Forestales** que se encuentran regulados y definidos en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, en cuyo artículo 6 q)⁴⁶ define a los agentes forestales como aquéllos funcionarios que ostentan la condición de agente de la autoridad, pertenecen a las Administraciones Públicas y que, de acuerdo con su propia normativa y con independencia de la denominación corporativa específica, tiene encomendadas, entre otras funciones, las de vigilancia, policía y custodia de los bienes jurídicos de naturaleza forestal y la de Policía Judicial en sentido genérico tal como establece el apartado 6 del artículo 283 de la LECrim, actuando de forma auxiliar de los jueces, tribunales y del Ministerio Fiscal, y de manera coordinada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con respeto a las facultades de su legislación orgánica reguladora de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En conclusión, al igual que pasa con el DAVA, los agentes forestales son Policía Judicial genérica a todos los efectos establecidos.

⁴⁶ Vid. en relación con el artículo 58.4 Ley 43/2003.

Título II - LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Título II - LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

2.1. INTRODUCCIÓN

La Policía Judicial en el cumplimiento de su función constitucionalmente asignada debe realizar actuaciones en el marco de un proceso penal.

Las actuaciones pueden ser a iniciativa propia, esto es, que la Policía Judicial, a través de sus jefes, decide las investigaciones y diligencias que se deben realizar o, por mandato judicial o del Ministerio Fiscal.

Todo ello, en el ejercicio de la competencia que viene citada en el artículo 104 de la CE y que desarrolla, en la parte que ahora afecta, el artículo 282 de la LECrim:

“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.”

Los **actos de investigación**, también denominados medios de investigación, tienden a “descubrir lo sucedido”, en definitiva, son los actos que tanto la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial están obligados a realizar, con objeto de introducir el material de hecho en el procedimiento. Ello con independencia de que sean realizados por orden de la Autoridad Judicial o “de oficio” por la Policía Judicial.

Las acepciones del vocablo “investigar”, que puede aclarar su significado, que señala la Real Academia de la Lengua son las siguientes:⁴⁷

⁴⁷ <http://dle.rae.es/?id=M3a7YOZ>

- “1. Indagar para descubrir algo. Investigar un hecho.
2. Indagar para aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente. Se investigó a dos comisarios de policía.
3. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.”

Como se ve, los **medios de investigación** tienen la finalidad de establecer el conocimiento de los hechos necesarios para fundamentar la acusación contra una persona o, en sentido contrario, demostrar su inocencia. Son la base que utilizará el Juez de Instrucción para imputar hechos delictivos a una o varias personas y que utilizará el Ministerio Fiscal para formalizar su acusación.

Pero para poder utilizarlos, deben respetar reglas de la Constitución y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como, a los principios del proceso y del procedimiento. Ciertamente es que, algunos de estos principios, en esta primera fase de instrucción, no se dan con la intensidad que luego se van a respetar en la fase del juicio oral, prueba de ello, es el principio de proporcionalidad.

Éste, ha de imperar de forma y manera que no exista, entre los objetivos perseguidos y el quebranto de los derechos de las personas o propiedades, un desequilibrio evidente. Para ello, se deberá valorar y considerar los siguientes aspectos del caso concreto: La gravedad de la infracción penal, la trascendencia social del hecho a investigar, las personas o bienes a los que afecta, el tipo de derechos conculcados, el grado de restricción de los mismos, la afcción al honor y la fama o reputación de las personas.

En este sentido, se puede afirmar, siguiendo a SOLÍS NAVARRO y otros,⁴⁸ que *“Las diligencias de investigación penal, ante hechos presuntamente delictivos, ya sean policiales o judiciales, deben realizarse dejando a salvo las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales, por lo que en cada caso habrá que ponderar si las intromisiones que tales investigaciones suponen son legítimas, para lo que resulta necesario atender a la confrontación de los intereses en conflicto.”*

En resumen, los actos de investigación o de instrucción son actos de las partes y del Juez de Instrucción, mediante los cuales se introducen en la fase instructora los hechos necesarios, bien para acreditar la existencia del hecho

⁴⁸ SOLÍS NAVARRO, P, Moure Colón, F. y García Borrego, JA. (2016), Estudio de las Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal. Edit. Centro Universitario de la Guardia Civil.; Pág. 116.

punible, su tipicidad y autoría; bien para evidenciar la ausencia de algún presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral.⁴⁹ Pues, como afirma el artículo 2 de la LECrim, las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal están obligados a “*consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...*”.

Por otra parte, los medios probatorios, pretenden lograr la convicción del órgano judicial que decide sobre la certeza de los hechos investigados.⁵⁰ Por ello, normalmente, estas pruebas se deben realizar en presencia del órgano judicial encargado del enjuiciamiento en la fase de juicio oral, lo que no quiere decir, que en la fase de instrucción no se realice un aseguramiento de las pruebas,⁵¹ para demostrar, en su día, la certeza de los hechos delictivos y la culpabilidad de los sujetos acusados.

Como se puede inferir, es necesario distinguir entre los *actos de investigación* y los *actos de prueba*, pues tienen finalidades diferentes. Si, los primeros tienden a introducir los hechos en el procedimiento e intentar conocer los hechos con hipótesis probables de lo que ocurrió, los segundos están destinados a lograr la convicción de la Autoridad Judicial, es decir, a convencer al Juez que los hechos trascurrieron tal y como afirma una de las partes.

Por otra parte, desde el *punto de vista subjetivo*, se pueden clasificar los actos de instrucción en los actos de aportación de las partes y los aportados de oficio por el Juez de Instrucción.

1º/ *De las partes*: Se distinguen los actos de aportación de hechos de la parte o partes acusadoras y de las partes defensoras, también conocidos como *actos de defensa*.

Los actos de las **partes acusadoras** son aquéllos cuya finalidad es la aportación de los hechos constitutivos de la pretensión penal y están dirigidos a obtener del Juez de Instrucción el convencimiento sobre la participación del investigado en el hecho punible, con la finalidad última de obtener la apertura del juicio oral.

⁴⁹ Vid. Artículo 299 LECrim y GIMENO SENDRA; ob. Cit. Pág. 348.

⁵⁰ Vid. STS de 25 de junio de 1990 y la STC núm. 123/2002.

⁵¹ Vid. Artículos 282 y ss LECrim, en lo que respecta a la Policía Judicial.

En esta línea, GIMENO SENDRA,⁵² los clasifica en *actos instructorios directos* y *actos instructorios indirectos*. Los primeros son aquéllos que introducen o amplían la *notitia criminis*, como la denuncia, la querrela, los escritos de ampliación de estos, la petición de adopción de medidas cautelares y el auto de procesamiento; los segundos, no son aptos para la entrada del objeto procesal, pero son atendidos por el Juez y dispuesta su práctica, como por ejemplo, la petición de práctica de diligencias.⁵³

Los actos de la defensa son los dirigidos a acreditar la inocencia del investigado o encausado y a provocar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones sumariales intentando demostrar la inexistencia del hecho, su falta de tipicidad, la participación en él del investigado o la concurrencia en el caso de alguna causa de extinción o de exención de la responsabilidad penal.

Donde se ejercen, principalmente, estos actos de defensa de una forma directa es en el escrito de defensa, en las declaraciones del investigado o encausado, en los escritos de oposición de solicitud de petición de medidas cautelares o en el auto de procesamiento y en las peticiones de archivo y sobreseimiento, por poner algunos ejemplos.

2º/ *Actos del Juez de Instrucción*: En la fase instructora, como ya se ha dicho y a diferencia del juicio oral, rige el Principio de Investigación de Oficio, conforme al cual, el Juez, ante la sospecha de la comisión de un delito público, está obligado a incoar sumario. Igualmente, esta Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, tienen la obligación de practicar todos los actos de investigación necesarios y pertinentes para acreditar *el hecho* y la *responsabilidad de su autor*.

El Juez, como director de la instrucción, es quien debiera efectuar todos los actos de instrucción, aunque como, es obvio, también los puede realizar la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal “*a prevención*” o “*por mandato*” de la Autoridad Judicial.

Por otro lado, las partes personadas también pueden llevar a cabo esos actos de instrucción, pero, es siempre el Juez de Instrucción quien, como tal director de la investigación, decide motivadamente cuales son los actos que definitivamente se introducen y qué diligencias se practican.

⁵² GIMENO SENDRA Y OTROS; Introducción al Derecho Procesal, 3ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 2000, pág. 326.

⁵³ Vid. Artículos 311 y 315 LECrim.

La mayoría de tales actos de investigación coinciden con los medios de prueba, por ello, las prescripciones legales referidas a los primeros son de aplicación supletoria en sus correlativos medios de prueba.

Junto a los actos instructorios “clásicos”, han aparecido en las últimas tres décadas, como consecuencia de los progresos de la ciencia, sobre todo, en la medicina legal y en las telecomunicaciones, medios de investigación y prueba que no encuentran regulación en la vetusta LECrim del siglo XIX. En estos casos, se debe tener en cuenta lo establecido por la jurisprudencia al respecto y no vulnerar a los derechos fundamentales en conflicto.⁵⁴ Ello a pesar de las sucesivas modificaciones que esta ley procesal ha sufrido, la última de las cuales es objeto de estudio en esta Tesis.⁵⁵

Ahora es necesario insistir en que la prueba debe ser realizada en la fase de juicio oral, lo que no quiere decir, que las diligencias sumariales no tengan ningún valor y, lo que es más importante, **que no se puedan realizar verdaderas pruebas en la fase de instrucción** que luego se pueden completar al ser llevadas al plenario.

Bien es verdad que, para realizar actividades probatorias fuera de la fase de plenario, deben concurrir unas determinadas circunstancias que hagan imposible su realización en la misma. Es decir, que no se pueda esperar a efectuarlas, bien porque es imposible realizarlas materialmente en el acto del juicio oral, bien porque si se esperara no surtirían los efectos previstos o desaparecería la fuente de prueba.

Por ello, en ocasiones, es necesario llevar a cabo la prueba en la misma fase de instrucción, hablándose, en tal caso, de la *prueba anticipada* y de la *prueba preconstituida*, conceptos que se estudiarán en los próximos puntos.

Ahora interesa dejar claro que, aunque haya actos de prueba que se realizan en la instrucción, se diferencian de los *actos de investigación*, como parte de los actos instructorios, porque los actos de prueba se llevan a cabo por “...la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del Juez o Tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por

⁵⁴ Vid. Artículo 11 LOPJ.

⁵⁵ Vid. 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.

el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducido en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba."⁵⁶

En este mismo sentido, MONTERO AROCA define prueba en al aseverar que *"es la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho aportados.*"⁵⁷

En síntesis, las diferencias existentes entre los actos de investigación y los actos de prueba son las que se citan a continuación:

- En los **actos de investigación**, se debe tener presente que su finalidad se encuentra en que sirven para introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el Juez el *"juicio de probabilidad"* suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares. Por otro lado, tienen por objeto ayudar a decidir acerca de la apertura del juicio oral en la fase intermedia del procedimiento, es decir, preparar el juicio oral.
- Los **actos de prueba** presuponen la entrada de los hechos y tienden a formar la certeza o evidencia suficiente para lograr la convicción del Tribunal sobre la preexistencia de los mismos y la participación en ellos del acusado, sirviendo de base para la sentencia.

En este sentido, la finalidad inmediata de la prueba consiste en conseguir la evidencia del Tribunal sobre la veracidad de los hechos afirmados en los escritos de calificación. Ahora bien, dicha evidencia, que ha de surgir de la ejecución de la prueba, no puede obtenerse de cualquier modo ni a cualquier precio, sino mediante la instauración del Principio de Contradicción en un juicio oral público en donde las partes, con igualdad de armas, han de convencer al Tribunal sentenciador de sus respectivas pretensiones.

- En los **actos de prueba** se exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e institucionalmente dotado de

⁵⁶ GIMENO SENDRA; ob. Cit. Pag. 645.

⁵⁷ MONTERO AROCA Y OTROS; "Derecho Jurisdiccional", Editorial Bosch, Editor S.A., Barcelona, 1991) Pag. 316.

independencia,⁵⁸ debido a que la actividad decisoria del Tribunal ha de recaer sobre las pruebas practicadas en el juicio con objeto de respetar el Principio de Inmediación.

Como regla general, se defiende por la doctrina que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la intermediación del Tribunal y con respeto al Principio de Contradicción.⁵⁹ De esta regla general, únicamente, cabe exceptuar los escasos supuestos de la prueba anticipada y preconstituida, que se han citado.⁶⁰

Sin embargo, el Principio de Contradicción no es imprescindible en la realización de todos los actos de investigación, porque, es posible que el sumario se declare secreto, mientras que los actos de prueba se desarrollarán siempre bajo la vigencia del Principio de Contradicción y de Publicidad, aunque ésta última puede ser relativa.

Por otro lado, se debe tener en cuenta en este apartado que en el proceso penal rige la garantía constitucional de *presunción de inocencia*,⁶¹ con el consecuente desplazamiento de la carga de la prueba sobre las partes acusadoras. Pero entendiendo que, si se declaran probados los hechos de la acusación, la defensa, para obtener una sentencia absolutoria, tiene la carga de la prueba de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes.⁶²

En definitiva, lo decisivo en cuanto a los medios de prueba, es que se realicen de forma lícita y con absoluto respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, al objeto de que no sean anulados conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ.

2.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Si se quiere buscar un punto de unión entre los actos de investigación y los de prueba, éste se encuentra recogido en el Principio de Proporcionalidad, sobre

⁵⁸ Con la excepción de la prueba preconstituida.

⁵⁹ Vid. STC núm. 283/1994 y STC núm. 211/2013

⁶⁰ Vid. Artículos 448 y 476 LECrim, en relación con el 467.2º LECrim.

⁶¹ Vid., en este sentido la STC núm. 123/2002.

⁶² Vid. STS de 4 de febrero de 1995.

todo, cuando en la realización de los mismos se afecta, aun mínimamente, un derecho fundamental.

El Principio de Proporcionalidad debe estudiarse caso por caso, sin que sea acertado dar una solución general para todas las situaciones. Se puede decir, como en numerosas ocasiones ha dictaminado el supremo intérprete de la Constitución, que para considerar respetado el Principio de Proporcionalidad debe ponderarse: La importancia del fin perseguido, obtener una determinada prueba o medio de investigación, y lo que se pisotea, el derecho fundamental.

Por lo tanto, en relación con el Principio de Proporcionalidad, en el caso concreto para determinar si este principio ha sido respetado, se deben ponderar dos parámetros: La gravedad o trascendencia social del hecho a investigar y las molestias o invasión de los derechos del sujeto sometido a aquélla.

Otra consideración, que se puede realizar relacionada con el Principio de Proporcionalidad, es si existe en la actuación policial arbitrariedad o fundamento de la medida adoptada en un^{63a} determinada actuación, en definitiva, si el Principio de Proporcionalidad ha sido respetado. Pues bien, como ha dicho el Tribunal Supremo, cuando *"...la actuación de los agentes policiales, que poseen una formación profesionalizada, se realiza en base a unos datos e indicios analizados y apreciados por su experiencia e instinto policial, cabe decirse que no actúan de forma arbitraria, ni desproporcionada, más bien, al contrario, están cumpliendo con su obligación constitucional."*

Es más, *"...esa formación y experiencia les hace a veces valorar extremos intrascendentes para el profano, pasando del dato a la conclusión en un silogismo directo no siempre fácil de expresar, pero que cuando las diligencias ulteriores revelan lo certero de las sospechas iniciales, no puede menos que estimarse fundado, pues no hay mayor fundamento de un indicio que la evidencia de su certeza."*⁶⁴

En un caso concreto, referido a una actuación policial en la que se procedió a la identificación de unos viajeros en el departamento de literas de un tren, ocupando "hachís", el Tribunal Supremo tuvo ocasión de analizar la actuación y concluyó que *"...se efectuó en el ejercicio de la función policial de averiguación de los delitos y con proporcionalidad entre el contenido de la diligencia y la finalidad y resultado*

⁶³ Vid. Vid. STS de 23 de febrero de 1994.

⁶⁴ Vid. STS de 20 diciembre 1993.

de la misma, sin que tal diligencia fuera irrespetuosa, degradante, innecesaria o desproporcionada, máxime cuando no consta una negativa u oposición expresa por los acusados a abrir sus bolsas de equipaje...”⁶⁵

Para que se respete el Principio de Proporcionalidad deben darse los siguientes requisitos⁶⁶ en la restricción⁶⁷ de derechos durante la instrucción:

- **Principio de legalidad:** Toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada debe estar “prevista por la ley”.⁶⁸
- **Jurisdiccionalidad de la medida:** ⁶⁹ Los Jueces de Instrucción son los únicos competentes para adoptarlas. Excepcionalmente, por estrictas razones de urgencia y bajo el cumplimiento de especiales garantías, puede la Policía Judicial restringir derechos fundamentales, como es el caso de la detención policial.
- **Necesidad:** No basta con que la medida esté prevista por ley o la adopte un Juez, sino que es imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiéndose adoptar en cualquier caso la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental. El cumplimiento del principio de necesidad implica la observancia de dos presupuestos especiales, uno de carácter material y otro procesal:
 - a. **Material:** La adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental exige que el objeto de la instrucción lo constituya *un delito grave*, el cual ha de determinarse en la solicitud de la intervención. No puede sacrificarse un derecho fundamental para investigar un delito leve o una infracción administrativa.
 - b. **Procesal:** Obliga a que, tales actos de prueba, se adopten por la Autoridad Judicial competente dentro del procedimiento penal adecuado, que además debe efectuar una especial motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental en la que ha de

⁶⁵ Vid. STC de 28 de diciembre de 1994.

⁶⁶ GIMENO SENDRA Y OTROS; ob. Cit. Pág. 368

⁶⁷ No obstante, hay que tener en cuenta que en numerosas diligencias policiales, aún no restringiendo los derechos fundamentales si se afectan, por lo que igualmente se deben tener en cuenta los requisitos de legalidad y de necesidad.

⁶⁸ Vid. Artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

⁶⁹ Vid. SSTC núms. 49/1999 y 123/1997

plasmar el juicio de ponderación entre los contradictorios derechos e intereses en pugna, a fin de justificar en él la necesidad de la medida, sino existiera dicha motivación, el Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo.

2.3. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN, LA PRUEBA ANTICIPADA Y LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

2.3.1. Los actos de instrucción

En primer lugar se debe recordar que las dos principales finalidades de la fase de instrucción son: La averiguación de los hechos aparentemente delictivos y de las personas responsables de los mismos.

En consecuencia, interesa realizar un estudio de los diferentes actos que existen en la mencionada fase de instrucción, todo ello, teniendo en cuenta su naturaleza e importancia para la fase del juicio oral, considerada como la fundamental del proceso penal.

Las tres clases principales de actos que presenta esta fase de instrucción son los **actos de aportación de hechos**, los **actos de investigación**, y **ciertos actos de prueba**, que por imposibilidad de realización en el acto del juicio oral se deben realizar en la fase de instrucción del procedimiento penal.

Hay autores, como GIMENO SENDRA, que consideran que tanto los actos de investigación, como los actos de prueba son una especie de actos de introducción de hechos. Sin embargo, debido a la importancia que tienen los actos de prueba en la fase de instrucción para la actuación de investigación para la Policía Judicial, a nuestro juicio, es preferible esta clasificación, pero sin olvidar que, si algo en común tienen los actos de investigación y de prueba, es que introducen los hechos en el proceso.

Se consideran **actos de introducción de hechos** a los actos que van a conformar los hechos enjuiciables, en definitiva, es el intento por reproducir en la instrucción todo lo que pasó y cómo pasó el día de autos.

La fijación de los hechos delictivos tenderá al esclarecimiento de lo acaecido y a la obtención de los datos externos que prueben la perpetración del delito. La

determinación de los sujetos exigirá cerciorarse de la identidad de los mismos y de las circunstancias que en ellos concurren.

Esta aportación de hechos en el procedimiento se realiza principalmente en la fase de instrucción, aunque no se puede dejar de señalar que, en el juicio oral, existe una última oportunidad para incorporar más hechos, los cuales por alguna razón, no hayan podido ser introducidos hasta entonces. Esta aportación de hechos se puede efectuar tanto por la parte activa como por la pasiva del proceso, sin embargo, si quienes realizan la introducción de hechos son los llamados "*operadores de justicia*", es decir, la Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, a estos actos se les debe llamar **actos de investigación**.

Los actos de investigación, también denominados medios de investigación, tienden a "*descubrir lo sucedido*", en definitiva, son los actos que tanto la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial están obligados a realizar, con objeto de introducir el material de hecho en el procedimiento.

Otro concepto del vocablo "*investigar*", que puede aclarar su significado, es el recogido por la Real Academia de la Lengua: "*Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.*"

Los medios de investigación tienen la finalidad, por tanto, de establecer el conocimiento de los hechos necesarios para fundamentar la acusación contra una persona o, en sentido contrario, demostrar su inocencia. Son la base que utilizará el Juez de Instrucción para imputar hechos delictivos a una o varias personas y que utilizará el Ministerio Fiscal para formalizar su acusación.

Ello no quiere decir, que los actos de investigación no estén sometidos a las reglas de la Constitución y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como, a los principios del proceso y del procedimiento. Bien es verdad que, algunos de estos principios no se dan con la intensidad que luego se van a respetar en la fase del juicio oral, prueba de ello, es el principio de proporcionalidad. Éste, ha de imperar de forma y manera que no exista, entre los objetivos perseguidos y el quebranto de los derechos de las personas o propiedades, un desequilibrio evidente. Para ello, se deberá valorar y considerar los siguientes aspectos del caso concreto: la gravedad de la infracción penal, la trascendencia social del hecho a investigar, las personas o bienes a los que afecta, el tipo de derechos conculcados, el grado de

restricción de los mismos, la afección al honor y la fama o reputación de las personas.

En este sentido, se puede afirmar, siguiendo a SOLÍS NAVARRO y otros,⁷⁰ que *“Las diligencias de investigación penal, ante hechos presuntamente delictivos, ya sean policiales o judiciales, deben realizarse dejando a salvo las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales, por lo que en cada caso habrá que ponderar si las intromisiones que tales investigaciones suponen son legítimas, para lo que resulta necesario atender a la confrontación de los intereses en conflicto.”*

En resumen, **los actos de investigación o de instrucción** son actos de las partes y del Juez competente, mediante los cuales se introducen en la fase instructora los hechos necesarios, bien para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría; bien para evidenciar la ausencia de algún presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral. Pues, como afirma el artículo 2 de la LECrim, las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal están obligados a *“consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...”*.

Los **medios probatorios o actos de prueba**, pretenden lograr la convicción del órgano judicial que decide sobre la certeza de los hechos investigados. Por ello, normalmente, la regla general es que estas pruebas se deben realizar en presencia del órgano judicial encargado del enjuiciamiento en la fase de juicio oral, lo que no quiere decir, que en la fase de instrucción no se inicie un proceso tendente realice al aseguramiento de las pruebas, para demostrar, en su día, la certeza de los hechos delictivos y la culpabilidad de los sujetos acusados.

De esta forma, no se deben confundir los actos de investigación y los actos de prueba, pues tienen finalidades diferentes. Si, los primeros tienden a introducir los hechos en el procedimiento e intentar conocer los hechos con hipótesis probables de lo que ocurrió, los segundos están destinados a lograr la convicción de la Autoridad Judicial, es decir, a convencer al Juez que los hechos trascurrieron tal y como afirma una de las partes.

⁷⁰ ESTUDIO DE LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL PARA EL PROCESO PENAL, Centro Universitario de la Guardia Civil, ob. Cit. Pág. 110

Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, se pueden clasificar los actos de instrucción en los actos de aportación de las partes y los aportados de oficio por el Juez de Instrucción.

1º/ **De las partes:** Se distinguen los actos de aportación de hechos de la parte o partes acusadoras y de las partes defensoras, también conocidos como actos de defensa.

Los actos de las partes acusadoras son aquéllos cuya finalidad es la aportación de los hechos constitutivos de la pretensión penal y están dirigidos a obtener del Juez de Instrucción el convencimiento sobre la participación del investigado en el hecho punible, con la finalidad última de obtener la apertura del juicio oral.

En esta línea, GIMENO SENDRA, los clasifica en actos instructorios directos e indirectos. Los primeros son aquéllos que introducen o amplían la *notitia criminis*, como la denuncia, la querrela, los escritos de ampliación de estos, la petición de adopción de medidas cautelares y el auto de procesamiento; los segundos, no son aptos para la entrada del objeto procesal, pero son atendidos por el Juez y dispuesta su práctica, como por ejemplo, la petición de práctica de diligencias.

Los actos de la defensa son los dirigidos a acreditar la inocencia del investigado o encausado y a provocar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones sumariales intentando demostrar la inexistencia del hecho, su falta de tipicidad, la participación en él del investigado o la concurrencia en el caso de alguna causa de extinción o de exención de la responsabilidad penal.

Donde se ejercen, principalmente, estos actos de defensa de una forma directa es en el escrito de defensa, en las declaraciones del investigado o encausado, en los escritos de oposición de solicitud de petición de medidas cautelares o en el auto de procesamiento y en las peticiones de archivo y sobreseimiento, por poner algunos ejemplos.

2º/ **Actos del Juez de Instrucción:** En la fase instructora rige el Principio de Investigación de Oficio, conforme al cual, el Juez, ante la sospecha de la comisión de un delito público, está obligado a incoar sumario. Igualmente, esta Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, tienen la obligación de practicar todos los actos de investigación necesarios y pertinentes para acreditar el hecho y la responsabilidad de su autor.

El Juez, como director de la instrucción, es quien debiera efectuar todos los actos de instrucción, aunque como, es obvio, también los puede realizar la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal “a prevención” o “por mandato” de la Autoridad Judicial.

Por otro lado, las partes personadas también pueden llevar a cabo esos actos de instrucción, pero, es siempre el Juez de Instrucción quien, como tal director de la investigación, decide motivadamente cuales son los actos que definitivamente se introducen y qué diligencias se practican.

La mayoría de tales actos de investigación coinciden con los medios de prueba, por ello, las prescripciones legales referidas a los primeros son de aplicación supletoria en sus correlativos medios de prueba.

Junto a los actos instructorios “clásicos”, han aparecido en las últimas tres décadas, como consecuencia de los progresos de la ciencia, sobre todo, en la medicina legal y en las telecomunicaciones, medios de investigación y prueba que no encuentran regulación en la vetusta LECrim del siglo XIX. En estos casos, se debe tener en cuenta lo establecido por la jurisprudencia al respecto y no vulnerar a los derechos fundamentales en conflicto. No obstante, se debe señalar que 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 ha regulado muchos de esos medios tecnológicos de investigación y, obviamente, ha paliado en parte la falta mencionada.

Es un principio general que la prueba debe ser realizada en condiciones normales en la fase de juicio oral, pero ello no quiere decir, que las diligencias sumariales no tengan ningún valor y, lo que es más importante, que no se puedan realizar verdaderas pruebas en la fase de instrucción.

Bien es verdad que, para realizar actividades probatorias fuera de la fase de plenario, deben concurrir unas determinadas circunstancias que hagan imposible su realización en la misma. Es decir, que no se pueda esperar a efectuarlas, bien porque es imposible realizarlas materialmente en el acto del juicio oral, bien porque si se esperara no surtirían los efectos previstos o desaparecería la fuente de prueba.

Por ello, en ocasiones, es necesario llevar a cabo la prueba en la misma fase de instrucción, hablándose, en tal caso, de la prueba anticipada y de la prueba preconstituida, cuyo estudio se abordará en las próximas páginas.

Ahora interesa citar que, aunque haya actos de prueba que se realizan en la instrucción, se diferencian de los actos de investigación, como parte de los actos instructorios, porque los actos de prueba se llevan a cabo por “...la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del Juez o Tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducido en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba.”

En este mismo sentido, MONTERO AROCA define prueba en al aseverar que “es la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho aportados.”⁷¹

Como se ha podido comprobar, hasta el momento, se han citado algunas de las diferencias existentes entre los actos de investigación y los actos de prueba, que a continuación se amplían:

- En los actos de investigación, una finalidad se encuentra en que sirven para introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el Juez el “juicio de probabilidad” suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares. Por otro lado, una segunda finalidad es poder decidir acerca de la apertura del juicio oral en la fase intermedia del procedimiento, es decir, preparar el juicio oral. Sin embargo, los actos de prueba presuponen la entrada de los hechos y tienden a formar la certeza o evidencia suficiente para lograr la convicción del Tribunal sobre la preexistencia de los mismos y la participación en ellos del acusado, sirviendo de base para la sentencia.

En este sentido, la finalidad inmediata de la prueba consiste en conseguir la evidencia del Tribunal sobre la veracidad de los hechos afirmados en los escritos de calificación. Ahora bien, dicha evidencia, que ha de surgir de la ejecución de la prueba, no puede obtenerse de cualquier modo ni a cualquier precio, sino mediante la instauración del Principio de Contradicción en un juicio oral público

⁷¹ Vid MONTERO AROCA, Juan, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en La Prueba, Juan Montero Aroca (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p.29

en donde las partes, con igualdad de armas, han de convencer al Tribunal sentenciador de sus respectivas pretensiones.

- En los actos de prueba se exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e institucionalmente dotado de independencia, debido a que la actividad decisoria del Tribunal ha de recaer sobre las pruebas practicadas en el juicio con objeto de respetar el Principio de Inmediación.

Como regla general, se defiende por la doctrina que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la intermediación del Tribunal y con respeto al Principio de Contradicción. De esta regla general, únicamente, cabe exceptuar los escasos supuestos de la prueba anticipada y preconstituida, que se han citado.

Sin embargo, el Principio de Contradicción no es imprescindible en la realización de todos los actos de investigación, porque, es posible que el sumario se declare secreto, mientras que los actos de prueba se desarrollarán siempre bajo la vigencia del Principio de Contradicción y de Publicidad, al menos relativa.

Por otro lado, se debe tener en cuenta en este apartado que en el proceso penal rige la garantía constitucional de presunción de inocencia, con el consecuente desplazamiento de la carga de la prueba sobre las partes acusadoras. Pero entendiendo que, si se declaran probados los hechos de la acusación, la defensa, para obtener una sentencia absolutoria, tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

En definitiva, lo decisivo en cuanto a los medios de prueba, es que se realicen de forma lícita y con absoluto respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, al objeto de que no sean anulados conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ. A pesar de que en el presente estudio, no se tiene la finalidad de estudiar la fase probatoria, sí resulta interesante hacer referencia a aquellas pruebas que se realizan en fase sumarial y que luego pueden ser llevadas al acto del juicio oral con objeto de que, eventualmente, puedan destruir la presunción de inocencia. Estas en muchas ocasiones se realizan a la par que las diligencias de investigación, es decir, en el mismo momento temporal. Además, en ocasiones reciben el mismo nombre, esto es, que algunas diligencias, como la inspección ocular, puede ser medio de investigación o prueba, dependiendo de los requisitos que se cumplan en cada caso y de la forma que se incorpore al proceso penal.

Así, ocurre con las diligencias de intervención de las comunicaciones y de investigación tecnológica que se analizarán que pueden alcanzar, llegado el caso y cumpliendo los requisitos para ello, pruebas realizadas en la fase de instrucción del procedimiento penal.

En definitiva, interesa al estudio actual las pruebas que excepcionalmente se realizan fuera de la mencionada fase de juicio oral y dentro, precisamente, de la fase de instrucción y su delimitación con los medios de investigación. Es por ello, que se procederá a analizar, con más profundidad, la prueba anticipada y la prueba preconstituida, con particular detención en esta última por su importancia para la Policía Judicial.

2.3.2. La Prueba Sumarial Anticipada

La prueba anticipada es la más importante excepción al principio general elaborado por el Tribunal Constitucional y que viene a decir *“nadie puede ser condenado, sino mediante auténticas y válidas pruebas de cargo, practicadas bajo la inmediación, contradicción y publicidad del juicio oral”*. Principio que aparece recogido en el artículo 741 de la LECrim,⁷² cuando establece que las pruebas deben practicarse en el juicio oral. Por lo tanto, **prueba anticipada** es aquella que se realiza en un momento anterior al de inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de practicarla en este acto, o tras su suspensión. Se anticipa por la razonable previsión de imposibilidad de la práctica en el momento del juicio oral o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma.

Se puede distinguir entre la prueba anticipada que se practica durante la fase de instrucción preliminar o sumario y la que se realiza en la fase de plenario. En ambas deben respetarse las *garantías de defensa y contradicción* que presiden la realización de la prueba en el juicio oral.

De modo estricto solo se califica como prueba anticipada, aquella que se practica tras la propuesta de los escritos de calificaciones, inmediatamente antes del inicio de las sesiones del juicio oral. Una interpretación más amplia y acertada, es considerar que prueba anticipada es toda aquella que se realiza con

⁷² Vid. Arts. 688 y ss LECrim.

anterioridad a la fase probatoria, bien se esté en la fase de instrucción, bien en la fase de juicio oral. Se puede ampliar esta visión de la prueba anticipada mediante la lectura de los artículos de la LECrim que hacen mención a esta prueba:

Artículo 448: “Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Letrado de la Administración (Secretario judicial) de Justicia hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Letrado de la Administración de Justicia (Secretario judicial) se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Artículo 657: “...Podrán pedir además las partes que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión”.

Artículo 781.1 in fine: “En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas...”.

Artículo 785.1: “En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediata dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada y señalará...”.

El fundamento de la prueba anticipada está en evitar que se pierdan definitivamente aquellos datos probatorios relevantes para la formación de la convicción judicial, pues si no se práctica sin dilación, el fundamento de realizarla

desaparece con el tiempo. Otra de las razones para su realización ocurre, cuando por su propia naturaleza es una prueba que no se puede realizar en estrados, caso por ejemplo del reconocimiento judicial de un inmueble.

La realización anticipada de la prueba debe tener un **carácter excepcional**, evitando que se convierta en una práctica generalizada a través del cual se desvirtúe el principio general de que las pruebas han de practicarse en el juicio oral. Por ello, no deben utilizarse por simples razones de comodidad, o para posibilitar que la prueba se practique de modo concentrado en la vista oral. De esta manera, si no se cumple el requisito de la **previsibilidad** de imposibilidad de práctica de la prueba en el juicio oral, determinará la ausencia de valor probatorio de la actuación practicada.

Esta imposibilidad puede ser absoluta o sobrevenida:

- **Imposibilidad absoluta:** Cuando es inherente al medio probatorio propuesto; es decir, cuando es por su propia naturaleza irreproducible en el acto del juicio oral. Por ejemplo, el reconocimiento judicial de un inmueble.
- **Imposibilidad relativa o sobrevenida:** Cuando el medio de prueba propuesto es de los que generalmente se pueden practicar en la sede del Tribunal durante el juicio oral, pero por circunstancias especiales no puede llevarse a cabo. Se deberán, no obstante, por parte del Tribunal agotar todas las posibilidades legales para practicarla en el juicio, como iniciar el juicio más tarde, suspenderlo temporalmente. Por ejemplo, un testigo que se encuentre impedido físicamente por enfermedad grave y al cual se le toma la prueba testifical en la fase de instrucción, con objeto de evitar que la misma no se pueda realizar si se espera a la celebración del juicio oral.

En relación a los *requisitos* que deben cumplirse en la prueba anticipada, se puede decir que para su realización la única particularidad es el hecho de realizarla fuera de la sede del juicio oral y antes de la fase probatoria, sin cumplir pues plenamente los principios de concentración y de publicidad general, lo que no es óbice para que se cumplan todos los demás.⁷³

⁷³ Los principios que se aplican a la realización de pruebas son el de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad.

Deben cumplirse, especialmente, los Principios de *Inmediación y Contradicción*, con la presencia del Juez o Tribunal sentenciador al completo y con intervención de todas las partes, respectivamente, pues de otra forma no se estaría ante verdaderas pruebas.

El órgano judicial debe pues notificar y citar previamente, con antelación suficiente a la práctica anticipada de la prueba, a las partes personadas y al Ministerio Fiscal. Dicha intervención no será meramente pasiva, sino activa. La no presencia injustificada del acusado y su letrado, convenientemente citados, no invalida la realización de la prueba. Ahora bien, si el procesado se encontrara detenido o preso debe asistir obligatoriamente a la práctica de la diligencia, salvo que por razones de fuerza mayor no sea posible, porque su ausencia si afecta a la validez de la prueba.

Si se han respetado los presupuestos, condiciones y garantías antes expuestos, la prueba anticipada adquirirá valor probatorio al igual que las pruebas practicadas durante las sesiones del juicio oral y los datos podrán ser utilizados por el Tribunal para fundamentar su sentencia.⁷⁴ En caso contrario, por ejemplo, la realización de un registro efectuado en el domicilio de un detenido, que no presencia esta diligencia, permaneciendo en dependencias policiales, o las declaraciones del investigado en el atestado, provoca que, por incumplimiento del Principio de Contradicción, la prueba no pueda considerarse prueba anticipada.⁷⁵

Así lo establece el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, entre otras en su Sentencia número 165/2014, de 8 de octubre de 2014 que concluye de forma contundente: *“Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculpatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituída. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la Autoridad Judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria”*.

⁷⁴ Vid. STS núm. 49/1992, de 14 de septiembre.

⁷⁵ Vid. STS Núm. 1867/2000, de 29 de diciembre.

El resultado de la prueba anticipada debe *introducirse en el acto del juicio oral* mediante la *lectura del acta levantada* con ocasión de la misma por el Letrado de la Administración de Justicia, respetándose así el Principio de Publicidad:⁷⁶

“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

En definitiva, en la realización de la prueba anticipada deben respetarse los siguientes **requisitos**:

- Imposibilidad de realización en el juicio oral.
- Necesaria intervención del Juez, aunque en algún caso puede intervenir la Policía Judicial por mandato expreso de la Autoridad Judicial, siendo en este supuesto necesario la ratificación de los policías en el juicio oral. Ejemplo de ello, es la realización de la diligencia de entrada y registro.
- Posibilidad de contradicción, con asistencia letrada si es necesario.
- Reproducción en el juicio oral. Para su eficacia en el procedimiento, la prueba anticipada debe procederse a la lectura de su documentación escrita en el acto del juicio oral, conforme a lo establecido por el artículo 730 de la LECrim.

Se puede añadir que, resumiendo la jurisprudencia sentada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, para que la prueba anticipada tenga eficacia como prueba de cargo, debe cumplir los siguientes requisitos:⁷⁷

- Material: Debe existir una causa de imposibilidad de realización en el juicio oral.
- Subjetivo: Debe realizarse ante el Juez de Instrucción.

⁷⁶ Vid. Artículo 730 LECrim.

⁷⁷ Vid. STC núm. 141/2001 y STS de 6 de octubre de 1997.

- **Objetivo:** Debe darse todas las garantías y principios que se aplican a la realización de pruebas en el acto del juicio oral.
- **Formal:** Deben quedar documentadas por escrito, para en caso necesario sean reproducidas mediante su lectura en el acto del juicio oral.

En definitiva, lo que la prueba anticipada pretende es que no se pierdan aquellos elementos de convicción obtenidos en la instrucción o investigación del hecho que no puedan reproducirse en la vista oral como prueba.

A continuación se realiza una relación de los supuestos más frecuentes de práctica de prueba anticipada que se dan en el proceso penal español:

- **Prueba testifical:** Uno de los motivos de suspensión del juicio oral que establece la LECrim es la incomparecencia de un testigo.⁷⁸ Para evitar esta causa de suspensión, cuando se prevea que un determinado testigo no va a comparecer a juicio, bien sea por imposibilidad física, edad avanzada, enfermedad, residencia en el extranjero u otra causa, el Juez junto con las partes se trasladarán a la residencia del testigo para la práctica de la declaración testifical.⁷⁹

En la práctica se da en numerosas ocasiones cuando el testigo es residente allende de nuestras fronteras y se prevea que no asistirá a la vista oral. En este caso se les toma declaración respetando los Principios de Contradicción y de Inmediación, con objeto de no suspender el juicio oral y, lo que es más importante, con la finalidad de no imposibilitar, en muchos casos, la única prueba existente en el procedimiento.⁸⁰

- **Reconocimiento judicial:** Se podrá practicar con antelación y con aplicación de los Principios de Inmediación y Contradicción. Para el caso que se hayan iniciado las sesiones del juicio oral, se suspenderán las mismas y se trasladarán allí las partes, asistidas de letrado cuando lo precisen, y el Tribunal al completo.
- **Prueba pericial:** Se practica como prueba anticipada cuando se realiza en la instrucción por imposibilidad técnica de espera a su realización

⁷⁸ Vid. Artículo 746 LECrim.

⁷⁹ Vid. Artículo 419 LECrim.

⁸⁰ Vid. SSTC Núm. 10/1992, de 10 de enero, núm. 41/1991, de 25 de febrero y núm. 209/2001 de 22 octubre.

en un momento posterior.⁸¹ Para que tenga eficacia se han de respetar, igualmente, el principio de Inmediación y Contradicción y la posibilidad de recusación de los peritos. Si se cumplen todas las formalidades, la prueba pericial así practicada tendrá su eficacia en el procedimiento una vez que se introduzca mediante la lectura del acta e informe realizado en el juicio oral. Ello no impide que los peritos que realizaron el informe comparezcan en el juicio oral y se sometan a las preguntas y aclaraciones que soliciten las partes.

Otro caso resulta cuando no se puede practicar la pericia en el mismo local del juicio, se suspenderá el mismo y trasladado el Tribunal se realizará la pericia.

2.3.3. La Prueba Preconstituida

Es el segundo de los supuestos en los que una diligencia realizada en la fase de instrucción puede tener eficacia probatoria en la fase de juicio oral, cumpliendo, eso sí, con todos los requisitos y presupuestos para su realización que marca la jurisprudencia, que se pasan seguidamente a citar.

En algunos casos se confunde con la prueba anticipada, ya que sus límites no están demasiado claros. Sin embargo, para la Policía Judicial interesa marcar dichos límites con objeto de realizar sus funciones con mayor eficacia, pues no se debe olvidar que es, en estas llamadas "*pruebas preconstituidas*", donde actúa con mayor iniciativa y que de su correcta realización pudiera depender el éxito de la investigación y juicio.

Para el Tribunal Constitucional, en general, son aquellas pruebas de imposible o muy difícil reproducción en el acto de juicio oral. En otros casos son el mecanismo de conceder eficacia probatoria a las *diligencias policiales y sumariales*, las cuales no constituyen verdaderos actos de prueba, permitiendo que el Tribunal pueda formar su convicción en base a las mismas.

La prueba preconstituida se diferencia de las meras diligencias policiales y sumariales porque éstas no pueden tener eficacia probatoria, sino que principalmente cumplen con la función de introducir los hechos en el

⁸¹ Vid. STS de 9 de octubre de 2003.

procedimiento y averiguar la verdad material. Por el contrario, llegado el caso, la prueba preconstituida puede, por sí misma, constituirse en prueba de cargo.

Se diferencia, por otra parte, de la prueba anticipada, en que la prueba preconstituida puede formalizarse por la Policía Judicial, sin la intervención del Juez de Instrucción. Desde otro punto de vista, la prueba preconstituida, además de ser una diligencia de las llamadas objetivas o de constatación, debe tener dos requisitos: *Urgencia y necesidad*. Esto significa, como se establece en más de una sentencia debe tener la finalidad de asegurar los indicios y fuentes de prueba que se observan en ese preciso momento, por qué de no actuar desaparecerían de inmediato.⁸²

En definitiva, la prueba preconstituida puede definirse como la actuación bien de la Policía Judicial, bien del Juez de Instrucción “*a prevención*” de la Autoridad Judicial competente para conocer del hecho delictivo, motivada por una *urgencia y necesidad* de evitar la pérdida de la fuente de prueba, sin cumplir plenamente con todos los principios que se aplican a la prueba practicada en el juicio oral.

Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción competente en el caso, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena.

Otra de las diferencias entre la prueba preconstituida y anticipada, que precisamente no está suficientemente definida, es el requisito *formal* para su puesta en consideración en el acto del juicio oral. Como se ha dicho en el caso de la prueba anticipada, para su introducción en el juicio se debe producir la lectura del acta donde se documentó, en el caso de la prueba preconstituida no queda claro si el modo de aportación puede ser el mismo,⁸³ o bien debe ser introducida mediante la práctica de otro medio de prueba, comúnmente la testifical de los agentes intervinientes.⁸⁴

La diferencia estriba en que, sobre todo cuando la prueba preconstituida se ha realizado por la Policía Judicial, si bien se puede leer el acta, para constituirse

⁸² Vid. STC núm. 303/1993, de 25 de octubre y STS de 6 de mayo de 2005.

⁸³ Vid. Artículo 740 LECrim.

⁸⁴ Vid. STS núm. 850/2005, de 6 de mayo.

en verdadera prueba, debe complementarse la diligencia con la declaración de los agentes que intervinieron de una forma directa en su realización.⁸⁵ Otra cosa iría en contra del Principio de Contradicción⁸⁶ y del Principio de Inmediación,⁸⁷ ya que en esta clase de prueba preconstituida no ha participado ninguna Autoridad Judicial. Cuestión distinta es lo que no ocurre cuando la prueba ha sido preconstituida realizada el Juez de Instrucción *a prevención* de la Autoridad Judicial competente, caso en el cual es suficiente la lectura del acta donde se documentó el acto, tal y como establece el artículo 740 de la LECrim.

Los Tribunales están otorgando el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que como las *fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholimétricas*, que realiza la Policía Judicial y que se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa, siempre que, además, se den las repetidas razones de urgencia y necesidad, que hagan al hecho irrepetible el día del juicio oral.⁸⁸

En otras palabras, cuando al dato de la *objetividad* de las actuaciones obtenidas en el atestado, se añade *su irrepetibilidad*, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de introducirse en el juicio oral mediante su lectura y con la declaración de los agentes.

Poco y confuso existe, en nuestra doctrina, escrito sobre la prueba preconstituida, sin embargo, el profesor GIMENO SENDRA ha hecho una magnífica estructuración donde se efectúa un estudio de la misma que no se puede dejar de citar:⁸⁹

- Prueba preconstituida realizada por la policía.
- Prueba preconstituida de la Policía Judicial con control judicial.
- Pruebas preconstituidas del Juez de Instrucción.

Por lo tanto, siguiendo lo apuntado hasta el momento, se puede afirmar que una misma diligencia, puede ser prueba anticipada, prueba preconstituida o

⁸⁵ Vid. STC núm. 217/1989.

⁸⁶ Vid. STS núm. 181/2015 de 1 abril en la que se declara nula la grabación de la testifical de una niña realizada en fase de instrucción y no llevada al acto del juicio oral.

⁸⁷ Vid. SAPCR núm. 123/2016 de 24 noviembre en la que no se tiene en cuenta una prueba de alcoholemia positiva por no asistir los agentes que la realizaron al acto del juicio oral.

⁸⁸ Vid. SSTC núms. 138/1992 y 303/1993. Igualmente Vid. STS núm. 2610/2013.

⁸⁹ GIMENO SENDRA; ob. Cit. Pág. 357 y ss.

medio de investigación, según el caso, como se va a explicar a continuación siguiendo el ejemplo del registro de un automóvil.

De esta manera, la diligencia de registro de un automóvil puede tener el valor de *prueba anticipada* si se practica judicialmente, como **inspección ocular** realizada con todas las garantías, respetando el Principio de Contradicción mediante la asistencia del investigado y su letrado, si ello fuera posible.

Supuesto distinto sería el registro de un automóvil que, de acuerdo con la ley, se realiza en un control de carretera concurriendo los requisitos de **urgencia y necesidad**, los cuales justificarían la actuación policial “a prevención” de la Autoridad Judicial y la valoración de la diligencia como prueba preconstituida.

Por lo tanto, en estas diligencias, si los requisitos de “urgencia y necesidad” no existen, bien porque el individuo se encuentra detenido, bien porque el vehículo se encuentra intervenido o por cualquier otra razón, el registro que se hace en el vehículo tendría la naturaleza de medio de investigación si no cuenta con la presencia judicial.⁹⁰

En cualquier caso, para que tales actos de investigación posean esa naturaleza de prueba preconstituida, se hace preciso que la Policía Judicial haya actuado en ellos por estrictas **razones de urgencia y necesidad**, de modo que, desaparecidas dichas razones, “ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional de acto probatorio, susceptible por sí solo de fundamentar una sentencia condenatoria.”⁹¹

Siguiendo la división apuntada se puede decir que son posibles actos de prueba preconstituida de la Policía Judicial, por ejemplo, las pruebas alcoholimétricas, las grabaciones de videovigilancia y los análisis de estupefacientes.

Por último, se ha de recordar que el Juez de Instrucción, a veces actúa en prevención de otra Autoridad Judicial, bien porque se estén realizando actuaciones en distintos lugares de forma simultánea, bien porque el lugar de realización sea competencia de otro partido judicial.

⁹⁰ Dentro del artículo 284 LECrim.

⁹¹ Vid. STC núm. 303/1993.

En estos casos estas actuaciones, pueden ser consideradas pruebas preconstituidas de realización judicial, que se diferencian de las que realiza la Policía Judicial porque pueden ser introducidas en el juicio oral de la forma prevenida en el artículo 730 LECrim. Se dan en diligencias como la recogida y conservación del cuerpo del delito, el reconocimiento judicial, las inspecciones e intervenciones corporales, la entrada y registro y la intervención de las comunicaciones.

2.4. ALGUNOS EJEMPLOS DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN:

2.4.1. El agente encubierto informático

La figura del agente encubierto, que ya se utilizaba por la policía como medio de investigación sin respaldo legal y que era defendido por la doctrina del Tribunal Supremo, se introdujo en nuestro ordenamiento por la LO 5/1999 de 13 de enero, que redactó el artículo 282 bis LECrim tiene especial protagonismo en las entregas vigiladas de drogas. Artículo que ha sido reformado por la LO 13/2015 para incluir en el mismo la figura de **agente encubierto informático**.

Consiste en que un determinado miembro de la Policía Judicial es autorizado en las investigaciones que afectan a actividades propias de la delincuencia organizada,⁹² a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, así como a participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad esa identidad supuesta.⁹³ Es decir, la labor encubierta debe estar encaminada a descubrir el entramado criminal, el delito y la responsabilidad penal de los sujetos involucrados de la organización criminal.⁹⁴

⁹² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ; La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, Coedición del Ministerio del Interior con Dykinson, Madrid. 2008, págs. 124 y ss.

⁹³ DELGADO MARTÍN; Criminalidad organizada, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 61 y 62.

⁹⁴ PEREZ ARROYO; La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal (I), en La Ley, número 4987, de fecha 8 de febrero de 2000, pág. 3.

Como afirma GIMENO SENDRA,⁹⁵ consiste “en la entrada de uno o varios agentes de las fuerzas de seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran”.

Es decir que la ley permite aquí una excepción al normal desarrollo de la investigación tanto policial como del Fiscal o del Juez (cuya obligación general es detener en su caso al delincuente y recoger los efectos e instrumentos del delito, según el artículo 282 y siguientes de la LECrim), al permitir al policía (agente infiltrado o encubierto) no sólo intervenir en la supuesta actividad delictiva, adquiriendo y transportando la droga y efectos, sino dilatar su ocupación, con el fin de describir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relacionado en el artículo 282 bis de la LECrim. Precisamente, ese fin de conocer el delito y sus autores desde el primero hasta sus responsables es lo que justifica la excepción, pues de otro modo, en muchas ocasiones los máximos responsables de una organización delictiva quedarían impunes al cortarse la actuación policial en los “*meros ejecutores*” de las acciones delictivas.

La sofisticación de la actividad delictiva y la proliferación de grandes organizaciones criminales obligan a la adopción de novedosas y más potentes fórmulas o técnicas de investigación. Entre ellas, figuran la posibilidad de entregas vigiladas y esta novedosa figura del agente encubierto.

Los **ejes básicos de esta figura** son los siguientes:

1. Se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior.⁹⁶ Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

2. Se delimita a estos efectos lo que debe entenderse por delincuencia organizada que comprende no sólo a los delitos de terrorismo, sino también a toda asociación de tres o más personas que realicen de forma permanente o

⁹⁵ GIMENO SENDRA Y OTROS; Lecciones de Derecho Procesal Penal (Ob. Cit.), págs. 214 y 215.

⁹⁶ Se complementa, de esta forma, el régimen de protección de la LO 19/94, para testigos y peritos.

reiterada conducta que tengan como fin cometer alguno de los siguientes delitos relacionados en el propio artículo 282 bis de la LECrim.

3. Se faculta la utilización del agente encubierto de medios complementarios de investigación, siempre bajo control judicial y fiscal.

La autorización de la actuación del agente encubierto debe concederla el Juez instructor competente o el Ministerio Fiscal (dando cuenta inmediata al Juez). Su concesión deberá realizarse en resolución fundada y guardando proporcionalidad con el fin perseguido; debiendo constar en ella el verdadero nombre del agente y la identidad supuesta, conservándose fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

En la práctica supondrá lo siguiente:

- Autorización para actuar bajo identidad supuesta. Dicha identidad se facilitará por el Ministerio del Interior, por un plazo de seis meses, prorrogables, por iguales plazos.

- Autorizar la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación.

Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables, de modo que debe entenderse que en caso contrario las pruebas obtenidas no surtirán efecto alguno.⁹⁷ Esta nueva resolución, como todas las que afectan a derechos fundamentales, deberá fundarse suficientemente (por ejemplo, supuesto en que el agente entienda que sea necesario la entrada y registro en una vivienda o la intervención de un teléfono).

En cuanto a la responsabilidad penal del agente encubierto, como regla general estará exento de responsabilidad criminal por todas aquellas actuaciones que hubiere realizado como consecuencia directa y necesaria (necesidad valorada en ese momento, no posteriormente) del desarrollo de su investigación (exención limitada a los agentes de la Policía Judicial previa y formalmente autorizados como agentes encubiertos)⁹⁸.

⁹⁷ Vid. SSTS de 7 de noviembre de 2.000 y de 5 de junio de 1999.

⁹⁸ Vid., en este sentido, PEREZ ARROYO; Ob. Cit., pág. 3

Por lo tanto, si las actuaciones que realiza son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guardan la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma el agente encubierto estará exento de responsabilidad. Dicha proporcionalidad será valorada por la Autoridad Judicial en un momento posterior. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.⁹⁹

Esta situación deja en serias dificultades y con una enorme inseguridad jurídica a los miembros de las fuerzas de seguridad que se ven abocados a realizar operaciones de infiltración en bandas criminales. La redacción del artículo 282 bis de la LECrim debería haber sido más explícita con objeto de aportar más seguridad a los agentes de la Policía Judicial y para que este instrumento de investigación fuera de más fácil y frecuente utilización.

En definitiva desde el punto de vista práctico ¿Cuál es la zona cubierta por el artículo 282 bis 5º de la LECrim?.

Sin quedar claramente determinado, podrían ser las acciones que afecten a la vida, integridad física, patrimonio y otras similares.

No obstante, no se debe confundir la finalidad de investigación, con la de intervención, represión o resolución de una situación antijurídica. Una cosa es investigar un secuestro con rehenes mediante el agente encubierto, y otra es que éste último mate a los secuestradores para la liberación de los secuestrados, salvo que la vida de los primeros estuviera en inminente peligro.

La investigación se refiere a la averiguación de delitos y la identidad de sus participantes y la intervención al descubrimiento y aseguramiento del delincuente. No se debe olvidar, a su vez, el derecho a la vida y a la integridad física son derechos fundamentales.

La ley establece un requisito de procedibilidad para poder exigir al agente encubierto responsabilidad criminal por actos realizados durante la investigación, el Juez competente para conocer de ésta deberá requerir informe relativo a la actuación del agente encubierto del órgano que hubiere autorizado la actuación y la identidad supuesta; una vez recibido el informe resolverá. En cuanto a la

⁹⁹ Vid., en este sentido, DELGADO MARTÍN; Ob. Cit. págs. 113 y ss.

autorización, comprobará que el Juez que otorgó la autorización es competente, y que la actuación del agente encubierto está dentro del plazo y del delito para el que estaba autorizado.¹⁰⁰ Si considera que dicho agente está exento de responsabilidad (y no hay otras personas implicadas) acordará el archivo de la causa. En caso contrario, procederá penalmente contra el agente encubierto, sin perjuicio de que durante el juicio oral pueda suscitarse y examinarse de nuevo la concurrencia de la exención.

El agente encubierto actuará, pues, de acuerdo con los requisitos de autorización previa, necesidad para la investigación, proporcionalidad y sin incurrir en provocación del delito.

En cuanto a la valoración de las pruebas obtenidas por el agente encubierto, es altamente discutible que la prueba proporcionada por el agente encubierto, para cuya obtención haya realizado acciones delictivas, tenga valor en el proceso penal.¹⁰¹ No obstante, si su obtención está justificada y se determina la exención de responsabilidad penal del agente de la Policía Judicial, las pruebas obtenidas pueden ser eficaces para constituir prueba de cargo. No hay duda cuando se realiza con trasgresión de derechos fundamentales, pues en tales supuestos la prueba ha sido ilegalmente obtenida y no puede ser utilizada.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto será puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

El Tribunal Supremo ha admitido la validez de esta técnica de investigación, dándole el tratamiento de prueba testifical. *“El infiltrado es, en calidad de testigo, otro factor importante a la hora de constituir la prueba”*.¹⁰²

Interesa en este momento, diferenciar entre los conceptos de agentes encubierto de primera fase y el delito provocado para intentar aclarar la diferencia entre la actuación legal y por lo tanto válida de los medios de

¹⁰⁰ Vid, en este mismo orden de cosas, MONTÓN GARCÍA; Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos, en La Ley, número 4826, de fecha 25 de junio de 1999, pág. 2.

¹⁰¹ Vid. POZO PÉREZ, M. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la LECrim, Revista Criterio Jurídico, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

¹⁰² Vid. STS de 14 de febrero de 1995.

investigación y prueba que realiza el agente encubierto; de las actuaciones prohibidas en el ordenamiento español a los agentes de la Policía Judicial.

El agente encubierto de primera fase o el agente provocador de delitos ya cometidos, es una doctrina establecida por la jurisprudencia para validar actuaciones de agentes de la Policía Judicial que no estando autorizados como agentes encubiertos intervienen en delitos flagrantes, generalmente de “*tracto sucesivo*”, dilatando la intervención con el objeto de descubrir a otros responsables e incautar los efectos del delito. Esto es contraviniendo, en principio, la obligación establecida en el artículo 282 de la LECrim que les obliga a intervenir de forma inmediata.

Por lo tanto, **agente encubierto de primera fase** es aquél funcionario de la Policía Judicial que para descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, dilata su intervención sin autorización judicial, con objeto de obtener pruebas de la actividad criminal y de detener al mayor número de responsables posibles.

En estos casos la actividad policial no provoca el delito, sino que utiliza técnicas policiales para descubrir los ya cometidos. El carácter diferenciador con el “*delito provocado*” es que la decisión de delinquir ya existía previamente en el tercero.¹⁰³

Por ejemplo, no hubo delito provocado, en contra de la posición mantenida por la defensa, en el caso de un agente que encontrándose de baja por enfermedad fue tentado para efectuar un traslado de hachís a la península por lo que cobraría entre 2400 € y 3000 € por envío, ya que el agente policial lo puso en conocimiento de sus superiores, que con el fin de proceder a la detención de los implicados y ocupación de la droga, fingió, de acuerdo con sus superiores, aceptar el trato y en el marco de esta operación se solicitó y obtuvo una autorización judicial de circulación y entrega vigilada de droga.¹⁰⁴ Todo ello, porque el dolo de delinquir, ya había surgido en los finalmente condenados por delito de tráfico de drogas, de tal forma que intentaron asociar a su proyecto delictivo al agente oficial, sin embargo, éste lo que hizo fue aceptar subrepticamente con el fin de proceder a la desarticulación del grupo.

¹⁰³ Vid. SSTS, de 20 de febrero de 1991 y de 21 de enero de 1997.

¹⁰⁴ Vid. STS núm. 103/2003 de 28 enero.

Esta doctrina se aplicó en otro caso en los que se condenó por tentativa de robo “a los acusados, que aguardaban ocultos a que una persona utilizara el cajero automático para asaltarla, siendo observados por policías de paisano, que para desbaratar sus planes se dirigieron al cajero simulando utilizarlo, siendo atacados por ellos. La actitud sospechosa de los acusados justificaba la actuación policial para descubrir el plan delictivo. En tales condiciones no se puede afirmar que haya habido una actividad instigadora, toda vez que los acusados ya habían decidido obrar en la forma en la que lo hicieron”.¹⁰⁵

A diferencia del agente provocador de delitos ya cometidos *el delito provocado*¹⁰⁶ existe cuando el funcionario de la Policía Judicial en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en un supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación policial no se hubiere producido.¹⁰⁷

La consecuencia es la impunidad de la conducta de quien realiza el delito provocado por el agente y el nacimiento de la correspondiente responsabilidad de éste. Tal impunidad nace de la falta de legitimidad para juzgar un delito creado por las propias autoridades, cuya misión es la persecución y el descubrimiento de los delitos.¹⁰⁸

El caso más claro es el relatado en la Consulta de la Fiscalía General del Estado número 1/1981, de 10 de julio de 1981, sobre responsabilidad del agente provocador en la que se examina la conducta de un agente de la Policía Judicial que se encarga de ofrecer estupefacientes para “su entrega al consumidor o al traficante. Y la cuestión, tal como se narra en la Consulta, presenta a su vez dos variantes. Una es la de la oferta de venta sin más finalidad que la de individualizar a posibles delincuentes. Otra, la de oferta de venta real de drogas con el fin de transmitir las mediante precio del que se beneficiarían los agentes de la Policía Judicial. En el primero de estos supuestos es, si se quiere, dudoso que la conducta desarrollada por el agente provocador y

¹⁰⁵ Vid. STS. 20-10-1997.

¹⁰⁶ Vid., para mayor abundamiento, MARTÍNEZ PÉREZ; Policía Judicial y Constitución, Editorial Aranzadi en coedición con el Ministerio del Interior, Navarra, 2001, pág. 394.

¹⁰⁷ STS Núm. 53/1997.

¹⁰⁸ Vid. STS de 14 de junio de 1993.

sus colaboradores sea impune, porque de modo directo con ella no se origina siempre el descubrimiento de un delito (no es, sin más, acción delictiva el hecho de adquirir estupefacientes, pues el comprador puede no perseguir otra finalidad que su propio consumo). En el segundo, es manifiesto que se dan todos los requisitos de un comportamiento penal típico, bien porque media tenencia en los provocadores con vocación de tráfico o porque se han consumado actos de tráfico efectivo. El presupuesto de hecho sobre el que se construye la Consulta no cuenta con más apoyatura que las manifestaciones del eventual colaborador de quienes pueden ser configurados como agentes provocadores; declaraciones que, por lo demás, son realmente antitéticas con las de éstos. Por ello, si como V. I. dice, los hechos expuestos son por ahora únicamente indiciarios y a efectos de Consulta, sin perjuicio de lo que resulte de ulteriores diligencias, también la contestación con base en aquellos hechos se desenvuelve en un plano puramente provisional y virtualmente teórico. Y si en la continuación de la investigación resultaren confirmados los indicios existentes de criminalidad a través de elementos probatorios de otra naturaleza o de la acción del provocado carece de los requisitos de tipicidad delictiva, al tratarse de un delito imposible por estar controlados sus resultados, y en consecuencia, no se llega a poner en peligro el bien jurídico que protege el tipo penal”.

La consecuencia de este proceder es la nulidad absoluta de la prueba así obtenida y la subsiguiente absolución de los implicados por falta de pruebas, ya que para la averiguación de los delitos no pueden emplearse medios constitucionalmente ilícitos o reprobables y así, nuestra jurisprudencia rechaza de plano los medios de prueba obtenidos mediante la provocación de un delito.¹⁰⁹

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre añade los apartados 6 y 7 del artículo 282 bis de la LECrim que regula una modalidad especial de agente encubierto para la investigación de los delitos que se cometen a través de internet o de alguna de las formas de comunicación que existen o existirán.

Es lo que ha venido a llamarse “*agente encubierto informático*” que consiste en autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos cometidos a través de instrumentos

¹⁰⁹ Vid. SSTS 14 de julio y 29 de junio de 2000, 16 julio 1999 y por último de 3 noviembre de 1993.

informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación¹¹⁰.

Una vez autorizado el “*agente encubierto informático*” podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

Como la propia exposición de motivos de la LO 15/2015 afirma “*Resulta ocioso explicar la importancia del denominado agente encubierto a efectos de la persecución de determinadas modalidades delictivas*”.

Por eso se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación y que a su vez, requerirá una autorización especial para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

Razón no le falta al legislador, cuando afirma que resulta ocioso, tan ocioso como tardía la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en general. Desde hace destacadas, no ha de desconocerse que internet es un escenario de interconexión de ordenadores detrás de los cuales hay personas que, al igual que en la vida real, unas actúan bien y otras fuera de las normas. Pero, además internet se constituye un escenario donde las organizaciones criminales pueden realizar sus actividades ilegales o ayudarse de sus procesos de comunicación para lograrlo de una forma más impune. Pero es más, cuando se habla de delito a través de la red, siempre viene a la imaginación delitos especialmente execrables, como son la pornografía infantil o el terrorismo.

En consecuencia, a nadie se le escapa que los estados deben poner medios personales y materiales para impedir y perseguir a estos hechos ilícitos y estas organizaciones criminales. Los medios personales están constituidos por *ciberpolicías* que, de forma similar a como lo hacen en las calles, patrullan internet en busca de conductas ilícitas.

Estos policías, en tanto y en cuanto, realizan lo que se ha venido a llamar ciberpatrullaje en “*entornos abiertos*” de internet donde los usuarios acceden sin

¹¹⁰ Vid. Artículo 579.1 en relación con el artículo 588 ter a. de la LECrim: También el Juez puede autorizar esta medida para los Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o de terrorismo.

necesidad de identificarse, ni de solicitar credenciales a un administrador; no precisan autorización judicial, ya que es como si estuvieran patrullando en “*espacios públicos*” de un pueblo o ciudad.¹¹¹

La cuestión cambia radicalmente, cuando esos agentes precisan para su investigación entrar en entornos cerrados en los que es preciso identificarse con un Nick y hay que otorgar unas credenciales para tener acceso. En estos, el número de usuarios es concreto y no cualquiera puede entrar, únicamente los autorizados por el administrador del sitio web. Siguiendo el símil de patrullas en la calle, es como si una pareja de policías quisieran entrar en el domicilio de una persona donde tiene autorizado entrar a algunas personas.

Obviamente, si el policía se identificara como tal, el administrador no le permitiría el paso, pero es más, probablemente, cerraría el sitio web y marcharía a otro a continuar sus acciones o comunicaciones delictivas. Por ello, se hacía muy necesario la regulación de la figura del agente encubierto informático con la finalidad de poder investigar esta clase de delitos que se comenten a través de la red. Pero es más, era necesario para contar con las mismas herramientas de las que tiene el delincuente que opera por internet en un entorno, en principio anónimo.

En consecuencia, el policía que está patrullando en la red debe darse de alta en esas páginas mediante un Nick e identidad supuesta que debe ser autorizado por el Juez de Instrucción competente.

Lo mismo ocurre cuando el policía pretende entrar en un “*grupo cerrado*” de usuarios cuya relación tiene como objeto el intercambio de material prohibido que tratan de ocultar al resto de usuarios. En estos grupos la investigación de estos tipos delictivos se hace más difícil si cabe, ya que el acceso a los mismos únicamente se obtiene por invitación de uno de los integrantes y previa aportación de material fotográfico.

De lo dicho hasta ahora, se podrá entender, porque es tan importante para el descubrimiento de todos los implicados en el hecho delictivo de esta naturaleza la técnica de investigación mediante la autorización del agente encubierto informático que, en estos últimos casos también debe estar autorizado

¹¹¹ Vid. SSTS Núms. 249/08, 630/08, 776/08, 940/08, 960/08, 40/09, 688/09 y 921/09.

expresamente a utilizar e intercambiar archivos prohibidos. De otro modo, sería extraordinariamente difícil identificar a todos los usuarios delincuentes.

Otra cosa será, que a la organización existente en dicho grupo cerrado, puede ser considerada como una organización criminal a efectos de la investigación penal y para designar a los Jueces. En ocasiones, se produce una interpretación restrictiva:¹¹²

“Los autores de hechos como el que estamos examinando casi siempre actuarán en función de sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida») como por responder a una desproporción en la respuesta penal (no puede obviarse a la hora de entender los razonamientos que llevan a excluir la consideración de organización que en la sentencia el Ponente afirma que a la acción «se le da una incommensurable extensión de tal manera que la satisfacción de un placer sexual solitario se convierte en delito. No está claro que la vía de la protección del bien jurídico sea la más adecuada» y critica la inclusión en el Código Penal de la organización en relación a estos delitos, considerándola «decisión de los órganos legislativos en el conjunto de una campaña mundial contra esta clase de conductas»).

En otras, el criterio interpretativo ha sido el contrario apreciando agravación de pertenencia a organización en los caso de aportación de material pornográfico a una comunidad virtual privada, sí aprecia la agravación de pertenencia a organización.¹¹³

Como en el caso de otras medidas de investigación incluidas en la LECrim por la LO 13/2015, el **agente encubierto informático** venía siendo utilizado por las fuerzas y cuerpos de seguridad, en aplicación del artículo 282 bis de la LECrim. Algunas sentencias venían declarando las condiciones y requisitos que se deben cumplir para su utilización. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 767/2007 de 3 de octubre en la que se investigó por la Guardia Civil a un grupo de internautas que intercambiaba imágenes y videos de relaciones sexuales con menores y que se detectó porque un integrante de la Unidad de delitos telemáticos de la Guardia Civil recibió de uno de sus usuarios archivos con pornografía infantil y comentó la existencia de un grupo cerrado de pedófilos que se reunían.

¹¹² Vid. STS Núm. 913/2006, de 20 de septiembre.

¹¹³ Vid. STS Núm. 1444/04, de 10 de diciembre.

A raíz de esta información la Guardia Civil solicitó autorización para actuar como agente encubierto al Fiscal de Pontevedra, autorización que ratificó el Juzgado Instructor. El Tribunal Supremo concluye validando la actuación policial, tanto previa, como posterior a la autorización como agente encubierto ocultando su condición de agente.

Sin embargo, la inclusión específica de esta figura, regulándola como una subespecie del agente encubierto, hace que, en principio, se apliquen las normas establecidas para los agentes encubiertos en general, salvo que deben autorizar expresamente el envío, apertura, manejo de archivos y que para el agente encubierto informático no cabe la posibilidad de su autorización por el Ministerio Fiscal.

La citada capacidad de enviar o intercambiar con autorización específica “archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos”, es la principal y más importante nota de diferenciación del agente encubierto informático. A la par, es una característica esencial para la investigación de los delitos cometidos en la red de redes.

Por otra parte, el apartado .7 del artículo 282 bis recoge la posibilidad de captación de imágenes y grabación de conversaciones entre agente encubierto y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio, para lo cual será precisa expresa autorización judicial. Aunque esta previsión, no está realizada específicamente para el agente encubierto, nada impediría su utilización a través de las técnicas que lo permiten.

2.4.2. La Inspección Ocular

La inspección ocular se encuentra regulada en los artículos 326 y siguientes de la LECrim y en el 785 de la misma Ley. Se puede definir como el *medio de prueba o de investigación directa*, según los casos, en cuanto que entre lo investigado y el órgano judicial no hay interpuesto medio humano o material alguno.¹¹⁴ Es el procedimiento que se utiliza para la localización, identificación, preservación de los indicios y evidencias de la comisión del hecho delictivo.

¹¹⁴ GIMENO SENDRA Y OTROS; Lecciones de Derecho Procesal Penal (Ob.Cit.), pág. 223.

Precisamente esas son las finalidades de la inspección ocular, a saber, la localización, identificación, recolección, preservación y disposición de los indicios encontrados en el lugar del hecho, así como ser el inicio de la “*cadena de custodia*”, todo ello para que se puedan introducir en el juicio oral con todas las garantías.¹¹⁵

Esta diligencia es diseñada por la LECrim para que su realización la haga directamente la Autoridad Judicial a través de todos los sentidos, no sólo el ocular. Por ello, hay autores que afirman que debería denominarse diligencia de *Reconocimiento Judicial*. No obstante, aunque tiene naturaleza jurídica fundamentalmente judicial, esta afirmación no supone que la Policía Judicial tenga que abstenerse de su práctica y por tanto solo pueda realizarla cuando acuda al lugar del delito auxiliando a la Autoridad Judicial, sino que puede actuar *motu proprio* al efectuar las primeras investigaciones del delito, incluso antes de que el Juez instructor tenga conocimiento del mismo.¹¹⁶

Es indudable que ese reconocimiento, tiene como finalidad anticipar la prueba del delito y definir la escena del crimen para llegar a la convicción de cómo realmente ocurrieron los hechos. Por esa razón, la LECrim establece que el órgano judicial describirá el lugar del delito, el sitio y el estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse tanto para la acusación como para la defensa, de los cuales es conveniente dejar *constancia gráfica*.¹¹⁷

Por otra parte la inspección ocular se puede realizar acompañándose la Autoridad Judicial de *peritos*,¹¹⁸ de testigos o, incluso, de personas “*que hubiesen sido halladas en el lugar del delito*” a las que se tomará declaración. Si además, el supuesto autor del delito está detenido, debe asistir a dicha realización para no vulnerar los principios de contradicción y de defensa.¹¹⁹

¹¹⁵ Vid. Artículo 326 LECrim.

¹¹⁶ MUÑOZ CUESTA; El valor probatorio de la inspección ocular, en revista International Police Association (IPA), Sección Española, número 5, 1998.

¹¹⁷ Vid. Artículo 327 LECrim.

¹¹⁸ Vid. Artículo 328 LECrim.

¹¹⁹ Para un estudio conciso de estos principios, GARCÍA BORREGO Y FERNÁNDEZ VILLAZALA; Ob. Cit. págs. 46 y ss.

Cuando el delito *no hubiere dejado huellas o vestigios* se deberá averiguar por el Juez instructor si la desaparición de los mismos fue natural, casual o intencionada, así como las causas y medios utilizados.¹²⁰

Es una diligencia que se debe realizar mediando el espacio de tiempo lo más corto posible, para evitar la manipulación y desaparición de elementos de convicción del hecho. Por ello, el artículo 366 establece que su realización se hará con *preferencia* sobre todas las demás, no debiéndose suspender la ejecución sino para asegurar la persona del presunto culpable o para dar el auxilio necesario a los agraviados por el delito.

Así, podemos afirmar que la *inspección ocular* cuando es practicada por el *Juez de Instrucción* asistido por Letrado de la Administración de Justicia, auxiliados por la Policía Judicial, tiene el carácter de *prueba preconstituida*. Si es a petición de las partes, o cuando hay posibilidad para ello, con participación de éstas, además se respeta el principio de contradicción con lo que se constituye en *prueba anticipada*, ya que se cumplen todos los requisitos exigibles a la realización de la prueba en el Juicio Oral.

La jurisprudencia distingue entre la *inspección ocular*, realizada por la Autoridad Judicial, y las *diligencias de investigación* realizadas por la Policía Judicial.¹²¹ Por este motivo, a esta última se la viene denominando inspección técnico-ocular y, aunque siguen fundamentalmente sus reglas al no estar específicamente regulada, no es una inspección ocular propiamente dicha, que no puede ser objeto de delegación¹²² por parte del Juez a quien corresponde, en exclusiva su realización.¹²³

La práctica de la inspección ocular se hará constituyéndose el Juez de Instrucción en el lugar que deba ser objeto de inspección, acompañado del Letrado de la Administración de Justicia y con asistencia de las partes, que al final del reconocimiento deberá levantar el Acta o diligencia expresiva del lugar o cosa inspeccionada, haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás

¹²⁰ Vid. Artículo 330 LECrim.

¹²¹ Vid. SSTS Núms. 1281/06 de 28 de diciembre, 1337/05 de 26 de diciembre, de 14 de abril de 1997 y de 11 de junio de 1999.

¹²² Vid. STS de 20 de enero de 1998.

¹²³ Vid. STS de 3 de Julio de 1991.

incidentes que ocurran.¹²⁴ Igualmente se puede realizar en la propia *sede judicial* cuando se trate de examinar documentos, cosas muebles o personas que requieran de esa inspección como medio indagatorio.

Todas las diligencias practicadas en la inspección ocular se extenderán por escrito en el acto mismo de su celebración, y serán firmadas por el Juez instructor, el Fiscal, si asistiere al acto, el Letrado de la Administración de Justicia y las personas que se hallaren presentes.¹²⁵

Por lo tanto, para su realización se pondrán los hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial competente y en su caso del Ministerio Fiscal, procediendo la Policía Judicial a desplegar sobre el lugar de los hechos un dispositivo de seguridad, a fin de asegurar que no se pierdan los posibles vestigios o huellas.

En definitiva, existe por tanto la posibilidad de que la Policía Judicial pueda realizar estas “inspecciones oculares”, al efectuar las primeras investigaciones del delito (de prevención), por razones de urgencia, incluso antes de que el Juez tenga conocimiento del mismo.¹²⁶ Para que puedan tener validez como prueba preconstituida, deberá haberse dado la situación *de urgencia y necesidad*, es decir, cuando se ve obligada a intervenir de modo perentorio por existir peligro de pérdida o sustracción u otra razón que no permita al Juez acudir para realizarla directamente (*periculum in mora*).

Dicha diligencia no se puede limitar al escenario del crimen, sino que también se debe extender a la *recogida de huellas, vestigios o pruebas materiales* que puedan ser útiles para la investigación. Motivo por el cual tiene una especial relación con las diligencias dirigidas a la conservación del cuerpo del delito.¹²⁷

Finalmente, una forma especial de realizar la inspección ocular es a través de la *reconstrucción del hecho*. Esta útil forma de inspección se apoya en el artículo 331 de la LECrim, pero no se regula específicamente por la Ley.

En otro orden de cosas, puede ocurrir que sea necesario realizar la inspección ocular una vez abiertas las sesiones del juicio oral, acudiendo a las normas que regulan la *suspensión* del mismo.¹²⁸ En este caso debería realizarse,

¹²⁴ Vid. Art. 727 LECrim.

¹²⁵ SOLIS NAVARRO y otros, ob. Cit. Pág. 283.

¹²⁶ Vid. Arts. 282 y 786 LECrim

¹²⁷ Vid. Artículo 334 LECrim.

¹²⁸ Vid. Artículo 746.2 LECrim.

para respetar los principios de inmediación y contradicción,¹²⁹ con presencia e intervención de todas las partes, asistidas de letrado las que lo necesiten, y de todos los miembros del Tribunal (no sólo de su Presidente o de un miembro designado).

Si en la realización de una Inspección Ocular se encuentra el Cuerpo o los instrumentos del delito, la LECrim contempla una serie de actuaciones:

- **Con el cuerpo del delito:** Si es una persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias y, especialmente, todas las que tuviesen relación con el hecho punible,¹³⁰ identificando al cadáver por medio de testigos, si los hay.¹³¹
- **Con los instrumentos del delito:** El Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, extendiendo diligencia expresa del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo. La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción. Por último, los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. Los efectos serán también restituidos inmediatamente cuando deban ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, pero su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del Juez o Tribunal. La víctima podrá, en todo caso, recurrir esta decisión.¹³²

¹²⁹ Para un estudio conciso de estos principios, GARCÍA BORREGO y FERNÁNDEZ VILLAZALA; Ob. Cit. págs. 46 y ss.

¹³⁰ Vid. Artículo 335 LECrim.

¹³¹ Vid. Artículo 340 y 342 LECrim.

¹³² Vid. Artículo 334, 338 y 816 LECrim.

En referencia a estos instrumentos y en general a los “*efectos del delito*”¹³³ cabe la posibilidad de su destrucción o de efectuar su venta y consignar el dinero en el órgano judicial correspondiente.

Podrá decretarse la destrucción de los efectos judiciales previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario y dejando muestras suficientes, cuando:

- Resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos.
- Cuando por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia,

En este sentido se podrá proceder a su destrucción en los siguientes casos:¹³⁴

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

Esta destrucción se suspenderá cuando:

- a) Esté pendiente de resolución el recurso interpuesto por el interesado contra el embargo o decomiso de los bienes o efectos.
- b) La medida pueda resultar desproporcionada, a la vista de los efectos que pudiera suponer para el interesado y, especialmente, de la mayor o menor relevancia de los indicios en que se hubiera fundado la resolución cautelar de decomiso.

¹³³ Tendrán la consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal.

¹³⁴ Vid. Artículo 367 quáter LECrim..

De acuerdo con el artículo 730 de la LECrim las actas de la inspección ocular, realizada por la Autoridad Judicial durante la fase de instrucción, podrán ser *leídas* en el juicio oral, pero sólo si han cumplido además el requisito de ser realizadas con posibilidad de asistencia de las partes, esto es, cuando se ha realizado como "*prueba anticipada*". Siendo así, la Inspección Ocular podrá ser valorada por el tribunal para fundamentar su sentencia. En caso contrario se convierte en mero acto de investigación. Esta regla general podría quebrantarse en casos justificados de urgencia, motivada por la inminencia de peligro de desaparición o alteración sustancial del estado de los objetos, o que en el momento de la realización no existiera ninguna persona con la condición de inculpada o procesada

Sin embargo, la Autoridad Judicial en la inmensa mayoría de los hechos delictivos no realiza la Inspección Ocular, que es realizada por miembros de la Policía Judicial, cumpliendo así una de sus funciones consistente en la recogida de las pruebas de perpetración de un delito, como actividad iniciadora de la investigación del hecho delictivo y descubrimiento de su responsable de acuerdo con lo establecido legalmente.¹³⁵

La razón de ser de la legitimación de la Policía Judicial es la existencia de un *periculum in mora*, esto es, el riesgo que para la investigación existe de que desaparezcan restos, vestigios, huellas del hecho delictivo o cualquier elemento que pueda contribuir a formar convicción sobre el hecho y su autoría.

Cuestión distinta es que la Autoridad Judicial, una vez se encuentre al frente de la investigación acuerde, de conformidad con el artículo 326 de la LECrim una diligencia de inspección ocular, en estos casos debe ser esta autoridad quien se presente y dirija la diligencia.¹³⁶

En consecuencia, no puede cuestionarse la diligencia de inspección ocular efectuada por la policía so pretexto de no estar presente la Autoridad Judicial. En tal planteamiento olvida el artículo 282 de la LECrim que autoriza expresamente a la Policía Judicial a "*... recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito...*". Se trata de unas actuaciones efectuadas por la propia Policía Judicial anteriores a la

¹³⁵ Artículo 282 LECrim, Artículo 770 LECrim, Artículo 11.1 LO 2/86, Artículo 4 RD. 769/1987 de Policía Judicial, Artículo 28 RD. 769/1987 de Policía Judicial y Artículo 13 LECrim, entre otros.

¹³⁶ Vid., en este sentido, STS núm. 112/2000 de 26 Enero.

investigación judicial en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas y cuya finalidad es la obtención de las fuentes de pruebas con evidente riesgo de desaparición, como ocurre con la recogida de huellas. Esta diligencia puede ser judicializada a través de la presencia de los miembros actuantes en el Plenario, con lo que tal diligencia queda debidamente incorporada al mismo y sometida a los principios de publicidad y contradicción.¹³⁷ Cosa distinta es que el valor como prueba de la recogida de pruebas por la Policía Judicial esté supeditado a la preexistencia de la urgencia o necesidad y a la ratificación en el juicio oral. Es decir, si no existe esta *urgencia y necesidad* en la recogida de efectos que pueden ser incriminatorios, resulta necesario la presencia de la Autoridad Judicial en tal recogida por los técnicos.

Es un hecho que la acumulación de delitos “*menores*”, fundamentalmente contra la propiedad, imposibilita que el Juez de Instrucción, salvo excepciones de grave criminalidad, pueda asistir al lugar de los hechos en todos los casos.

2.4.3. Las Declaraciones testificales en sede policial.

La prueba testifical, con carácter general es una prueba inidónea para ser realiza en la fase de instrucción y, menos aún en sede policial.

No obstante, puede ocurrir que por motivos de la salud o de la actividad de un testigo hagan imposible su comparecencia ante el órgano de enjuiciamiento (previsible fallecimiento o incapacidad física o intelectual, o ausencia de la península o testigos citados no localizados). En este caso, para evitar que se frustre tan importante medio probatorio, cuando el Juez instructor tenga conocimiento de esta posible eventualidad, deberá realizar la *manifestación del testigo*, durante la instrucción, con consideración de *prueba anticipada*, y, por tanto, realizada con las garantías de contradicción e intermediación.

No acepta la doctrina, ni la jurisprudencia en todos los casos, la validez de las declaraciones de los testigos durante la instrucción, que luego no son ratificadas y contradichas en juicio oral, por miedo a declarar.

Ello no quiere decir que los testimonios prestados en sede policial, no están desprovistos de valor, aunque luego se contradigan con lo depuesto en la

¹³⁷ Vid. STS Núm. 996/2000 de 30 de mayo.

instrucción o en el plenario, ya que el ordenamiento procesal admite expresamente la lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario, cuando se contradigan con lo manifestado en el juicio oral, para que dicha lectura permita ponderar al Tribunal la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 68/2010, de 18 de octubre de 2010 (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010) se validan las declaraciones realizadas por una coimputada en sede policial ratificadas por los policías actuantes en el juicio oral, donde ésta se negó a declarar acogándose a su derecho a guardar silencio:

“No está de más recordar que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3)”.

Ahora bien, junto a ello, se debe tener presente *“que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción [SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 1/2006, FJ 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 b)]. En este sentido, ya desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.”*

Por otra parte, las manifestaciones de los miembros de la Policía Judicial tendrán la consideración y valor procesal de testimonios, los cuales en atención al principio de inmediación y en aras a facilitar la contradicción, deberán ser reproducidas en el juicio oral ante las partes, para que el investigado pueda alegar en relación con las mismas lo que estime conveniente en interés de su defensa. Sin

embargo, no constituye prueba preconstituida ni documento auténtico en el proceso. Por eso se deben reproducir en el acto del juicio oral, sin cuya realización la valoración de la testifical de los agentes quedará limitada a lo expuesto cuando se ha analizado las declaraciones realizadas en la instrucción.

En lo referente al lugar de recepción de la manifestación del testigo, lo normal será que se realice en las propias dependencias policiales. Nada impide que en determinadas circunstancias se realice en otros lugares, bien por conveniencia o por imposibilidad de traslado del testigo, como es el caso de un impedido físico.

En cuanto a la forma, la Policía Judicial deberá atender a los siguientes criterios con respecto a los testigos:

- Que declararen secreta y separadamente unos de otros.
- Que manifiesten primero las generales de la ley; si conoce o no al encartado y si le une algún tipo de relación con él.
- Que declaren de viva voz sin que le sea permitido leer declaración o respuesta alguna que lleve escrita. Podrán, no obstante, consultar apuntes o memorias que contengan datos difíciles de memorizar.
- Que no se le hagan preguntas capciosas o sugestivas, ni se emplee coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido. Las preguntas deberán ser directas y relacionadas con el delito que se investiga.
- Que se le nombre interprete, si no hablare o entendiere idioma castellano, también a sordomudos.
- Que pueda leer por sí mismo la declaración expuesta (si no pudiese leer o supiere le será leída), firmándola al final de la misma.
- Que se levante un acta en la que se recojan las manifestaciones del testigo, personal interviniente, hora de principio y fin, así como cualquier incidencia que se produjere, uniéndola al atestado, por diligencia.

Si durante la práctica del interrogatorio de un testigo surgieran contra él indicios racionales de criminalidad, la Policía Judicial deberá suspender la declaración en ese mismo momento, deteniéndole en su caso, e informándole de forma clara y fehaciente de los hechos que se le imputan y de sus derechos. Se le volverá a tomar declaración nuevamente en su nueva calidad (reiterando todas

las cuestiones efectuadas en su manifestación como testigo), pero con asistencia de Letrado.

En cuanto a los testimonios de los menores, el Tribunal Supremo ha manifestado que, aunque no tengan obligación de declarar, esto no significa que no puedan hacerlo, y que el tribunal deberá considerarlos siempre que declaren con intervención del MF y con pericia psicológica si hiciere falta. Igualmente, en algunos casos se ha aceptado el testimonio de oligofrénicos.

2.4.4. La alcoholemia.

Los métodos alcoholimétricos y de detección de drogas son actos de investigación, de carácter pericial que, a través de una medición, permiten determinar la tasa de alcohol o drogas (entendida como cantidad de alcohol/droga en sangre) en la persona sometida a la prueba. Existen varias técnicas de medición, las más usadas son la determinación por aire expirado y el análisis de sangre, pero igualmente existen otros medios, entre los que se pueden citar el examen de la orina y de saliva.

De acuerdo con la Ley de Tráfico y Seguridad Vial y reglamentos de desarrollo, los agentes encargados de la vigilancia del tráfico están autorizados para realizar controles de alcoholemia a los conductores en determinadas circunstancias y a invitarles a someterse a las denominadas pruebas alcoholimétricas, que pueden ser de aire espirado (etilómetros) y análisis sanguíneos, de orina u otros análogos.¹³⁸

En el caso de las drogas, esta investigación se realiza a través de los llamados drogatest que son sistemas de medición orientativos que, posteriormente, precisan de una verificación en un laboratorio oficialmente autorizado. Normalmente, se realizan mediante la impregnación de la saliva en una tira de papel secante o bastoncillo de algodón.

Es cierto que los métodos alcoholimétricos y de detección de drogas, como *actos de investigación*, se pueden realizar en cualquier procedimiento penal, sea cual sea el tipo delictivo investigado. Sin embargo, lo habitual es la realización de

¹³⁸ Vid. Artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

tales pruebas en el ámbito de aplicación contenido en el artículo 21 del vigente Reglamento General de Circulación establece que puedan realizarse estas pruebas a todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación¹³⁹.

Los casos en los que se puede someter a una prueba de alcoholemia para la investigación de delitos contra la seguridad del tráfico son:

- a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.
- b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
- c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este Reglamento.
- d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.

Igualmente¹⁴⁰, los artículos 380 y 381 del mismo código recogen una mención específica a los resultados de las pruebas efectuadas por el etilómetro, equiparando a la conducción temeraria el conducir con altas tasas de alcohol, concretamente las reseñadas en el 2º párrafo del artículo 379 del CP.

Si la medición alcoholimétrica es positiva se procederá a la inmovilización del vehículo, salvo que otra persona debidamente habilitada pueda hacerse cargo y no esté bajo la influencia de bebidas alcohólicas.¹⁴¹

La negativa del conductor a someterse a la pruebas de detección alcohólica o drogas, conlleva la comisión del tipo penal actualmente incluido dentro de los

¹³⁹ Vid. artículo 12.2, párrafo primero, de la Ley de Seguridad Vial.

¹⁴⁰ Viene al caso mencionar que tras la reforma del Código Penal efectuado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, se ha incluido en el artículo 380 y 381 el cual con la redacción dada por Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

¹⁴¹ Vid. Artículo 70 Ley Seguridad Vial.

delitos contra las seguridad del tráfico y, además, puede ser un indicio que puede coadyuvar a la condena por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

De los artículos referidos se puede extraer que la no información al examinado, supone que la prueba se estaría realizando con vulneración del derecho de defensa, convirtiéndose entonces la prueba en prohibida al haber obtenido un consentimiento viciado.

Estas diligencias de investigación de alcohol y drogas son un ejemplo de pruebas preconstituidas que por su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, se deben realizar por la Policía Judicial en el momento para detectar la presencia de alcohol o drogas en el organismo humano, ya que pasado el tiempo estas sustancias se metabolizan sin dejar vestigios.

Para su consideración como plena prueba, se debe realizar con escrupuloso cumplimiento del deber de información al investigado, y ser ratificada en el juicio oral por los agentes, mediante la oportuna testifical (dirigida a reflejar los síntomas clínicos observados: conducta general, lenguaje, estado vestimenta, mirada, forma de hablar, memoria, forma de andar, temblores, respiración). Estamos, por tanto, ante una prueba con las siguientes características:

1. **Preconstituida:** Irrepetibilidad en el juicio oral, y ratificación testifical en el mismo.
2. **Pericial:** Contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado.
3. **Documental:** Introducida en el proceso a través de la documental, articulada por la acusación y avalada y complementada por el testimonio de los agentes policiales.

La práctica de esta prueba no constituye una privación de libertad. Implica una inmovilización momentánea que no constituye detención,¹⁴² siendo una restricción al derecho a la libertad admisible, si se lleva a cabo en los supuestos previstos. No son exigibles por tanto para la práctica del test de alcoholemia las garantías previstas para el detenido puesto que las situaciones no son equiparables.

¹⁴² ANADÓN JIMÉNEZ; La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la Policía Judicial; en La Ley, Número 4900, de octubre de 1999, pág. 5.

El TC señala que esta prueba no vulnera el derecho a no declarar, a no declarar contra sí y a no confesarse culpable, ya que no obliga al sujeto a exteriorizar de una declaración de voluntad sino a someterse a una específica modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración, pudiendo acordarse, incluso, en el curso de controles preventivos sin que existan indicios de infracción.¹⁴³

En este sentido, se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia si se apoyase la condena exclusivamente en la prueba etilométrica, que sólo es un medio de investigación.¹⁴⁴ Con la ratificación en el juicio oral del agente de policía interviniente adquiere la condición de prueba.¹⁴⁵

La extracción de sangre para análisis de contraste, en cuanto que voluntaria, no precisa de resolución judicial alguna, además de no constituir, según el TC, injerencia en el artículo 15 de la CE, pues no atenta contra el derecho a la integridad física ni resulta inhumano ni degradante. Sin embargo, su práctica no puede causar perjuicio psíquico ni físico, ni se puede recurrir al empleo de la fuerza física. Ya que cuando la voluntad del sujeto se anula mediante la utilización de fuerza, ello constituiría un delito de torturas, amenazas, coacciones, etc. Por último, se debe realizar por personal sanitario. Igualmente, la prueba con los etilómetros, aunque afecta al derecho a la integridad física, no parece vulnerar su contenido esencial.¹⁴⁶

Tanto los anteriores artículos referidos a la alcoholemia, como estos últimos referidos a la investigación de infracciones relativas a la conducción bajo los efectos de las drogas, han tenido su acogida en la LECrim en sucesivas modificaciones del artículo 796, cuyo punto 7º LECrim dispone:

“La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la Policía Judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival,

¹⁴³ Vid., entre otras, SSTC núms.. 103 y 145/85

¹⁴⁴ Vid. STC núm. 319/2006 de 15 noviembre.

¹⁴⁵ Vid. STC núm. 188/2002 de 14 octubre.

¹⁴⁶ Vid. STC núm. 37/89.

al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores."

2.4.5. La circulación y entrega vigilada.

Es otra medida de investigación consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas, o las sustancias inocuas por las que hayan sido sustituidas las mismas, circulen por territorio español, salgan o entren en él sin interferencia de la Autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

Dichos efectos son los siguientes:

Drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas, u otras sustancias prohibidas (sustancias incluidas en los Cuadros, II y IV del Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961), los equipos materiales y sustancias enumerados en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1998 (precursores), sobre tráfico ilícito de estupefacientes, los bienes o ganancias procedentes de la adquisición, conversión o transmisión de bienes (blanqueo de capitales) que tengan origen en un delito grave o de tráfico de estupefacientes, las especies animales y vegetales amenazadas o incluidos en disposiciones de carácter protector, moneda metálica y papel moneda de curso legal falsificados, armas o municiones de guerra, químicas, de fuego, sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios, asfixiantes y sus componentes.

Esta medida está prevista en el artículo 11 del Convenio de Naciones Unidas de fecha 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de

estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como en el artículo 73 del Convenio de Schengen. En el ámbito nacional aparece regulado en el artículo 263 bis de la LECrim:

“1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines del delito y con las posibilidades de vigilancia.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias por la que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales”.

Los funcionarios de la Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.

La circulación o entrega vigilada deberá estar autorizada indistintamente por el *Juez de Instrucción* competente, el *MF*, los *Jefes de las Unidades Orgánicas* centrales de la *Policía Judicial* o de ámbito provincial o sus mandos superiores. Los Jefes de las UOPJs., centrales o provinciales, darán cuenta inmediata al MF de las autorizaciones que hubiesen otorgado y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. En este punto, existen algunos autores, como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹⁴⁷ que critican duramente el hecho de que la Ley permita que los miembros de la Policía Judicial puedan autorizar una entrega vigilada de drogas debido a que manifiestan que están en juego y se ponen en jaque derechos fundamentales.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ; Comentarios a la LO 5/1999 de 13 de enero. La entrega Vigilada y el agente encubierto, en Actualidad Jurídica número 380 de marzo de 1999. Editorial Aranzadi, págs. 5 y ss.

Pese a lo citado anteriormente, la actuación habitual de la Policía Judicial es que la solicitud la presente ante el juzgado que entiende de la causa cuando existiera una investigación en curso. En el caso de que no exista, la solicitud se realizará en el Juzgado de Guardia del partido judicial donde se descubre, o ante el Ministerio Fiscal (Fiscalía Antidroga del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional).

En cuanto a la ejecución de la circulación o entrega vigilada, cuando el destino sea en el ámbito nacional, la Policía Judicial encargada de la misma, la realizará hasta su destino o hasta que las circunstancias del servicio exijan su finalización, solicitando cuando sea posible la sustitución de las sustancias o efectos que contenga para evitar riesgos de pérdida. En cambio, cuando la entrega se realice en un país extranjero, una vez obtenida la autorización del Órgano Judicial, deberá tener conocimiento de ello la Oficina de enlace de INTERPOL O EUROPOL¹⁴⁸ al objeto de que la Autoridad competente en cada país acepte la misma.

Cuando se trate de la interceptación de *envíos postales* sospechosos de contener estupefacientes, deberá solicitarse el oportuno *mandamiento judicial*. La apertura correrá a cargo, en todo caso, de la Autoridad Judicial competente. La única diferencia será la no participación del interesado.

La medida será adoptada en *resolución fundada*, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de la autorización, así como el tipo y cantidad de sustancias de que se trate. Se tendrá en cuenta la necesidad de la medida, a los fines de la investigación, en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. Es necesario controlar la existencia de condiciones operativas favorables y garantías racionales de seguridad.

En cuanto a las entregas vigiladas internacionales, es necesario que todos los Estados afectados por el tránsito de la mercancía sometida a vigilancia den su autorización y, en caso de riesgo de perder la sustancia estupefaciente, se procederá a su intervención y detención de los implicados. Cada Estado se reserva, no obstante, la dirección y el control de las actuaciones dentro de su territorio.

¹⁴⁸ Vid., para mayor abundamiento sobre cooperación policial a través de Europol, CARRERA HERNÁNDEZ; La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol, Editorial Colex, Madrid, 2003, págs. 95 y ss.

La Policía Judicial deberá comunicar a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre drogas las entregas controladas que se determinen. Además, cuando sea adoptada por Jefes de UOPJ,s. deberán dar cuenta a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.

2.4.6. La rueda de reconocimiento y fotográfico

En algunas ocasiones puede no estar determinada con toda exactitud la persona que ha llevado a cabo los hechos delictivos, de modo que se hace preciso un reconocimiento por las personas que han presenciado la comisión de los hechos y que, en ocasiones, son además los perjudicados directos de los mismos. Es una diligencia que se lleva a cabo con el fin de identificar al posible delincuente. Necesaria, en ocasiones, para formular la acusación y para que posteriormente pueda imponerse la condena en el juicio oral.¹⁴⁹

Se trata de una actuación procesal que se ejecuta en la fase de instrucción que normalmente se realiza como medio de *prueba anticipada*,¹⁵⁰ porque facilitará uno de los elementos necesarios para la imposición de la pena, cual es, la determinación de la persona autora del delito, medio probatorio que hay que realizar necesariamente de forma anticipada por su propia naturaleza.

El artículo 368 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal afirma que la diligencia será necesaria si *el Juez*, los acusadores o el mismo inculpado conceptúan precisa la realización de la misma, lo que quiere decir que sólo es imprescindible en los casos de duda en la identificación. En definitiva, la rueda de reconocimiento no será necesaria cuando sea posible hacer la acusación contra una persona determinada, sin ningún género de dudas, bien porque haya habido una identificación espontánea previa, bien porque se tenga identificado al sospechoso mediante otro medio de identificación (huellas, ADN u otros).

Hay que recordar, también, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵¹ mantiene que puede prescindirse del reconocimiento en rueda incluso para

¹⁴⁹ GIMENO SENDRA Y OTROS; Lecciones de Derecho Procesal Penal, (Ob. Cit.), pág. 199.

¹⁵⁰ Vid., en este sentido, GARCÍA BORREGO Y FERNÁNDEZ VILLAZALA; Ob. Cit. págs. 99 y ss.

¹⁵¹ Vid. SSTS de 8 de noviembre de 1990 y de 14 de febrero de 1991.

proceder a la condena de alguien que posteriormente es reconocido en juicio ratificando el reconocimiento sumarial efectuado a través *de fotografías*, por lo que en estas ocasiones no es absolutamente necesaria su realización, aunque sí conveniente.¹⁵²

“La fiabilidad, veracidad y consistencia de un reconocimiento o identificación no pueden ser desvirtuadas porque los testigos hubieren ya visto en varias ocasiones al acusado o porque, precisamente, se les hubiera exhibido en dependencias policiales un álbum con fotografías del sospechoso, ya que dicha práctica no contamina ni erosiona la confianza que puedan suscitar las posteriores manifestaciones del testigo o de la víctima, tanto en las diligencias instructorias como en las sesiones del plenario”.

Debe tenerse en cuenta que en determinados casos será imposible la ratificación en plenario del reconocimiento efectuado en su momento, por ejemplo, ante la imposibilidad de acudir al juicio el reconocedor, como es el caso de personas extranjeras o con grave enfermedad, no requiriendo en estos casos la ratificación en el juicio. Constituye prueba de cargo si es realizada con todas las garantías, esto es si se ha realizado como prueba anticipada.

En principio, los requisitos que han de cumplirse para que la diligencia de rueda de reconocimiento produzca sus efectos, se encuentran recogidos en la LECrim en su artículo 369, a los que hay que unir los fijados por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo¹⁵³ y que hacen referencia a las garantías constitucionales necesarias en toda diligencia de reconocimiento en rueda, fundamentalmente, presencia del letrado¹⁵⁴ del detenido o investigado y de la Autoridad Judicial.¹⁵⁵

La Ley exige que esta diligencia se practique poniendo a la vista del que pudiese identificar la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión de otras de circunstancias exteriores semejantes (sexo, altura, color de pelo, piel y aspecto del ropaje; preferiblemente en número *no inferior a cinco*), de esta manera, y desde un punto en el que no pueda ser visto (cuarto de reconocimiento, con cristal ahumado o similar) y que debe determinar el órgano

¹⁵² Vid. SSTS. de 3 de abril de 1992, 6 de junio de 1992, 1 de febrero de 1993, 10 de octubre de 1994 y 22 de noviembre de 1994.

¹⁵³ Vid., entre otras, las STC núm. 19/93 y STS de 12 de julio de 1988.

¹⁵⁴ Vid. STS Núm. 814/2000 de 16 de mayo.

¹⁵⁵ Vid. Anexos

judicial, se preguntará al que deba de reconocer si se encuentra en la rueda o en el grupo de personas aquella a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, exigiendo la Ley que en caso afirmativo **la designe de forma clara y determinada**.¹⁵⁶ Un buen sistema, que se suele emplear de forma generalizada, para señalar al identificado es que cada componente de la rueda sostenga visiblemente una tarjeta con un número o estén situados debajo de un cartel con un número o una letra.

Las personas que componen la rueda deben ser de parecidas características somáticas (altura, color del pelo, corpulencia, raza, etc) y de similar aspecto externo (ropa, actitud ante la rueda, etc.), salvo que *“dada la singularidad de los inculpados por razones de raza, color, etc, se haría prácticamente imposible el encontrar otros que se hallasen en sus mismas circunstancias”*.¹⁵⁷ No obstante, para que resultara inidónea el reconocimiento por esta circunstancia, las diferencias entre los componentes de la rueda deberían ser extremas.¹⁵⁸

La Ley y la jurisprudencia no fijan el número de personas que deben componer la rueda de reconocimiento, siendo un número aceptado **cinco** componentes, aunque a veces, según las circunstancias se ha aceptado un número inferior.¹⁵⁹ La Ley Procesal Militar, por su parte, establece como número mínimo en la rueda seis, incluida la que deba ser reconocida.

A los efectos anteriormente dichos, impone la Ley importantes precauciones en los supuestos de detenidos a los que posteriormente habrá que identificar. En esta línea el artículo 371 de la LECrim obliga a tomar precauciones para que todo detenido o preso no haga en su persona o traje alteración alguna que pueda dificultar reconocimientos y el 372 de la LECrim impone a los directores de las prisiones que cuiden de la conservación del traje de aquellas personas detenidas e ingresadas en dicho establecimiento para facilitar posteriores reconocimientos en rueda.¹⁶⁰

Lo que, en definitiva, se persigue es establecer unas garantías para que pueda producirse la inculpación de una persona que permita la apertura del

¹⁵⁶ Vid. SAP de Barcelona (Sección 6ª), núm. 410/2014 de 12 mayo.

¹⁵⁷ Vid. STS de 12 de marzo de 1991.

¹⁵⁸ Vid. STS núm. 1733/2.000 de 7 de diciembre.

¹⁵⁹ Vid. STS núm. 224/2.008, Sección 1ª de treinta de abril del 2.008.

¹⁶⁰ Vid. Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona núm. 471/2014 de 5 junio.

juicio oral, es decir, de lo que se trata es de precisar con exactitud la persona frente a la que se realizan determinadas imputaciones.

Si fuesen varias las personas que han de reconocer al delincuente (testigos, denunciadores o víctimas), se procederá a tantos reconocimientos por separado cuantas sean las personas. Estas personas no pueden comunicarse entre sí antes de realizar el reconocimiento. Deberá variarse la composición de la rueda para cada diligencia, si esto no fuera posible, al menos el orden.

Por el contrario, si son varias las personas a reconocer se puede realizar la diligencia en un sólo acto,¹⁶¹ pero procurando que exista alguna persona con similares características a cada uno de ellos y aumentando el número de integrantes de la rueda a razón de uno más por investigado o detenido.

Es conveniente que el reconocedor no coincida con el detenido a identificar en las dependencias policiales, esposado, saliendo del calabazo u otra forma que denote que se encuentra detenido o investigado, pues ello podría servir para argumentar por parte de la defensa el condicionamiento/contaminación del reconocimiento posterior.

Cuestión distinta es el llamado *reconocimiento espontáneo*, que se produce porque la víctima indica indubitadamente al autor por conocerlo con anterioridad, o por coincidir con el supuesto autor y reconocerlo en los pasillos del juzgado o dependencias policiales.¹⁶²

En el primero de los casos, no es conveniente la realización de la rueda por la citada contaminación previa. En el segundo casos no procede la rueda de reconocimiento, pues el testigo ha reconocido al supuesto autor de los hechos por accidente, pues ya que lo conocía con anterioridad. En estos casos lo procedente es el levantamiento de un acta o diligencia en el que conste tal reconocimiento espontáneo y sus circunstancias, en el que deben firmar los agentes que lo presenciaron.

El Secretario levantará acta del reconocimiento en la que se recogerá, los nombres de todos los que hubieren intervenido en la rueda y el número que portaban.¹⁶³ Dicho acta deberá ser firmada por todos los presentes, incluido el Letrado cuando exista investigado o detenido. En el acta que se instruya del

¹⁶¹ Vid. Artículo 370 LECrim.

¹⁶² Vid. SSTs de 21 de noviembre de 1986 y 23 de abril de 1990.

¹⁶³ Vid. Artículo 369.2 LECrim.

reconocimiento se harán constar todas las vicisitudes habidas, tales como reacciones o manifestaciones de la víctima, de los testigos, de los denunciantes o del propio sospechoso. Es conveniente que incluya un positivo fotográfico de la rueda efectuada.

Si se produce la negativa del encartado a someterse a la rueda de reconocimiento, habrá que hacerlo constar en las diligencias como posible delito de desobediencia grave o negativa a colaborar con la justicia, pudiendo constituir la propia negativa como un indicio en contra del mismo; ya que la rueda de reconocimiento es inidónea para ser verificada a la fuerza.

Como se ha dicho, si es posible técnicamente, es conveniente realizar una fotografía o toma de vídeo de la composición de la rueda, con la finalidad de dotar de mayor fuerza de convicción al resultado de la diligencia.

Esta diligencia sumarial por su propio carácter es inidónea y atípica para ser practicada en el juicio oral;¹⁶⁴ y, en muchas ocasiones, dado el tiempo que transcurre desde que ocurrieron los hechos hasta que se celebra el juicio, se hace prácticamente imposible el reconocimiento. Por ello, la diligencia de reconocimiento en rueda puede ser absolutamente necesaria para la condena del inculcado, convirtiéndose en unos de los casos *en pruebas anticipadas* o diligencias sumariales que producen en el juicio los mismos efectos que las pruebas de cargo, por ello es necesario que se cumplan todos y cada uno de los requisitos legales y constitucionales que antes hemos señalado, en otro caso, no podrá tener dicha consideración. Es necesario, finalmente, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional,¹⁶⁵ que acuda a la vista oral el testigo que en su momento hizo el reconocimiento, pues ésta es la única manera de que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él.¹⁶⁶

Como vemos, esta diligencia es típica para que la realice la Autoridad Judicial, sobre todo si debe constituir prueba anticipada. Los componentes de la Policía Judicial deben, por tanto, considerar la necesidad de realizarla en las diligencias policiales, en las que tendrá únicamente *valor de testifical* en el atestado, por lo que debería repetirse después por el Juzgado pero, posiblemente sin valor procesal pues la defensa podría argumentar su "*contaminación previa*"

¹⁶⁴ Vid. SSTs de 6 de junio de 1999 y 14 y 15 de febrero de 1995.

¹⁶⁵ Vid. SSTC núms. 164 y 205/1998, 19/193 y de fecha de 16 de enero de 1992.

¹⁶⁶ Derecho reconocido en el artículo 6.3.d del CEDH.

No obstante, con carácter excepcional, evaluando las circunstancias descritas y como medio de investigación, puede realizarse en sede policial con escrupuloso respeto a las normas que la disciplinan. Sin embargo, pero no resulta aconsejable, ya que aunque tiene la ventaja de su inmediatez, carece de la autenticación que se le da a esta diligencia, en sede judicial.¹⁶⁷

En el atestado se harán constar detalladamente las circunstancias que llevaron a considerar al sospechoso como tal (aspecto, coincidencias externas con el implicado, presencia en el lugar de los hechos, actitud ante la presencia de la Fuerza, etc.). Dejando si *“reconoce sin ningún género de dudas a...”* o, por el contrario, no muestra seguridad, *“cree, le parece, sospecha...”*.

Distinto es el caso de la **diligencia de reconocimiento fotográfico** que para cumplir el mandato legal de averiguar la identidad de los delincuentes la Policía Judicial utiliza como una de las primeras técnicas de investigación.

Para ello, la Policía Judicial procede al denunciante o testigo a la exhibición de álbumes fotográficos en las Comisarías de Policía y Cuarteles de la Guardia Civil. No se trata de una prueba, ya que la jurisprudencia no ha considerado que sea apta para ello, sino sólo un acto de investigación, una técnica policial que sirve para, en caso de reconocimiento positivo, abrir una línea de investigación.

En definitiva, se trata de un procedimiento más de investigación policial cuyo valor probatorio real suele ser cuestionado jurisprudencialmente. Consecuentemente, se suele requerir que dicho reconocimiento sea ratificado con otros medios de prueba, como son las declaraciones testificales de los agentes intervinientes en dicho reconocimiento, realización de posteriores ruedas de reconocimiento.

De acuerdo con ello, es conveniente, siempre que el desarrollo de las investigaciones lo permitan, que el reconocimiento fotográfico sea posteriormente corroborado con una rueda de reconocimiento. El reconocimiento fotográfico tiene carácter subsidiario, puesto que sólo ha de practicarse cuando no sea posible el reconocimiento en rueda, esto es, cuando no se tiene identificado a un sospechoso en concreto. Si existe algún sospechoso que no está totalmente identificado, se debe realizar directamente el reconocimiento en rueda.

¹⁶⁷ DE DIEGO DÍEZ; Identificación fotográfica y reconocimiento en rueda del inculpado, Editorial Bosch, Barcelona, 2003, pág. 78.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma la legalidad de la diligencia de identificación fotográfica, pero como tal diligencia prejudicial no tiene otro significado que el de apertura de una línea de investigación policial, sin que sea suficiente como prueba para destruir la presunción de inocencia. No contamina ni erosiona, sin embargo, la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en la vista oral.

En su realización es conveniente seguir las siguientes indicaciones extraídas de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- El reconocimiento debe revestir el formato similar al de la declaración de un implicado (testigo, víctima, detenido o denunciante). En el caso que el reconocimiento se realice a un detenido, éste debe ser realizado en presencia de su abogado.
- El momento más aconsejable para realizar esta diligencia, es con posterioridad a la manifestación del implicado o formando parte de ella.
- Por cada persona identificada debe extenderse la correspondiente Acta.
- El número de fotografías que acompañen a la de cada sospechoso es aconsejable que sea similar al de componentes de una rueda de identificación. Aunque no ha sido fijado, ni por la Ley ni por la Jurisprudencia, es conveniente que haya una cantidad suficiente para desterrar racionalmente dudas en la identificación.
- En el Acta deben aparecer las manifestaciones que hace el implicado sobre las vinculaciones que tiene el identificado (de qué lo conoce, el porqué de su identificación, con qué hechos concretos lo relaciona o incrimina, etc.). Igualmente deben constar las objeciones que haya puesto de manifiesto el abogado.
- Al mostrar la fotografía del sospechoso, es conveniente acompañar las de otras personas de características similares y en similares formatos de reproducciones fotográficas. Cuando se cambie de sospechoso también deben cambiarse las de los acompañantes. Las fotografías deben numerarse, de modo que la identificación sea explícita e indubitada. Es conveniente que las fotografías sean de fecha reciente al hecho que se investiga.

- Como todo Acta procesal, debe ser firmada por los intervinientes, incluido el Letrado.
- Las fotografías que han sido utilizadas para la identificación (las del sospechoso y las que se expusieron como acompañantes) deben unirse al Acta, haciendo constar el número que sirvió para identificarlas. Dichas fotografías tienen que formar parte indisoluble del Acta, siendo parcialmente selladas, de forma que no se dificulte su visión.

En la STS número 503/2008, de 17 de julio (caso del atentado terrorista del "11 M"), con cita de la sentencia núm. 1202/2003, de 22 de septiembre, se argumenta que *"los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes"*.

Y más adelante, reconoce que se trata de una actuación previa de investigación cuando precisa que *"la exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción"*.

En esa misma sentencia se recuerda que *"esta Sala ha declarado que ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que todo acusado tiene, entre sus mínimos derechos, el de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", así como con el artículo 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del mismo tenor"*.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 340/2005, de 20 de diciembre, se concluye que el reconocimiento fotográfico no pasa de ser un medio válido de investigación policial o, incluso judicial, por lo que habiendo existido una verdadera actividad probatoria en el juicio oral, se trataría en principio de una actividad carente de toda relevancia con la presunción de inocencia.

Ahora bien, es posible que se produzcan situaciones en las que la prueba practicada en el juicio oral pueda estar condicionada por la regularidad del reconocimiento fotográfico en su día realizado, situaciones de las que se ha admitido *"la posibilidad de que el resultado de la identificación fotográfica sea llevada a juicio a través de otros medios de prueba (en el caso, la declaración testifical de la víctima del delito) que sean sometidos a los principios de inmediación y contradicción"*.

Sin embargo, esta posibilidad se ha de calificar como *"excepcional"* y no es ni puede ser incondicional, desde el momento en que la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido incriminatorio propio, si no por razón al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que éste se haya realizado en

condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación.

La **neutralidad del investigador** en este punto se erige, pues, en una condición inexcusable para que la posible excepcionalidad que ahora nos ocupa pueda ser fuente de prueba válidamente utilizable a través de otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia.¹⁶⁸

Asimismo el Tribunal Constitucional ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimiento en rueda anteriores.¹⁶⁹ Este alto Tribunal ha declarado también que *"cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación"*.

¹⁶⁸ Vid, en el mismo sentido la STS 36/995, de 6 de diciembre, el ATC 80/2002, de 20 de mayo, la STS 205/98, de 26 de octubre y núm. 127/97.

¹⁶⁹ Vid. SSTS Núms. 323/9 y 172/97.

**Título III – LOS MEDIOS DE
INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA**

Título III – LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

CAPÍTULO I: LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

3.1.1. Concepto

Una característica del ser humano es su capacidad de comunicación. Desde que el hombre es hombre, se ha comunicado. Al principio de forma rudimentaria, mediante gestos, silbidos, golpes u otros sistemas de comunicación que según iba apareciendo la necesidad de comunicarse, más y más, se fueron perfeccionando.

Esta comunicación, igualmente, desde el principio sirvió no solo a efectos beneficiosos de las comunidades que se fueron construyendo, sino que también la utilizaron los que vulneraban las reglas establecidas en la sociedad. Y ello, para no ser descubiertos, coordinar sus acciones o sacar mayor provecho de las mismas. En cualquier caso, desde el punto y hora que esto se originó, surgió la necesidad para los guardianes de la ley, de conocer el contenido de dichas comunicaciones maliciosas para poder impedir las y conocer a todos los responsables de tales acciones no queridas por la sociedad. Es lo que se ha ido constituyendo con el nombre genérico de *intervención de las comunicaciones personales*.

Ni que decir tiene, que ir el Siglo XXI es el siglo de las comunicaciones y las nuevas tecnologías. De tal manera se ha desarrollado el mundo de la comunicación e información, que pocos entienden su vida sin la carga de llevar todo el día un aparato tecnológico que registre los lugares que visita, que se entere de sus preferencias de compras, que registre la velocidad a la que se mueve y en definitiva, que registre la mayor parte de las comunicaciones que hace con sus convecinos.

Ese aparato se conoce con el nombre de *smartphone* o teléfono inteligente desde el cual además de poder comunicarse telefónicamente con otra persona, se puede contactar con otros de todas las formas posibles que permite el acceso a internet del que disfrutan. Además, pueden comunicarse, adicionalmente, de otras formas, como por ejemplo vía bluetooth.

Estas intervenciones son definidas por el TS¹⁷⁰ como *“Unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”*.

Doctrinalmente podemos definir como intervención de las comunicaciones más habituales, es decir, la *“intervención telefónica”* como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal decide, mediante auto especialmente motivado, que por la Policía Judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su auto.¹⁷¹

Es una medida instrumental instructora, por lo que no podrá utilizarse una intervención telefónica con el fin de prevenir la comisión de delitos, o que estas medidas puedan usarse ante meras conjeturas o simples sospechas.¹⁷² Esta diligencia es la que policialmente se conoce como *“escuchas telefónicas”*, está regulada en nuestra legislación en el artículo 588 ter y siguientes de la LECrim.

Existen muchas definiciones jurisprudenciales, pero desde hace tiempo la más repetida en las Sentencias del Tribunal Supremo es la que se transcribe a continuación:¹⁷³ *“Unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”*

¹⁷⁰ STS 2093/1994, SSTS 246/1995, de 20 de febrero y 711/1996, de 19 de octubre.

¹⁷¹ GIMENO SENDRA y OTROS; Derecho Procesal Penal (Ob. Cit.), págs. 451 y ss.

¹⁷² BARJA DE QUIROGA; Las escuchas telefónicas y la prueba obtenida irregularmente, Editorial Akal, Madrid, 1989, págs. 185 y 186.

¹⁷³ SSTS 2093/1994, 246/1995, de 20 de febrero y 711/1996, de 19 de octubre.

En definitiva, podemos circunscribir la intervención de las comunicaciones como aquella diligencia de investigación que se realiza en el curso de un proceso penal cuyo objeto es conocer el contenido de las conversaciones que se realizan a través de un determinado medio para conseguir pruebas de un determinado delito y que puedan ser aportadas a dicho proceso dentro de la legalidad.

Finalmente, interesa dejar definidos dos conceptos relacionados con la intervención de las comunicaciones y que han sido y serán citados en numerosas ocasiones: *La comunicación y el secreto*.

La CE no da un concepto de lo que podemos considerar comunicación a estos efectos. Si acudimos al diccionario de la RAE,¹⁷⁴ la primera acepción que aparece es: “Acción y efecto de comunicar o comunicarse”. Pero, tal y como explicaremos, no toda comunicación está protegida por el derecho fundamental del artículo 18 CE. Para que exista tal protección se tienen que dar, al menos, dos circunstancias:

- Que en la comunicación se utilice un medio interpuesto que haga posible la misma.
- Que las personas que se comunican estén situadas a distancia y que hagan la comunicación a través de un medio “cerrado”, en el sentido de que es utilizado únicamente por ellos. Como dice MARTÍN MORALES, “comunicación hecha sin publicidad para no ser conocida por terceros”¹⁷⁵

En consecuencia, podemos decir que comunicación es “cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”.¹⁷⁶

Íntimamente unido a comunicación e intervención de las comunicaciones y repetido, igualmente, con estos conceptos nos encontramos con “el secreto” que conforme a la RAE¹⁷⁷ es la “Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”.

Trasladando este concepto al derecho fundamental del artículo 18, parecería que únicamente los secretos más íntimos o los relacionados con el Estado y otras

¹⁷⁴ <http://dle.rae.es/?id=A58xn3c> pág. Consultada el 20-1-2017.

¹⁷⁵ MARTÍN MORALES, R. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Ed. Civitas Madrid 1995.

¹⁷⁶ Vid. STJUE de 21 de diciembre de 2016.

¹⁷⁷ <http://dle.rae.es/?id=XPkxnKN|XPMvDJ8|XPNR6xt> pág. Consultada el 20-1-2017.

Instituciones pudieran ser dignos de protección al objeto de quebrantar el secreto a las comunicaciones. Nada más alejado de la realidad. Como hemos dicho y aclara de forma excepcional desde el principio la STC 114/1984 la protección de las comunicaciones se otorga por el hecho de existir comunicación utilizando medios para ello y pretendiendo mantener ajenos a la misma a “terceros no autorizados”; con independencia de su contenido.

Como bien, dice MARCO URGELL, ANNA¹⁷⁸ citando a LOPEZ BARROSO: *“De todo ello, se deduce que a criterio del TC, no toda comunicación es necesariamente íntima pero sí secreta y que la protección constitucional se extiende al propio proceso de comunicación”*.

3.1.2. Derechos fundamentales afectados

Varios son los derechos fundamentales que debe ser tenidos en consideración a la hora de intervenir las comunicaciones de las personas, pero si hemos de empezar por alguno, debemos acudir al artículo 18.3 de nuestra Constitución que consagra *“literalmente”* el derecho al secreto de las comunicaciones personales, en particular la postal, la telegráfica y la telefónica.

Pero en la intervención de las comunicaciones se van a ver afectados otros derechos que serán complementarios o adyacentes de este, pero no por ello menos importantes y necesarios de protección. A algunos de ellos se refiere el propio artículo 18 CE. Por ello resulta interesante, ab initio, transcribir el citado artículo 18 CE:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

¹⁷⁸ MARCO URGELL, ANNA, La intervención de las comunicaciones telefónicas, grabación de las conversaciones propias, hallazgos causales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia, pág. 61. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona 2010.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

En derecho internacional, aplicables en España en virtud de lo establecido en los artículos 10.24 y 96.15 CE, tenemos los siguientes Tratados Internacionales suscritos por España:

- La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, que en su artículo 12 expone : *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques”.*
- El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por resolución de fecha 16 de diciembre de 1966 que en su artículo 17.1 dispone: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.*
- El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su artículo 8 dice: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia éste prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

Por lo tanto, estamos en un derecho fundamental de segunda generación y que protege la comunicación de las personas cuando utilicen para ello un medio interpuesto, ya sea el teléfono, el telegrama, la carta, comunicaciones informáticas o de otra índole. Y lo que se protege es la comunicación en sí misma y los datos relacionados, con independencia de su contenido.¹⁷⁹ Es decir, que el contenido de

¹⁷⁹ Por ejemplo, la STC 123/2002, de 20 de mayo, considera afectado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 CE por la entrega por las compañías

la conversación puede ser infantil y no por ello, un tercero puede interceptarla y conocer su contenido, puesto que ello afectaría al derecho al secreto de las comunicaciones.

Los titulares de este derecho pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, nacionales o extranjeras y debe ser respetado tanto por personas públicas como privadas.

El Tribunal Constitucional¹⁸⁰ así lo ha estimado al considerar que este derecho comprende la protección de la existencia de la comunicación, de su propia realidad, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la misma. De esta forma se protege un derecho que puede ver vulnerado fácilmente, debido a los avances tecnológicos, tanto a personas físicas como a jurídicas, muchas de los cuales son diseñados para indagar en las comunicaciones ajenas.

Si su contenido es considerado “secreto” o “afecta a la intimidad” de alguno de los comunicantes, el que revelara su contenido podría además afectar a otros bienes jurídicos y derechos fundamentales que pasaremos a analizar.

Y, obviamente, el derecho al secreto de las comunicaciones afecta a “todos” y debe ser respetado por los que no participan en la misma. Esto quiere decir que los comunicantes aceptan que los datos que están aportando sean conocidos por el otro u otros a los que está dirigido. Esto ocurre por definición de la comunicación, pues en otro caso no habría mensaje ni comunicación que proteger ante terceros.

De esta manera, **para que se vulnere el derecho al secreto a las comunicaciones** es necesario que un tercero no autorizado por los que intervienen en la comunicación conozca algún dato de la misma (identidad, lugar, contenido, etc.) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación de la comunicación.¹⁸¹

telefónicas a la policía de los listados de llamadas de un número de teléfono sin el consentimiento de su titular y sin autorización judicial.

¹⁸⁰ Bien reflejado en la STC 114/1984 y posteriormente por SSTC 123/2002. 230/2007, 5 noviembre. 26/2006, 30 enero.

¹⁸¹ MANUEL ARAGÓN REYES, Intervenciones telefónicas y postales (examen de la jurisprudencia constitucional)

En consecuencia, no existe lesión del derecho al secreto de las comunicaciones cuando la audición de la conversación se produce de modo directo por un tercero ajeno a los interlocutores, sin intervención técnica alguna, pues esto acepta de facto que el contenido de la comunicación se esté conociendo por dicho tercero.¹⁸²

Como se ha dicho el derecho al secreto de las comunicaciones personales es el derecho principal que se puede afectar cuando se entabla una conversación entre dos o más personas utilizando un medio interpuesto.

Sin embargo, esto no quiere decir que no haya otros derechos fundamentales a proteger que están relacionados con las comunicaciones personales. Uno de los que primero se nos ocurre y que ya hemos citado, es el derecho fundamental a la intimidad.

Esta distinción ha sido recogida en numerosas Sentencias, entre las que podemos citar la Sentencia número 2508/2005 de 19 julio del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª).

No obstante, tampoco es infrecuente que estos dos derechos tan diferentes se confundan por autores y decisiones judiciales, como muestra de ello, se encuentra el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 y la jurisprudencia posterior que deriva de esta decisión judicial.

Sin embargo, hay que tratar de distinguirlos pues están recogidos en apartados diferentes del artículo 18 CE, en concreto el derecho a la intimidad, en su apartado 1 que establece:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

El derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas y afecta a todo aquello que éstas quieran preservar del conocimiento de los demás. Es decir, que quieran que permanezca oculto, desconocido por todos o que sea conocido por un número muy concreto de personas.¹⁸³

¹⁸² ATC 15/2004, de 20 de enero, que analiza un asunto en el que un policía, al aproximarse a una cabina telefónica, escuchó a la recurrente anunciar la colocación de dos artefactos explosivos en la oficina de correos en la que trabajaba.

¹⁸³ Vid. STC 151/1997, de 29 de septiembre.

La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no sólo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar¹⁸⁴.

Desde las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional¹⁸⁵ se definió la diferenciación del derecho al secreto de las comunicaciones personales y el derecho a la intimidad personal, estableciendo, una línea seguida desde entonces:

“Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución ; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana. Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra Norma Fundamental, otro tanto cabe

¹⁸⁴ Vid. SSTC 197/1991, de 17 de octubre y 231/1988, de 2 de diciembre.

¹⁸⁵ Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre y otras muchas que siguen su línea: STC 298/2013, 13 de marzo y SSTs de 20-2-2006, 1051/2009 de 28 de octubre y 45/2014, de 7 de febrero.

decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.”

En conclusión, que existen esferas diferentes y claramente diferenciadas entre el derecho al secreto a las comunicaciones personales y el derecho a la intimidad. En el primero de los casos, se vulnera por el hecho de interceptar comunicaciones por parte de terceros sin autorización de los comunicantes y ello con independencia del contenido de la conversación. En el segundo, para que se entienda vulnerado el derecho a la intimidad, no sólo hay que conocer lo comunicado, sino que su contenido debe estar relacionado con lo íntimo de la vida personal y familiar de uno de los comunicantes y, además, se produce la vulneración si se difunden a terceros.

Bien es verdad que la intimidad no es fácil de delimitar y que cada persona tendrá, según sus hechos y actuaciones anteriores una definida que habrá que observarla en cada caso concreto.¹⁸⁶

En otras palabras, el derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos más sutiles y difíciles de delimitar en el derecho penal.

Por último, se puede afirmar que el derecho al secreto a las comunicaciones personales y el de la intimidad, como los dos principales protegidos en el procedimiento legal de interceptación de las comunicaciones, se encuentran relacionados directamente con los derechos a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE y con el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE, en su modalidad de que todo ciudadano tiene derecho para comunicarse con otro libremente sin que sus comunicaciones se puedan ver impedidas ni interceptadas.

En este sentido se puede citar lo que, casi de una forma poética, afirma la STS 301/2013 de 18 de abril:

“El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal parte especial, 12ª Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 1999, pág. 451.

derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero)."

3.1.3. Requisitos para su adopción

Sin embargo, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones personales, no es absoluto. El propio artículo 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial¹⁸⁷ con objeto de proceder a la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos.

Se pretende hacer una exegesis de los requisitos necesarios para que la intervención de las comunicaciones personales se pueda adoptar en el seno de una investigación penal y pueda llevarse al proceso al objeto de ser valorada como prueba.

Requisitos que se fueron elaborando jurisprudencialmente, incluso antes de su regulación legal en los apartados 2 , 3 y 4 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de Mayo que pronto quedó también matizada por dicha jurisprudencia tanto interna como europea.

Precisamente, el TEDH consideró a esa regulación contenida en el artículo 579 LECrim, como escasa y gravemente deficiente. Por ello, el referido precepto vino precisando de un amplio desarrollo interpretativo por parte de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, en numerosísimas resoluciones cuya mención exhaustiva resultaría excesivamente copiosa, pero a la que se hace referencian en las próximas líneas y que se puede resumir en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1992 ("*caso Naseiro*"), que enumeró con precisión todos y cada uno de los requisitos, constitucionales y de legalidad

¹⁸⁷ STS núm. 246/1995, de 20 de febrero, entre otras muchas

ordinaria, necesarios para la correcta práctica de estas restricciones al secreto de las comunicaciones.

Actualmente, dichos requisitos han sido consagrados en la LECrim en los **artículos 588 bis a. y siguientes** introducidos por la LO 13/2015 a los que iremos refiriéndonos a medida que estudiamos los que, previamente, la jurisprudencia fue acuñando a lo largo de los años, debido a la carencia o insuficiencia de legislación sobre la interceptación de las comunicaciones.¹⁸⁸

La falta de alguno o algunos de estos requisitos puede producir dos efectos. El primero que sea considerado como un quebrantamiento de algún derecho fundamental y que por lo tanto no pueda tenerse en cuenta ni el contenido de la comunicación ni todo lo derivado de la misma, conforme a lo que dispone el artículo 11.1 LOPJ. El segundo, que se considere una afectación de legalidad ordinaria, cuyo efecto será el marcado por la LECrim, es decir, el no poder tener en cuenta el contenido de dicha diligencia, pero con la posibilidad de salvaguardar lo constatable por otros medios de prueba.

Con carácter previo al estudio de cada uno de los citados requisitos, a continuación, se hace una relación de los mismos lo que nos ayudará a relacionarlos entre sí, ya que muchos de ellos se complementan:

1º Exclusividad Jurisdiccional.

2º Principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

3º Procedimiento legalmente establecido para su adopción.

4º El deber de motivación.

3.1.3.1. *Exclusividad Jurisdiccional:*

Únicamente la Autoridad Judicial, en la actualidad el Juez de Instrucción competente, como garante esencial de los Derechos y Libertades Fundamentales, puede acordar medidas que afecten o limiten a los mismos. Entre ellas, la

¹⁸⁸ Vid. STS núm. 693/2016 de 27 julio que es una de las primeras que hace alusión a la nueva regulación de la interceptación de las comunicaciones y que al respecto dispone: “...lo que han venido a consagrar normativamente no es otra cosa que los principios básicos y demás requisitos ya adelantados en su día, y a lo largo de más de dos décadas por la doctrina constitucional y la Jurisprudencia al respecto.”

interceptación de las comunicaciones de un ciudadano que está siendo investigado por un determinado hecho delictivo.

Así lo establece, el artículo 18.3 de la Constitución Española y el primer párrafo del primer artículo de la LECrim que regula la interceptación de las comunicaciones:¹⁸⁹ *“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.”*

Por lo tanto no cabe autorización de intervención de las comunicaciones personales por el Ministerio Fiscal, ni por la Policía Judicial, ni por ninguna otra Autoridad, fuera de los casos de delitos de terrorismo que se citarán más adelante.¹⁹⁰ Y, en estos casos, deberá ser validada posteriormente por el Juez de Instrucción competente.

En caso contrario y como se determinó desde las primeras Sentencias del Tribunal Supremo, la intervención de las comunicaciones debe quedar *“sin efecto”* por afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones personales recogido en el artículo 18.3 CE:

“Como puede observarse por lo anteriormente transcrito, carecemos incluso de la resolución judicial autorizando la interceptación de las comunicaciones, resultando insuficiente la mención que se hace en el folio 60 de las actuaciones (en el atestado policial), haciéndose notar además que la resolución a la que se alude ha sido dictada por un Juzgado de instrucción distinto del que ha realizado las tareas de investigación. Resulta lamentable que se haya prescindido de las más elementales garantías procesales en un asunto de gravedad que debe quedar impune por aplicación de las normas superiores

¹⁸⁹ Vid. Artículo 588 bis a. LECrim.

¹⁹⁰ Conforme al artículo 588 ter d.3 LECrim: *“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.”*

del ordenamiento que garantizan la debida tutela de las libertades fundamentales en el proceso penal."¹⁹¹

En definitiva, para acordar la intervención telefónica siempre debe existir intervención judicial. Actualmente, en España es el Juez de Instrucción el competente para el examen de los requisitos en un caso particular y para autorizar la interceptación de las comunicaciones. Dicha competencia va más allá de la mera autorización, pues también debe fiscalizar su seguimiento¹⁹² y acordar su cese. Particularmente, minuciosa debe ser la vigilancia periódica que se debe hacer de la interceptación, máxime cuando, debido al desconocimiento del investigado tiene sobre la misma, el Juez de Instrucción es el único que puede velar por que se respeten sus derechos dentro del procedimiento. Mejor dicho, no es el único, pues todos tienen la obligación, Policía Judicial, Ministerio Fiscal y otros operadores de justicia que pudieran intervenir. Pero sí es el último responsable¹⁹³ de que la interceptación se realice dentro de los márgenes que marca la Ley y la Jurisprudencia.

El control judicial abarca tres extremos esenciales:¹⁹⁴

1) *El seguimiento* de que, en efecto, se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que, al margen de otras más directas actuaciones que el Instructor pueda disponer, los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del desarrollo y los resultados de la tarea que se les ha encomendado, de acuerdo con lo dispuesto por el propio autorizante en su resolución.

2) *La evitación de extralimitaciones* en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la interceptación como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación.

¹⁹¹ Vid. STS 457/1997 de 12 de abril.

¹⁹² Vid, en este sentido, SUITA PÉREZ; La diligencia de intervenciones telefónicas, incluido en La actuación de la policía judicial en el proceso penal, (Martín García P., Director), Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2006, Pág. 123 y ss.

¹⁹³ Vid. SSTS de 26 de enero de 1996, 19 de diciembre de 1995 y STC núm. 49/96.

¹⁹⁴ Vid. Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

3) *La evitación de cualquier clase de indefensión* para el sometido a la intervención, de modo que es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa.

En cuanto a la falta de control por demora de los agentes en las entregas periódicas de las grabaciones, la STS 401/2012 de 24 de mayo,¹⁹⁵ con un sistemático acopio de resoluciones del TS precisa: *“Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las grabaciones íntegras y en original al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la Policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea esta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las grabaciones, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones en la sede judicial y a disposición de las partes, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal”*.

Podemos terminar diciendo que este requisito de intervención judicial no puede faltar en la interceptación de las comunicaciones, pues en caso contrario, todas las actuaciones serían consideradas nulas.

Pero ello, no impide que en otros países de nuestro entorno, por ejemplo Francia, corresponda a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal restringir los derechos fundamentales del interesado en determinadas circunstancias.

Así también ocurre en España recogido en el apartado tercero del artículo 579 LECrim y para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el artículo 588 ter d.3), cuando el Ministro del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad pueden autorizar la intervención de las comunicaciones postales y telefónicas, respectivamente. En ambos casos caracterizadas porque deben tratarse de actuaciones *“urgentes”* en el marco de la investigación de *“delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*. Además deben concurrir razones fundadas que hagan imprescindible la medida.

¹⁹⁵ Vid. También STS núm. 774/2016 de 19 octubre.

Si bien es cierto que dicha intervención Judicial no se produce “*ad initio*” pero sí después de adoptada la intervención de las comunicaciones, ya que el Juez competente debe convalidar la misma, pues en caso contrario no se podrán validar los resultados obtenidos.

Por ello, la intervención deberá ser comunicada de forma inmediata al Juez y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, estableciendo el artículo 588 ter d.3 LECrim, un importante matiz respecto a la anterior redacción, pues establece un límite temporal cierto (veinticuatro horas máximo) y exigiendo que se dé cuenta al Juez de las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, de la forma en que se ha efectuado y su resultado.

El control jurisdiccional se verificará examinando el acuerdo administrativo motivado y las circunstancias del caso, en el que el Juez habrá de comprobar tanto la concurrencia de los presupuestos de esta actuación; como el modo en que se desarrolló de acuerdo con los principios que informan esta clase de intervenciones. El Juez revocará o confirmará esta actuación en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada.

3.1.3.2. *Principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*

Tal y como se establece en el artículo 588 bis a.2. LECrim el “**principio de especialidad** exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.”

Desde luego, el legislador ha conseguido hacer una definición corta y concreta que por eso hemos querido poner al principio de este punto. Pero este principio de especialidad ha sido muy estudiado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto en su definición como en las consecuencias de su infracción.

Es un principio que favorece e influye en otros. Por ejemplo en la necesidad de intervención judicial, ya que el Juez es el que debe plasmar en el auto que acuerda la intervención el delito o delitos para el cual se ha acordado la misma. Además, en tanto en cuanto, dichos delitos estén citados y justificados, la motivación del auto estará en mayor o menor medida realizada e incluso favorece la proscripción del acuerdo en las llamadas diligencias indeterminadas, ya que al

concretar el delito investigado la Autoridad Judicial no tendrá más remedio que concretar las diligencias de acuerdo con el mimos.

La consecuencia de este principio la marca el propio artículo están prohibidas las prospecciones preventivas de hechos delictivos por muy graves que estos sean. Esto sería ir en contra del derecho fundamental a las comunicaciones y cualquier medida de intervención que se tomara de esta forma debería ser anulada.

En palabras de MARCO UGELL, *“el Principio de Especialidad se halla íntimamente vinculado a la finalidad concreta que debe perseguir el acto de injerencia e implica que el Auto que autorice la intervención de las comunicaciones telefónicas habrá de especificar en la mayor medida de lo posible los hechos respecto de los cuales se autoriza la injerencia en el secreto de las comunicaciones, de la persona que será objeto de investigación, toda vez que se trata de evitar que se autoricen intervenciones telefónicas para tratar de descubrir hechos delictivos en general”*.¹⁹⁶

Jurisprudencialmente, este principio fue consagrándose y definiéndose poco a poco, definiéndose de una forma muy clara en las sentencias que precedieron a la fecha de la consagración legal del mismo con la LO 13/2015, de 5 de octubre. Entre las más clarificadoras podemos citar la STS 35/2013 de 18 de enero.¹⁹⁷

En la actualidad esta cuestión, ha sido recogida en la redacción del artículo 588 bis a.2)¹⁹⁸ en el que se plasma el **principio de especialidad** y que exige literalmente *“que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto”*, quedando prohibidas las *“que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”*. Obviamente, la consecuencia de este principio es la necesaria apertura del procedimiento establecido para el delito que se investiga.

El artículo 588 bis a.3 LECrim establece que *“El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.”*

El diccionario de la RAE¹⁹⁹ define idóneo como lo *“Adecuado y apropiado para algo”*. Dicho de otra manera, la idoneidad es aquella disposición o capacidad que

¹⁹⁶ MARCO URGELL, ANNA, ob. Cit. pág. 150.

¹⁹⁷ Vid. también SSTs 639/2012, de 18 de julio, 726/2012, de 2 de octubre, 776/2012, de 9 de octubre, 69/2013, de 31 de enero, y 934/2012, de 28 de noviembre

¹⁹⁸ En su redacción dada por la LO13/2015, de 5 de octubre. BOE 7-10-2015.

¹⁹⁹ <http://dle.rae.es/?id=KvAZPI8> consultado el 28-1-2017.

algo o alguien tiene para un fin determinado. La palabra proviene del latín *idoneitas, idoneitātis*.

También se habla de idónea cuando una persona es adecuada o apropiada para desempeñar determinada función cargo.

Trasladada esta concepción a la interceptación de las comunicaciones, la medida será idónea y por lo tanto respetará el principio de idoneidad, cuando esta medida de investigación sea capaz de conseguir el fin que se persigue con la investigación concreta que se esté analizando.

Tal y como expresa el artículo 588 de la LECrim el **principio de idoneidad** se muestra en dos aspectos, el objetivo y en el subjetivo, además de servir para definir la duración de la medida.

En el primero de ellos, hay que analizar “*si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto*” que es como decir que existe una relación razonable entre la medida restrictiva y la finalidad de la misma para, en definitiva, poder determinar si hay más beneficios que perjuicios con la introducción de la restricción sobre el bien en conflicto.²⁰⁰

En palabras de FERNANDEZ VILLAZALA: “*Esto es sobre que modalidad va a recaer la medida de intervención, donde, durante cuánto tiempo y quien o quienes son las personas objeto de la investigación*”.²⁰¹

Haciendo alusión además, al segundo de los aspectos del **principio de idoneidad**, el subjetivo que debe referirse a los sujetos investigados, en el sentido que deben quedar perfectamente identificados en el auto que acuerda la medida investigadora. Es una especie de plasmación del principio de especialidad referido no a los delitos sino a los sujetos investigados.

Además, podemos afirmar que, tiene otro aspecto en la parte investigadora. Es decir, debe identificarse en todo momento los agentes de la Policía Judicial encargados de la investigación. De esta forma, caso necesario, podrán declarar en el acto del juicio oral explicando el desarrollo de la interceptación de las comunicaciones.

Por último, este principio de idoneidad exige que la duración de la medida sea acorde con la necesidad de investigación de la misma. *A contrario sensu*,

²⁰⁰ Vid. STC, núm. 16/2003.

²⁰¹ Vid. FERNÁNDEZ VILLAZALA, t y GARCÍA BORREGO, ja, Derecho Procesal para la Policía Judicial ob. Cit. Pág. 216.

significa que están proscritas las medidas de investigación sin limitación en el tiempo y, en consecuencia, las resoluciones judiciales que prolonguen las mismas deben realizar los mismos juicios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad que se hicieron cuando se acordó por primera vez.

El **principio de excepcionalidad** viene a establecer *“Que constituye excepción de la regla común”* o *“Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez.”*²⁰² En consecuencia, únicamente se debe utilizar la interceptación cuando no exista otro modo de conseguir pruebas para los delitos que están investigando. Estas, como cualquier otra medida de investigación que afecte a los derechos fundamentales, deben adoptarse, por tanto, como último recurso de la administración de justicia.

Dicho de otra forma, este principio supone que *“la intervención de las comunicaciones no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria.”*²⁰³

La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2013 sobre pautas en relación con la Diligencia de Intervención de las Comunicaciones Telefónicas, afirma que *“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”*. Y continúa diciendo que *“El principio de excepcionalidad está interrelacionado con el de proporcionalidad. La intervención telefónica no se configura como un medio normal de investigación, en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado. Debe exigirse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica.”*

Significa, por tanto, que no se puede conceder la autorización judicial para conocer las conversaciones de los ciudadanos de una forma rutinaria, si no que únicamente será posible cuando se acredite previa y suficientemente una

²⁰² <http://dle.rae.es/?id=HBniAAZ>, consultada el 27-1-17.

²⁰³ Vid. FERNÁNDEZ VILLAZALA, t y GARCÍA BORREGO, ja, Derecho Procesal para la Policía Judicial ob. Cit. Pág. 217

investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica.²⁰⁴

Es decir, que únicamente debe la interceptación de las comunicaciones cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación. Además de la existencia de indicios de delito es preciso que el estado de la investigación haga necesaria la restricción del derecho fundamental. Los **datos objetivos disponibles** indican que se debe investigar y justificarían la restricción del derecho fundamental, pero, además, ésta debe ser necesaria en el sentido de que el investigador, dadas las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otros medios menos gravosos para avanzar en aquella.²⁰⁵

En resumen, si no es posible obtener datos esenciales o si estos pueden obtenerse de una forma menos gravosa para los derechos fundamentales del investigado, no debería acordarse la intervención de las comunicaciones, conforme el **principio de excepcionalidad**.

Y así ha sido regulado en la LO 13/2015, en particular, en el artículo 588 bis a. 4. Cuando establece que *“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 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.”

Otro de los principios citados es **la necesidad de la medida**, como exigencia del principio de proporcionalidad, supone que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objetivo propuesto.²⁰⁶ Es decir, es un principio que está necesariamente ligado a la proporcionalidad y al que el auto que acuerde la intervención de las comunicaciones debe hacer referencia indicando, de acuerdo a los datos obtenidos en la investigación, que el hecho

²⁰⁴ Vid. STS nº 1184/2001, de 10 de noviembre.

²⁰⁵ Vid. STS nº 740/2012, de 10 de octubre.

²⁰⁶ Vid. STC 123/2002.

delictivo investigado es de la gravedad necesaria para hacer preciso este medio de investigación, pues de otra forma no se podría conseguir el fin perseguido, la obtención de pruebas.

Algunos autores consideran otro aspecto del principio de necesidad, el procesal que *“constituye la necesidad de que la petición de la intervención telefónica se efectúe dentro de una instrucción judicial en curso, esto es, dentro de un sumario ordinario, en la instrucción del jurado o en unas diligencias previas en el ámbito del proceso penal en curso”*.²⁰⁷

Por último, el **principio de proporcionalidad**, considerado como el principal²⁰⁸ de los principios que deben ser respetados en la intervención de las comunicaciones, no ha sido definido en el artículo 588 bis LECrim. Únicamente, se hace referencia a la necesidad de que la resolución judicial debe respetar, además del resto de los principios, el de proporcionalidad.

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia ordinaria, como en la constitucional, han tratado con suficiencia el principio de proporcionalidad.

La observancia de la proporcionalidad *“se refiere no sólo a la gravedad de la infracción punible, para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones”*.²⁰⁹

En definitiva se trata de poner en comparación lo que supone la limitación de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y el interés general que representa la averiguación del delito y la detención de sus partícipes.²¹⁰ Por lo tanto, la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima cuando está legalmente prevista con suficiente precisión, acordada por la Autoridad Judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad.

²⁰⁷ Vid. SANCHA DÍEZ, J.P. Intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas (I) en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4861-intervencion-de-las-comunicaciones-y-escuchas-telefonicas-i/>

²⁰⁸ Algunos autores consideran al resto *“subprincipios”* del principio de proporcionalidad. Vid. MARCO URGELL, a. ob. Cit. Pág. 136.

²⁰⁹ Vid. ATC 344/1990.

²¹⁰ Vid. SSTC 299/2000, de 11 de diciembre y 184/2003.

3.1.3.3. Procedimiento legalmente establecido para su adopción

Pero el respeto de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad no podría llevarse a cabo fuera de un procedimiento legalmente establecido que, en primer lugar exigiera el respeto de los mismos y, en segundo, sirviera de hilo conductor del proceso de intervención, control y ejecución de las intervenciones de las comunicaciones. De otro forma, mal se podría controlar que dichos principios fueran respetados.

Es lo que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido al exigir que las interceptaciones de las comunicaciones, en tanto que constituyen un grave ataque a la vida privada y al derecho genérico al secreto de la "*correspondencia*", deban siempre de fundarse en una Ley de singular precisión, clara y detallada, hayan de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y sean realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo, además, posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere "ex post" a la práctica de la interceptación.²¹¹

Lógicamente, para que se produzca la intervención de las comunicaciones personales por el Juez de Instrucción, debe existir un proceso penal abierto,²¹² ya que de otro modo la competencia de esta Autoridad Judicial estaría fuera de su marco de actuación.

En consecuencia, se debe acordar dentro de un determinado sumario o diligencias previas, considerándose un defecto procesal su adopción en "*diligencias indeterminadas*" que puede llevar a la nulidad de actuaciones, si no se transforman inmediatamente en Diligencias Previas o Sumario, notificando la resolución al Ministerio Fiscal.²¹³

²¹¹ SSTEDH de 6 de Septiembre de 1978, de 25 de Marzo de 1983, de 2 de Agosto de 1984, de 25 de Febrero de 1988, de 24 de Marzo de 1988, de 20 de Junio de 1988, de 21 de Junio de 1988, 24 de Abril de 1990, de 25 de Marzo de 1998, de 30 de Julio de 1998, "caso Valenzuela".

²¹² Se exige la existencia de un proceso penal abierto, aunque cabe que la apertura se haga en la propia resolución que acuerda la intervención de las comunicaciones. Vid. STS 301/2013, de 18 de abril.

²¹³ Vid. STS 301/2013 (Sala 2) de 18 de abril.

Mucho se discutió en el pasado sobre la necesidad de que la intervención de las comunicaciones se hiciera, necesariamente, en Diligencias Previas o dentro de un Sumario abierto, sin que fueran válidas las autorizaciones en las citadas “*diligencias indeterminadas*”. Tanto es así, que la Jurisprudencia osciló entre la nulidad de tal práctica y la validación de las actuaciones y la posibilidad de acordar esta medida de investigación en unas diligencias indeterminadas.²¹⁴

La disparidad no estaba en la irregularidad de acordar una intervención de las comunicaciones dentro de un procedimiento penal abierto y por lo tanto, dentro de unas determinadas diligencias de instrucción, cuya clase dependerá del tipo de delito investigado. La discusión jurisprudencial, se hizo patente en la distinta línea seguida por el Supremo y el Constitucional, era determinar el efecto de dicha irregularidad.

Las sentencias del Tribunal Constitucional,²¹⁵ secundadas luego por el Supremo que defienden la validez de esta práctica establecen que basta con el auto del Juez con la fe del Secretario Judicial, sin que tenga que ver el que en tal etapa procesal y el específico procedimiento se califique de Previas o Indeterminadas, estimando que aunque el uso de las diligencias indeterminadas constituye una irregularidad procesal, no determina por sí misma la nulidad de la resolución judicial, pues lo relevante no es el nombre, sino la naturaleza real de las diligencias, como procedimiento judicial.²¹⁶

Enfrentada con esta línea jurisprudencial, tenemos una interpretación que realizó el Tribunal Supremo, con carácter previo, que entendía que las autorizaciones judiciales de intervención de las comunicaciones dentro de unas “*diligencias indeterminadas*” eran nulas y no se podían subsanar el resultado de dicha diligencia.²¹⁷

3.1.3.4. *El deber de motivación*

Dejamos para el último lugar, uno de los requisitos más importantes y, posiblemente, el que más procedimientos haya anulado por su ausencia o

²¹⁴ Vid. SSTS de 1 de febrero de 2002, de 7 de marzo de 1998, de 28 de septiembre de 1998.

²¹⁵ Vid. SSTC 50/1995, de 23 de febrero, 103/1996, de 11 de junio, 49/1999, de 5 de abril y 126/2000, de 16 de mayo.

²¹⁶ Vid. FJ 12º de 1 de febrero de 2002.

²¹⁷ Vid. SSTS de 25 de junio de 1993 y de 25 de marzo de 1994.

insuficiencia. Es la exigencia que establece el artículo 588 bis c. LECrim cuando establece²¹⁸:

*“1. El Juez de Instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante **auto motivado**, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.”*

Es un requisito que se venía exigiendo con carácter general desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional cuando se trataba de adoptar una medida de investigación en la que se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y a fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se hizo.

Es por lo tanto, en el **auto motivado del Juez de Instrucción** donde se deben recoger los presupuestos de hecho, los indicios y analizar si, en el caso concreto, se dan todos los requisitos para adoptar esta medida de investigación.²¹⁹ Incluso, de una forma más genérica, podemos decir, que para que una resolución esté motivada debe poner los bienes jurídicos en juego con objeto de que el Juez haga una ponderación de los mismos de acuerdo con el derecho fundamental afectado, en este caso el secreto a las comunicaciones personales.²²⁰

Si el auto no lo recoge, la autorización judicial estará baldía de contenido y, por lo tanto, no se podrá considerar que existe resolución judicial válida. Obviamente, en estos casos, entra en acción lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ, por el cual no surtirán efecto ni directa ni indirectamente lo obtenido violentando los derechos o libertades fundamentales.

A la necesidad de motivación en orden a las resoluciones judiciales que decretan la medida de intervención telefónica hacen referencia múltiples sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Entre ellas las de 17 de octubre de 1.992, 18 de junio y 3 de diciembre de 1.993, 31 de octubre, 4 de noviembre y 23 de diciembre de 1.994, 12 de enero, 20 de febrero, 3 y 18 de junio de 1.995 y sentencias del TC números 85/94 de 14 de marzo, 86/95 de 6 de junio, 49/96 de 26 de marzo y 54/96 de 26 de marzo. Todas ellas, en la línea de que es

²¹⁸ La motivación, además, está impuesta de modo genérico por el artículo 120.3 de la CE y ampliado por el artículo 248.2 de la LOPJ.

²¹⁹ Como ejemplo significativo y original se plasmó en el Auto del TS de 18 de junio de 1992, además podemos citar las STS núm. 137/1999, de 8 de febrero y STC Núm. 85/1994.

²²⁰ Vid. STC 123/1997 de 1 de julio.

preciso un **auto judicial suficientemente** expresivo y razonante sin que por ser escueto pierda fuerza si está bien razonado y evidencia la razón de la necesidad de la intervención. Lo esencial es que se pueda desterrar la arbitrariedad.²²¹

En definitiva, como bien dice MARCO URGEL, *“la motivación significa la exteriorización de las razones por las cuales se adopta la autorización judicial de injerencia, lo que es fundamental para que el sujeto afectado pueda, posteriormente, impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus derechos legítimos”*.²²²

Son muchos, igualmente, los autores que han manifestado que esta *“motivación”* es crucial para la validez de la interceptación en el proceso penal, ya que manifiesta una **triple garantía necesaria** en todo ordenamiento jurídico democrático y de derecho:

1º/ *Garantía para el interesado* que conocerá los motivos y las razones por las que está siendo investigado hasta tal punto de limitarle alguno o algunos de sus derechos fundamentales.

2º/ *Garantía para los operadores de justicia*, en particular para los Jueces y Tribunales, que conocerán las causas y los hechos por los que se ha autorizado la medida y, en consecuencia, podrán proceder al análisis de su corrección.

3º/ *Garantía para la sociedad en general*, pues todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los motivos y los presupuestos por los que se pueden limitar los derechos fundamentales. Ello constituirá, sin duda, una precaución para que estos derechos no se limiten fuera de los casos permitidos por la Ley.

Por lo tanto, la motivación del auto que acuerda una intervención de las comunicaciones es un requisito de alcance constitucional que entronca de forma directa con el derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24 de la CE. No es, en consecuencia, una exigencia de legalidad ordinaria que pudiera ser subsanada, sino que su falta conlleva la nulidad de lo actuado.

Interesante es relatar el esfuerzo de exégesis que hace FERNÁNDEZ VILLAZALA, para considerar a un auto suficientemente motivado:

“Para que un auto esté suficientemente motivado debe contener con absoluta precisión el objeto de la intervención que comprende:

²²¹ Vid. STC Núm. 238/1989, de 13 de diciembre.

²²² MARCO URGELL, ANNA, obra cit. Pag. 160

*-A la persona respecto de la cual se acuerda, que normalmente será el investigado, pero que puede acordarse respecto de otras personas siempre que directa y determinadamente estén relacionados con los hechos delictivos.*²²³

-Los medios de comunicación a los que alcanza la medida

-Las modalidades de intervención. Es decir, si afecta a las comunicaciones que reciba o realice o a ambas, si es preciso grabar las conversaciones o basta con anotar las llamadas, etc.

*La fundamentación deber ser formal -en forma de auto- y material, esto es, teniendo en cuenta el juicio de necesidad de la intervención, el juicio de idoneidad y el juicio de proporcionalidad".*²²⁴

Igualmente, numerosas son las sentencias del Tribunal Constitucional que establecen que la necesidad de motivación de los autos se exige en el artículo 120.3 CE²²⁵ que aunque se refiere a las Sentencias, se debe hacer extensivo a los autos que afectan a los derechos fundamentales o que son decisorios para las cuestiones que directa o indirectamente afectan al derecho a la tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE.²²⁶

En definitiva, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede afirmar que un auto que acuerda la intervención de las comunicaciones puede considerarse motivado cuando hace referencia a varios aspectos:²²⁷

1º/ **Proporcionalidad**, en el sentido de que ha de incluir la ponderación entre el derecho fundamental afectado, el secreto a las comunicaciones, y la gravedad del delito que se investiga. Para valorar la gravedad no solo es preciso atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar.

2º/ **Especialidad**, en tanto que, como ya se ha dicho, este principio se respeta si la intervención se acuerda en relación a la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. Igualmente, debe estar identificado el

²²³ Vid. STS de 25 de junio de 1993.

²²⁴ Vid. SSTC núm. 299/2000, de 11 de diciembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre y 261/2005, de 24 de octubre.

²²⁵ "3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública."

²²⁶ Vid. SSTC 147/1999, 131/1990 y 112/1996.

²²⁷ SSTC 26/2010 de 27.4, 197/2009 de 28.9, 116/2013 de 21.2, 821/2012 de 31.10 y 629/2011 de 23.6.

sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretenden intervenir, sean o no de su titularidad. En este sentido, el auto debe incluir los indicios de la comisión del delito y de la participación del investigado.

3º/ **Necesidad, excepcionalidad e idoneidad** de la medida, ya que, la existencia de indicios delictivos y de la participación del sospechoso por sí solo no serían suficientes para acordar la intervención de las comunicaciones del investigado, salvo que no exista, desde una perspectiva razonable, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación.

En este aspecto hay que recordar que los indicios son algo más que “*simples sospechas*”, pero algo menos que pruebas evidentes que harían innecesaria la intervención del investigado. Además, deben estar basados en datos objetivos accesibles y que son una base real de la que pueda deducirse que se ha cometido un delito o se va a cometer.²²⁸

En varias Sentencias del Tribunal Constitucional²²⁹ se ha concluido, igualmente, que una carta o escrito anónimo de denuncia no se considera indicio suficiente para justificar la injerencia en el derecho fundamental al secreto a las comunicaciones.

4º/ **Número de teléfono** o medios a los que afecta la intervención, cuyos datos deben estar incluidos necesariamente en el auto judicial, de otra forma se dejaría a la Policía Judicial encargada de ejecutar dicho auto, la elección de los mismos lo que no parece que sea respetuoso con lo que establece el artículo 588 bis c. LECrim.

5º/ **Encargados de llevar a cabo la medida**, es otro de los datos que debe incluir necesariamente, así como el tiempo por el cual se acuerda y el plazo periódico de dación de cuentas de lo obtenido con la medida.²³⁰

²²⁸ Vid. SSTC 49/1999 de 5 de abril, 166/1999 de 27 de septiembre, 171/1999 de 27 de septiembre, 197/2009, de 28 de septiembre, 299/2000, de 11 de diciembre, 14/2001 de 29 de enero, 138/2001 de 18 de junio, 202/2001 de 15 de octubre, 167/2002 de 18 de septiembre, 184/2003 de 23 de octubre, 261/2005 de 24 de octubre, 220/2006 de 3 de julio, 195/2009 de 28 de septiembre y 5/2010 de 7 de abril.

²²⁹ Vid. SSTC Núms. 184/2003, de 23 de octubre y 203/2016, de 10 marzo.

²³⁰ Vid. SSTC 49/1996 de 26 de marzo, 49/1999 de 5 de abril y 167/2002 de 18 de septiembre, 184/2003 de 23 de octubre, 259/2005 de 24 de octubre y 36/2006, de 8 de mayo.

6º/ **Finalidad de la medida**, en cuyo apartado debe recogerse el objetivo perseguido que debe interpretarse como las pruebas que quieren conocerse y que no pueden ser otras que las relacionadas con la averiguación del delito de que se trate y de la participación de los investigados.

7º/ **El sujeto obligado**, es decir, la compañía de telecomunicaciones que debe ejecutar la intervención y que tiene la obligación de guardar secreto sobre la misma. En relación con ellos establece el artículo 588 ter e) LECrim:

“1. 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.

2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.”

Todo este contenido del auto que acuerde la intervención de las comunicaciones y que fue rellenándose a lo largo de los años por la jurisprudencia, ha sido recogido por el artículo 588 bis b LECrim en cuanto al contenido de la solicitud y el artículo 588 bis c LECrim en relación al auto judicial, a los cuales es preciso remitirse.

En todo caso y aunque es deseable que **la resolución judicial** contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.²³¹ Máxime, en la actualidad que es exigido por el artículo 588 bis b) LECrim.

²³¹ Vid. SSTC 167/2002 de 18 de septiembre y 259/2005 de 24 de octubre; y SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, de 19 de mayo del 2000 y de 11 de mayo de 2001.

Como ejemplo, podemos transcribir una sentencia que lo deja meridianamente claro:²³²

“Jueces y Tribunales pueden decirse concienciados con esta exigencia. La adopción del acuerdo intervencionista de las comunicaciones ha de verificarse por medio de Auto, y éste debe ofrecerse suficientemente motivado. Ahora bien, no es infrecuente hallarnos ante Autos sin apenas motivación aunque con explícita y clara referencia a la solicitud policial antecedente en las que se plasman las razones de la solicitud. Generalmente en supuestos en que la instancia de la medida se realiza en los umbrales del procedimiento y el Juez no tiene más apoyo valorativo que el oficio de la Policía. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido que la remisión a las razones de la solicitud policial, cuando estas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial”.

Un caso, extremo es el analizado en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 23/2007 de 23 enero en la que se decide la legalidad de una autorización judicial realizada por “providencia” en la que se acordaba la remisión a la policía de los listados de llamadas salientes y entrantes de dos teléfonos. En el mismo se determinó que el oficio policial también subsana y complementa a dicha resolución judicial al objeto de completarla en su ausente motivación.

Ello se puede observar en la afirmación que la citada sentencia hace:²³³

“Desde esta perspectiva, y en la medida en que la exigencia de resolución judicial a efectos de limitar un derecho fundamental posee carácter material, pues han de ser los Jueces y Tribunales los que autoricen el levantamiento del secreto de las comunicaciones ponderando la proporcionalidad de las medidas que afecten a este derecho fundamental y controlen su ejecución, hemos de considerar que, aunque desde luego la resolución debe adoptar la forma de auto, excepcionalmente también sea providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, puede cumplir las exigencias constitucionales en su caso como el analizado en el que se trata de autorizar el acceso a los listados telefónicos por parte de la Policía. Ello sucederá si la providencia integrada en la solicitud policial a la que se remite contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental. A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo, como hemos subrayado, el dato de la

²³² Vid. STS de 5 de julio de 1.993, 4 de noviembre de 1.994, 19 de octubre de 1.996 y 8 de febrero de 1.997.

²³³ Vid. STS Núm. 23/2007 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 23 de Enero de 2007.

menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.

En el caso objeto del presente recurso la peculiaridad es que los listados telefónicos se solicitaron en relación a teléfonos sustraídos y en base a documentación aportada por las propias víctimas, titulares legítimos de los mismos, quienes, por tanto dieron su consentimiento a la medida, mediante oficio de 14.6.2005, en el que se refiere los números IMEI correspondientes a los teléfonos móviles sustraídos y como la operadora de la telefonía móvil correspondiente puede registrar y relacionar en el momento de producirse o establecerse una llamada por medio de móviles, el número de teléfono denunciante de la llamada –almacenado en la tarjeta SIM– y el número IMEI, que identifica al terminal telefónico móvil, y medida acordada por Juez competente, por providencia de 17.6.5002, en la que remite al escrito de la Policial Judicial de la Guardia Civil”.

En efecto, numerosa jurisprudencia,²³⁴ viene sosteniendo que la simple petición de listados de llamadas telefónicas efectuadas desde un determinado número de teléfono, no afecta al contenido propio del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 CE. Es una diligencia típicamente de investigación policial y por tanto propia de la fase de instrucción que queda extramuros del secreto de las comunicaciones telefónicas. Por lo tanto, no hay equiparación posible entre una conversación intervenida y la mera indicación del teléfono y titular al que se efectuó la llamada. En tal sentido las sentencias citadas entienden que estos listados custodiados en los ficheros automatizados a los que se refiere la LO 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal²³⁵ requieren el consentimiento del interesado al contener datos personales, pero no es preciso cuando la cesión de tales datos tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que les están atribuidas.

Posteriormente, esta doctrina ha sido matizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 123/2002 de 20 de mayo, al indicar que la

²³⁴ SSTs Núm. 459/99 de 22 de marzo, Núm. 2384/2001 de 7 de diciembre y 1167/2004 de 22 de octubre como ejemplo.

²³⁵ Vid. Arts. 6.1 y 11.2 de la LO 5/1992.

entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 CE.

En efecto los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión.

Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo, ahora bien, aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "*escuchas telefónicas*", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Por ello, es tan importante que en el oficio policial se dejen plasmados todos estos contenidos con objeto de que la Autoridad Judicial pueda plasmarlos en el auto que acuerde la intervención o, en caso omiso, pueda referirse a dicho oficio para conseguir cumplir con este fundamental requisito sin el cual la autorización telefónica quedaría huérfana de legalidad.

Sin embargo, en la actualidad dicha decisión hubiera sido tachada de ilegal puesto que la actual legislación exige que la adopción de la medida se haga siempre por auto, tanto la decisión como la prórroga de la misma.

Procedimiento que ya se venía exigiendo, como se ha dicho, para la adopción de la intervención telefónica en su modalidad de "*escucha*" mediante las

decisiones judiciales que se iban adoptando. Tanto es así, que en ocasiones anularon la intervención de un determinado teléfono ya que las prórrogas se habían realizado por “*providencia*” y no por auto;²³⁶ con la fundamentación de que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad y proporcionalidad.

En el supuesto citado se concluye que la providencia que acordó la prórroga de la intervención telefónica no respeta las referidas exigencias constitucionales por carecer de la más **mínima motivación**, y que la observación telefónica practicada, a partir de tal momento, constituyó una injerencia ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones.

Por ello, no resulta admisible dar validez a la prórroga así acordada, que se basa, en síntesis, en que la medida cuestionada había sido autorizada con anterioridad mediante auto motivado referido al mismo sujeto pasivo. Impidiendo con ello la integración de la providencia con el Auto, extendiéndose suficientemente motivada la prórroga por remisión con los mismos motivos que en su día se expusieron para adoptar tal medida limitativa del derecho fundamental.

En consecuencia, la “*providencia*” que se limita a acordar la prórroga sin ofrecer motivo o fundamento alguno acerca de las razones y circunstancias que aconsejaban la continuidad de la medida, ni la necesidad de la misma; carece de la necesaria motivación, puesto que las razones expuestas en el Auto que acordó la intervención, no se tradujeron ni se reflejaron en la decisión que determina la continuación de la misma, ni siquiera a través de una mínima referencia expresa. Por todo ello, la **ausencia de toda motivación**, al afectar a un derecho fundamental provoca, por ello mismo, la inconstitucionalidad de dicha medida.

En definitiva, la intervención telefónica así practicada, esto es, sin las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada, determinó que la intervención realizada a partir de la prórroga no puede considerarse válida.

De todo ello cabe concluir que, como se declaró en la STC número 85/1994, ninguna eficacia probatoria pudo concedérsele a la referida prueba dada su nulidad derivada de la vulneración de un derecho fundamental de los

²³⁶ Vid. STC 37/1989.

reconocidos en el Capítulo Segundo, Título I de la Constitución como de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.

3.1.4. Jurisprudencia

De lo escrito hasta ahora, se debe tener una idea de la importancia que ha tenido la jurisprudencia en la intervención de las comunicaciones en general y, en particular, en las intervenciones telefónicas.

Quizás en mayor medida que en otros medios de investigación y prueba que se llevan a cabo en la investigación penal. Ello debido a que durante casi diez años,²³⁷ después de publicada la Constitución Española de 1978, no apareció la primera regulación sobre el particular. En consecuencia, la jurisprudencia tuvo que ocupar el espacio que le dejaba el legislador con objeto de regular un aspecto fundamental para las investigaciones penales que se llevaban a cabo. De otro modo, no podrían haberse llevado de una forma adecuada al proceso penal.

Pero incluso con dicha regulación, la jurisprudencia siguió completando e interpretando la misma, ya que el contenido del artículo 579 LECrim era claramente insuficiente para los requisitos de adopción y ejecución de la intervención de las comunicaciones que se ceñían casi exclusivamente a las telefónicas y telegráficas.

Desde mucho antes de esta regulación realizada en España el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³⁸ había reconocido que el secreto a las comunicaciones telefónicas se consideraba un derecho fundamental comprendido en las nociones de la vida privada de los ciudadanos. En consecuencia, estableció unos **requisitos mínimos** para que se llevara a cabo la afectación de dicho derecho fundamental:²³⁹

- Que la injerencia esté prevista legalmente.
- Que constituya una medida necesaria para proteger convenientemente la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del

²³⁷ Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo.

²³⁸ Sentencias de 6 septiembre 1978, caso Klaus y otros, de 27 de septiembre 1983, caso Malone, y dos de 27 de marzo 1990, casos Huvig y Kruslin, entre otros

²³⁹ Sentencias 6 de septiembre 1978 –caso Klas-, 2 agosto 1984 –caso Malone-, 24 de marzo 1988 –caso Olsson- y 24 de abril 1990 –caso Kruslin y Huvig

país, la salud, la moral y, en definitiva, los derechos y libertades de los demás.²⁴⁰

- Y que exista una necesidad y proporcionalidad en su injerencia.

La legislación española en la materia no respetó dichos requisitos hasta el año 1988 en el que se publicó la LO 4/1988, de 25 de mayo que introdujo en el artículo 579 LECrim la posibilidad legal de interceptar comunicaciones telefónicas y de correspondencia.

Pero dicha regulación distó bastante de ser suficiente y así lo volvió a declarar el TEDH en la Sentencia “caso Valenzuela” de 30 de julio de 1998 con cita de las resoluciones dictadas en los casos Malone, Kruslin y Huvig (Sentencia del TEDH, de 24 de abril de 1990), Haldford (Sentencia del T.E.D.H., de 25 de marzo de 1998) y Kopp (Sentencia del TEDH, de 25 de marzo de 1998).

En dicha Sentencia el TEDH estableció que no era suficiente con la regulación por ley de la injerencia sino que la misma se le exigía contener unos puntos mínimos para que se considerara válida dicha regulación:

“la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”

Obviamente, lo que persigue el TEDH es que la regulación legal ofrezca la protección adecuada contra los posibles abusos sobre el derecho fundamental de secreto a las comunicaciones y, evidentemente, todos esos requisitos no los contenía la LO 4/1988 de 25 de mayo.

Por ello, España, a pesar de tener regulada la Intervención telefónica y de la correspondencia, no cumplía con los requisitos mínimos²⁴¹ que le exigía la

²⁴⁰ Vid. Artículo 8.2 del Convenio de Roma.

²⁴¹ Vid Exposición de Motivos LO 13/2015, de 5 de octubre: “Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable”.

jurisprudencia del TEDH y que posteriormente fue reconociendo nuestro Tribunal Constitucional.²⁴²

Si esto ocurre con la intervención de las comunicaciones telefónicas, cabe imaginar las deficiencias e insuficiencias legislativas que se tienen para la interceptación de otros medios de comunicación.

Surgió así la necesidad de encontrar una regulación suficiente para intervenir las comunicaciones de los ciudadanos respetando los principios estudiados y poder hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño.

De esta forma, 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 aborda de una manera detallada la cuestión. No obstante, únicamente el tiempo nos dirá si pervivirá durante muchos años o si el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, debe aparecer de nuevo para completarla.

Hasta tanto, cabe recordar de una manera sistemática como se fueron construyendo los límites y garantías de la intervención de las comunicaciones por el Estado en la necesidad de investigar determinados delitos.

1º Exclusividad Jurisdiccional.

En España, el artículo 18.3 CE garantiza el Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones. Por tanto, su restricción, únicamente puede realizarse con autorización judicial, cuestión que estaba clarificada por la jurisprudencia incluso antes de la regulación legal de la intervención telefónica y telegráfica en el año 1988. Además para adoptarse la Autoridad Judicial competente, debe aplicar los principios básicos previstos en una ley de carácter orgánico por afectar a derechos fundamentales.

Igualmente, en este estado de las cosas, en cuanto a la falta de regulación legal de la intervención telefónica se refiere, la STS de 05 de octubre de 1990 afirma que *“Cuando la intervención fue acordada, mediante motivada resolución judicial, no estaba vigente la actual regulación del artículo 579 LECrim.; ni era aplicable al caso el artículo 17 de la Ley Orgánica 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. Pero la legitimidad de la medida quedaba amparada por el artículo*

²⁴² Vid. Sentencia 49/1999, de 5 de abril de 1999.

18.3 C.E. Y, así las cosas, debe plantearse si la intervención ha desembocado en algún medio procesal que por sí o complementado con otros, merezca, al respetar las garantías expresadas o aludidas en los arts. 24 y 120 C.E., la calificación de probatorio en orden a enervar la presunción de inocencia.”

Concluyendo en el Fundamento Jurídico Quinto que la presunción de inocencia no había sido enervada debido a que, “Resulta de todo ello, que a partir de las actuaciones de la Policía encuadradas en la intervención telefónica, no se ha practicado, de manera ajustada a los principios de oralidad, inmediación, publicidad, contradicción y fe pública judicial, actividad alguna de autenticación que hubiera permitido atribuir -cfr SSTS 5-2-88 y 17-4-89- a los escritos policiales de los folios 106 al 171 la eficacia propia de los medios probatorios; es decir: no ha sido superado el estadio que contempla el párrafo primero del artículo 297 LECrim.”

En definitiva, aún antes de la entrada en vigor de la LO 4/1988 se establecieron unos requisitos mínimos para la adopción de la intervención de las comunicaciones, entre los que estaba, la intervención de la Autoridad Judicial competente para acordarla.²⁴³

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso de manifiesto que la ausencia de regulación debía paliarse de forma urgente, ya que se estaba conculcando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH examinó unas intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado de Instrucción núm. 31 de Madrid durante el año 1985 con objeto de investigar unas amenazas e injurias que había denunciado una trabajadora de una empresa madrileña y, cuyo sospechoso era el Jefe de Personal de dicha empresa. En terminología de nuestros días, podríamos decir que se trataba de un caso de mobbing²⁴⁴ y que concluyó de esta forma:

“Mediante las intervenciones de varios teléfonos se llegó a constatar que el Sr. Valenzuela (demandante contra el gobierno de España ante el TEDH en este caso) era el principal sospechoso de dichas llamadas maliciosas, ya que las mismas procedían en numerosas ocasiones de la empresa donde ambos trabajaban. Además, tenía acceso a los registros de personal de la empresa; sin olvidar que había tenido una relación sentimental con la denunciante de amenazas.

²⁴³ Vid., entre otras, SSTS de 9 de diciembre 1996, 4 de marzo 1997 y 11 de mayo 1998.

²⁴⁴ Vid. STEDH núm. 842/1997 Estrasburgo, de 30 de julio de 1998. Valenzuela Contreras contra España. Demanda núm. 27671/1985.

En noviembre de 1985 el Juez de Instrucción de acuerdo con el artículo 18.3 CE y el Título VIII de la LECrim (Entrada y Registro en un lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica) acordó la intervención de la línea del señor Valenzuela

El 19 de noviembre de 1985, el Juez de Instrucción, basándose en el artículo 18.3 de la Constitución (apartado 29 infra) y tomando en consideración el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «relativo a la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica» (apartado 30 infra), ordenó la intervención de las líneas telefónicas privadas del señor S. y del señor Valenzuela, director y subdirector de personal, respectivamente, de la empresa en la que el demandante trabajaba, durante un período de un mes a partir del 26 de noviembre de 1985. De dicha vigilancia se constató que desde la línea telefónica del señor Valenzuela se habían realizado numerosas llamadas a los números de la señora M., al del novio de esta última y a los de sus parientes próximos. Sin embargo, la persona que llamaba, colgaba en cuanto el teléfono era descolgado”.

Dicho señor fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid a una pena de cuatro meses de prisión, una multa y así como a indemnizar a la empleada por un delito continuado de amenazas durante cuatro años, por teléfono y por carta contra ella y a el señor R., su novio y sus familias respectivas, en su medio privado y profesional.

Sin embargo, recurrió la sentencia ante el Tribunal Supremo denunciando que en el proceso se habían vulnerado sus derechos fundamentales, en particular, los derechos a la presunción de inocencia, al respeto a la vida privada y familiar y al secreto de las comunicaciones telefónicas (artículos 24 y 18 de la Constitución). Dicha queja no fue admitida por el Tribunal Supremo,²⁴⁵ ni posteriormente por el Tribunal Constitucional²⁴⁶ que inadmitió la demanda de amparo en base a los siguientes argumentos:

“Contrariamente a los argumentos del demandante, no se aprecia ninguna violación de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el caso presente, en la medida en que la vigilancia de su línea telefónica privada había sido previamente autorizada por una decisión judicial motivada conforme al artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento

²⁴⁵ STS de 19 de marzo de 1994.

²⁴⁶ STC de 16 de noviembre de 1994.

Criminal. Hay que señalar, sin embargo, que dicha intervención no dio resultados que permitieran determinar la culpabilidad del señor Valenzuela en el caso del delito de amenazas de que era sospechoso, en la medida en que lo único que se constató, era que se habían efectuado frecuentes llamadas telefónicas y sin ningún contenido desde su domicilio al de la persona amenazada, ya que el autor de dichas llamadas colgaba el teléfono en cuanto (la víctima) descolgaba. Lo que fue verdaderamente determinante (para llegar la culpabilidad del demandante) fue el conjunto de indicios tales como la reciente relación sentimental del demandante de amparo con la señora M., su condición de subdirector de personal de la empresa en la que esta última trabajaba, el hecho de demostrarse que algunas de las llamadas habían sido efectuadas desde dicha empresa, y el que las fotografías que acompañaban algunas de las cartas anónimas eran las de los ficheros del personal que pertenecían a los archivos de la empresa, a los que únicamente tenían acceso quienes trabajaban en su departamento de personal, las reacciones del señor Valenzuela durante el juicio oral, etc. Estos indicios, debidamente apreciados (por la Audiencia Provincial) mediante un razonamiento claro no susceptible de ser calificado como ilógico, pueden ser considerados suficientes para destruir la presunción de inocencia del demandante de amparo “.

Inconforme el Señor Valenzuela con la decisión de Tribunales españoles, acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró:

“Que algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la «ley» y garantizar en consecuencia el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas ni en el artículo 18.3 de la Constitución ni en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citadas en la decisión judicial del 19 de noviembre de 1985 (apartados 14 y 30 supra), principalmente la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas (apartado 46 iv supra).

De la exigencia de la previsibilidad de la «ley» se desprende que, en el contexto de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, las garantías que precisan la extensión y las modalidades del poder de apreciación de las autoridades deben figurar con detalle en el derecho interno, teniendo de esta manera una fuerza apremiante que circunscribe el poder discrecional del Juez en la aplicación de dichas medidas [apartado 46 iii) y iv) supra. En

consecuencia, la «ley» española que el Juez de Instrucción debía aplicar habría debido prever, con suficiente precisión, estas garantías.

En resumen, el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema. **El señor Valenzuela Contreras no disfrutó, por lo tanto, del grado mínimo de protección requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática** (Sentencia Malone antes citada, pg. 36, ap. 79). Hubo, por lo tanto, violación del artículo 8".

De acuerdo con la mencionada violación del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos y la petición de indemnización del Sr. Valenzuela, además, el TEDH acuerda una indemnización de 1.500.000 pesetas²⁴⁷ a pagar por el Estado Español.

Con carácter, tanto previo como posterior, a la publicación de la STEDH de la Jurisprudencia Interna estaba dictaminando de forma continuada la necesidad de intervención judicial para la intervención de las comunicaciones de los ciudadanos en el curso de una investigación penal.

Si tenemos que elegir una Sentencia paradigmática que describa la situación con carácter previo a la publicación de la LO 4/1998 podemos elegir STC número 49 de 5 de abril, ponente Excelentísimo Señor Vives Antón.

En la misma se analiza una intervención realizada entre diciembre de 1986 y abril de 1987, estableciendo que la legislación española entonces vigente vulneraba el artículo 18.3.CE pues no regulaba todos los elementos y aspectos precisos.

Ello no quería, necesariamente, decir que los órganos jurisdiccionales que autorizan las intervenciones estuvieran actuando ilegalmente. Esto únicamente, pasaría cuando no se respetaran las garantías de la intervención marcadas por la jurisprudencia y que resumía en:

Respeto del principio de proporcionalidad.²⁴⁸

Motivación de la intervención.²⁴⁹

²⁴⁷ Equivalente a 9000 € aproximadamente.

²⁴⁸ Doctrina que ya se había recogido en anteriores SSTC 85/1994, 181/1995; 49/1996, 54/1996 y 123/1997.

²⁴⁹ Vid. También STC 200/1997.

Tanto es así que en el caso analizado por la citada STC núm. 49/1999 establece que se trata de una solicitud y una **autorización formuladas en términos insuficientes**, fundadas en apreciaciones que podrían ser materialmente correctas; pero cuya fundamentación, de existir, no se ha expresado, por lo que no cabe estimar satisfechas las exigencias de proporcionalidad:

“En los tres casos analizados, dos teléfonos de Ceuta y uno de Málaga, nos encontramos ante supuestos en los que el Juez de Instrucción asume las razones que los agentes de la Guardia Civil le ponen de manifiesto en su solicitud. Se constata que el Juez de Instrucción nada añade, en cuanto a los motivos de la intervención, que no esté ya en la solicitud policial. Al acceder a ella, entiende la medida útil y adecuada, hace suyos los motivos de cada petición, y los estima suficientes, aunque no expresa las razones de tal decisión sino por remisión a las que le fueron aducidas. Pues bien, aun integrando en el análisis de la resolución judicial la petición a la que se responde -como sin duda debe hacerse cuando el órgano judicial no obra por propio impulso sino accediendo a la petición de otras autoridades o agentes de la misma (STC 200/1997 [RTC 1997\200], fundamento jurídico 4º, «in fine»- y, aun valorando las razones de discreción que pudieran aconsejar no proceder de modo absolutamente explícito, los motivos expuestos en la solicitud policial y valorados en las resoluciones judiciales impugnadas resultan insuficientes para justificar tan drástica injerencia en el secreto de las comunicaciones porque se basan únicamente en suposiciones y conjeturas acerca del delito y la participación en él de los afectados, ya que no expresan, ni siquiera de modo genérico o por alusiones, qué datos objetivos e investigaciones han llevado a centrar las sospechas sobre las personas afectadas, lo que impide, desde luego, deducir a posteriori la necesidad de la medida limitativa del derecho fundamental y valorar la corrección del juicio de ponderación”.

En consecuencia, el TC declaró vulnerados los derechos de los recurrentes al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías y anuló todas las Resoluciones de los Juzgados de Instrucción número 1 de Ceuta y números 6 y 8 de los de Málaga por las que se intervinieron las comunicaciones telefónicas de “Mohamed M. A.-L., Abdelaziz M. H. y de la entidad mercantil Artell, SA” y la Sentencia condenatoria dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de marzo de 1992 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 2096/1994, de 23 de noviembre de 1994, y, en consecuencia, ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior a la vulneración.

Posteriormente, podemos señalar un periodo que va desde el año 1988 en el que vio la luz la LO 4/1988 y el año 2015 en el que se publicó la LO 13/2015, de 5 de octubre que ha regulado de una forma detallada la intervención de las comunicaciones.

En el mismo, se continuaron produciendo sentencias que nban más en la necesidad de regulación legal de la intervención de las comunicaciones, ya que además de toda la jurisprudencia habida hasta entonces la redacción del artículo 579.3 LECrim obligaba a que así fuera:

“3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”

Esta misma línea de existencia de intervención judicial la han seguido posteriormente numerosas sentencias, tanto del TC como del TS, entre las que podemos citar a las siguientes de forma cronológica:

TRIBUNAL	Núm. Sentencia	Fecha	Ponente
TC	126/2000	16 de mayo	Excmo. Sr. Conde Martín de Hijas.
TC	14/2001	29 de enero	Excmo. Sr. González Campos.
TC	17/2001	29 de enero	Excmo. Sr. Jiménez Sánchez.
TC	259/2005	24 de octubre	Excmo. Sr. Delgado Barrio
TC	219/2006		Excmo. Sr. Delgado Barrio
TS		12.04.1997	Excmo. Sr. Martín Pallín
TS		27.12.2001	Excmo. Sr. Giménez García
TS		09.03.2007	Excmo. Sr. Monterde Ferrer

Tabla número 1, Relación STS relacionadas con la necesidad de regulación legal de la intervención de las comunicaciones.

Dentro de **la exclusividad jurisdiccional** no solo está el acuerdo inicial de intervención, sino que necesariamente deben estar también las sucesivas prórrogas, ya que la medida debe ser necesariamente temporal, como así se dispuso en la primigenia regulación de la intervención de la correspondencia,

telegráfica y telefónica en la redacción anterior del artículo 570 LECrim. En el mismo, se afirmaba que la interceptación telefónica, en virtud de dicho principio temporal debía acordarse por un plazo máximo de tres meses, posibilitando la concesión de prórrogas por periodos iguales. Esta concesión de prórrogas no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.²⁵⁰

Esto significa que para acordar las sucesivas prórrogas de la intervención de las comunicaciones (las resoluciones están referidas a la telefónica pero resulta extensible) se debe hacer mediante auto específicamente motivado, sin que pueda servir una remisión al acuerdo inicial de la medida. De esta forma se evitan, dicen tanto el Constitucional y el Supremo, las prórrogas indiscriminadas.²⁵¹ Pero no caben que las prórrogas se acuerden de manera ilimitada, pues ello convertiría a la medida en desproporcionada e ilegal.²⁵² Por otro lado, si las escuchas se mantuvieran una vez finalizado el plazo de intervención, carecerán de valor probatorio las escuchas efectuadas fuera de dicho plazo.²⁵³

Además, cabe recordar, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 2ª de 5 de febrero de 1988, cuyo ponente Excmo. Sr. Ruiz Vadillo en cuanto establecía que la intervención de los teléfonos investigados se había realizado en virtud del Auto de 18 de noviembre de 1985 que estableció que cada diez días o, en su caso, en tiempos menores, se hiciera la presentación de las cintas grabadas y su correspondiente transcripción literal para su cotejo por el Secretario del Juzgado. Lo que quiere decir que el control jurisdiccional no solo se ha de producir al inicio, sino en el desarrollo y al final de la intervención de las comunicaciones, con su necesario acuerdo de cese.

Sin olvidar que el Ministerio Fiscal debe velar por que esta medida, como cualquier otra restrictiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cumplan con los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos.

²⁵⁰ Vid. SSTS Núm. 956/1994, de 9 de mayo, núm. 467/1998, de 3 de abril, y núm. 622/1998, de 11 de mayo.

²⁵¹ Vid. SSTC Núm. 181/1995, 49 y 171/99 y STS Núm. 121/1998, de 7 de febrero.

²⁵² Vid. STS 9 de mayo de 1994.

²⁵³ Vid. STC de 18 de julio de 2005.

En la redacción anterior del artículo 579.3 LECrim, el límite de plazo de las intervenciones, se refería a las telefónicas, tenía diversos problemas que era preciso solucionar legislativamente. El principal era que el plazo de tres meses estaba en contraposición con la duración de un mes que como máximo podía prolongarse el secreto instructorio que se debía adoptar simultáneamente con la intervención con objeto de no notificar la medida al imputado según los artículos 118.1 y 788.1 LECrim.

Este es una de las disfunciones resueltas por 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.

Además, en lo que se refiere a la necesidad, la LO citada ha establecido la obligatoriedad de intervención judicial como un principio básico de la legalidad de estas medidas de investigación y prueba. Tanto es así que lo ha citado dentro del primer apartado de su primer artículo, el actual 588 bis LECrim:

“1. 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.”

En relación a los principios transcritos, numerosísima es la jurisprudencia que exige y explica el alcance de los mismos en las intervenciones de las comunicaciones en general y, en particular, en las intervenciones telefónicas, que como medida de investigación de adopción más frecuente ha tenido la ocasión de examinarse por los altos tribunales en más ocasiones.

En esta ocasión, no se trata de volver a hacer un examen exhaustivo de estos principios de nuevo, ya que creemos que se ha realizado de forma suficiente. Se pretende hacer un recorrido por la jurisprudencia, deteniéndonos en alguna más significativa o llamativa que nos sirva para completar aquellas definiciones y explicaciones realizadas anteriormente.

El principio de especialidad significa que *“no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos”* y que *“no es correcto extender autorización prácticamente en blanco”*.²⁵⁴

²⁵⁴ Vid. Auto del TS de 18 junio de 1992.

Una de las primeras sentencias que trató esta cuestión fue la STS número 1706/1993 de 2 julio, referida a una entrada y registro, y que consideró vulnerado los derechos y libertades del investigado y anuló la Sentencia de la Audiencia Provincial que le condenó como autor de un delito contra la salud pública a las penas de seis meses de prisión menor y 30.000 pesetas de multa

En este caso, el Tribunal Supremo estableció que *“la diligencia de entrada y registro, en el que tiene arranque todo el apoyo probatorio de la acusación, no sólo fue procesalmente anómala, sino que vulneró un derecho fundamental del sujeto, cual fue la entrada en su domicilio para practicar una investigación -tráfico de drogas- no cubierta por el mandamiento judicial; en consecuencia, la prueba obtenida, que no es simplemente irregular sino que violenta los derechos y libertades fundamentales -dice el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no surtirá efecto, y, al no existir prueba inculpatoria válidamente obtenida, la presunción de inocencia debe desenvolver sus naturales efectos, que son los que pide el motivo primero del recurso del acusado.”*

El origen de tal afectación fue que la policía solicitó la entrada y registro con objeto de la investigación de *“robos en interior de coches, así como procedentes de semaforazo y tirón”* de los cuales no se obtuvieron evidencias.

Sin embargo, en dicha diligencia fueron incautados, tanto la droga, como los demás elementos de convicción relacionados con un delito de tráfico de drogas. Ello, unido a la ausencia del Secretario Judicial, fue lo que determinó la valoración del defecto procesal en insubsanable y no sólo al delito investigado (robo), sino a otro delito (tráfico de drogas); puesto que no se produjo una intervención judicial, previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas, que resolviera la procedencia de extender el registro a los nuevos hechos.

La diligencia de entrada y registro, en aquél caso, fue realizada de forma irregular y, además, vulneró el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, pues se produjo la entrada en su domicilio para practicar una investigación (tráfico de drogas) no cubierta por el mandamiento judicial.

En consecuencia, la prueba obtenida, que no es simplemente irregular sino que violenta los derechos y libertades fundamentales, por lo que de acuerdo con el artículo 11.1 de la LOPJ, no surtirá efecto, y, al no existir prueba inculpatoria válidamente obtenida, la presunción de inocencia debe desenvolver sus naturales efectos, la absolución de los acusados.

Posteriormente, se ha tratado en numerosísimas ocasiones el mencionado **principio de especialidad** relacionada con la intervención de las comunicaciones. Por ejemplo, en la STS núm. 792/1997 de 30 de mayo que con cita de la STS número 276/1996 de 2 de abril, afirmó que en los supuestos en los 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. Otra cosa significaría la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación.

Especialidad, en suma significa que no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir delitos, en general, sin la adecuada precisión, es decir que la autorización no puede entenderse como un "*cheque en blanco*". A sensu contrario, se exige que el auto contenga el delito investigado y concretado el fin de la intervención y que éste no sea rebasado.

Todo ello, debe matizarse en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma.²⁵⁵

Además, se ha de concluir que no puede renunciarse a investigar un delito incidentalmente descubierto y diferente del incluido en la autorización judicial, aunque para ello sea preciso una nueva resolución judicial que incluya ese nuevo delito.²⁵⁶ Ninguno de los operadores de justicia pueden quedar impasibles ante el descubrimiento de un hecho delictivo por el simple hecho de que se está investigando otro, más o menos grave. En caso contrario faltarían a su obligación de perseguir los hechos delictivos de los que tuvieren conocimiento y la detención de los presuntos responsable.

Ahora bien, ello sin faltar al procedimiento establecido legal y jurisprudencialmente para llevar al proceso a esos nuevos hechos para los que no se acordó, en principio, la intervención de las comunicaciones.

²⁵⁵ Vid. SSTS de 2 julio 1993 y 21 enero 1994.

²⁵⁶ Vid. STS de 15 julio 1993.

Otras Sentencias que han tenido la ocasión de definir el principio de especialidad:

TRIBUNAL	Núm. Sentencia	Fecha	Ponente
TS	1706/1993	2-jul.-93	
TS		21-ene.-94	
TS	276/1996	2-abr.-96	
TS	740/1997	26-may.-97	
TS	792/1997	30-may.-97	
TS	579/1997	22-abr.-98	
TS	1426/1998	23-nov.-98	
TS		23-nov.-98	Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater
TS	1612/1999	16-nov.-99	
TS	1758/1999	5-may.-00	
TS		27-nov.-00	Excmo. Sr. Sánchez Melgar
TS		27-feb.-07	Excmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
TS		9-abr.-07	Excmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre

Tabla número 2, Relación STS relacionadas con el Principio de Especialidad.

3º/ Procedimiento legalmente establecido para su adopción

En la regulación de la intervención de las comunicaciones, no basta con la intervención jurisdiccional y que se acuerde respetando los principios de proporcionalidad en todas sus vertientes, sino que es preciso además, que la Ley prevea esta posibilidad y que se realice a través de un procedimiento aprobado por la misma.

Si esto no fuera así, el proceso de investigación estaría fuera de control de otro de los principios fundamentales cuando se está afectando algún derecho fundamental: **El Principio de Legalidad.**

En España, en este punto, también hemos tenido ocasión de sufrir distintas fases caracterizadas por la ausencia o insuficiencia de una Ley que recogiera y regulara el procediendo de intervención de las comunicaciones.

Esta falla, ha sido resuelta por la Ley Orgánica 13/2015 que ha introducido en la LECrim varios artículos destinados a tener una suficiente regulación en este aspecto.

Pero, como hemos apuntado no siempre fue así, ya que cuando se promulgó nuestra Constitución de 1978, únicamente se asentaron las bases para una regulación que no vino hasta pasados diez años, en 1988, realizada por la LO 4/1988.²⁵⁷ No obstante, la regulación que ofreció dicha Ley Orgánica, plasmada en lo que nos interesa en el artículo 579 LECrim, fue pronto tachada de insuficiente, tanto por los Tribunales internos, como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En particular, el Tribunal Constitucional, ha venido afirmando la necesidad de esa previsión legal respecto de un amplio elenco de derechos fundamentales y libertades públicas, no únicamente los afectados por la intervención de las comunicaciones. Así, lo ha recordado en relación con el derecho a la intimidad²⁵⁸, el derecho al secreto de las comunicaciones,²⁵⁹ el derecho a la integridad física²⁶⁰, el derecho a la libertad de expresión²⁶¹, el derecho a la libertad de circulación²⁶² y el derecho a la libertad personal²⁶³.

Pero, hay que matizar que esa necesidad de regulación legal no es una exigencia formal, sino que incluye un necesario contenido mínimo que dependerá

²⁵⁷ Sin tener en cuenta lo establecido en la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. En cuyo artículo decimoséptimo regulaba la observación postal, telegráfica y telefónica con objeto de combatir el terrorismo, tan presente en aquellos días en España.

²⁵⁸ SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de febrero y 70/2002, de 3 de abril, entre otras.

²⁵⁹ STC 49/1999, de 5 de abril y Sentencias en ella citadas.

²⁶⁰ SSTC 120/1990, de 27 de junio; 7/1994, de 17 de enero; 35/1996, de 11 de marzo.

²⁶¹ STC 52/1995, de 23 de febrero.

²⁶² STC 85/1989, de 10 de mayo.

²⁶³ SSTC 32/1987, de 12 de marzo.

de la clase de la intervención de las que estemos hablando. Así lo establecieron las primeras sentencias del Tribunal Constitucional²⁶⁴

En este sentido el legislador debe hacer el esfuerzo máximo para garantizar la seguridad jurídica²⁶⁵ o como dice la STC núm. 36/1991, *“la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”*.

En el citado primer periodo que transcurrió entre 1978 y 1988, se produjeron diversas resoluciones judiciales que, en suma, establecían que el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 era suficiente para permitir la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, pero que debía ser desarrollado mediante Ley Orgánica en la que se estableciera los requisitos y procedimiento por el cual el Juez de Instrucción podría acordar dicha medida de investigación.

Así en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 85/1994 de 14 de marzo, que examina un caso ocurrido antes de la entrada en vigor de la LO 4/1988, establece ilegal una intervención telefónica que el Tribunal Supremo²⁶⁶ había considerado válida, con la baldía argumentación de que al tiempo de solicitarse dicha intervención telefónica y otorgarse la autorización (providencia de 5 de agosto de 1987) no se había modificado el artículo 579 de la LECrim y, por tanto, no había más regulación positiva que la que genéricamente aparecía en dicho artículo 18.3, pues lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, sólo era aplicable a ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. Por lo tanto, según la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al no haber disposición alguna que pusiera límite a la vigencia en el tiempo de esta clase de autorizaciones judiciales, y como, por otro lado, tampoco ha de estimarse excesivo el tiempo transcurrido desde la providencia inicial hasta el cese de esta medida procesal (algo más de tres meses), tal autorización fue válida y que bajo el amparo de la misma se produjo de modo lícito la actuación judicial en relación con la intervención del teléfono y la grabación de las cintas de autos.

Obviamente, el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada consideró que no puede considerarse ajustada a la Constitución la argumentación transcrita,

²⁶⁴ Vid. SSTC 61/1981, 86/1982 y 183/1984.

²⁶⁵ Vid. STC 62/1982

²⁶⁶ Vid. STS 16 de enero de 1992.

abriendo una línea jurisprudencial ya estaba asentada en el TEDH²⁶⁷ y que luego llegó al Tribunal Supremo.

La cuestión mejoró algo tras la publicación de la Ley Orgánica 4/1988, puesto que “al menos” se cumplió el primer mandato de la CE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir, que la intervención de las comunicaciones²⁶⁸ debía recogerse en una Ley y, de carácter orgánico.

Así se incluyó un nuevo párrafo, el 3, en el artículo 579 de la LECrim que quedó como sigue hasta su modificación posterior:

“1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”

Pero, pronto se vio que dicha regulación no era suficiente para restringir “oficialmente” por parte del Estado un derecho tan preciado como el “Secreto a las Comunicaciones” y sus adyacentes, igualmente fundamentales.

²⁶⁷ SSTEDH, de 2 de agosto de 1984 Caso Malone y de 24 abril 1990 Caso Kruslin.

²⁶⁸ En estas fechas, únicamente referido a las comunicaciones postales y telefónicas.

Téngase en cuenta que dicha regulación no establecía nada sobre el límite de las prórrogas que se pueden acordar, la gravedad y naturaleza de los hechos delictivos para cuya investigación se podía acordar, ni sobre el control judicial que debía realizarse sobre la intervención, ni obviamente sobre las condiciones de recogida, grabación, conservación, transcripción de las grabaciones realizadas por la Policía Judicial. En consecuencia, no puede decirse que la regulación anterior de la intervención telefónica contenida en el artículo 579 LECrim cumpliera con las exigencias mínimas de legalidad y seguridad jurídica para la restricción del derecho al secreto a las comunicaciones personales establecido en el artículo 18.3 CE.

Por ello, no tardaron en aparecer primero las críticas de la doctrina sobre la dicha regulación y, en seguida, las de la jurisprudencia que tachaban a la regulación contenida en el 579 de la LECrim de insuficiente, ambigua y defectuosa, añadiendo que la tardía regulación bien podría haber servido para una detallada disposición y lamentándose por ello²⁶⁹.

Hay muchos ejemplos de esto, pues encabezada por la citada STC número 49/1999, no tardaron en aparecer otras del propio Tribunal y del Supremo que denunciaban esta, todavía, perentoria situación legislativa relativa a las intervenciones de las comunicaciones.

Sin embargo, con objeto de validar las actuaciones y de que no fueran anulados todos los proceso penales en los que se había producido una intervención como medida de investigación, establecían, a su vez, que dicho defecto no causaba automáticamente *“la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizan la intervención”*²⁷⁰, siempre que se hayan respetado las garantías jurisprudencialmente establecidas con respecto a dicha medida que demandan el Convenio Europeo, el TEDH y la propia doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, en cuyo caso *“... no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha Ley, el derecho al secreto de las comunicaciones”*.

El TEDH se manifestó en parecidos términos cuando tuvo la ocasión de examinar el caso Prado Burgallo contra España en la Sentencia de 18 de febrero de

²⁶⁹ STC núm. 49/1999 de 5 abril es otro buen ejemplo de ello.

²⁷⁰ Vid. STS núm. 1335/2001 de 19 julio.

2003 en la que estableció que aunque se habían producido avances en el ordenamiento español, por la nueva redacción del artículo 579 LECrim, está no podía ser considerada suficiente dadas las exigencias establecidas para esta diligencia y examinadas en las Sentencias Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia²⁷¹.

El contenido de dicha Ley debería regular tanto las garantías y derechos del investigado, como del ciudadano en general y de la propia sociedad que debe conocer cuáles son las causas y los cauces por los que se va a llevar a cabo la intervención. Y la tarea de elaboración era sencilla, es simplemente plasmar esos criterios que se han plasmado en la jurisprudencia y que han suplido la carencia y la insuficiencia de la Ley.

Esto es precisamente lo que se cumplió con la publicación 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 plasmado en los artículos 588 bis y siguientes de la LECrim.

4º/ El deber de motivación

Como se ha querido aclarar cuando hablábamos de la importancia de esta característica que se debe dar en la resolución judicial que acuerde la intervención de las comunicaciones. Obviamente, la misma exige que dicha resolución se adopte en forma de auto, pero dicha necesidad formal no es suficiente para ver cumplido este requisito, sino que debe contener unos determinados puntos que es oportuno volverlos a citar:

*-A la persona respecto de la cual se acuerda, que normalmente será el investigado, pero que puede acordarse respecto de otras personas siempre que directa y determinadamente estén relacionados con los hechos delictivos.*²⁷²

-Los medios de comunicación a los que alcanza la medida

-Las modalidades de intervención. Es decir, si afecta a las comunicaciones que reciba o realice o a ambas, si es preciso grabar las conversaciones o basta con anotar las llamadas, etc.

²⁷¹ SSTEDH de 24 de abril de 1990 ambas.

²⁷² Vid. STS de 25 de junio de 1993.

La motivación es fundamental porque además de preservar el derecho de defensa es necesaria para explicar y analizar si, en el caso concreto, se respeta el principio de proporcionalidad entre el derecho al secreto a las comunicaciones y la finalidad que se persigue con la investigación.²⁷³

Por eso, no son suficientes motivados los autos que acuerdan una intervención telefónica que obedecen a puras fórmulas de estilo sin recoger todos los requisitos para entender a los mismos como suficientemente motivados. Pues la motivación significa *“la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados.”*²⁷⁴

Algunos autores llaman a este requisito, el principio de fundamentación, pero en suma, es idéntico al deber de motivación. Lo relevante es que tiene su origen en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva recogido en el artículo 24 CE, que tiene muchos contenidos, pero que uno de ellos, es el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales resoluciones con una motivación suficiente, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Dentro de este derecho constitucional debe alcanzar, por tanto, el derecho a conseguir una resolución fundada en derecho y requiere que las resoluciones contengan de forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que convienen. Es decir, que estén motivadas de forma suficiente.²⁷⁵

Se ha creado una jurisprudencia que establece los requisitos que debe tener una resolución para considerarse suficientemente motivada, con el fin de explicar un proceso lógico deductivo y jurídico que ha llevado al sentido del fallo o resolución.²⁷⁶

Para ello se debe explicar, en el caso de la intervención de las comunicaciones, la proporcionalidad existente entre la intromisión en el derecho a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones y el objetivo que se

²⁷³ Vid. SSTC 160/1994, 50/1995 y 181/1995.

²⁷⁴ ATS de 18 junio 1992, ponente Ruiz Vadillo.

²⁷⁵ Vid. Artículo 120.3 CE.

²⁷⁶ Vid. SSTC Núm. 46/1996, de 25 marzo y del TS de 30 diciembre de 1996, 5 mayo de 1997 y 26 enero de 1998, por ejemplo.

busca con la medida.²⁷⁷ Ello exige al Juez de Instrucción que la acuerda dar una explicación razonada y razonable de acuerdo con la ley y la Constitución y los principios derivados de la misma. En dicha motivación debe encontrar un papel fundamental los indicios que han dado lugar a la apertura de la investigación y la adopción de la limitación de estos derechos.

En este caso es importante recordar que, para el caso de que el auto, carezca de la necesaria motivación, la misma **se puede remitir al “oficio de solicitud de intervención”** hecha por la Policía Judicial. Por ello, es tan importante que en las solicitudes de intervención de las comunicaciones se expliquen de una forma detallada el origen y la cantidad de indicios, la finalidad perseguida y el delito investigado.²⁷⁸

En definitiva se trata de plasmar en el oficio policial la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga o lo que es lo mismo, los motivos de la solicitud, la noticia racional de un delito que se quiera descubrir y la posibilidad de su existencia²⁷⁹ dentro de una investigación donde existan unos datos objetivos y contrastados.²⁸⁰

3.1.5. La prueba ilícita y prueba prohibida

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo viene continuamente reiterando que la presunción de inocencia se destruye por una prueba válidamente obtenida en un proceso con todas las garantías. Los requisitos para que una prueba tenga esta naturaleza se dan cuando la sentencia se ha fundado en una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

Si todo esto no ocurre se estará ante, según el caso, una prueba prohibida o ilegal y tendrá los efectos en el proceso que se van a analizar a continuación.

²⁷⁷ Vid. STC Núm. 7/ 1994, de 17 enero, y STS de 26 febrero 2000.

²⁷⁸ Vid., entre otras, SSTS de 27 noviembre y 30 septiembre 1998 y 5 de junio y 21 de julio 2003.

²⁷⁹ Vid. STC Núm. 232/ 98, de 20 febrero.

²⁸⁰ Vid. SSTC Núms. 579/98, de 22 abril; 102/98, de 23 febrero y 622/98, de 11 mayo.

Del ámbito de apreciación de la prueba se debe extraer los supuestos de prueba prohibida y prueba ilícita. Aunque ambos términos suelen utilizarse indistintamente, entrañan conceptos diferentes.

Prueba ilícita es aquella en la que en su origen y desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; en tanto que la *prueba prohibida* es la consecuencia de la prueba ilícita, que no puede ser traída al proceso porque surge con violación de las normas constitucionalmente tuteladoras de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio. Únicamente, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, dicha prueba carece de validez en el proceso.²⁸¹

A la **prueba prohibida** se refiere expresamente el artículo 11 de la LOPJ, según el cual, “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Del precepto se infiere, claramente, que el ámbito de la prohibición de la valoración se limita a las pruebas que hayan infringido normas constitucionales y tuteladoras de derechos fundamentales.

Tales efectos se producen aunque la violación de derechos fundamentales los haya producido un particular y no la Autoridad. Esto ocurrió en el caso de la apertura de una carta que contenía droga por parte de un particular, que erróneamente creía ser el destinatario. La prueba obtenida fue considerada nula.²⁸²

Constituirán **supuestos claros de pruebas ilícitas y pruebas prohibidas**, los siguientes:

a) Los medios de prueba que pudieran practicarse con violación de derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física, una intervención corporal; a la libertad, mediante retenciones o cacheos inconstitucionales; al derecho a la intimidad, inspección corporal de partes íntimas; la infracción del principio de proporcionalidad, el acta de entrada y

²⁸¹ Vid. STS de 29 de marzo de 1990 y STC núm. 179/2013.

²⁸² Vid. STS de 10 de febrero de 1995.

registro practicada fuera de los casos permitidos por la ley y las grabaciones de las comunicaciones no cumpliendo los requisitos establecidos.

b) La declaración del investigado arrancada mediante torturas, coacciones o a través de medios que la ley no autoriza e, igualmente, la “confesión” obtenida mediante “*ventajas materiales*” que tampoco puede gozar de valor probatorio alguno para servir de base a sentencias condenatorias contra otros copartícipes.

c) La declaración del investigado, que, con sacrificio de su derecho constitucional de defensa, es interrogado en calidad de testigo o que se somete a un interrogatorio judicial o prueba pericial,²⁸³ sin haber sido previamente informado de sus derechos.

3.1.6. La doctrina de la teoría del fruto del árbol envenenado

Pero el verdadero problema que interesa respecto a la prueba prohibida, es el de determinar la extensión de los efectos de la misma. Dos teorías han surgido al respecto: la teoría directa y la indirecta o de la prueba refleja.

De secundar la primera, *teoría directa*, la prohibición de valoración ha de circunscribir sus efectos al acto de la prueba que causó la violación del derecho fundamental. Pongamos por caso una escucha telefónica inconstitucional, cuyo resultado, la audición de la cinta magnetofónica, nunca podrá ser valorado por el Tribunal. Pero, según esta teoría, nada impide que el acusado sea condenado en base a otra actividad probatoria aunque pueda derivarse de ella. Por ejemplo, a raíz de dicha escucha telefónica y la información obtenida, la policía ha montado un dispositivo para la detención del vehículo en el que se va a transportar, siendo aprehendido *in fraganti* el acusado.

La teoría indirecta o refleja,²⁸⁴ por el contrario, extiende la prohibición no solo a la prueba inconstitucional, sino también a todas aquellas pruebas que se deriven de ella. Esta teoría es conocida en el mundo anglosajón como la doctrina del “*fruto del árbol envenenado*”, “*The fruit of the poisonous tree doctrine*”²⁸⁵

²⁸³ Caso de la prueba de alcoholemia.

²⁸⁴ Seguida de una forma estricta en EEUU, Canadá, Holanda e Italia.

²⁸⁵ Vid. STC núm. 85/1994 y STS de 7 de febrero de 1992.

De esta forma, esta teoría amplía los efectos de la prohibición a todas aquellas pruebas que no hubieran podido nunca ser practicadas de no conocerse el resultado de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

En el ejemplo anterior, el cuerpo del delito intervenido no puede servir para condenar al acusado, pues la Policía Judicial nunca hubiera podido montar el dispositivo de detención si no hubiera conocido a través de la escucha telefónica inconstitucional, que el acusado iba a desplazarse con la droga un día determinado.

Además, la prueba nula despliega sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que éstas puedan ser valoradas en un determinado sentido. Así, *“el ilegítimo hallazgo de droga incautada en un registro domiciliario declarado nulo, no puede servir para acreditar que la papelina que se ocupó con anterioridad al acusado en la escalera del inmueble y de otra forma lícita, se poseía para traficar con ella”*.²⁸⁶

Esta teoría refleja se encuentra en nuestro ordenamiento recogida explícitamente en el mencionado artículo 11 de la LOPJ, al afirmar que *“no surtirán efecto en proceso las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”* y tiene su origen en el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, y supone la nulidad de todas aquellas actuaciones que tengan su origen en una intervención telefónica ilegítima o irregular. La falta de algunos de los principios enumerados o su incumplimiento defectuoso suponen el vicio de todos aquellos actos y pruebas que tengan su consecuencia en aquella o, más concretamente, cuantas otras traen su origen, directa o indirectamente, en la misma.²⁸⁷

La falta de fundamento para la autorización, la inexistencia de los requisitos relativos al principio de proporcionalidad que debe aplicar el Juez al caso concreto o los defectos de motivación o errores que supongan, en sí mismos, una afectación a los derechos del afectado o terceros provoca la entrada en consideración de esta teoría y, en consecuencia, la anulación de la intervención.

No obstante, esta afirmación requiere ser matizada, ya que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁸⁸ como la del Constitucional²⁸⁹ distinguen

²⁸⁶ Vid. STS de 29 de marzo de 1990.

²⁸⁷ Vid. STC Núm. 363/2003, de 10 de noviembre.

²⁸⁸ Vid. SSTS Núms. 1448/1997, de 24 de noviembre, y 1075/1998, de 23 de septiembre.

entre la ilicitud constitucional de la diligencia de intervención, por no ampararse en ninguno de los requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, por no cumplir las normas impuestas para su ejecución, valorables en el plano de la legalidad ordinaria y trascendente sólo a efectos procesales.

Es decir se distingue entre los defectos que conllevan la inconstitucionalidad y defectos de legalidad ordinaria (procedimentales), que pueden afectar a la eficacia probatoria de la escucha telefónica.

La exigencia del *control judicial* de la ejecución de la intervención telefónica en gran medida es paradigmática, pues únicamente afecta al contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad. Cuando las irregularidades que se producen al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado,²⁹⁰ no se afecta secreto de las comunicaciones; si la restricción del derecho fundamental es llevada a cabo por los funcionarios policiales, en los que se delegó su práctica, dentro de los límites de la autorización.

En conclusión, en los casos en que no se aprecie una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no devendrá aplicable sin más la prohibición de utilización contemplada en el 11.1 LOPJ. Lo que habrá de analizar el Juez o Tribunal es el valor procesal de esa prueba defectuosamente incorporada a las actuaciones del proceso, en el sentido de si se puede salvaguardar por otros medios de prueba realizados de forma paralela y perfectamente válida.²⁹¹

Estas vulneraciones se pueden cometer en tres momentos distintos de la intervención de las comunicaciones:

- La decisión judicial de intervenir las comunicaciones
- La ejecución policial de dicha autorización.
- La incorporación a las actuaciones de su resultado.

²⁸⁹ Vid. SSTC núms. 121/1998 y 151/1998.

²⁹⁰ Por ejemplo, en la entrega y la selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido.

²⁹¹ Vid. STS Núm. 228/1997.

3.1.7. La doctrina de la desconexión de la antijuridicidad

Pero nuestra jurisprudencia,²⁹² más prudente, no la ha consagrado plenamente, sino que ha ido matizando la cuestión. De tal forma que, cuando pueda desconectarse la prueba legalmente obtenida con la vulneración del derecho fundamental, podría eventualmente valorarse la misma. Dicho de otra forma, cuando exista o pudiera haber existido un camino distinto para llegar a dicha prueba independiente a la vulneración del derecho fundamental. Alrededor de esta idea se ha configurado la teoría de la “conexión de antijuridicidad”, según la cual todas las pruebas son válidas siempre que se logren desconectar de la vulneración del derecho fundamental.²⁹³

Es la doctrina también llamada de “la fuente de prueba independiente”.²⁹⁴ Desde esta óptica, no es extraño que la evaluación de la relación entre la prueba ilícita y la derivada se realice a partir de la conexión causal existente entre ambas, aunque asignando una importancia decisiva a la secuencia temporal entre la acción lícita y la ilícita, lo que llevará, finalmente, a excluir la aplicación del efecto reflejo cuando el tiempo transcurrido entre una y otra es muy prolongado.²⁹⁵

Es el caso que ocurre cuando a partir de una intervención telefónica ilícita se conoce una cita, que de todas formas hubiera sido descubierta teniendo en cuenta las circunstancias, observación y seguimiento del que el acusado era objeto con anterioridad. Así, “lo obtenido de la intervención telefónica no fue indispensable ni determinante para la ocupación de la droga...”²⁹⁶

Sin embargo, si nos encontramos en un registro nulo por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio y sin que exista prueba

²⁹² Sobre todo la jurisprudencia del TC, ya que si hubiera adoptado repetidamente lo que establece el artículo 11.1 LOPJ, hubiera representado la instauración definitiva y con todas las consecuencias de la doctrina anglosajona, con los efectos, a veces perversos, para el procedimiento y la frustración para el “*ius puniendi*” del Estado.

²⁹³ Vid. SSTC núms. 81/1998 y 167/2002.

²⁹⁴ Vid. STC núm. 86/1995, que recurre a la doctrina de la fuente independiente, de la que ya había hecho uso la jurisprudencia del Tribunal Supremo excluyendo el efecto derivado cuando se trata de apreciar como elemento de convicción las declaraciones realizadas por el acusado.

²⁹⁵ LÓPEZ ORTEGA; Los principios constitucionales del proceso penal, editorial Justicia de Paz C.S.J., San Salvador, 2000.

²⁹⁶ Vid. STC núm. 8/1998.

independiente de signo acusatorio, al apreciarse **conexión de antijuridicidad**, no pueden ser valoradas las demás pruebas derivadas del registro ni entrar en el acervo probatorio de cargo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo matiza la aplicación de esta teoría estableciendo un cuerpo de doctrina consolidado del cual se apuntan las cuestiones más interesantes:²⁹⁷

1º) Mediante la no consideración de contaminadas para las restantes pruebas si es posible establecer una *desconexión causal* entre las que fundarían la condena y las ilícitamente obtenidas. Para ello, se ha de justificar suficientemente por parte del instructor de las diligencias que, se hubiera llegado al mismo resultado por otra vía que obra en el atestado y que no está contaminada.²⁹⁸

De otro modo si, en el caso, existió una relación de causalidad *“entre la ocupación de la droga y el resultado de la intervención telefónica ilícita, porque ésta fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo de drogas”*.²⁹⁹

2º) Esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como *“hallazgo inevitable”*, por ejemplo, el descubrimiento de armas en una *“entrada y registro”* autorizada para un delito de pornografía infantil,³⁰⁰ pues en realidad en estos casos no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, únicamente es un caso de irregularidad procesal ordinaria que puede ser subsanado.

3.1.8. Las Pruebas Irregulares o Anulables

Son aquellas³⁰¹ en cuya práctica se hubieran vulnerado normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas, pero que no ocasionan indefensión en las partes en sentido constitucional, indefensión formal, así como no producen un efecto material de indefensión con menoscabo real y efectivo del derecho de defensa y que, por tanto, podrían ser convalidadas.³⁰²

²⁹⁷ Vid. SSTS de 5 de junio de 1995 y de 24 de enero de 1998.

²⁹⁸ Vid. STS núm. 498/2003, de 24 de abril.

²⁹⁹ Vid. STC núm. 86/1995.

³⁰⁰ Vid. SSTS núms. 210/1992, 311/1994, 2783/1993 y 725/1995.

³⁰¹ SOLÍS NAVARRO Y OTROS; ob. Cit. Pág. 194.

³⁰² Vid. SSTC núms. 145/1990 y 106/1993.

En este orden de cosas, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que, cuando no se han lesionado los derechos fundamentales, el problema se resolverá a través de la llamada “ponderación de intereses involucrados”.

Por ejemplo, en una entrada y registro con mandamiento judicial efectuada sin la presencia del Letrado de la Administración de Justicia,³⁰³ se puede afirmar que el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio no se ve afectado, pues la entrada ha sido acordada judicialmente con un mandamiento válido. Lo que sucede es que la realización de la diligencia se ha hecho infringiendo una norma procesal, en este caso, el artículo 569 de la LECrim exige la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en las entradas y registros acordados judicialmente. Irregularidad que debe moverse en el plano de legalidad ordinaria y no en el ámbito de la constitucionalidad.

Lo importante, como se apuntó en la prueba prohibida, son los efectos de la irregularidad ordinaria relatada. Pues bien, en éste y en todos los supuestos que existan las llamadas pruebas irregulares, el efecto debe ponderarse en el plano de la validez de la prueba por el Juez o Tribunal competente para su valoración. En definitiva, la realización irregular de una prueba no impide su subsanación y, por ende, su valoración.³⁰⁴

Normalmente, esta subsanación viene dada por otras pruebas, tales como la testifical de los agentes intervinientes, testigos o investigados, amén de por el hecho incontestable de los hallazgos realizados en el registro.³⁰⁵

En definitiva, el incumplimiento de la norma procesal donde se impone ese requisito no trasciende al plano de la constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba. O lo que es lo mismo, la no presencia del Letrado de la Administración de Justicia afectará a la calidad y cualidad de la prueba, pero no a su posible calificación como inconstitucional a la vista del artículo 24.2 de la CE en relación con el 18.2.³⁰⁶

³⁰³ Vid. STS núm. 372/2004, de 12 de marzo.

³⁰⁴ Vid. SSTC núm. 290/1994, de 27 de octubre; y núm. 133/1995, de 25 de septiembre y SSTS de 18 de octubre de 1990 y de 16 de octubre de 1991.

³⁰⁵ Vid. SSTC núm. 290/1994, núm. 133/1995, de 25 de septiembre y núm. 309/1994 y AATC núms. 45/1995 y 87/1995.

³⁰⁶ Vid. STC núm. 133/1995, de 25 de septiembre.

Dichos efectos aparecen recogidos en los artículos 240 y 242 de la LOPJ, conforme a los cuales los actos procesales deben ser *declarados nulos o anulables* en los siguientes supuestos:

1º/ *Nulidad* de pleno derecho en todo caso.³⁰⁷

2º/ Serán *nulos* los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión.³⁰⁸

3º/ Actuaciones fuera de plazo: Estas solo serán *anulables* cuando así lo impusiere la naturaleza del término o plazo.³⁰⁹

Dichos efectos aparecen recogidos en el artículo 243 de la LOPJ, que establece:

“1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

2. La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula.

3. El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley.

4. Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales.

³⁰⁷ Vid. Artículo 240 LOPJ.

³⁰⁸ Vid. Artículo 240 LOPJ.

³⁰⁹ Vid. Artículo 242 LOPJ.

CAPÍTULO II: ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

3.2.1. Concepto

Una vez estudiado el concepto de la intervención de las comunicaciones en general, podemos decir que la “*intervención telefónica*” es el acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que acuerda el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, mediante auto especialmente motivado, que por la Policía Judicial se proceda al registro de llamadas y a efectuar la grabación magnetofónica³¹⁰ de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su auto.³¹¹

Hace años que esta definición está aceptada por la generalidad de la doctrina, puesto que se refería a las comunicaciones telefónicas que se realizaban en el teléfono fijo o móvil y que tenían por objeto la conversación verbal que se transmite a través de este medio.

En nuestros días, a esta definición hay que añadir las modalidades de comunicación que utilizando los teléfonos móviles, llamados inteligentes, han surgido y que, sin duda surgirán en el futuro.

Hacemos referencia a las conversaciones escritas o sonoras e incluso de video que se transmiten por SMS³¹², whatsapp u otra aplicación de mensajería instalada en dichos teléfonos. Para ser exhaustivos se debe añadir las comunicaciones utilizando bluetooth u otro medio de interconexión.

Entre otros tipos de comunicación tenemos la comunicación a través de vía wifi o utilizando las distintas redes sociales a las que puede pertenecer el comunicante y cuya conexión se realiza a través de internet. Entre ellas, las más frecuentes son Twitter, Facebook, Instagram, Telegraph, teleline y otra que vayan apareciendo. La finalidad siempre es la misma transmitir mensajes uno o varios

³¹⁰ Hoy a través de la grabación en discos duros realizada por el SITEL.

³¹¹ GIMENO SENDRA y OTROS; Derecho Procesal Penal (Ob. Cit.), págs. 451 y ss.

³¹² Short Message Service (Servicio de Mensajes Cortos).

usuarios, fundamentada en la capacidad de acceso a internet que tienen, ya sea los teléfonos móviles, portátiles, PDA³¹³, tabletas o consolas de videojuego.

En el punto anterior hemos definido la intervención de las comunicaciones como aquella diligencia de investigación que se realiza en el curso de un proceso penal cuyo objeto es conocer el contenido de las conversaciones que se realizan a través de un determinado medio para conseguir pruebas de un determinado delito y que puedan ser aportadas a dicho proceso dentro de la legalidad. Cuando esa comunicación se circunscribe a la realizada mediante el teléfono, más habitualmente el teléfono móvil, la finalidad va más allá de conocer los mensajes y comunicaciones que se realizan a través del mismo, puesto que junto a estos mensajes se producen intercambio de datos que son tan importantes o más que los propios mensajes. Nos referimos a lo que se ha venido a conocer como “*datos asociados*” a la comunicación.

De esta forma se puede conocer, no solo las conversaciones que se realizan, sino multitud de datos más que son interesantes para la investigación penal. Por ejemplo, tiempo y lugares donde has estado, páginas web que se han consultado y los correos electrónicos que se han leído y enviado.

Por lo tanto, existen **dos clases de intervenciones telefónicas**:

- A. La intervención telefónica de las conversaciones y comunicaciones, el llamado “*tráfico de red*” y que es aportado por la operadora telefónica y que se guarda durante un periodo de doce meses. En esta clase podemos incluir el tráfico de llamadas y SMS que se realizan, así como el número de teléfono desde que se hacen y la duración de las mismas.
- B. Pero más importante que esto para la investigación, nos encontramos con los datos asociados a un determinado teléfono que podemos hacer a través de la red G3 o utilizando un acceso a internet vía wifi. Estos son los datos de posición y los que se transmiten a través de diversas aplicaciones más o menos diseñadas para comunicar, no sólo voz, sino datos, posiciones, mensajes de voz, páginas web visitadas, tiempo que se ha estado en cada lugar, mensajes de twitter o fotos subidas a Instagram y muchos más datos que iremos detallando.

³¹³ Personal Digital Assistant (Asistente Digital Personal).

Por lo tanto, la comunicación telefónica oral no es la única forma de comunicación que puede someterse a vigilancia judicial, pues tenemos otras vías susceptibles de ser intervenidas. Entre ellas podemos incluir, las siguientes comunicaciones:

- Intervención de fax.
- Intervención de las comunicaciones telegráficas.
- Intervención de las comunicaciones postales.
- Intervención del correo electrónico.
- Intervención de comunicaciones a través de Internet.³¹⁴
- Intervención de otras clases de comunicación: SMS, bluetooth, whatsapp o similares que puedan surgir en el desarrollo de la ciencia de la comunicación.

Es una lista abierta en la que se pueden ir incorporando nuevas formas de comunicación que vayan apareciendo. En definitiva se trata de que el Estado tenga la posibilidad de cumplir con la obligación de mantener la seguridad ciudadana y perseguir los delitos que se comentan.

Se trata, en cualquier caso, de una medida instrumental instructora, por lo que no podrá utilizarse una intervención telefónica con el fin de prevenir la comisión de delitos o ante meras conjeturas o simples sospechas.³¹⁵

3.2.2. Presupuestos

Como ya habíamos adelantado para la intervención de las comunicaciones personales, en general, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida para la investigación de 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 y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.³¹⁶

³¹⁴ Videoconferencia, Chat, Facebook, twitter u otras.

³¹⁵ BARJA DE QUIROGA; Las escuchas telefónicas y la prueba obtenida irregularmente, Editorial Akal, Madrid, 1989, págs. 185 y 186.

³¹⁶ Vid. Artículo 579 en relación con el 588 ter a. LECrim.

3.2.3. Ámbito.

En este aspecto interesa aclarar qué medios y a que personas se le puede proceder a la intervención telefónica.

Desde luego, la cuestión ha sido largamente discutida, dada la ausencia normativa cuya regulación adoptó la LO 13/2015. En mayor medida, en lo que se refiere al ámbito subjetivo, es decir sobre quien puede recaer la medida. La Jurisprudencia ya se había pronunciado, estableciendo que la intervención telefónica debe afectar a *“quienes tengan la condición de imputados o sobre los que existan indicios racionales de responsabilidad criminal”*.³¹⁷

Pero además, hay otros aspectos interesantes a determinar, como puede ser el alcance de la medida, es decir a que datos abarca y sobre que aparatos recae. Esto es, si la medida va dirigida exclusivamente a la conversación o puede extenderse a los *“datos asociados”*, más importantes si cabe, para la investigación.

Pues bien, la LO 13/2015 se ha encargado de establecer estos límites en el artículo 588.ter b. de la LECrim, donde, en principio, afirma que los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado.

Sin embargo, enseguida establece la excepción cuando se cumplan una serie de requisitos. De tal forma que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que:

“1º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o

2º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.”

Por ello, para la intervención de un teléfono, no es preciso *“ad initio”* la identificación de la persona o personas que utilicen el mismo. Es más, una de las

³¹⁷ Vid. SSTS de 23 de julio de 1994 y 12 de septiembre de 1994.

posibles finalidades de la investigación puede ser precisamente esa, la identificación de todos los participantes en una actividad delictiva.³¹⁸

Pero tal vez más importante que el ámbito subjetivo, es el aspecto objetivo, es decir, sobre qué es lo que recae la intervención de las comunicaciones. Una respuesta precipitada podría ceñirse que únicamente puede abarcar a las conversaciones telefónicas que haga el investigado desde un concreto aparato.

Sin embargo, hoy día esto es claramente insuficiente puesto que paralelamente a la voz se trasladan datos que son igual o más importantes que ésta. Sobre todo si la conversación se ha realizado a través de un smathphone, es decir, con acceso a internet.

En definitiva que el **objeto de la intervención telefónica** es tanto el contenido de la conversación, como 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 participe 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.³¹⁹

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.

3.2.4. Afectación a tercero.

El caso más extremo, es la intervención de un teléfono de una persona que no está siendo investigada en las diligencias judiciales donde se acuerda. A este que se le ha venido a conocer como “tercero” del Procedimiento Penal también se le pueden limitar sus derechos y, en este caso, el derecho al Secreto de las Comunicaciones personales.

Sin embargo, enseguida establece la excepción cuando se cumplan una serie de requisitos. De tal forma que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática

³¹⁸ Vid. Por todas la STC 35/2010, de 9 marzo.

³¹⁹ Vid. Artículo 588 ter. b 2 LECrim.

pertencientes a una tercera persona siempre que el investigado se sirva de aquella para transmitir o recibir información, el titular colabore con el investigado o cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

Igualmente, en el caso de que no exista otra forma de investigación posible para la finalidad que se pretende, también se puede intervenir los terminales o medios de comunicación de la “*víctima del delito*” y cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.³²⁰

3.2.5. Solicitud de autorización judicial.

Este punto es, sin duda, el de mayor importancia para la Policía Judicial como encargados de solicitar la autorización judicial en la inmensa mayoría de los casos.

Cierto es que se deja para el punto correspondiente la actuación de la Policía Judicial en todo el proceso de intervención, estudiando aquí la solicitud de la intervención telefónica que actualmente regula el artículo 588 ter d. LECrim, con independencia de los requisitos generales establecidos en el artículo 588 bis b. de la citada ley.

Desde el punto de vista general aplicable a cualquier tipo de intervención de las comunicaciones personales, lo primero que la Policía Judicial debe definir en su oficio es **hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado** por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. Para ello, es necesario exponer todos 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.

Una vez que estén claros los hechos y los sujetos objeto de la investigación procederá a exponer detalladamente las razones por las cuales es necesario la intervención telefónica a los mismos de acuerdo con los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Sin olvidar, además, plasmar de forma suficiente los indicios de

³²⁰ Vid. Artículo 588 ter b. 2 LECrim.

criminalidad que haya constatado la Policía Judicial durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

Por último, se deberá definir la extensión de la medida, es decir a que datos abarca, así como su forma y duración de su ejecución y la compañía de servicios obligada a proceder a la misma. La identificación de la Unidad de la Policía Judicial que llevará a cabo la intervención es, igualmente, necesaria.

Ciñéndonos a la solicitud de autorización para las intervenciones telefónicas y telemáticas, además la Policía Judicial debe contener, necesariamente, en el oficio solicitud la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de la intervención y los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Además dependiendo de la extensión de la medida, es decir, para determinar los datos que se pretenden intervenir, se deberán definir:³²¹

- 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 se ha podido estudiar, en la solicitud de intervención de las comunicaciones tan importante es ésta como la **solicitud de prórroga**. El legislador lo ha asimilado bien y por ello redactó el contenido de la solicitud de prórroga incluso con mayor exigencia que las propias sentencias que tuvieron ocasión de analizar este extremo.

Por ello, para solicitar la extensión de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se debe unir a la solicitud un **informe detallado** del resultado de la medida, que en este caso debe incluir necesariamente la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

³²¹ Vid. Artículo 588 ter d. LECrim.

Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.³²²

3.2.6. Control de la medida.

Como se ha explicado, en ningún caso se pretende que la Autoridad Judicial se limite a autorizar la intervención telefónica para posteriormente desentenderse de la misma y dejarla bajo, lo que podríamos llamar, *control policial*.

Todo lo contrario, el artículo 588 ter f. LECrim obliga a la Policía Judicial a poner 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.

Además debe indicar el origen y destino de cada una de ellas enviando mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado u otro sistema que asegure la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

Con anterioridad a la publicación de la LO 13/2015 se conocieron casos, llamativos, de intervención de las comunicaciones de hasta tres o cuatro años. Por ello, la regulación sobre las mismas ha querido poner coto a estas “*excesivas*” duraciones fijando un plazo máximo de intervención de tres meses, prorrogables por iguales periodos, hasta un máximo de dieciocho meses.

Una vez finalizado el mismo deberá cesar la intervención sobre el medio y en el alcance acordado, lo que no quiere decir, en mi opinión,³²³ que no se pueda adoptar de nuevo continuar investigando el hecho delictivo.

3.2.7. Acceso de las partes a las grabaciones.

No hay que olvidar que el proceso penal español está presidido, entre otros, por el **principio de contradicción**³²⁴ que significa que los actos de la parte activa y

³²² Vid. Artículo 588 ter b. 2 LECrim.

³²³ Ya veremos lo que dictamina la práctica judicial.

³²⁴ ARMENTA DEU; Lecciones de Derecho Procesal, segunda edición, Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2004, pág. 46.

pasiva son simétricos o correlativos, para que cada una de ellas pueda discutir o por contrario argumentar lo esgrimido por la parte contraria.³²⁵

Por lo tanto, en virtud de este derecho la parte investigada tiene derecho a conocer las medidas de investigación que se realizan en su persona. Obviamente, esta comunicación no se puede realizar desde el inicio y, por eso, se levanta con carácter previo o unísono el secreto de las actuaciones. Pero una vez alzado el mismo 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, especificando expresamente que no se ha entregado la transcripción completa.

Esta comunicación y entrega de las grabaciones es fundamental, por otra parte, para el **derecho a la defensa**, pues las partes pueden, una vez escuchadas las conversaciones, solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El Juez de Instrucción competente decidirá sobre su exclusión definitiva o incorporación a la causa.

De esta forma, para cumplir con este requisito de contradicción, el Juez de Instrucción notificará 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. Todo ello, salvo que resulte imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones.

3.2.8. Modalidades de intervención telefónica hasta el momento

Acabamos de hacer una lista de las modalidades de intervención telefónica que, de una u otra forma, utiliza el teléfono para enviar y recibir mensajes. En este punto interesa conocer de una forma más profunda cada una de dichas comunicaciones.

La intervención del fax se realiza a través de un sistema que, al igual que pasa en la intervención telefónica, no interrumpe la comunicación sino que lo que

³²⁵ Vid., en este sentido, SSTC núms. 176/1998, 86/1999 que recuerda la núm. 31/1981.

hace es enviar una copia del fax enviado a una tercera persona, la Policía Judicial, para que conozca el contenido del mensaje que se está transmitiendo por este medio.

La cobertura legal de esta clase de intervención la tenemos en el artículo 579 de la LECrim que cita expresamente la posibilidad de la intervención de faxes, burofaxes o giros que el investigado remita o reciba que sea necesario para la investigación de delitos señalados con igual o mayor pena de tres años de privación de libertad, delitos cometidos en el seno de una banda organizada o de terrorismo.

Como se ve, la primera cuestión que se debe solventar es si el procedimiento de intervención y la regulación a aplicar es la correspondiente a la intervención de la correspondencia postal o telegráfica o a la intervención telefónica que aunque tienen sus principios generales comunes, difieren en algunos aspectos.

Es opinión de la mayoría de la doctrina que el fax es considerado un documento, en tanto en cuanto es soportado por un formato, ya sea en papel o digital. Además, no es discutida su naturaleza de comunicación vía telefónica, ya que para su envío se precisa de este medio.

La Jurisprudencia ha tenido ocasión de aclarar esta cuestión en diversas ocasiones, en las que considera el carácter de documento de un fax intervenido en un registro domiciliario. Además, se aclara que aunque no estuviera autorizado el teléfono desde el que se envió o donde se recibió, si el fax en papel o en formato electrónico se une al proceso penal como consecuencia de una diligencia de entrada y registro autorizada, no se vulnera el derecho al secreto a las comunicaciones, razonando que:

“Pues tal intervención no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos.

Estos dos datos (falta de constancia o evidencia “ex” ante de que lo intervenido es el objeto de una comunicación secreta impenetrable para terceros y falta de interferencia en

*un proceso de comunicación) son los decisivos en el presente supuesto para afirmar que no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales sino, en su caso, en el ámbito del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. Pues, y esto debe subrayarse, el artículo 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente”.*³²⁶

Lo sorprendente pues, es que la laureada reforma de la intervención de las comunicaciones incluyera en este artículo el fax como modalidad de correo postal o telegráfico, pues en mi opinión debería haber estado regulado en el artículo 588 ter a. y siguientes de la LECrim.

Más aún cuando una cuestión parecida ocurrió con la aparición del correo electrónico que estudiaremos en el siguiente punto, sobre el que sobrevoló la duda durante cierto tiempo, con resoluciones judiciales contradictorias, sobre si la naturaleza de su intervención debía ser considerada como intervención de la correspondencia o como intervención telefónica.

Finalmente, perduró la idea de que el correo electrónico (a pesar de su nombre) es una comunicación que se realiza a través de internet y en muchas ocasiones a través del teléfono, pero que por su propia mecánica de envío y recepción se parece más a una comunicación de este último tipo que a la correspondencia tradicional. Lo mismo puede decirse del fax y por eso sorprende la inclusión en el artículo 579 LECrim realizada por la LO 13/2015.

La cuestión no es baladí, pues de seguirse el procedimiento de intervención de la correspondencia escrita, se debería llamar a los afectados para proceder a su apertura en sede judicial, lo que provocaría, en la mayoría de los casos, la ruina de la investigación criminal.

No obstante, lo que está fuera de toda duda es que la comunicación realizada vía fax está protegida por el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, para su restricción deben cumplirse los requisitos generales apuntados y, en mi opinión, los aplicables a la intervención telefónica en el que estamos profundizando.

³²⁶ Vid. STC de 3 de abril del 2002 citada en al SAP de Málaga (Sección 2ª) num. 117/2002 de 10 diciembre.

En ocasiones se ha llegado a intervenir no un concreto terminal telefónico sino un punto de terminación de red, el router de una de una línea ADSL; pero esta vía solamente garantiza el acceso al flujo de información que, procedente de los dispositivos móviles conectados a la red o directamente a tal punto de conexión, circule por Internet con su intermediación, no su interpretación o comprensión.³²⁷

En otras ocasiones es más difícil todavía poder incardinar la comunicación que se hace a través de internet en la modalidad de intervención telefónica o de correo electrónico. No hay más que revisar la “*multitud*” de formas de comunicación que la red ofrece y posibilita para hacernos una idea de ello y de la necesidad de una regulación todavía más específica.

Uno de los más utilizados es la mensajería “en línea” y chats (salas de charla abiertas o cerradas) que representan una forma de comunicación bilateral o multilateral, respectivamente.

Otro son las redes de intercambio de mensajes y archivos utilizando para ello “*la nube*”, como por ejemplo “*Dropbox*”. Muchas de estas comunicaciones e intercambio de ficheros se realizan mediante el cifrado y el anonimato que permite la tecnología P2P, entre otros.

Una de las más utilizada es la Red TOR, conocida como la red oscura en la que los intervinientes no revelan la dirección IP que intercambian sus mensajes a través de una serie de routers cedidos por terceros que dificultan la localización de los autores de los mensajes.

3.2.9. Especial referencia al correo electrónico

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define correo electrónico como el “*Sistema de transmisión de mensajes por computadora a través de redes informáticas.*”³²⁸

El correo electrónico es un medio de comunicación y los concretos mensajes de correo electrónico, son actos de comunicación.³²⁹

³²⁷ Vid. STS 877/2014, de 22 de diciembre.

³²⁸ Vid. www.rae.es página consultada 6 de marzo de 2017 a las 17:30 hs.

³²⁹ Circular FGE núm. 1/2013, Sobre pautas en relación con la Diligencia de Intervención de las Comunicaciones Telefónicas.

Es la nueva forma de comunicación que surgió con la llegada de internet y que poco a poco ha ido sustituyendo al correo tradicional.

El emisor escribe un mensaje que es trasladado por internet al receptor quien lo recibe en su ordenador, teléfono u otro terminal con acceso a internet. A dicho mensaje se le pueden adjuntar archivos de todos los formatos como por ejemplo audio y video.

Desde que se inició la necesidad de intervención de esta modalidad de comunicación se tuvo la duda de la naturaleza del correo electrónico. ¿Es una comunicación que podríamos asimilar a la postal? ¿Es una comunicación que debemos asociar a la telefónica?

Lo cierto es que participa de la naturaleza de ambas comunicaciones, ya que por un lado se hace de forma escrita y por el otro se envía a través de medios telemáticos de forma similar a la conversación telefónica utilizando el medio de la propia línea telefónica.

La cuestión de la naturaleza del correo electrónico devino en fundamental ya que, teniendo en cuenta que la LECrim de 1882 y sus reformas posteriores hasta el año 2015 no contemplaron en las intervenciones de las comunicaciones esta modalidad de comunicación se debía elegir una de las modalidades existentes, a saber: La intervención telefónica o la intervención del correo postal.

De utilizarse esta última vía, se debía interceptar la correspondencia con objeto de llevarla a sede judicial, donde sería recepcionada y abierta por el Juez en presencia del Secretario Judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, en presencia de la Autoridad Judicial y las partes afectadas, remitente y destinatario.

La operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia, y después de leerla para sí apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria.

Obviamente, por razones prácticas este procedimiento se descartó y se eligió para la intervención de los correos electrónicos la establecida para la intervención telefónica.

De esta manera, la naturaleza del correo electrónico se asimiló a las comunicaciones telefónicas, más que al correo ordinario, concluyendo que es más electrónico que correo.³³⁰

³³⁰ Vid. Circular núm. 1/2013 FGE.

Algunos autores y sentencias³³¹ defendieron que no está tan claro el tratamiento a dar al acceso al contenido de un correo ya leído por el receptor, afirmando que estos correos ya no están protegidos por el Derecho del Secreto a las Comunicaciones personales, si no únicamente por el derecho a la intimidad. En nuestros días, esta línea está descartada, por lo que podemos decir que el correo electrónico, está protegido tanto por el derecho al secreto de las comunicaciones como por el derecho a la intimidad, con independencia o no que esté abierto por su destinatario.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 931/2013 de 14 noviembre analiza un caso en el que la parte defensora alegó en su defensa que la intervención del correo electrónico de su cliente había sido ilegalmente realizada por que no se habían seguido los cauces de la intervención de la correspondencia personal.

A cuya queja el Tribunal Supremo contestó:

“En lo que se refiere a la presencia del Juez y del Secretario en la apertura de los diferentes correos electrónicos que exige la parte, acudiendo así a una interpretación analógica de lo dispuesto para la apertura de la correspondencia postal en la LECr. (arts. 584 y ss.), no puede acogerse en los términos en que se expone en el recurso. La naturaleza singular que tienen los correos electrónicos por su remisión por vía telemática permite asimilarlos en importantes aspectos a las comunicaciones por vía telefónica más que a la correspondencia postal. Por ello no resulta irrazonable que su procedimiento de intervención, control y apertura se asemeje en gran medida al de las escuchas telefónicas, en las que, una vez autorizadas, no interviene el Juez y el Secretario en el instante en que se están produciendo y almacenando mediante los medios técnicos procedentes, y sí en cambio una vez que se van aportando sus resultados al Juzgado, momento en que se practica realmente el control de las escuchas. Y otro tanto cabe decir en cuanto a la intervención del sujeto afectado en su derecho fundamental, pues su presencia en el momento en que los funcionarios toman conocimiento del contenido de los correos electrónicos haría fracasar toda la investigación.

No cabe, pues, que se practique la apertura del correo electrónico a su presencia en el curso de la investigación, sino que será después, cuando la intervención de los correos

³³¹ Vid. en este sentido en relación con el correo ordinario STC Núm. 70/2002, de 3 de abril.

haya finalizado y se alce el secreto de las diligencias, cuando se le dé cuenta de la intrusión de que ha sido objeto su correo electrónico.

No puede, por tanto, compartirse la asimilación que hace la parte recurrente entre la recogida y apertura de la correspondencia postal y la de los correos electrónicos, ni tampoco la intervención que en uno y otro caso tienen el Juez, el Secretario y las partes interesadas.”

Este insuficiente y anticuado contenido del artículo 579 LECrim dio lugar, entre otros motivos, a la modificación de la Ley Rituaria con objeto de contener a la intervención de los correos electrónicos y, sus datos asociados, que, en la actualidad, tiene amparo en las previsiones contenidas en los arts. 588 ter a 588 ter i de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Hasta entonces se produjeron numerosas disfunciones provocadas por las distintas prácticas que realizaban los juzgados dada la ausencia de regulación específica.

En uno de estos casos, llamado la “Operación Tigris” se anularon por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional³³² una intervención a cuentas de correo electrónico servidas por Hotmail.

Algunos sectores de la Policía achacaron el caso a una negligencia de los titulares de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional que intervinieron para instruir la causa, ya que autorizaron dicha intervención con “Providencias”, las cuales, como hemos visto, adolecen del más mínimo contenido que justifique los motivos de la necesidad de la medida.

Advertido de esto, los abogados defensores alegaron ilegalidad absoluta de las citadas resoluciones, por lo que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no tuvo más remedio que admitir. La Sala establece que el Juzgado no emitió ningún auto motivado, en el que se haya hecho una mínima ponderación de los derechos fundamentales en juego, así como se haya valorado la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, estableciendo el correlativo régimen de garantías para su obtención y adecuada incorporación al procedimiento de su resultado.

En consecuencia, se concluyó que el correo electrónico debe estar protegido por las mismas garantías legales que las llamadas telefónicas por encontrarse en el

³³² Vid. SAN Núm. 31/2009.

campo de protección de los derechos fundamentales, entre otros, del artículo 18.3 CE.

En resumen, necesita para su intervención un auto específicamente motivado y con los requisitos marcados por la jurisprudencia y la LECrim, pues en caso contrario, como en el caso comentado, se produce la nulidad de las actuaciones y se vuelven papel mojado miles de folios donde se plasma el trabajo policial y judicial.

3.2.10. El whatsapp:

El whatsapp es un sistema de mensajería instantánea que utiliza el protocolo abierto Extensible Messaging and Presence Protocol. Se instala en un teléfono o dispositivo con acceso a internet facilitando un número de teléfono móvil que es el "*nombre de usuario*" en la aplicación.

Funciona mediante correo electrónico, ya que se crea una dirección de correo electrónico³³³ para recibir y mandar mensajes, fotos, archivos, música y videos que se envían a un servidor desde donde se pueden descargar los archivos que, sin embargo, no conserva los mensajes de texto. Por esta razón, la investigación de los mensajes a través de esta aplicación, una vez que se han producido, únicamente puede hacerse a través de los dispositivos que intervienen en la conversación. No sucede lo mismo con los mensajes que se intercambian entre los interlocutores que pueden ser interceptados con objeto de aportarlos a una investigación, tras una autorización judicial.

Por ello, es interesante, desde el punto de vista de la actuación de la Policía Judicial, recordar la forma de actuación cuando un determinado delito o participación en el mismo, se puede demostrar con los archivos de los teléfonos.

Ya sea por la entrega voluntaria de un investigado, de un denunciante o de un teléfono intervenido a un detenido o en un registro domiciliario, la actuación de la Policía Judicial debe estar dirigida a la constatación de los mensajes interesantes para la investigación.

En caso de un registro domiciliario, como hemos visto, la intervención de los aparatos electrónicos (entre ellos los teléfonos) que se encuentren en la

³³³ Número de teléfono@s.whatsapp.net.

vivienda está amparados por el auto que acuerda la entrada y registro. No obstante, la intervención y registro de los teléfonos debe realizarse respetado el principio de proporcionalidad y siempre que el delito que se intente investigar sea el mismo por el que se acordó el registro domiciliario.

Si el teléfono donde se encuentran las conversaciones pertenece a un denunciante, la voluntad inequívoca de éste para acceder a los datos del teléfono es suficiente para investigar sobre el mismo.

Por último, en el caso de un teléfono intervenido a un detenido o un investigado, no constando la autorización de estos con presencia de abogado, requiere la autorización judicial del Juez de Instrucción mediante auto motivado.

Despejada la duda sobre la autorización de acceso al teléfono, de una u otra forma, se debe acceder al mismo constatando las conversaciones a través de fotografías, capturas de pantalla, envío de correo electrónico o de otra forma que quede constancia de las mismas. A ser posible y teniendo en cuenta la importancia del caso se puede proceder a un peritaje informático para ello, incluso para recuperar las conversaciones borradas accidental o intencionadamente.

La captura de las conversaciones se puede imprimir y adjuntar al atestado y, en definitiva a la causa. Estas impresiones, junto con la declaración de los agentes intervinientes puede ser suficiente para acreditar los hechos denunciados o investigados. Todo ello, con todas las cautelas posibles, teniendo en cuenta la posible manipulación de las conversaciones y el Principio de la Libre Valoración de la Prueba.

Así ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo número 300/2015 de 19 de mayo, que analizó una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid³³⁴ que condenó a un hombre como autor de abusos sexuales a una menor con base a las pruebas existente en los autos, entre otras, los "*pantallazos*" de la cuenta de Tuenti de la menor, en la que ésta narraba lo sucedido a un amigo, constatadas (además de por las manifestaciones de ambos menores) por las fotografías que la Guardia Civil hizo del teléfono de la menor víctima del delito y que posteriormente imprimieron.

³³⁴ Vid. SAV número 346/2014 de fecha 19 de noviembre.

El TS en la Sentencia núm. 300/2015 avala la actuación policial a pesar de que determina que los “pantallazos” obtenidos a partir del teléfono móvil no son propiamente documentos a efectos casacionales.

“Se trata de una prueba personal que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa. Y aquéllas no adquieren de forma sobrevenida el carácter de documento para respaldar una impugnación casacional. Así lo ha declarado de forma reiterada esta Sala en relación, por ejemplo, con las transcripciones de diálogos o conversaciones mantenidas por teléfono, por más que consten en un soporte escrito o incluso sonoro (por todas, SSTs 956/2013 de 17 diciembre; 1024/2007, 1157/2000, 18 de julio y 942/2000, 2 de junio).”

Y con respecto a la autenticidad de las conversaciones así constatadas, el Tribunal Supremo establece:

“Respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por Ana María con Constanancio a través del Tuenti, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de Instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima - Ana María - y el testigo - Constanancio - mantuvieron aquel diálogo. Con toda claridad lo explican los

Jueces de instancia en el FJ 2º de la resolución combatida: "... respecto de la conversación de Tuenti cuya impresión fue aportada por la Acusación Particular, porque las dos personas que la mantuvieron, Ana María y su amigo Constancio , en el plenario han manifestado que efectivamente mantuvieron esa conversación y en esos términos, sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que consta no solamente aportada por la Acusación Particular en los folios 178 a 190 sino también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil (folios 199 y siguientes), ya que según consta en el oficio, Ana María accedió en su presencia a su cuenta de Tuenti a través de un ordenador, pero el historial solo permitía retroceder hasta el 26 de Octubre de 2013, por lo que únicamente pudieron visualizarlo a través de la aplicación de Tuenti para teléfonos móviles, haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular. Precisamente, en el escrito con el que se adjuntaban estas impresiones, la Acusación Particular facilitó las claves personales de Ana María en Tuenti y solicitaba que, si había alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a "Tuenti España", indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto. Teniendo en cuenta que tanto Ana María como Constancio han reconocido el contenido de la conversación que se ha facilitado tanto por la Acusación Particular como por la Guardia Civil, no puede estimarse la impugnación de la Defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas".

En suma, ninguna quiebra de los derechos a la tutela judicial efectiva o el derecho a la presunción de inocencia detecta la Sala. El Tribunal de instancia, con un esfuerzo argumental encomiable, sistematiza los elementos de cargo que militan, con absoluta suficiencia, para respaldar la versión de la víctima y aborda para neutralizar su significado los argumentos de descargo hechos valer por la defensa."

Cada vez es más frecuente que estas conversaciones mediante **whatsapp** se lleven al proceso penal para que sean valoradas como prueba. El éxito de dicho aporte dependerá del caso concreto, pero en cualquier caso se deben comprobar los criterios generales marcados por la STS número 300/2015.

Se pueden citar muchos ejemplos de sentencias recaídas en las Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales, dentro de las cuales resalta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao Núm. 90308/2014 de 24 de julio en la que la

defensa alegó que los mensajes enviados a través de whatsapp con las fotografías de objetos robados, no podían tomarse en consideración porque estos se pueden manipular fácilmente y porque el teléfono había pertenecido antes a otra persona que podría haber mandado dichos mensajes. La Audiencia acepta la prueba y determina la veracidad de los mensajes y fotografías aportados a la causa manteniendo la condena al recurrente y determinando que *"la mera propuesta de que el Whatsapp es manipulable y de que las conversaciones pudieron ser mantenidas por el titular anterior es manifiestamente insuficiente para alterar el valor de la prueba"*.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 89/2015 de 17 septiembre se condenó a la expareja del denunciante por una falta de coacciones cometidos a través de los *"estados de Whatsapp"* que la autora publicaba para coaccionar a su ex-pareja y a la nueva novia de éste. En la citada sentencia pueden verse enumerados y transcritos los distintos estados que la condenada publicó entre Octubre de 2013 y Enero de 2015. Incluso ponía fotos de perfil de Whatsapp en las que aparecía ella junto al coche de su ex-pareja, lo que señalaba que le estaba persiguiendo. La defensa alega un error en la valoración de la prueba, basándose en que es el propio denunciante el que controla los estados de Whatsapp de la condenada y que tales estados *"no son mensajes ni comunicaciones dirigidas a alguien"*.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Zaragoza interpreta que *"los estados de Whatsapp recogidos es algo que parece no cuestionarse al resultar explícitamente admitido por la propia condenada recurrente..."* y que *"en efecto, el llamado estado de Whatsapp es simplemente eso, el contenido del mismo en determinado momento y al que tienen acceso las personas que en aquel grupo participan. Por tanto, los argumentos de la recurrente intentando explicar que los estados no son mensajes o correos carecen de toda consistencia, pues al tener acceso a su contenido todas las personas integrantes del grupo es obvio que, quien inserta un nuevo comentario o cualquier otro material, lo hace para que los demás miembros tengan acceso al mismo"*.

En un nuevo caso cuyo recurso examinó la Audiencia Provincial Audiencia Provincial Madrid en la Sentencia número 132/2016, en el que la acusada resultó absuelta por un delito de amenazas que denunció su expareja realizado a través de mensajes de whatsapp y twenty, ya ni se incorporaron los mismos al plenario ni a la causa, no fueron cotejados por el Letrado de la Administración de Justicia.

La Audiencia Provincial mantiene la sentencia absolutoria en base a que los supuestos mensajes que la denunciada ha enviado por Tuenti y Whatsapp al denunciante han sido negados por aquella y el denunciante ni siquiera los ha aportado al proceso. Además aprovecha para recordar que estos mensajes se deben valorar con la cautela necesaria y caso siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo:

*“La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”.*³³⁵

Como colofón podemos añadir que esta clase de pruebas que se introducen en el proceso penal por una parte interesada a través de pantallazos son fáciles de modificar, por lo que los Jueces y Tribunales deben ser muy cautelosos para condenar a una persona cuando las únicas pruebas que se tienen son de esta naturaleza y no se han realizado informes periciales informáticos que acrediten su autenticidad.

Así lo ha admitido el Tribunal Supremo³³⁶ a través de la Sala quinta de lo Militar que anula la condena a un teniente de la armada por abuso de autoridad a un soldado, cuya prueba había sido la impresión de unos SMS de contenido sexual supuestamente enviados por el teniente al soldado denunciante. La acusación entregó al Juzgado Militar una copia, por escrito, de esos mensajes. Sin embargo no se realizó prueba pericial alguna que confirmase la autenticidad de estos SMS, pese a contar el juzgado con el propio teléfono en las actuaciones.

³³⁵ Vid. STS Núm. 754/2015 de 27 de noviembre.

³³⁶ Vid. STS Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 25 noviembre 2015.

Además, un informe pericial informático advierte de la probable manipulación por la víctima de los mensajes de texto entregados, según demuestran ciertas evidencias de naturaleza técnica que se observan en los mensajes.

Cuatro años después el supremo anula la sentencia y ordena retrotraer las actuaciones al momento en el que pudiéndose haber realizado la prueba pericial en el teléfono desde el que se afirmó que se enviaron los mensajes no se hizo. En consecuencia, la Sentencia establece que se vulneró el derecho a la Tutela Judicial Efectiva del teniente de la armada condenado y, en consecuencia, anula la sentencia con el mandato que se ha expuesto.

Cuestión distinta ocurre cuando son los funcionarios de la Policía Judicial los que constatan una determinada conversación de whatsapp en un teléfono. En estos casos, cuando la conversación es relevante para la investigación se debe comunicar a la Autoridad Judicial competente a través del atestado policial, trasladando la conversación mediante transcripción acompañada de fotografía de la misma. Esto no impide que dichos datos se tomen con precaución, por la posibilidad de manipulación de la conversación que antes apuntamos.

3.2.11. Otras posibilidades de investigación de la Policía Judicial través de la intervención telefónica.

Como se ha tratado de transmitir, la intervención telefónica, en la actualidad, no se parece en nada a las antiguas “*escuchas*” en las que únicamente se grababan las conversaciones que se producían a través del medio telefónico y que daban una información adicional muy escasa, los números de teléfono intervinientes, la hora y la duración de la llamada.

Es decir, el punto principal de la medida de investigación y la posterior prueba eran las grabaciones realizadas en cintas magnetofónicas que al Policía Judicial suministraba al Juzgado con las consiguientes transcripciones.

El panorama actual, es diametralmente opuesto pues ahora son más importantes los datos adjuntados a la conversación que la propia conversación. O por lo menos igual de importantes.

Ocurre sobre todo en las intervenciones de teléfonos móviles tipo smarphone, donde además de la voz la compañía de teléfono ofrece otros

servicios que se centran la mayoría en el acceso a internet que tiene el propio terminal.

La duda no debe surgir en nuestros tiempos de forma como apareció la telefonía móvil en los años 90 cuando el Tribunal Supremo³³⁷ tuvo que aclarar específicamente que el artículo 579 LECrim también era aplicable a las “modernas” formas de comunicación por ondas o satélite y no solo a la telefonía por hilos. Más aún, cuando la LO 13/2015 se ha encargado de legalizar la mayor parte de estas posibilidades que otorga la intervención de la telefonía en nuestros días.

En consecuencia, toda la información que administra una compañía de teléfonos en relación a un número o aparato telefónico puede y debe ser puesta a disposición de la Policía Judicial para el cumplimiento de sus deberes constitucionales. Obviamente, para ello debe cumplir los requisitos marcados por la jurisprudencia y en la LECrim.

Naturalmente, si la tecnología está a disposición de las organizaciones criminales y sus integrantes, en la misma medida debe estar a disposición de los que tienen la obligación de evitar y descubrir a los delincuentes.

Toda esta información se ha venido a conocer como “datos asociados a la comunicación”³³⁸ y la intervención de estos junto a la conversación telefónica, la ciberintervención.

La LO 13/2015, acertadamente, contempla un concepto amplio y orientado hacia el futuro de lo que ha de entenderse 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*”.³³⁹

Consiste en el registro de los datos a tiempo real y de las comunicaciones. Dentro de las primeras podemos incluir la geolocalización, el origen de la comunicación, el destino, la ruta, el tiempo, la fecha, los archivos y el tamaño de los mismos, la duración el tipo de servicio de que se trate y de las segundas las comunicaciones por correo electrónico, SMS, a través de internet (visitas a

³³⁷ Vid. ATS de 18 de junio de 1992 (caso Nasseiro) y SSTS de 8 de febrero de 1999 y de 19 de febrero de 2007.

³³⁸ Vid. Artículo 1 del Convenio sobre Cibercrimen.

³³⁹ Vid. artículo 588 ter 1.III. LECrim.

páginas, chats o foros). Por otra parte, la compañía de servicios siempre tenderá los datos personales de los usuarios y que deben ser igualmente conocidos para completar la investigación.

Como se ha dicho todos los elementos mencionados y otros que puedan aparecer merecen protección de acuerdo con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

Hasta la inclusión de los artículos 588 ter a. y siguientes de la LECrim, por disposición de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones,³⁴⁰ la intervención en tiempo real de las comunicaciones en tránsito efectuadas a través de redes telemáticas seguía el régimen de las intervenciones telefónicas previsto en el anterior artículo 579 de la LECrim.³⁴¹

La nueva regulación no excluye de que, tanto en el escrito de solicitud de la Policía Judicial como en la resolución judicial habilitante, se especifique la extensión de la intervención que se solicita y acuerda. Aquí, se debe especialmente respetar el principio de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad con objeto de no utilizar “todas” los datos asociados a la comunicación para “todas” las investigaciones, si no únicamente los necesarios para la finalidad de la investigación del delito que se trate y teniendo en cuenta la mayor o menor injerencia en los derechos fundamentales del afectado por la intervención.

Obviamente, no es lo mismo tener acceso a los datos asociados que registran exclusivamente el listado de llamadas entrantes y salientes de un teléfono que la intervención de todas las comunicaciones entrantes y salientes que desde el mismo se realizan.

El acceso al listado de llamadas, digamos que es de menor intensidad que la intervención de las comunicaciones o los datos de acceso a internet o incluso los datos de geolocalización.

Tanto es así, que la Circular 1/2013 FGE establece que *“los Sres. Fiscales velarán porque también se acuerde por medio de auto la entrega de los listados de las llamadas, por ser lo más correcto procesalmente. Si, no obstante, la resolución reviste la forma de providencia, esta circunstancia aislada no deberá entenderse por sí como causante de nulidad.”*

³⁴⁰ Vid. artículo 39 Ley 9/2014.

³⁴¹ Vid. SSTC 104/2006, de 3 de abril, FJ. 3; 82/2002, de 22 de abril, 299/2000, de 11 de diciembre, 166/1999, de 27 de septiembre, como ejemplo.

Como matiza el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 26/2006 de 30 de enero, aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, pero no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "escuchas telefónicas", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Por eso, a los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.³⁴² Esto es, la finalidad de la investigación y la gravedad del delito investigado que marcarán la necesidad de la intervención de una parte de esos datos o de la totalidad de los mismos.

Existen sentencias que analizan de una forma muy profunda la proporcionalidad en relación a la gravedad del hecho delictivo, pero como muestra traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que anula la condena "por injurias con publicidad" realizado por el Juzgado de lo Penal número 1 de la citada ciudad, debido a que el auto de intervención de la IP de un ordenador se realizó para la comprobación del delito y averiguación del autor (Policía Local) de escasa gravedad no proporcional con la medida de investigación acordada por el Juez de Instrucción competente.

"Pero la resolución judicial autorizante de la injerencia en nuestro caso incumple abiertamente los fines que debe perseguir la obtención de esos datos según el art 1 de la indicada Ley, puestos en relación con la protección constitucional del derecho a la privacidad e intimidad de las comunicaciones a que se refiere la Exposición de Motivos: la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales , remitiendo por tanto esa indicación legal al juicio de proporcionalidad que toda injerencia en los derechos fundamentales de las personas

³⁴² Vid. AAP de Guadalajara núm. 422/2016 de 22 diciembre.

debe sopesar la resolución judicial que la autorice para justificar la decisión de sacrificarlos."³⁴³

Como se puede ver, a través del análisis de todos estos datos que las compañías suministradoras de servicio deben ofrecer, se pueden llevar a cabo investigaciones que van desde el seguimientos en tiempo real de una persona, hasta el conocimiento de las páginas web que ha visitado y los mensajes y archivos (audio, foto o video) que ha enviado utilizando el terminal intervenido. Ello, además con independencia del número de teléfono que utilice, puesto que se puede solicitar la intervención directamente del IMEI³⁴⁴ perteneciente al teléfono que usa la persona investigada.

La intervención y la recepción de estos datos, como de la intervención telefónica, se lleva a cabo desde el Sistema de Interceptación de Telecomunicaciones (SITEL) mediante el cual las operadoras de telefonía transmiten directamente las intervenciones autorizadas, que van siendo grabadas de forma automática, íntegramente y bajo firma digital, en el mismo formato remitido, esto es, sin intervención alguna de los agentes facultados. El proceso culmina con el volcado de estos archivos en un soporte físico (DVD o CD), para su entrega al órgano jurisdiccional.

No obstante, determinados servicios de comunicación cuyo servicio lo ofrecen compañías domiciliadas fuera de España siguen el camino de la intervención mediante solicitudes de cooperación internacional lo que hará perder inmediatez a la intervención.

Ahora bien, las posibilidades de investigación con un terminal telefónico no acaban ahí, porque además la Policía Judicial tiene la posibilidad de, una vez ocupado el teléfono a su poseedor a consultar la agenda de contactos y al observar el registro de llamadas y mensajes que se han producido desde dicho teléfono.

³⁴³ Vid Sentencia Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª) núm. 270/2013 de 26 abril.

³⁴⁴ El IMEI (del inglés International Mobile Station Equipment Identity, identidad internacional de equipo móvil) es un código USSD pregrabado en los teléfonos móviles GSM. Este código identifica al aparato de forma exclusiva a nivel mundial, y es transmitido por el aparato a la red al conectarse a esta.

3.2.11.1. El acceso a la agenda del teléfono intervenido:

Curiosamente, la reforma de la LECrim realizada por 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, no dice nada sobre este particular medio de investigación que puede y debe realizar la Policía Judicial por iniciativa propia. Se entiende que el legislador, ha querido poner más el acento en las medidas de investigación tecnológica, entendiéndose que la observación de la agenda y las llamadas realizadas por un investigado desde un determinado teléfono ocupado por la Policía Judicial son intervenciones que están suficientemente cubiertas por las normas generales sobre medios de investigación y la jurisprudencia habida sobre el particular.

No obstante, no cabe desconocer que en numerosas ocasiones los Tribunales han tenido la oportunidad de examinar estos casos, determinado que, en lo que al registro de la agenda de un teléfono ocupado a un detenido se refiere, no se considera afectado el derecho al secreto a las comunicaciones pero sí el derecho a la intimidad personal recogido en el artículo 18.1 CE cuyo régimen de protección es distinto y de menor intensidad que el primero.

Tanto es así que, si la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, *“no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial”*³⁴⁵ respecto del derecho a la intimidad personal. De este modo, excepcionalmente está admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la Policía Judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

En un caso real analizado, se procedió a la consulta por parte de la Policía Judicial de los números de teléfono memorizados en la agenda del teléfono móvil de la conductora del vehículo que estaba siendo investigada por un delito de

³⁴⁵ Vid SSTC 37/1989, de 15 de febrero, 207/1996, de 16 de diciembre, y 70/2002, de 3 de abril.

tráfico de drogas,³⁴⁶ determinándose que dichos datos no forman parte del proceso de comunicación, *“en cuanto que a través de ellos simplemente se podrá conocer que una persona tiene el teléfono de otra, pero no si se ha hablado alguna vez con ella”*. Por ello, no está amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones pero sí por el derecho a la intimidad. En consecuencia, el acceso por la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones a los datos contenidos en la agenda concurriendo razones de urgencia y necesidad y *“siempre que lo haga en el curso de una investigación por un delito de cierta entidad, y sin necesidad de contar, ni con el consentimiento del titular, ni con autorización judicial”*, no concurre infracción procesal alguna.

La urgencia y necesidad se cumple cuando el acceso policial a la agenda de contactos de los teléfonos móviles constituye una diligencia que no permite demora para tratar de averiguar la identidad de alguna de las personas implicadas en la investigación y sobre las que recae un inminente peligro de fuga, con objeto de evitar que pudieran sustraerse definitivamente a la acción de la Justicia.³⁴⁷ Razones de urgencia y necesidad que, además, suelen venir avaladas por la flagrancia del delito, circunstancia que refuerza la necesidad de intervención inmediata de la Policía Judicial.

Lo dicho para la agenda de teléfonos, puede repetirse para el caso de las anotaciones realizadas en el block de notas del teléfono o la agenda semanal, dos de las principales aplicaciones donde pueden practicarse anotaciones de interés policial.

3.2.11.2. *La lectura de las llamadas entrantes y salientes de un teléfono intervenido:*

Otra cuestión distinta es el acceso al listado de llamadas y mensajes de un teléfono intervenido a un detenido o investigado que se entienden enseguida

³⁴⁶ Vid. STC núm. 142/2012 de 2 julio.

³⁴⁷ Las razones de urgencia y necesidad se deben analizar *“ex ante”* conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, por todas la STC 70/2002.

como un escalón superior de afectación al derecho a la intimidad personal³⁴⁸ y que sí tienen injerencia en el derecho al secreto a las comunicaciones personales.³⁴⁹

En este sentido, como ya se ha citado que Tribunal Constitucional ha reiterado³⁵⁰ que el derecho al secreto de las comunicaciones protege no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil.³⁵¹ Igualmente, el Tribunal Supremo sigue la misma doctrina que se puede consultar en la STS de 13 de mayo de 2010 que consideró que el acceso al registro de llamadas de un móvil interceptado realizado sin la debida autorización judicial resulta una injerencia en el derecho fundamental.

Por consiguiente, en tanto y cuanto se pueda demostrar que el acceso policial al teléfono móvil del recurrente se limita exclusivamente a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal³⁵² y como quiera que dichos datos *“no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros”*³⁵³ no se puede considerar una injerencia en el ámbito de protección del artículo 18.3 CE y se descartará que el derecho al secreto de las comunicaciones se haya visto afectado por la actuación policial descrita.³⁵⁴

No obstante, para que esta medida de investigación se realice dentro del ordenamiento jurídico, la Policía Judicial debe actuar dentro de sus competencias respetando el principio de proporcionalidad de sus actos y siempre que exista

³⁴⁸ Vid. Artículo 18.1 CE.

³⁴⁹ Vid. SSTC 230/2007, 142/2012, 241/2012 y 115/2013 o STEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, y de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido. En el mismo sentido, la Circular 1/2013 FGE.

³⁵⁰ Vid., entre otras, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, 230/2007, de 5 de noviembre, 142/2012, de 2 de julio y 241/2012, de 17 de diciembre.

³⁵¹ Vid., como más significativas, SSTC 123/2002, 56/2003, 230/2007, 142/2012 y 241/2012; así como las STEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido y de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido.

³⁵² Entendiendo por agenda el archivo del teléfono móvil en el que consta un listado de números identificados habitualmente mediante un nombre.

³⁵³ Vid. STC 142/2012.

³⁵⁴ En el mismo sentido, la Circular 1/2013 FGE.

urgencia y necesidad, en el sentido de que la actuación no merece demora, pues de otra forma se podría perder la finalidad de la misma.

A sensu contrario, la Policía Judicial no puede acceder al listado de llamadas entrantes y salientes de un teléfono intervenido sin autorización judicial o el consentimiento de su titular a riesgo de que lo obtenido en dicha consulta sea declarado nulo por vulneración del secreto a las comunicaciones.³⁵⁵

El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de considerar un asunto con estas circunstancias en la Sentencia número 230/2007, de 5 de noviembre, en la que en la relación de los hechos se relata que la Policía Judicial registró un teléfono de uno de los detenidos analizando las llamadas “*entrantes y salientes*” sin el consentimiento de los mismos ni autorización judicial. En el caso se considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que “*dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el artículo 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial. Ello supone la imposibilidad de valoración de dicha prueba al tener que quedar excluida del material probatorio apto para enervar la presunción de inocencia, en tanto que obtenida con vulneración de derechos fundamentales del recurrente*”.

3.2.11.3. La lectura de los mensajes de SMS, correo electrónico o whatsapp de un teléfono intervenido:

Otra de las posibilidades de investigación sobre un teléfono es la *lectura del mensaje grabado en un móvil*, en la que hay que distinguir varias situaciones. Una de las primeras consideraciones a tener en cuenta es determinar si el mensaje, en el momento del acceso, se encontraba leído por su destinatario o estaba pendiente de leer por el mismo.

Se discutió, profundamente, por la jurisprudencia y por la doctrina que en el primero de los casos, el mensaje, únicamente, se encuentra protegido por el

³⁵⁵ Vid. STS de 13 de mayo de 2010 consideró que el acceso al registro de llamadas de un móvil interceptado realizado sin la debida autorización judicial resulta una injerencia en el derecho fundamental.

secreto de las comunicaciones cuando el mensaje se encontraba cerrado y sin leer por el destinatario,³⁵⁶ argumentando que el mensaje, en esta fase, se encuentra en proceso de entrega y lectura. Finalmente, se determinó que los mensajes, en cualquiera de los estados que se encontraran (abiertos o cerrados) están protegidos por el Secreto de las Comunicaciones.³⁵⁷

Por ello, para el acceso a los mismos se requiere, con carácter general, autorización judicial o el consentimiento del interesado que si está detenido debe estar asistido por letrado.³⁵⁸ Si no hay tal consentimiento ni autorización, el examen es nulo.³⁵⁹

No obstante, para demostrar que la cuestión no es pacífica la Fiscalía General del Estado en la Circular número 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, afirma que todavía surgen dudas en torno a si el acceso a los mensajes acumulados en memoria del teléfono móvil de un detenido supone o no una injerencia en el derecho secreto de las comunicaciones, o si por el contrario en estos casos el único derecho afectado es el derecho a la intimidad de la persona investigada, interpretación esta última que permitiría actuaciones de injerencia proporcionadas a las circunstancias del hecho y de la investigación.

Finalmente, concluye la citada Circular que *“y salvo que se consolidara en el futuro una jurisprudencia en sentido contrario, los Sres. Fiscales defenderán la tesis de que es necesaria autorización judicial para acceder a estos contenidos, teniendo en cuenta que conforme a la doctrina constitucional los datos externos de las comunicaciones quedan protegidos con independencia de que estos datos se traten de averiguar una vez finalizado el proceso comunicativo (vid. STC 230/2007, de 5 de noviembre)”*.

En la actualidad con la reforma efectuada en la LECrim por la LO 13/2015 se han disipado dudas en el sentido de lo establecido en el artículo 588 sexies b. sobre el acceso a las información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado, entre los cuales, bien podríamos considerar un teléfono inteligente. Conforme al mismo se exige autorización judicial para *“aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de*

³⁵⁶ Artículo 18.3 CE.

³⁵⁷ Vid. STC Núm. 230/2007, de 5 de noviembre y STS Núm. 156/2008, de 8 de abril.

³⁵⁸ Vid. SSTS Núms. 791/2012, de 18 de octubre y 41/2010, de 26 de enero.

³⁵⁹ Vid. SSTS Núms. 465/2010, de 13 de mayo y 51/2010, de 5 de febrero.

almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del Juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización."

Esta nueva disposición, parece que va en contra de la teoría de que los mensajes (sean de la naturaleza que sean) enviados a un teléfono y abiertos por su destinatario, únicamente están protegidos por el derecho a la intimidad. Aunque podemos encontrar autores que opinan que todavía queda espacio para la misma.

Recordemos que, esta corriente doctrinal afirma que los mensajes de texto, mensajería instantánea y correo electrónico enviados a través de un teléfono móvil y cuando están guardados los mensajes de texto enviados y recibidos, porque el receptor ha decidido conservarlos en su memoria, dado que el proceso de comunicación ya ha finalizado, pues el receptor del mensaje ya lo ha recibido y, por lo tanto, leído; en este caso, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que está en juego el derecho a la intimidad. En otro caso cuando se accede a un mensaje de texto que aún no ha sido recibido ni leído por su receptor, como el proceso de comunicación todavía no ha terminado se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones al afectarse al propio proceso comunicativo.³⁶⁰

El Tribunal Supremo también acogió esta corriente doctrinal en varias sentencias, entre las que podemos citar la número 41/2010, de 26 de enero, en la que la policía accede a un mensaje contenido en la memoria de un teléfono móvil. La Sala en este caso entendió que la actuación de la Policía Judicial no fue ilegítima, ya que la comunicación había finalizado y por lo tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones no se ve afectado. Esto no es óbice para que el derecho a la intimidad siga vigente en dichos mensajes dependiendo del contenido de los mismos.

También se expresa esta misma línea jurisprudencial cuando los que realizan el acceso son particulares. Lo podemos comprobar en la Sentencia del Tribunal Supremo número 850/2014 de 26 de noviembre de 2014 que examina un caso en el que los padres de una menor fallecida por sobredosis obtienen el

³⁶⁰ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril.

teléfono de un sospechoso mirando en el teléfono de su hija. A consecuencia de los mensajes intercambiados entre el sospechoso y la menor se obtiene el número de teléfono del primero y se abre una investigación que acaba con la condena del mismo. El Tribunal Supremo en lo que ahora interesa estableció: *“En cualquier caso, tampoco cabe estimar que los SMS aportados por los padres de la joven y obtenidos de su terminal telefónica una vez fallecida la menor, constituyan una prueba ilícita. Las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos pero fueron guardados, equivalen a la correspondencia que pueda ser conservada por la menor entre sus papeles privados. Están obviamente amparados por su derecho constitucional a la intimidad, pero una vez fallecida no son inmunes al acceso por parte de sus herederos legítimos, que conforme a lo dispuesto en el art 661 del Código Civil suceden al fallecido, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.”*

En esta línea puede verse también la STS 1235/2002 de 27 junio y STC 70/2002, de 3 abril. Sin embargo, existen igualmente sentencias del TC que entienden que por el simple hecho de acceder antijurídicamente a la comunicación, pese que ésta ya haya terminado, se lesiona el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. De acuerdo con esta idea, la protección formal como instrumento de tutela sobrevive al momento en el que ambos partícipes de la comunicación le ponen término; en esta línea destacamos la STC 230/2007 de 5 noviembre y STS Núm. 156/2008, de 8 de abril.

Que después de estas Sentencias el artículo 588 sexies b. LECrim establezca la obligatoriedad de la petición de Autorización Judicial para tener el acceso a los mensajes contenidos en un teléfono incautado por la Policía, no es óbice para que en determinados casos en los que la Policía Judicial se vea impelida a intervenir por motivos de *“urgencia y necesidad”*.

De esta forma, se podría aplicar lo explicado cuando se ha tratado el acceso a la *“agenda de números de teléfonos”* a la cual únicamente está protegida por el derecho fundamental a la intimidad y por lo tanto la Policía podría acceder al contenido de dichos mensajes abiertos.

No obstante, en situaciones donde dicho derecho a la intimidad se encuentra restringido por la Autoridad Judicial, como en el caso de la realización de una entrada y registro domiciliaria, la lectura de los mensajes por parte de la Policía Judicial no vulnera el derecho al secreto a las comunicaciones del artículo

18.3 de la CE, sino que tiene que ver con el secreto a la intimidad, en ese momento restringido en base al auto judicial habilitante de la entrada y registro.³⁶¹

Otra cosa distinta, sería el acceso a la información almacenada no en el domicilio del investigado y, como tal accesible, según las circunstancias en diligencia de entrada y registro, sino en los sistemas informáticos de **un proveedor de telecomunicaciones o servidor de internet**, que, igualmente, requerirá de previa autorización judicial.

En consecuencia, con independencia de los casos en los que el acceso a los mensajes del teléfono de un investigado o detenido estén amparados por otra decisión judicial y que el afectado otorgue su válido consentimiento, la protección del secreto de la comunicación prohíbe el conocimiento de estos mensajes por parte de la Policía Judicial, ya que, como se ha dicho, no solamente se protege el proceso de comunicación sino el mensaje que se materialice en algún tipo de soporte.³⁶²

3.2.11.4. La escucha personal y directa por los agentes policiales de una conversación telefónica:

Se da en el caso en el que un investigado está llevando una conversación telefónica con otro interlocutor en un público y la escucha personal y directamente un agente policial que está llevando la investigación de un determinado delito.

Exista o no una intervención telefónica sobre el teléfono que el investigado está utilizando, la conversación escuchada se puede y debe utilizarse como fuente de datos para la investigación, pudiéndose llevar al acto de juicio oral para la constitución del consiguiente medio de prueba de los hechos escuchados.

Es el caso de las grabaciones magnetofónicas realizadas por un agente de la Policía Judicial autorizado como agente encubierto. Es, igualmente, admisible si esa grabación va acompañada de imágenes de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía

³⁶¹ STS 27 de junio de 2002.

³⁶² Vid. STEDH 8691/79 de 2-8-84 (Caso Malone) y STC Núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.

La escucha accidental por parte de los agentes de la Policía Judicial, en el que oyen una conversación mantenida por los intervinientes preparando un alijo de drogas o también la escucha de la conversación telefónica, ya sea en teléfono móvil o en cabina pública, en la que el intercomunicador no pone recelos en ser escuchado por los viandantes. Si uno de ellos, es Guardia Civil, puede y debe captar la información para llevarla al sumario.

3.2.11.5. *La grabación de las conversaciones alrededor de un teléfono intervenido:*

El Tribunal Supremo ha avalado la legalidad de las grabaciones de ambiente que la Policía Judicial realiza utilizando un teléfono que se encuentra intervenido, aunque éste no se llegue a descolgar.

El SITEL, tiene esta funcionalidad que permite prolongar la grabación hasta que los agentes de la Policía Judicial decidan. Esta operativa había sido puesta en duda y denunciada por algunas defensas que consideraban que con la misma se veían vulnerados los derechos de intimidad de los intervinientes en la conversación grabada por el teléfono móvil. El caso que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de examinar fue sentenciado por la Audiencia Provincial de Pontevedra que en la Sentencia de 3 de mayo de 2016 condenó a cinco personas por tráfico de drogas.

Entre los motivos aludidos en los recursos se encontraban *“la utilización de los teléfonos móviles como micrófonos ambientales”*, que la defensa consideraba ilegal, al no estar, ni regulado en la LECrim, ni contenido específicamente en la Autorización Judicial de intervención del teléfono del investigado. El Tribunal Supremo concluye que la autorización para grabar las llamadas de un móvil intervenido judicialmente abarca *“desde el mismo momento que se pulsa el botón de llamar” o desde que suena el primer tono, si es que ese teléfono es el que la recibe”*.

Esto significa que el Tribunal Supremo entiende que cuando la llamada ha sido establecida y el móvil la recibe, antes de aceptarla el destinatario, el sistema

comienza a grabar; es decir, la llamada, para la que existía acuerdo judicial de intervención y grabación, ya se había producido, con independencia de que si el destinatario no la acepta, no genere coste para quien la realiza.

Esta técnica de grabación es posible gracias a la tecnología incorporada desde el año 2004 al SITEL, que como se ha dicho sustituyó el anterior sistema de grabación en cintas magnetofónicas.

Sin embargo, se desconocía que el sistema tuviera la posibilidad de realizar “grabaciones de ambiente” que en esta sentencia se discuten. El fallo del Tribunal Supremo descarta que dichas grabaciones sean ilegales, por lo que su captación puede y debe ser llevada al Proceso Penal para su correspondiente valoración.

3.2.11.6. *La grabación de las conversaciones entre el abogado defensor y el detenido o preso:*

Otra posibilidad de investigación es la intervención de las comunicaciones entre el abogado y el detenido o preso. Estas comunicaciones pueden ser directas o a través de medios de comunicación, como puede ser el telefónico.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) regula la cuestión en el artículo 51:

“Uno. Los internos estarán autorizados para 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.

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.

Dos. 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.

Tres. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar 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. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

Cuatro. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

Cinco. 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“.

Casi veinte años después fue aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero que en su artículo 47 y 48 establece:

“Artículo 47. Comunicaciones telefónicas.

6. Las comunicaciones telefónicas entre internos de distintos establecimientos podrán ser intervenidas mediante resolución motivada del Director en la forma y con los efectos previstos en la norma 7ª del artículo 46.

Artículo 48. Comunicaciones con Abogados y Procuradores.

3. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la Autoridad Judicial.

4. Las comunicaciones con otros Letrados que no sean los mencionados en los apartados anteriores, cuya visita haya sido requerida por el interno, se celebrarán en los mismos locutorios especiales y se ajustarán a las normas generales del artículo 41. En el caso de que dichos letrados presenten autorización de la Autoridad Judicial correspondiente si el interno fuera un preventivo o del Juez de Vigilancia si se tratase de un penado, la comunicación se concederá en las condiciones prescritas en los anteriores apartados de este artículo“.

Como se observa, las comunicaciones telefónicas de los internos pueden someterse a su intervención, conforme a la normativa penitenciaria y a la LECrim, si se hace necesario para los fines que cada normativa persigue. En el caso que nos encontramos, la LECrim ha previsto su intervención para los casos de investigación de hechos delictivos, por lo que el acuerdo y puesta en práctica de la intervención debe realizarse aplicando los principios generales de intervención. Si bien es cierto, que la motivación del auto que acuerde la intervención deberá hacerse más exhaustiva y aplicada al caso concreto, pues no olvidemos que se

trata de un privado de libertad que tiene sus derechos limitados, por lo que debe ser protegido por el Estado en mayor medida.

Un caso especial de intervención de las comunicaciones se establece en el artículo 48 del Reglamento Penitenciario, cuando habla del proceso de intervención entre abogados e internos, que la ley reserva, de forma claramente restrictiva, a casos de terrorismo o a supuestos en los que el abogado pueda estar implicado. En estos casos, entra en juego un nuevo derecho fundamental, cual es el de defensa, por lo que no se puede poner en peligro autorizando estas intervenciones de forma generalizada, si no, exclusivamente en los casos citados.

Los requisitos que deben darse para ello, son los establecidos en la Ley Orgánica General Penitenciaria: Autorización judicial y que se trate de supuestos delitos de terrorismo o de un delito en el que se encuentre investigado, además del interno, el abogado.

Así lo dice, con claridad, la STC 183/1994, de 20 de junio, que declara *“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”*, concluyendo que *“dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas”*.

Igualmente, las SSTC de 23 de abril de 1997 y la número 58/1998 de 16 de marzo, establecieron que las dos exigencias *“debían ser interpretados como acumulativos y no como alternativos”*³⁶³. Por lo que, esta intervención de las comunicaciones de los presos es para los supuestos de terrorismo con autorización judicial previa que debe ponderar la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de la medida en cada caso concreto.

La intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente detenido salió a la luz y han tenido una gran repercusión en los medios de comunicación social a raíz de la investigación del *“caso Gürtel”*.

En la investigación de dicho caso el Juez Baltasar Garzón, autorizó la intervención de *“todas”* las conversaciones con los abogados que les asistiesen en el establecimiento penitenciario de Soto del Real (Madrid), sin especificar las sospechas o indicios de criminalidad que autorizaban a invadir la

³⁶³ *“... la legislación penitenciaria exige, no como alternativa, sino como acumulativas para tal restricción el “supuesto de terrorismo” y “la orden de la autoridad judicial”*.

confidencialidad de la relación entre defensor y cliente. Años después el Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló la mayoría de dichas intervenciones por vulnerar el derecho fundamental a la defensa y, por lo tanto, "ilícitas".

Sin embargo, algunas comunicaciones no fueron anuladas, ya que el abogado que realizó las mismas estaba siendo investigado por considerar que estaba de "enlace" con personas en el exterior.

Y el caso, no sólo quedó en la anulación de las "escuchas", determinó, además, la apertura de una causa penal contra el Juez Garzón que acabó en condena por un delito de prevaricación por interceptar las comunicaciones citadas, a sabiendas de que vulneraba el derecho fundamental de defensa.

La condena a 11 años de inhabilitación, apoyada de forma unánime por la Sala del Tribunal Supremo le supuso la expulsión de la carrera judicial.

3.2.12. La prueba pericial de inteligencia aplicada a la intervención telefónica.

De todas las definiciones que podemos encontrar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la que más se acerca a lo que se pretende estudiar en las próximas líneas es el correspondiente al Servicio de Inteligencia, definido como:³⁶⁴

"Organización del Estado que proporciona al poder ejecutivo análisis e información para mejorar la toma de decisiones estratégicas orientadas a prevenir o neutralizar amenazas y a defender los intereses nacionales".

Si lo aplicamos al campo de conocimiento donde nos movemos podríamos decir que la inteligencia de la Policía Judicial para el Proceso Penal es la información que se le proporciona a la Autoridad Judicial competente sobre un determinado asunto que ha sido o está siendo investigado por un determinado equipo o persona con objeto de que tenga noticias directa de cómo han podido ocurrir los hechos.

Son en definitiva un proceso a través del cual se aportan al Tribunal pruebas periciales de inteligencia o informes policiales de inteligencia en el que se vierten unas consideraciones sobre los hechos, efectuadas por profesionales en

³⁶⁴ Vid. <http://dle.rae.es/?id=XhXvJqs>, pagina consultada el 14-3-17 a las 02:30 hs.

relación a su actividad de esa clase, donde se plasman unas conclusiones razonadas sobre algunos aspectos fácticos de interés para la causa.

En la intervención de las comunicaciones, consiste en la expresión de los razonamientos que se han tenido en cuenta para seleccionar las conversaciones de interés policial, interpretar las mismas de una determinada forma, identificar a los interlocutores, acompañando por los informes de seguimiento, geolocalización, etc. En definitiva, un informe donde se plasma el significado de todos los hechos que han ido aconteciendo en la investigación y su relación entre ellos, **realizados precisamente por quienes la han llevado de forma directa** y quienes son expertos en este tipo de investigaciones, lo que facilita la motivación de la prueba.

Las primeras sentencias del Tribunal Supremo³⁶⁵ niegan, a estas pruebas, el carácter de prueba pericial, aunque no le negaban su indiscutible valor a través de la testifical de los agentes con objeto de conformar la convicción del Tribunal sobre unos determinados aspectos de la investigación.³⁶⁶

Una de las sentencias más significativas en este sentido, es la Núm. 119/2007 de Tribunal Supremo³⁶⁷ en la que se inclina por no calificar estos informes de inteligencia como prueba pericial, precisando que: *"es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el Juez o tribunal, directamente y por sí mismo"*.

Otras Sentencias,³⁶⁸ consideran a los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el

³⁶⁵ Vid. SSTS Núms. 119/2007, 556/2006 y 1029/2005.

³⁶⁶ Pertenencia o no de un investigado a la organización criminal o la intervención de una determinada persona en una acción delictiva.

³⁶⁷ Vid. en el mismo sentido, SSTS núms. 556/2006 y 1029/2005.

³⁶⁸ Vid. SSTS núm. 974/2012, de 5 de diciembre, STS núm. 352/2009, de 31 de marzo y núm. 480/2009, de 22 de mayo.

Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales.

En todo caso, su valoración por el Tribunal requiere de la previa prueba suficiente acerca de los datos fácticos en los que tales informes se basan, y exige asimismo que el Tribunal explicita en la sentencia el razonamiento mediante el cual decide asumir las conclusiones de los referidos informes, total o solo parcialmente.³⁶⁹

De una forma u otra, la “*prueba de inteligencia policial*” se viene considerando cada vez más como una modalidad de la prueba pericial³⁷⁰ regulada en el artículo 456 LECrim que puede ser valorada conforme el artículo 741 LECrim.

La finalidad de las mismas es idéntica a la señalada para cualquier prueba pericial, es decir, la de facilitar al Juzgado unos conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos respecto de una realidad no constatable directamente por el Juez.

En el caso de la intervención de las comunicaciones, es el informe o dictamen donde el policía encargado de la investigación, plasma una opinión o interpretación sobre el conocimiento que ha tenido de los hechos a través de dicha intervención y otras diligencias realizadas accesorias a la misma.³⁷¹

A modo de ejemplo es lo que sucede con los informes de inteligencia son los realizados por los expertos en legislación fiscal, en los que, en definitiva, se da una “*doble condición*” de testigos (directos o de referencia) y peritos.

Las **características que jurisprudencialmente** se han establecido para que pueda hablarse de “prueba pericial de inteligencia” podemos resumirlas en las siguientes:³⁷²

1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales.

³⁶⁹ <http://lawcenter.es/w/blog/view/4615/pruebas-periciales-de-inteligencia-o-informes-policiales-de-inteligencia-eficacia-probatoria#sthash.enNH5aq9.dpuf>

³⁷⁰ Vid. SSTS 480/2009, 783/2007 y 786/2003.

³⁷¹ Seguimientos, informes operativos, selección de conversaciones, identificación de intervinientes en una conversación e, incluso, análisis de información y documentación.

³⁷² Vid. STS núm. 1097/2011 (Sección 1) de 25 de octubre.

2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala.

3º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: Los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales.

4º) No se trata tampoco de pura prueba documental: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder.

5º) El Tribunal, en suma, puede apartarse en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces *"a quibus"*.

6º) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias.

7º) Finalmente, podría el Tribunal llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos.

"En definitiva podemos concluir que se trata de un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son

racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala".³⁷³

Para terminar este punto, podemos recordar lo que afirma, literalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 2216/2012, de 5 de diciembre que dice:

"en orden a clarificar la naturaleza y validez de la llamada "prueba pericial de inteligencia", debemos recordar la doctrina expuesta en SSTs. 157/2012 de 7 marzo, 1097/2011 de 25 de octubre, y 480/2009 de 27 de mayo, en el sentido de que tal prueba pericial de «inteligencia policial» cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECriminal, como el 335 LECivil, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En tal sentido podemos también citar la sentencia de esta Sala 2084/2001 de 13 de diciembre. La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por los testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, a valorar por el Tribunal de instancia conforme a los arts. 741 y 632 de la LECrim y 117.3 de la Constitución (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos (Sentencia 1385/ 1997)".

3.2.13. Actuación de la Policía Judicial

En las siguientes líneas se va a considerar la actuación de la Policía Judicial en el proceso de una intervención telefónica, desde su solicitud, profundizando en aquéllos aspectos que pueden resultar trascendentes para el éxito "judicial" de

³⁷³ Vid. STS núm. 1097/2011 (Sección 1) de 25 de octubre.

la operación. Es decir, que desde el punto de vista de la legislación y la jurisprudencia permita su valoración por el Juez o Tribunal.

3.2.13.1 Inicio de la Investigación, los indicios

La Policía Judicial, conforme a lo establecido en el artículo 282 de la LECrim y la Lo 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tiene la obligación de actuar en los delitos públicos que se produzcan en el ámbito³⁷⁴ de su competencia tengan conocimiento.

Como se viene apuntado, en determinadas investigaciones se hace preciso la intervención de las comunicaciones para constatar y probar los hechos, ya que no existe otra forma menos gravosa de constatar los hechos relevantes para el proceso penal.

Para llegar a esa convicción policial y tomar la decisión de solicitar al Juez de Instrucción competente la intervención telefónica deben ponderarse la existencia previa de indicios de la comisión de un delito que deben basarse en datos objetivos e ir más allá de meras sospechas o conjeturas.³⁷⁵ Esto es, se debe estar convencido racionalmente de la existencia de un hecho delictivo que necesita de investigación para probarlo y para averiguar los intervinientes en el mismo. Antecedentes, informes de vigilancias, contactos con personas determinadas, carencia de ingresos procedentes de fuentes legales, viajes, conductas y un sinnúmero de datos que la Policía Judicial puede manejar para construir estos indicios policiales para solicitar la intervención telefónica.

Estos datos deben conducir a una fundada sospecha, que no simples suposiciones sin base alguna, y serán suficientes para la autorización de una interceptación telefónica, con tal que se valoren suficientemente, en términos de racionalidad³⁷⁶.

Se debe tener muy presente, que el descubrimiento de un hecho delictivo posterior a la adopción de la intervención telefónica, no subsana la insuficiencia de indicios. Dicho de otro modo, los indicios se deben valorar como suficientes “*ex*

³⁷⁴ Territorial y material.

³⁷⁵ Vid. STS de 18 de abril de 1994.

³⁷⁶ Vid. SSTS de 12 de marzo de 2004, 7 de marzo de 2003 y de 4 de julio de 2003.

ante", con independencia de los resultados de la medida de investigación, "*ex post*".

Uno de los Autos del Tribunal Supremo más estudiado en estas cuestiones, de 18 de junio de 1992, proscriben las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización un hecho delictivo.

Por otra parte, los indicios además de estar referidos a los hechos, también deber estar referidos a la persona, de tal modo que se requiere su existencia contra un determinado individuo, sin que sean suficientes las manifestaciones genéricas policiales de la existencia de una actividad delictiva inconcreta y carente de datos objetivos. En este aspecto la STC Número 197/2009 de 28 de septiembre, establece que la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado dicho Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido.

De igual modo la STS de 14 de junio de 1993³⁷⁷ exige que la adopción de la medida requiere la existencia, contra una persona determinada de indicios fundamentados y contrastados, no bastando con la simple manifestación policial de la existencia de una actividad delictiva inconcreta y difusa cuyo protagonismo no aparece definido, sino por sospechas de los investigadores policiales.

Por lo tanto, de lo que se trata es de la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida.

Así la resolución judicial que acuerde la interceptación telefónica le será sumamente sencillo justificar los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados.³⁷⁸

³⁷⁷ SSTS de 14 de junio de 1993, de 25 de marzo de 1994 y 26 de octubre de 1995.

³⁷⁸ Vid. STS 25/2008, de 29-1-2008.

Téngase en cuenta que la insuficiente motivación del auto que acuerda la intervención telefónica provoca la nulidad de la misma con las consecuencias establecidas en el artículo 11.1 de la LPPJ.

Por lo que lo determinante será saber cuándo la Policía Judicial ha aportado los **indicios policiales suficientes para la adopción de la medida**. Para ello, se deben analizar los siguientes puntos:

- La policía ha de presentar al Juez de Instrucción unos hechos resultado de una investigación, que no es preciso que esté plenamente acreditados o demostrados, pero que deben estar en el camino intermedio entre las “*meras sospechas policiales*” y los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.³⁷⁹ Es lo que se viene citado como “*sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo*”.³⁸⁰
- Junto con tales datos objetivos, debe determinarse con precisión el número o números de teléfonos que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse al Juez cuenta de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.³⁸¹
- El auto que decreta la intervención telefónica valorará los elementos y datos disponibles en el momento mismo de su adopción. Sin embargo, la insuficiencia de los resultados obtenidos a consecuencia de la intervención decretada o la existencia posterior de otras pruebas que desvirtúen su contenido incriminador o incluso su misma relevancia jurídica, no afectan a la legitimidad inicial de la medida restrictiva del derecho fundamental.³⁸²

Dicho de otro modo, cuando la defensa denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones contenido en el artículo 18.3 CE debido a que el *oficio policial* mediante el que solicita la interceptación de las comunicaciones telefónicas no ha aportado *indicios bastantes* para dotarla del necesario

³⁷⁹ Vid. SSTs Núms. 362/2011, de 6 de mayo y 209/2013, de 6 de marzo

³⁸⁰ Vid. SSTC Núms. 171/1999 de 27 de septiembre, 299/2000 de 11 de diciembre, 14/2001 de 29 de enero, 138/2001, de 18 de junio y 202/2001 de 15 de octubre.

³⁸¹ Vid. SSTC 49/1996 de 26 de marzo, 49/1999 de 5 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 259/2005, de 24 de octubre y 136/2006, de 8 de mayo.

³⁸² Vid. STS Núm. 83/2013, de 13 de febrero.

fundamento y, consecuentemente, el auto por el que se acuerda la intervención, está, asimismo, insuficientemente motivado; los órganos judiciales deben seguir un método de análisis que propugna el Tribunal Constitucional³⁸³ con objeto de verificar si dicha vulneración se ha producido. El mismo obliga a distinguir, en el estudio de las aportaciones policiales, tres planos de discurso. Son los relativos:

- Al posible delito.
- A los indicios sugestivos de que el mismo podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas.
- A la actividad investigadora que hubiera conducido a la obtención de estos datos.

Estos son, por lo tanto, los puntos en los que el oficio policial de solicitud de intervención telefónica debe detenerse concienzudamente. En tanto, en cuanto esté más y mejor expresados y concretados los mismos la solicitud estará motivada y los indicios perfectamente acreditados. De esta forma, podrá el oficio policial, llegado el caso integrarse con el Auto Judicial para la consabida “motivación”. Como bien dice la STS en un caso de revocación de condena a narcotraficantes por anulación de escuchas.³⁸⁴

“A partir de esta triple distinción,³⁸⁵ lo que se diga en a), mera imputación muy provisional, resultará atendible si y solo si tiene razonable apoyo empírico en el contenido de b); y siempre que este goce de cierta plausibilidad como resultado predicable de las diligencias de averiguación relacionadas en c), que dependerá de la calidad y el rigor de su práctica.”

En el caso a examen en la STS número 10/2017 la solicitud se realiza por un oficio policial extenso pero carente de datos objetivos sobre los indicios e investigaciones llevadas a cabo, tanto es así que el Tribunal califica esta información de banal y el Fiscal informó de forma negativa a la solicitud denegada posteriormente por el JCI número 3, pero que tras una segunda petición no mucho más explícita y, morfológicamente idénticos, autorizó la intervención

³⁸³ Siguiendo el esquema aportado por el TC en numerosas sentencias, entre otras, en la STC Núm. 299/2000.

³⁸⁴ Vid. STS Núm. 101/2017 de 20 febrero,

³⁸⁵ a) Posible delito, b) indicios sugestivos de que el mismo podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas y c) la actividad investigadora que hubiera conducido a la obtención de estos datos.

solicitada. La conclusión del Tribunal Supremo es que el auto que acordó la medida está insuficientemente motivado y el oficio policial no es apto para la motivación *per relationem*³⁸⁶ y, en consecuencia concluye la sentencia que “...tienen razón los recurrentes, la injerencia en el contenido de las comunicaciones telefónicas de los implicados, producidas en esta causa, acredita un claro déficit de legitimidad constitucional, pues se dio con vulneración del derecho fundamental tutelado por el artículo 18,3 CE. De este modo, la información probatoria así obtenida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 11,1 LOPJ, no debió ser utilizada, por su falta de aptitud para destruir la presunción de inocencia de los recurrentes. Y es por lo que los motivos examinados tienen que estimarse.”

3.2.13.2. Averiguación números de Teléfonos e IMEI

En el transcurso de una investigación son muchos los modos de averiguación de los números de teléfono de la persona “sospechosa” de participar en el delito de que se trate y que tienen que ser conocidos por las partes para someter a contradicción esos medios y que el Fiscal y la Autoridad Judicial observen que se han realizado dentro de la legalidad.

Pero, existen otros casos que permitirán a la Policía Judicial la obtención de los datos necesarios para la intervención de las comunicaciones, bien porque no se ven comprometidos los derechos fundamentales del interesado,³⁸⁷ bien por realizarse mediante acciones que no conllevan afectación de la privacidad de la persona investigada³⁸⁸. Ahora bien, obtenidos dichos datos la Policía Judicial deberá solicitar la correspondiente autorización judicial.

Ahora bien, cuando no es posible a través de ningún medio directo el conocimiento del número o números utilizados por la persona investigada, la Policía Judicial puede hacer uso de tecnológicos para la averiguación de dichos números de teléfono y de los números IMSI o IMEI de un dispositivo.

³⁸⁶ Por remisión al oficio policial.

³⁸⁷ Número de teléfono sea conseguido por la Policía Judicial mediante la visión directa en la pantalla del teléfono intervenido del número entrante.

³⁸⁸ Como por ejemplo en la obtención de direcciones IP conseguidas en un medio público o proporcionadas por el perjudicado por el delito.

Así se venía reconociendo por la jurisprudencia³⁸⁹ y ha sido incluido en la LO 13/2015 en los artículos 588 ter “1” de la LECrim que dispone:

“1. 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.

2. 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.

El tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis c.”

Sin embargo, esta regulación ha sido muy oportuna desde el punto de vista de la seguridad jurídica, tanto de los ciudadanos como de las FYCS puesto que la jurisprudencia³⁹⁰ española no siempre reconoció esta práctica como legítima y, llegó en ocasiones, a anular el contenido de las intervenciones telefónicas por obtener los números de teléfonos de los investigados “*sin autorización*” judicial. De esta forma se despejan las dudas y se legaliza una actuación policial necesaria en el estado de la técnica actual y teniendo en cuenta de los medios de los que disponen las organizaciones criminales.

3.2.13.3. Solicitud de la intervención

Mucho se ha debatido sobre el contenido del escrito de solicitud que la Policía Judicial debe dirigir a la Autoridad Judicial competente con la finalidad de

³⁸⁹ Vid. las SSTs Núms. 16/2014, de 30 de enero, 739/2008, de 12 de noviembre, 292/2008, de 28 de mayo de 2008 y 236/2008, de 9 de mayo.

³⁹⁰ Vid. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 130/2007 de 19 febrero.

que ésta acuerde la intervención de las comunicaciones en general y, en particular, la interceptación telefónica.

Sin embargo, en la actualidad se debe partir de lo regulado en el artículo 588 ter d. de la LECrim:

“1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b, 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.*

2. Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

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.

3. 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.”

Además, para la solicitud de prórroga, como se venía determinando en numerosas sentencias es necesario aportar una motivación extra, que bien podían consistir en el informe detallado del resultado de la medida y las razones que

justifiquen la continuación de la misma.³⁹¹ Tanto es así que el nuevo artículo 588 ter h LECrim, exige para la fundamentación de la solicitud de la prórroga que la Policía Judicial aporte la transcripción de conversaciones relevantes para el mantenimiento de la intervención. El Juez, por otra parte, puede solicitar las aclaraciones que crea por convenientes e, incluso, solicitar el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

3.2.13.4. Ejecución de la medida

Una vez acordada la intervención telefónica, el Juez de Instrucción dicta un auto que dirige a la Policía Judicial para que sea comunicado a la compañía prestadora de los servicios y se lleve a cabo la interceptación correspondiente.

En el auto se deben incluir los **siguientes datos**:³⁹²

- 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
- 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.

³⁹¹ Que ahora se exige legalmente. Vid. Artículo 588 bis f. LECrim.

³⁹² Vid. Artículo 588 bis c LECrim.

Desde dicho acuerdo, las actuaciones se llevarán a cabo bajo el “*secreto de sumario*” y, por lo tanto, en pieza separada; sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.³⁹³

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 ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.³⁹⁴

La duración de la medida debe extenderse por el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos que debe constar de forma expresa en el auto de duración. Una vez finalizado dicho plazo, la Policía Judicial deberá dar cuenta al Juez competente del resultado de las investigaciones realizadas con la intervención y, en caso necesario, solicitarán del mismo una prórroga de la medida aportando los informes necesarios para justificar la necesidad de la prórroga y con las conversaciones relevantes para la investigación.

El Juez de Instrucción en el plazo de dos días resolverá sobre la solicitud de prórroga y prolongará la interceptación o no, según el caso.³⁹⁵ La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

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. En caso contrario pueden incurrir en delito de desobediencia. Además, dichos prestadores de servicios,

³⁹³ Vid. Artículo 588 bis. d LECrim.

³⁹⁴ Vid. Artículo 588 ter. f LECrim.

³⁹⁵ Vid. Artículo 588 bis. f. 2 LECrim.

tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

El proceso de intervención de las comunicaciones a través del teléfono se realiza actualmente en España a través del Sistema de Interceptación (SITEL) mediante el cual las operadoras de telefonía transmiten directamente a la Unidad de Policía Judicial encargada, las intervenciones autorizadas, que van siendo grabadas de forma automática, íntegramente y bajo firma digital, en el mismo formato remitido, esto es, sin intervención alguna de los agentes facultados. El proceso culmina con el volcado de estos archivos en un soporte físico (DVD o CD), para su entrega al órgano jurisdiccional.

El SITEL sustituyó al anterior sistema de interceptación telefónica realizado de punto a punto y grabado en cintas magnetofónicas y que necesitaba renovación por un sistema cuyo titular es el Ministerio de Interior que responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la intervención de las comunicaciones. En la actualidad ha sido avalado por numerosas sentencias³⁹⁶ que han tenido ocasión de examinar la bondad y legalidad del sistema que funciona bajo tres principios fundamentales:

- **Centralización**, en el sentido de que el programa, servidor y discos duros necesarios se encuentran en la Secretaría de Estado de Seguridad dependiente del Ministerio del Interior.
- **Principio de seguridad**, de tal manera que el sistema es seguro, fiable y establece trazas para adjudicar las responsabilidades correspondientes.
- **Principio de automatización** que, tal y como se ha dicho, responde a la necesaria modernización del funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones y significa que el sistema es autónomo, requiriendo la intervención de los operarios autorizados para escasas

³⁹⁶ Vid. SSTS 250/2009, de 13 marzo; 308/2009, de 23 marzo; 737/2009, de 6 julio; 1078/2009, de 5 noviembre; 1215/2009, de 30 diciembre; 4/2010, de 28 enero; 740/2010, de 6 julio; 764/2010, de 15 julio; 753/2010, de 19 julio; 64/2011, de 8 febrero; 105/2011, de 23 febrero; 316/2011, de 6 abril; 293/2011, de 14 abril; 565/2011, de 6 junio; 629/2011, de 23 junio; 663/2011; 1212/2011 de 15 noviembre; 109/2012 de 14 febrero; 207/2012, de 12 marzo; 380/2012 de 16 mayo; 410/2012 de 17 mayo y 401/2012, de 24 mayo.

operaciones, entre las que podemos citar, la escucha, lectura y obtención de las conversaciones de interés policial.

A pesar del respaldo mayoritario que ha tenido el SITEL por parte de la jurisprudencia, no cabe desconocer que varias sentencias del Tribunal Supremo y votos particulares se han alineado en contra de la legitimidad del sistema SITEL. Entre ellas, se puede citar la STS número 316/2011 de 6 de abril en la que consta el Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez cuestionando la constitucionalidad y legalidad del sistema SITEL, debido al hecho de que en el oficio policial de solicitud se hacía solicitud a una determinada información y, que en la práctica de dicha intervención autorizada, el SITEL aportaba muchos más datos: *“La lectura de esa parte dispositiva pone de manifiesto, sin necesidad de mayores esfuerzos argumentales, que la intromisión del poder público en las comunicaciones de quienes fueron considerados sospechosos de dedicarse al tráfico de drogas, fue mucho más allá de la escucha y grabación de los flujos de comunicación verbal entre el ciudadano observado y sus interlocutores. La resolución cuestionada permitió a la policía el acceso sin límites, no ya a la completa identidad de los terceros que contrataban 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 que se está cuestionando es la falta de motivación, y con ello de necesidad y proporcionalidad de la decisión judicial, con las consecuencias que ello conlleva.

El Magistrado Marchena no consideró, en el caso analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo 316/2011, aceptable que la intromisión acordada por el auto judicial en el artículo 33 LGT, el cual establece el deber legal de las operadoras de telefonía de ceder a los agentes facultados, además de los datos que se precisan en la orden judicial de interceptación, los restantes datos electrónicos que allí se mencionan.

Pero esta mención relativa a la intromisión en el derecho fundamental al **secreto a las comunicaciones**, según su opinión plasmada en el voto particular, no puede realizarse por mandato de una ley, sino que ha de ser consecuencia de una resolución judicial debidamente motivada, que explique las razones que hacen legítimo el quebranto de este derecho constitucional. En definitiva, que la

Ley debe establecer la posibilidad y el auto judicial que acuerda la intervención la necesidad.

Adicionalmente, el SITEL se vio sometido a un Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que en la STS de 5 de febrero de 2008, señaló que la cesión de datos solo podía entenderse, no como un imperativo legal, sino como la consecuencia de una resolución judicial habilitada, dictada al amparo del artículo 579 LECrim, entonces vigente.

Además, la misma sentencia apuntó la necesidad de que las autoridades judiciales que ordenen o autoricen la intervención de las comunicaciones deben determinar, en su caso, la procedencia o improcedencia de excluir los referidos datos identificativos en el marco de las actuaciones de que conozcan, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por consiguiente, si ni en el oficio policial ni en el auto judicial, se hizo referencia a la necesidad de sacrificar, además de la privacidad de las conversaciones telefónicas, aquellos otros aspectos relacionados con el contenido esencia del derecho fundamental limitado, nace la posibilidad de denuncia de injerencia ilegal en el secreto de las comunicaciones, en su sentido amplio. Es decir, que para los casos en los que toda aquella información que aportan los “*datos asociados*” a la conversación telefónica sea precisa para llevar a cabo la investigación por parte de la Policía Judicial, habrá que ponderar las razones que legitiman y justifican el sacrificio de este derecho fundamental en mayor o en menor medida.

En definitiva, con objeto de soslayar la ilegitimidad de la intervención telefónica, se debe tener presente que la investigación penal de un delito no tiene por qué conllevar, en todo caso, la máxima intensidad en el sacrificio de los derechos fundamentales que pueden verse afectados en cualquier comunicación telefónica. Será la Unidad de Policía Judicial actuante quien, en el oficio de solicitud, justifiquen³⁹⁷ la necesidad de acceder, además de a las conversaciones telefónicas, a los mensajes de texto, a los accesos a internet, datos de localización geográfica y los demás datos aportados por el sistema SITEL. Examinada la

³⁹⁷ Por la peculiaridad de la investigación y por la imposibilidad de obtener dicha información por medios menos invasivos de los derechos fundamentales (principio de proporcionalidad).

solicitud el Juez de Instrucción deberá incluir en el auto habilitante a que datos afecta la intervención solicitada, incluyendo una fundamentación suficiente.³⁹⁸

Todo lo anterior, cobra mayor importancia si cabe, puesto que durante el año 2017 se está poniendo en marcha el SITEL II con nuevas funcionalidades a las cuales se deberán adaptar los oficios policiales y los autos judiciales para justificar la intervención de todos o parte de los datos que el sistema aporta.

Aunque hay que concluir que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la utilización del sistema SITEL para la intervención de las comunicaciones está abalada casi de forma absoluta, no es menos cierto que la motivación exhaustiva del auto de intervención telefónica, especificando cada uno de los detalles y datos que afecten al caso en concreto que se esté investigando; parece evidente que dicho mecanismo cumple con las exigencias de todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales. Es cierto, que la doctrina del Supremo se ha posicionado a favor del sistema, justificando en todo momento que SITEL no vulnera las exigencias marcadas por el artículo 18 CE, la jurisprudencia de los altos tribunales españoles ni la doctrina del TEDH, pero en ocasiones se ha visto duramente criticado con la argumentación de que la restricción de los derechos fundamentales no puede limitarse a la posibilidad establecida en una Ley, sino que debe existir necesariamente una autorización judicial motivada que defina los términos y límites de la injerencia del Estado en el secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18.3 CE.

3.2.13.5. Hallazgos casuales

Tal vez hasta ahora, no ha definido de forma concreta el llamado "*principio de especialidad*" que afecta a la intervención de las comunicaciones. No obstante, se ha señalado con suficiencia que el delito o delitos investigados deben quedar patentes tanto en la solicitud, como en el auto que acuerda la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Pues bien, el **principio de especialidad** significa que únicamente los delitos señalados en la resolución judicial pueden ser investigados, pues para su investigación se solicita la intervención, sin que dicho auto sea válido para la investigación de otros delitos.

³⁹⁸ Vid. Voto Particular que formula el Excm. Sr. Manuel Marchena Gómez que plantea sobre la STS 316/2011, de 6 abril.

Así lo dice la jurisprudencia³⁹⁹ más acreditada: *“Especialidad; principio que significa que no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos y que “no es correcto extender autorización prácticamente en blanco”.*

Debido a esto, surge, en ocasiones, la necesidad de ampliar el auto de intervención telefónica a otros delitos que *“casualmente”* son descubiertos cuando se investiga el delito para el cual se ha adoptado la medida de intervención telefónica.

Estos delitos, ya sean conexos o inconexos con el delito investigado, no quedan amparados por el auto de intervención y, por lo tanto, la medida de investigación no podrá ser llevada a juicio, salvo que la Policía Judicial solicite del Juez competente la ampliación del auto para los nuevos tipos delictivos descubiertos y éste considere necesario y proporcional la misma.

En definitiva, **hallazgo causal o inevitable** se refiere a los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación para la que se ha autorizado la medida y/o afecta a personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención.⁴⁰⁰

La clasificación de estos hallazgos, pasan por diferenciar el ámbito objetivo y el subjetivo:

- Conocimientos casuales sobre hechos delictivos del imputado que no son objeto de investigación, esto es la aparición de un delito distinto a aquél por el que se inició la investigación.
- Implicación de una tercera persona ajena a la investigación relacionada directamente con el hecho delictivo objeto de la investigación o en un delito diferente a éste.

La jurisprudencia ha ido evolucionando en relación a los *“hallazgos casuales”*. En un primer momento se determinó la absoluta nulidad en el llamado caso *“nasseiro”*⁴⁰¹ en el que se descubrieron hechos relacionados con un delito de

³⁹⁹ Vid STS Núm. 792/2007, de 30 de mayo, que cita a la STS Núm. 276/96, de 2 de abril.

⁴⁰⁰ LOPEZ-FRAGOSO ÁLVARES, t. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, ob. Cit. Págs. 67 y 68.

⁴⁰¹ Vid. Auto TS de 18 de junio de 1992.

cohecho cuando la intervención estaba autorizada para la investigación de un delito de tráfico de drogas.

En segundo término, la jurisprudencia del Tribunal Supremo empezó a sostener, para no anular todo el proceso de intervención telefónica, que aunque lo más correcto sería decretar la ampliación de la autorización judicial, ello no empece a que el hallazgo casual sirva de "*noticia criminis*" para iniciar una nueva línea de investigación criminal.⁴⁰²

Posteriormente, se empezó a aplicar el criterio jurisprudencial⁴⁰³ que perduró en el tiempo mediante el cual se podía abrir una nueva línea de investigación sobre el hecho descubierto casualmente, ya que no puede renunciarse a su investigación aunque para ello es preciso una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente a la primera.

Por último, la última jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁰⁴ sobre los hallazgos casuales consideran completamente válida la investigación de los nuevos hechos aparecidos siempre y cuando se acuerde la ampliación del auto de intervención para su investigación con los delitos investigados, bien se dicte un auto para el inicio de una nueva investigación independiente.

En resumen, cuando la Policía Judicial en ejecución de una intervención telefónica descubra indicios de hechos delictivos ajenos a la investigación que llevan a cabo o personas diferentes de la investigación, debe poner los mismos en conocimiento del Juez de Instrucción competente con objeto de que el mismo decida sobre la ampliación del auto de intervención y la continuación de la investigación por la misma Unidad de Policía Judicial o dictar un nuevo auto judicial para iniciar una investigación independiente que puede ser adjudicada a dicha Unidad u a otra según el criterio de la Autoridad Judicial.

El primero de los casos se adoptará cuando estos descubrimientos ocasionales tienen conexión (artículo 17 LECrim.) con los que son objeto del procedimiento instructorio y, la segunda solución se determinará cuando los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y debido a la gravedad penal precisen una intervención telefónica, se estimarán como mera *notitia criminis* deduciéndose testimonio para

⁴⁰² Vid. SSTS de 31 de octubre de 1996 y de 19 de enero de 1998.

⁴⁰³ Vid. STS de 7 de marzo de 1998 y, en el mismo sentido, la STS de 26 de marzo de 2000.

⁴⁰⁴ Vid. SSTS 17 de julio de 2006, 20 de noviembre de 2006.

que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.

Esta es la doctrina seguida por la STS Número 25/2008 de 29 de enero en la que se afirma:

- a. *“Si los hechos descubiertos tienen conexión (artículo 17 LECrim.) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente, de prueba.*
- b. *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 noticia 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 definitiva, en virtud del principio de especialidad, únicamente se puede intervenir en relación al delito investigado, pero esto no quiere decir que los hallazgos casuales no deban provocar ninguna actuación de la Policía Judicial. Todo lo contrario, como *noticia criminis* casualmente descubierta en una actuación con otro fin, puede y debe investigarse pues de lo contrario podrían quedar impunes hechos delictivos de naturaleza grave.⁴⁰⁵

3.2.13.6. Identificación de la Voz

En ocasiones es necesaria la identificación del procesado que ha sido sometido a una intervención telefónica y, por ello se le puede someter a un proceso de rueda de voces o identificación de la voz. Consiste en el reconocimiento de la voz, pero hay que distinguir dos situaciones diferentes.

En caso, de que no se hubiera registrado la voz del presunto delincuente en una grabación hay que tomar con cautela el reconocimiento, porque comparado con el de la vista, el sentido del oído es poco fiable para distinguir a una persona de otra, salvo en casos puntuales que tienen el sentido del oído muy desarrollado, como en el caso de los ciegos de nacimiento. Por eso, la jurisprudencia lo tiene por

⁴⁰⁵ Vid. SSTS Núm. 940/2011, de 27 de septiembre y Núm. 818/2011, de 21 de julio y SSTC Núm. 47/98, de 24 de febrero, Núm. 239/99, de 20 de diciembre y ATC Núm. 400/2004, de 27 de octubre.

un elemento subsidiario a la identificación del imputado por rasgos corporales físicos como los que hemos visto antes.

Si se ha registrado en un soporte físico, la grabación de la voz podría ser cotejada por medios periciales técnicos con la voz del imputado, lo que permitiría con mucha precisión determinar la fuente de la voz.

Esta clase de pericias en la actualidad están en desuso pues el sistema SITEL graba a los intervinientes de una comunicación por canales distintos, de forma que se pueden identificar fácilmente, el autor de la llamada y el receptor de la misma.

3.2.13.7. Destrucción de grabaciones:

Una vez terminada la causa, debe tenerse presente que como ha declarado el TS:

“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.”⁴⁰⁶

El Supremo ordena de esta forma la destrucción de grabaciones originales de SITEL para evitar que se reutilicen sus datos, ordenando a los tribunales que acuerden de oficio la destrucción de las grabaciones originales obtenidas en las investigaciones criminales, para evitar que los datos en el sistema grabados puedan ser utilizados para investigaciones diferentes.

Los señores Fiscales deberán velar porque se destruyan en ejecución de sentencia las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Vid. STS nº 565/2011, de 6 de junio.

⁴⁰⁷ Circular FGE Núm. 1/2013, Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

3.2.14. Actuación del Juez de Instrucción.

El Juez, como se ha dicho en otras ocasiones, al recibir una solicitud de intervención telefónica, ha de examinar si en el caso concreto se dan los principios necesarios para la adopción de esta modalidad de intervención de las comunicaciones:

1º Exclusividad Jurisdiccional.

2º Principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida

3º Procedimiento legalmente establecido para su adopción

4º El deber de motivación

Una vez que decida la oportunidad y legalidad de la medida, deberá dictar un auto, cuyo contenido ha sido definido en el artículo 588 bis c. de la LECrim introducido en el texto rituario por la Ley Orgánica 13/2015:

“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.”

Consideración importante a tener en cuenta es que la jurisprudencia ha aceptado como complemento e integración de la resolución judicial, la remisión explícita a las razones expuestas por la Policía en su solicitud. Particularmente grafico es el caso de nulidad de un auto de intervención telefónica que remitió al oficio policial carente de dato o indicio alguno concreto sobre la actividad de

tráfico de drogas, haciendo referencia exclusivamente a sospechas no fundadas sobre la existencia de tal delito.

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. El Juez no tiene obligación de precisar los sistemas técnicos o los medios electrónicos a emplear por la Policía Judicial en la ejecución de la medida, por ser cuestiones ajenas y propias de los especialistas policiales, por lo que debe ser la Policía Judicial quien consigne en dicha solicitud a través de que técnica se va a proceder a la intervención.⁴⁰⁸

Las medidas de intervención de las comunicaciones tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, no podrá durar más de tres meses, pudiéndose prorrogar por periodos sucesivos hasta un máximo de dieciocho meses⁴⁰⁹.

El acuerdo de prórroga debe ser adoptado por medio de auto motivado, por el Juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron o, mejor dicho, la proporcionalidad y la necesidad de la intervención.

La fundamentación de la resolución “*de prórroga*” debe ser propia, sin posibilidad de remitirse a la fundamentación inicial de la medida, evitándose así aquéllas que sean indiscriminadas.

Tanto la motivación para el acuerdo y para la prórroga de la intervención telefónica siguen los criterios generales establecidos para toda clase de intervención a los cuales debemos remitirnos para realizar un conocimiento más profundo de este asunto crítico para la validez de la intervención telefónica.

No obstante, se debe recordar que la **solicitud de prórroga** se dirigirá por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial al Juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso:

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

⁴⁰⁸ En la actualidad a través del SITEL, vid. STS nº 1563/2004, de 24 de enero.

⁴⁰⁹ Vid. Artículo 588 ter g. LECrim.

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.

Pero la intervención del Juez de Instrucción no se limita a la toma del acuerdo y las consabidas prórrogas. Todo lo contrario, el control de la intervención telefónica debe ser continúa y tan exhaustiva y frecuente como el propio Juez dictamine. Para ello, en el acuerdo de adopción ordenará a la Policía Judicial encargada de la ejecución de la intervención que le dé cuenta con la periodicidad que determine con independencia de que, como director de la investigación, pueda solicitar información en cualquier momento.

Así se establece en el artículo 588 ter f. LECrim que dispone *“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 ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.”*

Este requisito es trascendente desde el punto de vista constitucional y no, meramente, de legalidad ordinaria. Así lo ha establecido de forma reiterada y pacífica la Jurisprudencia.⁴¹⁰

Cierto es que hasta la redacción del transcrito artículo la jurisprudencia española evolucionó desde la exigencia de un control férreo y continuo de la intervención telefónica. Tanto es así, que las sentencias exigían la remisión literal de las transcripciones conversaciones intervenidas. Esto llevaba una inoperatividad absoluta a las Unidades de Policía Judicial que se veían obligadas, a transcribir manualmente dichas conversaciones, ya que el sistema de grabación no permitía entonces la transcripción automática.⁴¹¹

Aunque en el polo casi opuesto se situaban otras resoluciones del propio Tribunal Supremo que entendía que no era preciso la remisión de *“todas”* las transcripciones de las conversaciones intervenidas, sino que era suficiente con las

⁴¹⁰ Vid. STC núm. 49/1996 de 26 de marzo, 49/1999 de 5 de abril y 166/1999 de 27 de septiembre.

⁴¹¹ Vid. STS de 12 de abril de 1997.

que la Policía Judicial hubiera identificado como “*policialmente relevantes*”, en la denominación que la unidad policial utiliza.⁴¹²

Lo que se exige es un control judicial doble; por un lado, exige que el Juez conozca el alcance de las conversaciones, su incidencia en el delito que se investiga, la necesidad de su prórroga y, en su caso, el cese de las mismas; por otro, el Secretario Judicial, bajo su fe, advera las transcripciones policiales, autenticando su literalidad o correspondencia con las cintas originales.⁴¹³

Hubo también alguna Sentencia que admitiendo que al proceso podrían seleccionarse las conversaciones relevantes para la investigación, afirmó que esta “*selección*” debe realizarla el Juez de Instrucción y no la Policía Judicial⁴¹⁴. Lo cual llevó a un nuevo problema operativo de tipo práctico, pues aunque el Juez de Instrucción es el Director de la causa, la Policía Judicial es quien ejecuta la medida y para quien es fácil seleccionar las conversaciones según se van produciendo. Dejarlo a la competencia del Juez exigiría la escucha de “*todas*” las conversaciones, posibilidad que siempre tiene en casos concretos que lo requieran. Posteriormente, el Tribunal Constitucional validó la competencia de la Policía Judicial para realizar las selecciones interesantes para la investigación⁴¹⁵, pues ello no quiere decir que la Autoridad Judicial no llevara el “*control de la medida*” exigido.

Por lo tanto, “*No constituyen una vulneración del secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de las intervenciones telefónicas practicadas*”, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios⁴¹⁶ que podrán desplegarse de conformidad con los principios constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha establecido en numerosas sentencias que “*al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia*”⁴¹⁷. La prohibición de la admisión de la prueba, llamada

⁴¹² Vid. STS de 22 de enero de 1996.

⁴¹³ Vid. STS núm. 1911/2000 de 12 diciembre.

⁴¹⁴ Vid. STS de 11 de octubre de 1994.

⁴¹⁵ Vid. STC Núm. 166/1999 de 27 de septiembre.

⁴¹⁶ Vid. SSTC 121/1998, 151/1998, 49/1999, 202/2001 y STS de 17 de diciembre de 2002.

⁴¹⁷ Vid. STC 138/2001, de 17 de julio y otras en ella citadas.

“prohibida” viene derivada directamente de la Constitución española en derechos tan fundamentales como “a un proceso con todas las garantías” y a la “igualdad de partes”⁴¹⁸.

Pero como acertadamente afirma SOLÍS NAVARRO, “una cosa es que la prueba sea totalmente nula y otra muy distinta que sea irregular. Respecto a ésta puede decirse que lo que se pretendía probar con la prueba irregular puede ser probado por otros medios, sin entrar, por consiguiente, en la nulidad total de la misma”⁴¹⁹.

Si se declara prohibida, la consecuencia necesaria es la imposibilidad de admitir como prueba en el juicio oral el contenido de las conversaciones intervenidas, ni mediante la escucha de las grabaciones, ni mediante la lectura de las transcripciones ni mediante la declaración testifical de los agentes⁴²⁰. En ocasiones, como se ha expuesto, habrá que llegar, además, a la imposibilidad de valoración de todo lo actuado y derivado de la prueba declarada prohibida.

La medida que el Tribunal Constitucional ha establecido para determinar si las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas se pueden valorar es la llamada “conexión de antijuridicidad”⁴²¹.

Viene a constituirse, esta teoría como una tabla de salvamento de las pruebas que aunque derivan, directa o indirectamente, de la prueba ilegalmente obtenida, pueden desconectarse de ellas por entenderse que, desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate, no guardan relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo. Esto es, tienen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, por lo que su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia es, desde esta perspectiva, indiscutible.

En estos supuestos, lo que se plantea es la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 81/1998 se examinó una de estas situaciones:

⁴¹⁸ Vid. STC 50/2000, de 28 de febrero.

⁴¹⁹ SOLÍS NAVARRO y OTROS; Estudio de las Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal (Ob. Cit.), pág. 120.

⁴²⁰ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril.

⁴²¹ Vid. SSTC Núms.11/1981, 81/1998, 49/1999 y 94/1999.

“(...) En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible (...)”

El Tribunal Constitucional declara que para concluir que la prohibición de la valoración de las pruebas reflejas habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que hace que la ilegitimidad constitucional de las primeras afecta a las segundas. Esto es, precisamente, lo que se ha llamado la Teoría de la *Conexión o Desconexión de Antijuridicidad*.

Existe dicha conexión de antijuridicidad, y por lo tanto no se podrán valorar las pruebas, cuando la prueba derivada lícita es fruto del árbol envenenado tiene una relación causal, es decir la segunda se ha obtenido de la primera.

En caso contrario, si las pruebas de cargo se hallan naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, pero son jurídicamente independientes de él; la consecuencia debe ser reconocerlas como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia.⁴²²

En el caso de la interceptación telefónica, el Tribunal Constitucional ha establecido que esta teoría puede aplicarse⁴²³: *“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunidades exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues 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*

⁴²² Vid. SSTC Núms. 86/1995 y 54/1996.

⁴²³ Vid. STC 11/1981 y 81/1998 de 2 abril.

constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”

Esta Teoría de la desconexión de la Antijuridicidad ha sido aplicada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional⁴²⁴ y por el Tribunal Supremo, en este sentido STS 9/2004, de 19 de enero: *“Como regla general, a la segunda prueba (prueba refleja) ha de extenderse la inconstitucionalidad de la primera con la consecuencia de no poder valorarse como medio de prueba, siempre que exista una conexión natural o relación de causalidad entre ambas”*.

Y en palabras del Tribunal Constitucional: *“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues 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 aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”*⁴²⁵.

Corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios la determinación de la pertinencia o impertinencia de las pruebas cuestionadas, en tanto que el control por parte del Tribunal Constitucional ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo.⁴²⁶

3.2.15. El deber de colaboración de las empresas.

En el proceso de intervención de las comunicaciones, se precisa la colaboración de las empresas que se destinan a la prestación de los servicios relacionados con las comunicaciones. Hasta el año 2015 la legislación española no

⁴²⁴ Vid. SSTC Núms. 49/1999, 94/1999, 166/1999 y 171/1999.

⁴²⁵ Vid. 81/1998 de 2 abril.

⁴²⁶ Vid SSTC Núms. 119/1989 de 3 de julio y 139/1999, de 22 de julio.

contemplaba de una forma expresa el “*deber de colaboración*” que tienen estos llamados “*operadores de servicios de las comunicaciones electrónicas*”⁴²⁷ con la finalidad de llevar a cabo las interceptaciones necesarias en el transcurso de una investigación penal.

Por eso, la LO 13/2015 ha venido a cubrir un hueco legislativo que, a la postre es fundamental para que este proceso de intervención se pueda llevar a cabo de la forma más eficiente posible. Para ello, se ha introducido un nuevo artículo en la LECrim, el 588 ter e, en el que se establece, sin ningún tipo de dudas 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*”.

Y por si eso no fuera poco, les obliga a guardar el secreto necesario acerca de las actividades requeridas por las autoridades, estableciendo que si no lo hacen podrán incurrir en delito de desobediencia a la Autoridad.

En este caso la LO 13/2015 regula lo que durante mucho tiempo ha sido el “*punto débil*” de las intervenciones de las comunicaciones, en general y de las telefónicas en particular. Esto es la obligación que recae sobre las compañías prestadoras de servicios de colaborar con la justicia española.

Cierto es que cuando estas compañías obligadas a llevar a cabo la medida y que se definen en la LECrim como “*el sujeto obligado que llevará a cabo la medida*”, estos son “*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*”,⁴²⁸ se encuentran en territorio español, es sencillo la compulsión con objeto

⁴²⁷ Vid. Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁴²⁸ Vid. Artículo 588 ter e. LECrim y definidas en el artículo 2 b) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 como “*cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información*”.

de que lleven a cabo las actuaciones necesarias para que la Policía Judicial lleve a cabo la intervención de que se trate. Pero no es menos cierto, que cuando estas compañías se encuentran *allende* nuestras fronteras, la capacidad de obligación requiere de la colaboración del Estado receptor de la orden judicial.

De una u otra forma, lo que ha venido a establecer la regulación del procedimiento de intervención de las comunicaciones es el deber de colaboración y la obligación de guardar secreto de estos sujetos obligados, puesto que si no lo hacen podrán cometer el delito de desobediencia.⁴²⁹

3.2.16. La conservación de los datos asociados, especial referencia a la jurisprudencia del tribunal de derechos humanos

El TJUE dictó sentencia de 21 de diciembre de 2016 sobre la interpretación del artículo 15.1 de la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

En la citada sentencia el TJUE ha declarado que las legislaciones internas de los estados miembros que obligan a los operadores a conservar, de manera generalizada e indiferenciada, todos los datos de tráfico y localización de todos los abonados y usuarios, aunque su finalidad sea la de luchar contra la delincuencia, es contraria a la Directiva 2002/58/CE. No obstante, continúa, la lucha contra la delincuencia grave es un motivo válido para conservar los datos de tráfico y localización de determinadas personas, pero no de manera generalizada como se viene haciendo, sino de manera excepcional y limitada.

En definitiva, según la STJUE de 21 de diciembre de 2016, la conservación de los anteriores datos del tráfico de una comunicación electrónica, supone una vulneración especialmente grave de los Derechos al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones y a la protección de los datos de carácter personal establecidos en los artículos 7 y 8, respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, el TJUE ha declarado que la lucha contra la delincuencia grave es un motivo válido para conservar los datos de tráfico y localización de

⁴²⁹ Vid. Artículo 588 ter e. LECrim.

determinadas personas, pero no de manera generalizada como se viene haciendo, sino de manera excepcional y limitada.

Habría que esperar un cierto tiempo para determinar el alcance de esta sentencia en las legislaciones de los países miembros, pero es indudable que si se lleva a cabo de una forma extensiva se podrían perder gran parte de las herramientas de investigación que, en la actualidad, se disponen para la lucha contra la delincuencia grave, en general y, en particular, contra los delitos de terrorismo.

En la actualidad, la legislación española que establece la obligación de las compañías prestadoras de servicios de conservar los datos asociados a una comunicación es la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones que establece desde quienes son los “*sujetos obligados*” y cuáles son los datos que se deben conservar, hasta el proceso y tiempo máximo de conservación de dichos datos.

Los datos que deben conservarse por los operadores, según la Ley 25/2007, son los siguientes:

- **Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:**
 - Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: Número de teléfono de llamada, nombre y dirección del abonado o usuario registrado.
 - Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: La identificación de usuario asignada, la identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía, 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.
- **Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:**
 - Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: 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 y los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.

- Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet: La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet, los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación
- **Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:**
 - 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.
 - Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: 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, 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.
- **Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación:**
 - 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).
 - Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado.

- **Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:**
 - Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.
 - Con respecto a la telefonía móvil: Los números de teléfono de origen y destino, la identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada, la identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada, la IMSI de la parte que recibe la llamada, la IMEI de la parte que recibe la llamada y, además, 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.
 - Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números, la línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.
- **Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:**
 - La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.
 - Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

Cualquier otro dato que revele el contenido de la comunicación no podrá conservarse en virtud de lo establecido en el artículo 18.3 de la CE y de la Ley 25/2007.

Las garantías que deben regir el acceso a los datos retenidos se encuentran previstas legalmente en la LECrim, las cuales se están analizando convenientemente y con respecto a las cuales la STJUE no plantea ningún problema. Sin embargo, la problemática que plantea la Sentencia del TJUE dictó sentencia de 21 de diciembre de 2016, es que si no se pueden conservar los datos

de tráfico adjuntos a las comunicaciones electrónicas, mal se van a poder proceder a su intervención, pues estos resultarán inexistentes para entonces.

La sociedad, con sus responsables políticos a la cabeza, no pueden permitir que esto ocurra, pues de otro modo, delitos *“muy graves”* podrían quedar impunes o, al menos se dificultaría en gran medida su investigación. Pongámonos en el caso del atentado del 11M de Madrid, si los datos de las comunicaciones realizadas por sus autores no hubieran sido conservados por las compañías telefónicas, quien sabe si se les hubiera podido detener con tanta premura como se hizo.

La citada Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, contempla dos garantías básicas respecto la retención de datos de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional:⁴³⁰

- Que sean datos exclusivamente vinculados a la comunicación, sea telefónica o internet, pero no reveladores del contenido de ésta.
- Que la cesión de tales datos que afectan a una comunicación o comunicaciones concreta, exigirá siempre la autorización judicial previa. De ahí que el tema del acceso podamos considerarlo positivamente planteado desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales.

Por lo que la legislación española podría estar de acuerdo con la nueva doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, se destaca la necesidad de que pese a que la retención de datos se regule en las legislaciones nacionales, haya una respuesta común entre los Estados miembros a fin de no debilitar el valor indudable que tiene la retención de datos desde la perspectiva de la lucha contra la delincuencia y la defensa de la seguridad.

No obstante, en la medida de que trascurra más tiempo desde la STJUE de 21 de diciembre de 2016, se podrán analizar las consecuencias sobre las legislaciones de los países de la UE y buscar soluciones prácticas para que se respete lo establecido en la misma y la necesaria disponibilidad de los datos para las Unidades de Investigación e Inteligencia. Ello puede pasar por separar los datos estrictamente de la comunicación de aquellos propios de quien interviene

⁴³⁰ Ver exposición de motivos de la Ley 25/2007.

en la misma *“una especie de anonimización en origen”* que pudiera dar lugar a la reconstrucción de todos los datos solamente *“a posteriori”*, una vez autorizado el acceso judicialmente.

CAPÍTULO III: LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS

3.3.1. Concepto y presupuestos:

Las posibilidades ordinarias de investigación llegan, en ocasiones, hasta unos límites que impedirían profundizar en la misma, precisando, en esos casos, de las correspondientes habilitaciones judiciales para poder ir más allá, restringiéndose determinados Derechos Fundamentales de los investigados como medida necesaria para la investigación de delitos graves.

El estado de la técnica permite, desde hace tiempo, que estas conversaciones sean interceptadas, grabadas y escuchadas por los investigadores. Sin embargo, hasta la publicación de las LO 13/2015 que introdujo los artículos 588 quater a, b, c, d y e en la LECrim, no se tuvo en España una regulación legal sobre estos medios de investigación.

Se puede decir que la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos es la diligencia de investigación que realiza la Policía Judicial mediante la cual interviene las conversaciones de los investigados en cualquier lugar donde se encuentre, ya sea lugar público o privado.

Estas medidas de investigación están reguladas en el capítulo VI del Título VII de la LECrim y vienen definidas en el nuevo artículo 588 quater a) que indica que puede acordarse *“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. Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado”*.

Esta última aclaración, denota que el legislador no ha querido dejar fuera ningún lugar de la posibilidad de utilización de este medio de investigación, ni siquiera el interior del domicilio o en algún espacio donde se ejerce la privacidad de un investigado. Eso sí, cuando se requiera la utilización de medios técnicos en el interior de domicilios exige la LECrim que el auto de autorización deberán contener una motivación *“extra”* de dicha necesidad.

Por último, la escucha de las conversaciones puede requerir la grabación sincrónica o no de imágenes, en cuyo caso la autorización judicial también deberá contener esta posibilidad para llevarla a cabo de forma legal.

La actuación en esta diligencia supone una novedad digna de consignación, pues hasta la fecha la grabación de las imágenes y sonidos en los lugares públicos por la Policía Judicial a fines de investigación penal no requería autorización judicial, si no que se realizaba en base a la obligación genérica del artículo 282 de la LECrim.⁴³¹

De una u otra forma, la legislación que regula este medio de investigación pone el acento en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y no en el mecanismo empleado o el mayor o menor avance de la técnica que permita tales grabaciones con mayor o menor intrusión en otros derechos. Por ello, se aplican también a esta medida los preceptos generales revisados en puntos anteriores y regulados en los artículos 588 bis a, b, c, d, e, f, g, h, j y k de la LECrim.

De ellos hay que recordar como más importantes los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Este medio de investigación se puede utilizar cuando 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 y siempre que se den los siguientes requisitos:

“a) Que 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.

b) 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.”

⁴³¹ Vid. SSTS 299/2006, 17 marzo, 1733/2002, 14 octubre y 180/2012, 14 marzo.

Ahora bien, que esta medida de investigación no estuviera regulada en la LECrim, no quiere decir que la Policía Judicial no la utilizara en sus investigaciones. Los Jueces de Instrucción, a falta de previsión legal, autorizaba esta clase de intervención, aplicando, por analogía, el artículo 579 de la LECrim que regulaba las interceptaciones telefónicas y telegráficas, y su validez venía siendo confirmada tanto por la jurisprudencia del Supremo, como del Constitucional.

Sin embargo, en el año 2014 el Tribunal Constitucional⁴³² cambió drásticamente la línea marcada hasta ese momento con ocasión de analizar un recurso de casación contra una sentencia que condenaba por homicidio a un ciudadano. Las conclusiones de la citada sentencia que anuló la condena por homicidio fueron que la regulación de las intervenciones de comunicaciones telefónicas prevista en la LECrim no era asimilable a las grabaciones de otras conversaciones entre particulares por lo que **carecían de toda cobertura legal**.

Esto sucedió, en un caso en el que la conversación de un detenido en calabozos policiales fue grabada y llevada al proceso penal donde finalmente se constituyó en prueba determinante para la condena por homicidio al procesado.

El Tribunal Constitucional, anuló la prueba obtenida, por considerar que no se daban los requisitos esenciales para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En particular, tal y como se había establecido en numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁴³³ esta clase de investigación y prueba adolecía de uno de los requisitos fundamentales, esto es, **la previsión legal**, como único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de tales derechos y libertades.

En palabras del Constitucional: *“Esa reserva de ley a la que, con carácter general, somete la Constitución la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, también el del artículo 18.3 CE, desempeña una doble función; a saber: 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,*

⁴³² Vid. STC Núm. 145/2014 de 22 de septiembre de 2014.

⁴³³ Vid. SSTEDH Khan contra Reino Unido de 12.5.2000 y P.G y J.H. contra Reino Unido de 25.9.2001.

en puridad, la vinculación al precedente, constituye, adicionalmente, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas (STC 233/2005, de 26 de septiembre)”.

No estamos por lo tanto ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de ley. Y es que el artículo 579.2 LECrim se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención, como las que aquí resultan controvertidas; ámbito que por su particularidad debe venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida autonomía y singularidad normativa.”

Este caso, sin duda, fue uno de los que provocó que el legislador incluyera en la LO 13/2015 la regulación de la grabación de las conversaciones, tanto en espacios públicos como en privados y que no se produjeran casos tan lamentables como el relatado por inacción de la administración.

3.3.2- Autorización judicial:

Como se ha dicho, la utilización de dispositivos para la grabación de las conversaciones personales está sometida siempre a autorización judicial que deberá contener mención concreta al lugar o dependencias donde se vaya a producir, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

Además, se ha recordar que como cualquier otra autorización de interceptación de las comunicaciones deberá contener:⁴³⁴

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. LECrim.

⁴³⁴ Vid. Artículo 588 bis c) LECrim.

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.

Una vez autorizada la medida debe ser sometida a seguimiento de la Autoridad Judicial que autorizó la misma. De esta forma la Unidad de Policía Judicial que ejecuta la grabación autorizada debe dar cuenta de forma periódica y en la forma que se indique en el propio auto de autorización, de los resultados obtenidos.

La Policía Judicial aportará para este fin el soporte original o copia electrónica de las grabaciones, con la imagen en su caso, con la selección y transcripción de las conversaciones relevantes para la investigación.

Además, se deben consignar todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida, requisito que no es mencionado en ninguna otra clase de intervención de las comunicaciones.⁴³⁵ Aunque desde el punto de vista de la credibilidad en la práctica de la prueba es oportuno que se realice en todas las diligencias, en general y, en particular, en las relacionadas con la intervención de las comunicaciones. Es lo que en el ámbito de la prueba se suele llamar la “cadena de custodia” que no es otra cosa que constatar la intervención en la grabación desde el inicio hasta su entrega en el Juzgado.

Por último, no se ha de dejar en el tintero que la resolución judicial que autoriza esta clase de investigación, declara de forma automática el “secreto de las actuaciones” sin necesidad de hacerlo de forma expresa, en el entendimiento que la eficacia de la investigación pasa de forma necesaria por el “desconocimiento de las partes investigadas”. Como en el resto de las medidas de investigación reguladas por los artículos 588 y siguientes de la LECrim el secreto no afectará al Ministerio Fiscal y finalizará a la conclusión del sumario, cuando lo actuado se deberá poner

⁴³⁵ Vid. Art 588 quater d LECrim.

de manifiesto a todas las partes afectadas, en particular de las acusadas, con objeto de ejercer su “*derecho a la defensa*”.

Una vez cesada la medida o realizados los encuentros a los que se refiere la autorización judicial no se podrán realizar grabaciones de las conversaciones, requiriéndose nueva autorización para otras grabaciones.⁴³⁶

Es oportuno, recordar que la medida de investigación de grabación de la imagen y el sonido de unos determinados investigados que hemos definido es distinta a la captación de imágenes en lugares y espacios públicos regulada la LO 4/1997, de 4 de agosto, que autoriza **la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos** y el Real Decreto 596/1999 de 16 de abril que la desarrolla.

El artículo 1.1 de la LO 4/1997 autoriza a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad filmen y graben mediante videocámaras lo que ocurre en lugares públicos. Pero esta posibilidad no tiene la finalidad de investigar un hecho delictivo concreto, sino que su objetivo es proteger la seguridad ciudadana, erradicar la violencia callejera y garantizar la seguridad pública. No obstante, si se graba un hecho delictivo, puede convertirse en un acto de investigación iniciador de un proceso penal. En ese momento, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen la obligación de poner en conocimiento del Juez competente los hechos y acompañar la grabación original, para lo que tienen un plazo máximo de setenta y dos horas.⁴³⁷

Al igual que se ha dicho para los registros provenientes de las interceptaciones de las comunicaciones en general, esta obligación es aplicable a las grabaciones que se realicen de las conversaciones del investigado en lugares públicos o privados.

Esta previsión contenida en el artículo 588 bis k) de la LECrim como norma general, obliga a la finalización del procedimiento al borrado y eliminación de las grabaciones originales.

El Letrado de la Administración de la Justicia podrá conservar por un plazo máximo de cinco años contados desde la ejecución, la prescripción del delito o la

⁴³⁶ Vid. Artículo 588 quater e LECrim.

⁴³⁷ Vid. Artículo 7 LO 4/1997 y 19.1 RD 596/1999.

pena, sobreseimiento libre o la absolución firme “*siempre que el Tribunal no estime necesaria la conservación*”

Esta medida, permitirá a las FYCS la desocupación de los espacios en sus servidores permanentemente ampliados, principalmente por el espacio ocupado por las intervenciones telefónicas.

El artículo 588 quinquies c en relación con el bis h) hace referencia a la posibilidad de que esta medida de investigación se realice a pesar de que **afecte a terceras personas**. Entendidas estas como diferentes de las personas investigadas. Para ello, el Auto de autorización deberá incluir una motivación de esa necesidad. El motivo no puede ser otro que la imposibilidad de no afectar a terceros a riesgo de perder la oportunidad de conseguir las evidencias que se están buscando o que existan indicios de que esas terceras personas también pueden estar interviniendo en los hechos investigados.

Puede ocurrir en el proceso de captación y grabación de estas conversaciones que se obtengan evidencias de hechos diferentes a la investigación abierta. En este caso se debe acudir a las reglas generales del “*hallazgo casual*” estudiado en la interceptación de las comunicaciones.⁴³⁸

De esta forma, la Autoridad Judicial debe recibir noticia de este nuevo descubrimiento para ampliar el auto de captación y grabación de las conversaciones de los investigados o dictar uno nuevo para el caso de que se considere competente para conocer del nuevo o nuevos hechos delictivos. Obviamente, para el caso de que entienda que no es competente deberá remitir la *noticia criminis* al Juzgado o Tribunal competente a los efectos apuntados.

3.3.3. Derechos fundamentales afectados

El legislador ha considerado que en las medidas de investigación tecnológica que ha introducido en la LECrim se ven afectados derechos fundamentales de los ciudadanos dignos de protección, tanto es así, que en la inmensa mayoría de los casos se ha exigido la intervención judicial para su restricción y utilización.

⁴³⁸ Vid. Art 588 bis i) LECrim.

Como en el resto de las medidas de investigación reguladas en los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X de la LECrim el derecho fundamental protegido en la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos es, en principio el **Secreto a las Comunicaciones personales** contenido en el artículo 18.3 de la Constitución Española.

Efectivamente, en el supuesto regulado en el artículo 588 quater a) y siguientes se está protegiendo, en principio la conversación "*directa*" que unos ciudadanos está llevando a cabo en un lugar público o privado.

Ahora bien, en este caso, también tenemos tener en consideración el derecho fundamental al **derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**, pues el propio artículo establece la posibilidad de la grabación de imágenes junto con el sonido de las conversaciones que se lleven a cabo.

Además como esta diligencia se puede acordar para su realización en espacios públicos o privados, cuando se trata de estos últimos, el derecho a la **inviolabilidad de domicilio** de las personas físicas o jurídicas puede entrar en juego⁴³⁹, tanto es así que la propia regulación ha establecido que se realicen una motivación extra cuando las grabaciones se deben realizar en estos espacios donde la intimidad tiene un grado de protección superior.

En este caso además, se pueden ver afectados el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

3.3.4. Actuación de la Policía Judicial:

El art 588 quater a) LECrim prevé que para la 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 se precisa autorización judicial. Igualmente, dicha autorización debe incluir expresamente en la resolución judicial, la posibilidad de obtener imágenes al unísono de la grabación oral.

Hasta la publicación de la LO 13/2015, en aplicación del 282 LECrim⁴⁴⁰ permitía a la Policía Judicial a efectuar diligencias necesarias para comprobar

⁴³⁹ Vid. Artículo 18.2 CE.

⁴⁴⁰ También hay que tener presente lo establecido en la LO 4/1997 de utilización de videocámaras por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

delitos y sus autores, entre las que se consideraba “no ilegítima”, lo que podía incluir a las grabaciones efectuadas en lugares públicos. Solo cuando se trataba de grabaciones en espacios privados exigía autorización judicial habilitante. Esta previsión expresa del art 588 quater de la LECrim de autorización judicial deja sin efecto la posibilidad que se da a la Policía Judicial de grabar sonidos e imágenes⁴⁴¹ en espacios públicos.

Por lo tanto, a partir de la publicación de la LO 13/2015 y, aunque la Carta Magna no lo exige, cuando la Policía Judicial quiera realizar esta clase de investigación debe solicitar la autorización judicial para llevarla a cabo, con independencia que el lugar donde se pretende grabar sea público o privado.

Las unidades de Policía Judicial deben cambiar su forma de actuación en relación con este medio de investigación. Al menos, cuando se trata de utilizarlo en los lugares públicos. Pues si antes de la reforma de la LECrim realizada por la LO 13/2015, la Policía Judicial podía y debía constatar mediante los medios a su alcance (entre los que podía estar la grabación de conversaciones) los hechos delictivos que estaba investigando, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, deberá solicitar autorización judicial para proceder a la grabación de conversaciones de investigados.

Pero la actuación de la Policía Judicial no debe quedar ceñida a la solicitud de autorización judicial, sino que se complica sobremanera puesto que debe de incluir en su oficio solicitud una serie de datos sin los cuales será difícil que el Juez de Instrucción autorice la medida.

En primer lugar debe incluir la identidad de los investigados y **los indicios delictivos** constatados, lo cual, normalmente requiere una investigación mínima previa para explicar a la Autoridad Judicial, cuáles y de donde nacen esos indicios

En segundo lugar, se debe definir el hecho de la **necesidad de la utilización** de esta medida como adecuada y necesaria para la finalidad que se pretende, es decir las justificaciones de los principios de proporcionalidad y necesidad. Además, se debe incluir la justificación concreta de que nos encontramos en uno de los casos en los que se pueda racionalmente prever que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el

⁴⁴¹ Vid. Art 588 quinquies 1º LECrim que exige que cuando imagen vaya unida a sonido, siempre será el Juez el que tenga que autorizar la grabación

esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor y que el hecho delictivo investigado tiene una pena señalada superior a tres años de privación de libertad, es un delito de terrorismo o se está cometiendo en el seno de un grupo u organización criminal.

En tercer lugar, se debe identificar a la **unidad encargada de la investigación** y el tiempo que se pretende mantener el dispositivo de grabación, estableciendo los encuentros concretos a los que se pretende grabar.

En cuarto, se incluirá la **finalidad de la medida**, es decir el objetivo que se pretende obtener con su realización.

Por último, se debe consignar **la forma en la que se llevará a cabo** la medida, identificando la técnica empleada (micrófono, balizas, SITEL) y el **lugar de realización** con expresión de si se trata de un lugar público o privado; así como **los encuentros concretos del investigado** que van a ser sometidos a vigilancia.

Además, se debe poner cualquier otro dato o hecho de interés que ayude a la toma de decisión de la Autoridad Judicial.

En transcurso de la ejecución de esta medida de investigación la Policía Judicial pondrá a disposición de la Autoridad Judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés.⁴⁴²

El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

En uno de los primeros autos conocidos en el que se ha tenido la oportunidad de examinar estas exigencias que debe cumplir el oficio solicitud de la grabación de las comunicaciones y el auto que las autorice, se han podido observar estas dificultades.

Tanto es así que, la Juez Instructora denegó la medida solicitada por la policía y la Audiencia Provincial de Sevilla ha ratificado el auto, después de que el Ministerio Fiscal recurriera en apelación.⁴⁴³

Se consideró que la solicitud de la Policía Judicial, no quedaba circunscrita a "*... uno o varios encuentros concretos...*", puesto que abarcaba a "todos" los

⁴⁴² Vid. Artículo 588 quater d. LECrim.

⁴⁴³ Vid. SAP de Sevilla (Sección 1ª) Auto núm. 941/2016 de 9 noviembre.

encuentros que realizara el investigado, indeterminados e imposibles de cuantificar y que se pudieran producir en el interior del vehículo durante el plazo de un mes.

La Audiencia Provincial de Sevilla señala que el artículo 588 quater b, *"... que exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva..."*, se establece también que las medidas de investigación tecnológica deben *"... satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el Juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados..."*.

"Pues bien, estableciéndose en el artículo 588 quater b como presupuesto para la colocación y utilización del dispositivo de sonorización el que 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...", lo cierto es que, aun pudiendo concurrir las exigencias antes indicadas, en la solicitud no se hace mención a ningún encuentro concreto que, con un grado aceptable de previsión, vaya a poder tener lugar en un momento acotado por una referencia temporal no muy amplia, que es independiente del marco temporal para el que se interesa de un mes en cuanto dentro de este no se identifica ninguno encuentro con una mínima concreción, y que pueda llegarse a producir entre la investigada con carácter principal y personas específicas del grupo de los demás investigados, con circunstancias diversas de nacionalidad o residencia, que se enumeran en el apartado 2 de la solicitud.

La existencia de indicios de que en el interior del vehículo se *"... continuarán manteniendo conversaciones relacionadas con las continuas actividades ilícitas, y que las mismas se desarrollarían con otras personas vinculadas a la actividad delictiva investigada..."*, en cuanto no se han concretado mínimamente en un previsible encuentro en los términos antes mencionados, del que con un grado de fiabilidad razonable se hubiera podido obtener información por otros medios, determina el que no podamos considerar injustificada la valoración efectuada por la Instructora, sin perjuicio que, de aportarse esa mínima concreción, resultaría procedente la medida solicitada en cuanto idónea y proporcional para poner fin a las presuntas conductas delictivas de carácter grave que se están investigando, sin que, no obstante lo expuesto, dadas las dificultades de todo orden para la instalación del equipo de captación, sea exigible una concreción muy exhaustiva y

de previsión temporal inmediata, o excesivamente próxima, que de hecho impidiera, o hiciera muy difícil, su implantación

Esta exigencia de la concreción de **los encuentros concretos** hará, más difícil todavía, la actuación de los equipos de investigación, pues en la gran mayoría de las ocasiones, estos encuentros no son conocidos con exactitud debido a que los investigados, lógicamente, no hacen mención a los mismos fácilmente.

Por este motivo, este medio de investigación debería la Policía Judicial tener la posibilidad que tiene la geolocalización para poder utilizarlo en casos de urgencia y en lugares públicos sin necesidad de autorización previa, pero dando cuenta inmediata a la Autoridad Judicial con objeto de su validación posteriormente.

Una vez autorizada, se procederá a la instalación de los dispositivos de grabación y, una vez procedido a la grabación, se pondrán 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 ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

3.3.5. Jurisprudencia

Se han tenido en cuenta, especialmente, para el estudio de este apartado las siguientes sentencias que se pueden consultar en el anexo de jurisprudencia:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª) Auto número 941/2016 de 9 noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2014 de 22 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo número 180/2012 de 14 marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 299/2006 de 17 marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 1733/2002 de 14 octubre
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos P.G y J.H. contra Reino Unido de 25.9.2001.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Khan contra Reino Unido de 12.5.2000

CAPÍTULO IV: LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN:

3.4.1. Concepto y presupuestos

De nuevo nos hallamos ante uno de los medios de investigación tecnológica que permiten distintas posibilidades que van desde el *“seguimiento tecnológico”*, la *localización o la captación de la imagen* de los investigados utilizando diversos sistemas para ello.

En primer lugar se regula en el artículo **588 quinquies a.** de la LECrim *“la captación de imágenes en lugares o espacios públicos”*, diligencia que se considera como aquel medio de investigación que consiste en la captación y grabación por la Policía Judicial de imágenes de los investigados y terceros que ocurren en lugares públicos y que son llevadas al atestado por su interés para la investigación de un delito concreto.

Esta diligencia junto con los medios de localización y seguimiento que, igualmente se regulan en los artículos **588 quinquies b y c** de la LECrim, son medios de investigación no ajenos a la praxis policial y que vienen siendo utilizados desde su aparición por las unidades de investigación a las que ayudan sobremanera al no tener que emplear una ingente cantidad de recursos humanos para el seguimiento y localización de los investigados en un proceso penal.

Se ha venido a conocer como **seguimiento remoto o tecnológico** y consiste en la técnica policial mediante la que se coloca un dispositivo capaz de facilitar el posicionamiento a otro dispositivo manejado permitiendo hacer un seguimiento y localización del mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁴⁴ no era desconocedora de estas técnicas que definía, antes de la reforma, como diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la Policía Judicial, sin que su colocación interfiriera en un derecho fundamental que requeriría intervención judicial:

⁴⁴⁴ Vid. STS 562/2007, de 22 de junio.

*“Siendo así no se aprecia violación alguna del derecho a la intimidad. El uso de radiotransmisores (balizas de seguimiento GPS), para la localización de embarcaciones en alta mar por la policía no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o supone una inferencia excesiva sobre el derecho fundamental a la intimidad a los efectos de exigir un control jurisdiccional previo y una ponderación sobre dicha afectación constitucional. Para esta Sala Segunda Tribunal Supremo la ausencia de relevancia constitucional se deriva de que se trata de “diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que tiene la Policía Judicial, sin que en su colocación se interfiera en su derecho fundamental que requeriría la intervención judicial” (SSTS. 22.6.2007 , 11.7.2008 , 19.12.2008), e incluso la sentencia TEDH citada en el recurso, caso UZUN c. Alemania de 2.9.2010, en un caso de intervención de una cabina telefónica habitualmente usada por un supuesto terrorista, si bien consideró que tal vigilancia a través del sistema GPS, y procesamiento de los datos obtenidos constituía una injerencia en la vida privada, artículo 8 Convenio, también preciso que la vigilancia GPS, por su propia naturaleza debe distinguirse de otros métodos de seguimiento acústico o visual que, por regla general son más susceptibles de interferir en el derecho de la persona al respeto de su vida privada, porque revelan unas informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos”.*⁴⁴⁵

*“Mientras que, respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado, al permitir, entre otras utilidades, que fuera espacialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia”.*⁴⁴⁶

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia eran concedoras de las cabriolas jurídicas que debían realizar las sentencias cuando se enfrentaban a estos casos, no serían necesarias si se contemplara un sistema de habilitaciones

⁴⁴⁵ STS Núm. 798/2013 de 5 noviembre

⁴⁴⁶ Vid. STS Núm. 906/2008 de 19 diciembre.

legales expreso (como acertadamente hizo la LO 13/2015) para esta y otras clases de medidas de investigación tecnológica no incluidas en la LECrim, tales “...como accesos remotos a sistemas conectados en red, instalación de programas rastreadores, dispositivos de localización geográfica, búsquedas cruzadas de datos, etc. El artículo 282 LECrim no admite seguir amparando toda modalidad de investigación policial que no venga prevista en otro sitio. Las cláusulas legales en las que tales previsiones se recogieran deben estar abiertas al desarrollo tecnológico, no conteniendo opciones tecnológicas concretas. Tampoco habrán de tener un carácter demasiado minucioso (que estaría sólo al alcance de su entendimiento por unos pocos), pero sin que esa falta de precisión llegase a conminar a los cuerpos de investigación y enjuiciamiento a integrar imaginativamente su contenido”.⁴⁴⁷

Y ello debido a que, en ocasiones se producían sentencias que declaraban vulnerado el Derecho a la Intimidad Personal cuando se utilizaban *medios de geolocalización* para conocer el lugar donde el investigado se encontraba. Entre ellas podemos citar en el plano interno la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008 y la STEDH de 2 de septiembre de 2010, caso Uzún contra Alemania que considera el uso de estas técnicas de investigación puede suponer una intromisión en la vida privada del investigado que, en determinados casos, se debe considerar vulnerado el artículo 8 CEDH.

Si bien, luego el TEDH aclara que la geolocalización y seguimiento es de menor intensidad o, dicho de otro modo, afecta de forma menor a la intimidad que las diligencias de intervención de las comunicaciones y las grabaciones de las conversaciones personales en lugares públicos o privados.

Tan es así, que en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se permite que el Fiscal sea el que autorice la instalación de estos dispositivos de seguimiento por un tiempo máximo de un mes. No obstante, se exige el posterior control de la Autoridad Judicial para el mantenimiento de la medida y para el examen de legalidad de la misma.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de diciembre de 2008, como ya se ha citado, dejó claro que, para el ordenamiento jurídico español antes de la modificación de la LECrim del año 2015, todo dependía del **grado de exactitud**

⁴⁴⁷ PÉREZ GIL, J. Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes, revista jurídica de Castilla y León. n.º 7. octubre 2005.

con el que se produjera la geolocalización, lo que provocaba dejar la eficacia de la diligencia a la interpretación de los tribunales, como fue el caso de la sentencia citada:

*“Mientras que, respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado, al permitir, entre otras utilidades, que fuera espacialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) **permitiera conocer el lugar exacto** en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia”.*

Esto no hacía más que reforzar la necesidad de la modificación de la LECrim para incluir esta clase de medios de investigación tecnológica como finalmente sucedió en el año 2015 introduciendo los artículos Artículo 588 quinquies a, b y c LECrim que ahora regulan las mismas.

Los presupuestos para los que ha previsto esta clase de medida de investigación son los relacionados en el artículo 588 quater b de la LECrim que establece que:

“2. Solo podrá autorizarse cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Que 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.

b) 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 decir nos encontramos ante dos requisitos acumulativos donde el primero se subdivide en tres posibilidades. De esta forma, siempre será preciso que la utilización de estos dispositivos de grabación pueda aportar datos esenciales para el esclarecimiento de los hechos y la identificación del autor o

autores. Y, además, que los delitos investigados sean de una gravedad suficiente para acordar esta medida. Bien se trate de delitos con pena señalada de más de tres años, bien se trate de delitos de terrorismo, bien realizados a través de una organización criminal.

3.4.2. Autorización judicial

Si comenzamos por **la captación de imágenes en lugares públicos o espacios públicos**, lo primero que hay que señalar es que, aunque se ha procedido a la legalización de la medida, esto es al incluirla como un medio de investigación específico en la LECrim,⁴⁴⁸ no se ha exigido para su realización por la Policía Judicial, la autorización judicial de su utilización.

De nuevo la LECrim ha seguido el criterio previo que la jurisprudencia tenía sobre esta diligencia, de tal forma que, aunque no se encontraba regulada específicamente, se consideraba incluida en las posibilidades de investigación que la Policía Judicial tiene derivadas del artículo 282 de la LECrim que ampara a toda modalidad de investigación policial que no venga prevista en otro sitio.

Todo ello, siempre que la grabación se realice en lugares o espacios públicos y sin sonido, lo que en ningún caso, incluye las grabaciones de espacios privados desde un lugar público. Es decir, la grabación del interior de un domicilio a través de la ventana, aun cuando esta se encontrara abierta a la vista del público. Realizar esta grabación y, aún observar “*sin grabar*” con prismáticos lo que ocurre en el interior de una vivienda vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La Policía Judicial debe obtener autorización judicial para realizar esa vigilancia.

El Tribunal Supremo ha matizado el criterio asentado en su doctrina según el cual ningún derecho fundamental vulnera el agente de la autoridad que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera, aunque se encuentre en el interior de una morada, si el morador no lo quiere ocultar y se puede observar a través de, por ejemplo, su ventana.

Una cosa es realizar una observación externa, hasta donde alcanza la vista y sin instrumentos técnicos que hagan posible la aproximación de los sospechosos,

⁴⁴⁸ Vid. Artículo 588 quinquies a LECrim.

que puede incluir la utilización de cámaras fotográficas sin objetivos de amplia distancia focal, y otra la visión de una morada mediante métodos que coloquen al observador en ventaja sobre el observado y pueda alcanzar con su visión privilegiada aquello que a cualquiera, de manera ordinaria, le resultaría imposible.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 marzo 2003, en un supuesto de grabación mediante vídeo de lo que acontecía en el interior del domicilio, proclamó que: *"... en relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida tal captación de imágenes en la sentencia 913/96 de 25 Nov (RJ 1996, 8000) ., y en la 453/97 de 15 Abr (RJ 1997, 2824) ., en la que se expresa que en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuerto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el «Placet» judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás "*.

En el caso objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, se considera que los funcionarios de policía violaron la intimidad domiciliaria al subir al décimo piso de un edificio y observar desde esa altura, con la ayuda de unos prismáticos, lo que ocurría en el interior de una vivienda situada en un edificio colindante, a través de una ventana del salón con vistas a la calle, que tenía las cortinas descorridas.

Esa observación de los policías actuantes, que vieron un intercambio de droga y la manipulación de una sustancia de color marrón, permitió la detención de uno de los autores y la aprehensión de la droga constituyendo la única prueba de cargo, pero quedó viciada de nulidad por la injerencia ilegítima en un derecho fundamental e inutilizada para ser introducida en el procedimiento.

En esta sentencia,⁴⁴⁹ la Sala Segunda realiza un esfuerzo para clasificar este tipo de artilugio (los prismáticos) y llega a invocar la LO 4/1997, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, aunque esta norma se concibe para las actuaciones policiales de carácter eminentemente preventivo y no para las diligencias de investigación como Policía Judicial.

⁴⁴⁹ Vid. STS Núm. 329/2016 de 20 abril.

En ese empeño, hace hincapié en la reforma procesal operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, que introduce al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dos artículos habilitando a la Policía Judicial para la captación de imágenes y sonidos de personas, con unos requisitos específicos:

- El **artículo 588 quater a)** LECrim permite a la Policía Judicial la utilización de dispositivos electrónicos orientados a la grabación de las comunicaciones orales directas entre ciudadanos que estén siendo investigados, ya se encuentren aquéllos en un recinto domiciliario, ya en un lugar público, pero siempre con autorización judicial, que puede extenderse a la captación de las imágenes de los interlocutores.
- El **artículo 588 quinquies a) 1** LECrim, dispone 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.

El Tribunal concluye que: *“es cierto que la reforma no contempla de forma específica el empleo de prismáticos. Éstos no permiten la grabación de imágenes. Sin embargo, la intromisión en la intimidad domiciliaria puede encerrar similar intensidad cuando se aportan al proceso penal las imágenes grabadas o cuando uno o varios agentes testifican narrando lo que pudieron observar, valiéndose de anteojos, en el comedor del domicilio vigilado”*.⁴⁵⁰

Distinto es el caso de los **medios de localización y seguimiento**, en el que la jurisprudencia previa a 2015 consideraba que no era necesaria una autorización previa para que la Policía Judicial utilizara los mismos en una investigación penal y, sin embargo, la LO 13/2015 ha venido a exigir, con carácter general, la intervención judicial para acordar esta medida de investigación.⁴⁵¹ No deja de llamar la atención esta exigencia que parece más una desconfianza hacia la técnica que un verdadero caso de afectación de los derechos fundamentales, pues el derecho a la intimidad, por estas mismas razones, también se verá afectado por el seguimiento físico que un equipo de Policía Judicial hace a una persona. Sin

⁴⁵⁰ Vid. STS Núm. 329/2016 de 20 abril.

⁴⁵¹ Vid. Artículo 588 quinquies b LECrim.

embargo, para esta técnica de investigación no se requiere autorización judicial, aunque en ocasiones afecte más al derecho a la intimidad, ya que se produce una visión directa, no solo del lugar donde se encuentra una persona, sino de sus actuaciones.

No obstante, cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse 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.

Por lo tanto, cuando la Policía Judicial precise la utilización de estos medios de investigación, deberá solicitarlo al Juez competente quien otorgará o denegará motivadamente la medida.

En el auto de autorización, deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado y la motivación específica de la proporcionalidad y necesidad de la medida.

En el caso de que no se autorice la Policía Judicial, no podrá realizar esta clase de investigación, y, en el caso de que lo haya utilizado por considerar que existe urgencia, la información suministrada no podrá ser utilizada para ese, ni ningún otro procedimiento penal, careciendo de efectos en el proceso.⁴⁵²

Los prestadores, agentes y personas 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 por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

En relación a la necesaria autorización judicial de los medios de localización y seguimiento y, a la exigencia de dación de cuentas en un plazo tan corto como

⁴⁵² Vid. Artículo 588 quinquies b in fine LECrim.

veinticuatro horas, no escasean las voces críticas que piensan que estas exigencias van más allá de lo establecido en la Jurisprudencia, tanto nacional como europea.

Razonamientos que compartimos, pues si hasta el momento estas medidas estaban siendo utilizadas por la habilitación genérica que otorga el artículo 282 de la LECrim, no alcanzamos a encontrar el motivo por el que las mismas deben circunscribirse a unos requisitos tan exigentes. Y no es que no fuera necesaria su regulación, pues pensamos que toda aquella medida de investigación criminal que directa o directamente pueda suponer una afectación de un derecho fundamental debiera estar regulada en la LECrim. Lo que ocurre es que la regulación no debe ser tan restrictiva que impida u obstaculicen dificulte en gran medida la operativa de las Unidades de investigación de la Policía Judicial, que ya cuentan con suficientes dificultades para el descubrimiento de los delitos y aseguramiento de sus autores provenientes de las naturales trabas de los autores.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido la posibilidad de la utilización de dispositivos de localización y seguimiento por el Ministerio Fiscal por el plazo de un mes, convalidándolo posteriormente por el Juez competente.

En definitiva, parece razonable que la regulación hubiera permitido a la Policía Judicial proceder a la colocación de estos medios técnicos sin precisar la previa autorización judicial, siempre y cuando no permitan fijar con "*total exactitud*" la posición de las personas investigadas. Esperemos que este punto sea de una futura y próxima modificación con el objeto de facilitar el trabajo de las unidades de investigación criminal. De lo contrario, la excepción prevista en la ley de utilización por estas unidades cuando exista urgencia se va a generalizar de tal forma que acabará contradiciendo lo establecido legalmente.

La duración máxima de la medida que según establece el artículo 588 quinqués se establecen en un periodo inicial de tres meses, prolongables por iguales periodos de tiempo o inferior, sin que en ningún caso proceda una instalación de balizas de seguimiento por un periodo de más de dieciocho meses. En este caso el legislador, tras un borrador inicial ha rectificado y ha consignado una duración máxima igual a la establecida para las intervenciones telefónicas, lo cual no deja de ser llamativo por dos razones. La primera, porque la afectación de la intimidad es con esta medida, inmensamente inferior a la que se produce con la intervención telefónica y, la segunda porque no corresponde con la duración

máxima del sumario que en principio son dieciocho meses, pero que se puede prologar por otros dieciocho meses más como máximo.⁴⁵³

3.4.3. Derechos fundamentales afectados

Sin perjuicio del **derecho a la intimidad personal y familiar** del artículo 18.1 de la Constitución Española que se ha citado y que afecta a toda esta clase de medios de investigación tecnológica, en el caso de la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, el derecho que en segundo lugar se ve más afectado es el **derecho a la presunción de inocencia**.⁴⁵⁴

Ello, porque esta diligencia aporta al proceso la localización y movimientos de una determinada persona o, más concretamente de una baliza o un teléfono que son los aparatos que aportan la información necesaria, para situar geográficamente al investigado. Pero la presencia real de este en un concreto lugar *nunca* puede ser asegurada por esta técnica y debe ser acompañada de otras pruebas complementarias que atestigüen lo que indiciariamente está indicando la localización.

Se trata, por tanto, de una prueba indirecta que lo demuestra es, con mayor o menor exactitud la situación geográfica de un determinado aparato que "*supuestamente*" porta el investigado o está instalado en un medio de transporte. Por lo que precisa de pruebas complementarias para su concreta valoración. Lo que no obsta para que sea considerado por las unidades de investigación de una herramienta muy eficaz para sus funciones de averiguación del delito y detención de los culpables, ya que aporta datos sobre movimientos que pueden ser interpretados y utilizados para sus intervenciones posteriores.

Como se ha dicho, en ocasiones se producían sentencias en las que se declaraba vulnerado el **Derecho a la Intimidad Personal** cuando la Policía Judicial utilizaba medios técnicos de localización de investigados⁴⁵⁵. Vulneración que se debía a que se afectaba el derecho a la intimidad y no se cumplía uno de

⁴⁵³ Vid. Artículo 324.2 LECrim.

⁴⁵⁴ Vid. Artículo 24.2 CE.

⁴⁵⁵ Vid. STS de 19 de diciembre de 2008 y la STEDH de 2 de septiembre de 2010, caso Uzún contra Alemania.

los requisitos para su injerencia legítima por parte del Estado, cual es la previsión legal. Efectivamente, hasta la regulación en la LO 13/2015 esta diligencia no se encontraba regulada en España, lo que provocaba ciertas tensiones jurisprudenciales a la hora de validar la misma.

En ocasiones, el Tribunal Supremo estableció, como ya se ha citado en varias ocasiones, que es una diligencia que afecta al derecho fundamental a la intimidad, por lo que necesitará autorización judicial siempre que la localización sea **extremadamente precisa y establezca el punto o lugar exacto donde se encuentra el investigado**.

Desde luego, dejar al albur de la exactitud de los medios técnicos empleados, para determinar si era válido o no un seguimiento es un ejercicio de imaginación para salvaguardar la investigación no exenta de razón, pues distinto es, que la localización del investigado se haga con una exactitud de un metro que de veinticinco. Con la segunda exactitud se permite el seguimiento y localización, pero no se informa de los lugares exactos que el investigado ha visitado.

Por lo tanto, cuando la geolocalización tiene relación directa o indirecta con una persona, puede afectar el derecho a la intimidad y precisará para su utilización autorización judicial. El Tribunal de Derechos Humanos de la UE con ocasión del examen de un caso en cuya investigación se utilizaron balizas de seguimiento vino a concluir que *“la obtención de datos vía gps constituyó una interferencia en la vida privada del apelante Uzun protegida por el artículo 8 del CEDH”*⁴⁵⁶

No obstante, en la práctica de la investigación de la policía se utilizan las balizas de localización para seguimiento de objetos cuyos movimientos no están siempre relacionados con una persona y, a veces, no con la persona investigada.

Un ejemplo de ello es la instalación de estas técnicas de localización en los contenedores utilizados por las organizaciones criminales para el transporte de sustancias ilícitas cuya finalidad no es el seguimiento y localización de una persona, sino de una mercancía.⁴⁵⁷

En mi opinión, para la utilización de estas técnicas de investigación para el seguimiento de objetos o mercancías no sería necesario la autorización judicial,

⁴⁵⁶ Vid. STEDH caso Uzun contra Alemania, de 2 de septiembre de 2010.

⁴⁵⁷ Por ejemplo, las normas acordadas por la IMO (Organización Marítima Internacional).

por lo que la Policía Judicial puede seguir utilizándolas a partir del 6 de diciembre de 2015,⁴⁵⁸ pues al no controlarse el movimiento de ningún ciudadano, no hay derecho fundamental a la intimidad que proteger. No obstante, el tenor literal de la ley no ha excluido estos casos, por lo que se ha de estar atento a la matización que realice la jurisprudencia. Hasta entonces las forma de actuación de los equipos de investigación no puede ser otra que la de solicitar autorización judicial, además de por el tenor literal de la ley por las posibles consecuencias penales que pudiera conllevar la actuación fuera de la ley.⁴⁵⁹

Lo que ha sucedido es que la regulación legal es más garantista que la anterior doctrina jurisprudencial por lo que se ha decantado por la autorización judicial en todos los casos para la utilización de medios de localización con independencia de que se trate de una técnica con mayor precisión o de que se realice para el seguimiento de una persona, de un medio de transporte o de una mercancía.

Otro de los casos, sería la instalación de estos medios de seguimiento en un barco supuestamente utilizado para actividades delictivas. En esta ocasión sí hay personas en el interior, pero que pueden o no ser las mismas que las investigadas por lo que el derecho a la intimidad se ve afectado, pero de una forma muy superficial, más si cabe que cualquier marinero que se sube a un barco debe saber que las leyes marítimas exigen que el barco esté geolocalizado por la autoridades con objeto de poder actuar en cualquier incidencia o accidente.

3.4.4. Actuación de la Policía Judicial

Las unidades de Policía Judicial no deben cambiar su forma de actuación en relación con la grabación de imágenes. Al menos, cuando se trata de utilizarlo en los lugares públicos. Pues si antes de la reforma de la LECrim realizada por la LO 13/2015, la Policía Judicial podía y debía constatar mediante los medios a su alcance (entre los que podía estar la grabación de la imagen en lugares públicos) los hechos delictivos que estaba investigando, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, deberá actuar de la misma forma. Solamente si la grabación pretende realizar en un lugar privado, como por ejemplo el domicilio de una persona física

⁴⁵⁸ Fecha de entrada en vigor de la LO 13/2015.

⁴⁵⁹ Vid. Artículo 536 Código Penal.

o jurídica, deberá la Policía Judicial solicitar autorización judicial para proceder a la grabación de las imágenes de los investigados.⁴⁶⁰

Pero la actuación de la Policía Judicial no debe quedar ceñida a la solicitud de autorización judicial, en estos caso, sino que se complica sobremanera puesto que debe de incluir en su oficio solicitud una serie de datos sin los cuales será difícil que el Juez de Instrucción autorice la medida.

En primer lugar debe incluir la identidad de los investigados y los indicios delictivos constatados, lo cual, normalmente requiere una investigación mínima previa para explicar a la Autoridad Judicial, cuáles y de donde nacen esos indicios

En segundo lugar, se debe definir el hecho de la necesidad de la utilización de esta medida como adecuada y necesaria para la finalidad que se pretende, es decir las justificaciones de los principios de proporcionalidad y necesidad.

En tercer lugar, se debe identificar a la unidad encargada de la investigación y el tiempo que se pretende mantener el dispositivo de grabación.

En cuarto, se incluirá la finalidad de la medida, es decir el objetivo que se pretende obtener con su realización.

Por último, se debe consignar la forma en la que se llevará a cabo la medida, identificando la técnica empleada y el lugar de realización.

Además, se debe poner cualquier otro dato o hecho de interés que ayude a la toma de decisión de la Autoridad Judicial.

Una vez autorizada, se procederá a la instalación de los dispositivos de grabación y, una vez procedido a la grabación, se pondrán a disposición del Juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos las grabaciones íntegras realizadas.

En el caso de la geolocalización se deberá consignar la técnica utilizada, si la localización y seguimiento se realiza vía UMS, GPS o a través de la localización que aporta el SITEL.

No obstante, cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse 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

⁴⁶⁰ Vid. Artículo 588 quinquies b) LECrim.

Autoridad Judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo.

El plazo máximo que pueden durar las medidas de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, es de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el Juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses.⁴⁶¹

Sin embargo, la medida de la captación de la imagen no tiene plazo máximo de realización, puesto que la LO 13/2015 no lo ha establecido ni para los lugares públicos, ni para los privados. En cuanto a los primeros se puede decir que se estará a la necesidad de la investigación y que serán las unidades de Policía Judicial las que decidan cuando utilizan este medio de investigación. Ahora bien, cuando la grabación se produzca en un domicilio u otro lugar privado y haya sido autorizado por el Juez de Instrucción, se deberá estar a lo contenido en dicho auto para saber el plazo por el cual se ha acordado.

3.4.5. Jurisprudencia

Grabación de imágenes:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 329/2016 de 20 abril.

Geolocalización y seguimiento:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 562/2007 de 22 junio
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 798/2013 de 5 noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia 906/2008 de 19 diciembre
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Auto número 44/2014 de 10 abril
- Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 6ª) Sentencia número 248/2016 de 15 julio

⁴⁶¹ Vid. Artículo 588 quinquies c LECrim.

CAPÍTULO V: EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN

3.5.1. Concepto

La regulación de este nuevo medio de investigación introducido por la LO 13/2015 en la LECrim en los artículos 588 sexties de la LECrim, no hay que olvidar, una vez más, que le es de aplicación las disposiciones generales establecidas en el capítulo IV del Título VIII, donde se regulan las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución.

La legalización de esta medida, como otras de este mismo Título de la LECrim estaba siendo necesaria, no solo por el *“toque de atención”* que el Tribunal de Derechos Humanos de la Unión Europea estaba dando a España y otros países miembros de la necesidad de regulación legal de estas diligencias de investigación, sino porque esa corriente doctrinal estaba siendo recogida por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, algunas de los procesos penales basados en las mismas, estaba siendo anulados o, por lo menos, la prueba que derivada de las mismas.⁴⁶²

La propia exposición de motivos de la LO 13/2015 establece expresamente en su exposición de motivos el *“carácter inaplazable”* de la regulación legal de las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal, ya que no pueden, por más tiempo, la interpretación analógica de que cualquier medida de investigación no regulada en la LECrim se pueden encuadrar en la autorización genérica del artículo 282 de la citada ley.

Se trata del **registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información** que puede entenderse como el acceso a la información contenida en un soporte de memoria para su aportación en la investigación (cualquiera que sea el formato donde se encuentre ésta).

Como bien dice la exposición de motivos de la LO 13/2015: *“La ley pretende acabar con otro vacío normativo. Se trata del registro de dispositivos informáticos de*

⁴⁶² Vid. STC Núm. 145/2014 de 22 de septiembre.

almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. Respecto del primero de ellos, 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. De ahí la exigente regulación respecto del acceso a su contenido. Por lo que afecta al registro remoto –diligencia ya presente en buena parte de las legislaciones europeas–, el intenso grado de injerencia que implica su adopción justifica que incluso se refuerce el ámbito objetivo de la medida, para lo que se han acotado con un listado numerus clausus los delitos que la pueden habilitar, y a que se limite la duración temporal, habiéndose optado por una duración de un mes prorrogable como máximo por iguales periodos de tiempo hasta los tres meses.”

3.5.2. Autorización judicial

Tenemos en esta ocasión dos casos bien diferenciados que establece la LECrim: En primer lugar el registro de soportes incautados tras una diligencia de entrada y registro en domicilio o en lugar privado.

Estos casos suceden cuando la Policía Judicial solicita del Juez de Instrucción competente **la entrada y registro** y, en el transcurso de la misma y dentro de los efectos incautados para la investigación, existen, como es muy habitual, soportes informáticos⁴⁶³ de todo tipo susceptibles de contener información eventualmente importante para la investigación.

Cuando esto sucede y es necesario el registro de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, se precisa **autorización judicial distinta a la que autorizó el registro domiciliario** y que tendrá que incluir las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos o, justificación concreta en la misma autorización de entrada y registro.⁴⁶⁴

⁴⁶³ CD`s, DVD`s, pendrive, GPS, discos duros externos, ordenadores, relojes, tarjetas SD, micro SD, Ordenador, Servidor de Red, teléfono móvil, teléfono inalámbrico, GPS, cámaras de foto y video, Centrales de alarma, memoria flash o pendrive, agenda electrónica, consolas de juegos electrónicos (PSP, PS4, WII), ordenador de a bordo de vehículos, impresora, fotocopidora, grabadora, discos duros, cintas magnéticas.

⁴⁶⁴ Vid. Artículo 588 sexies a. 1 LECrim.

Esto, dicho de otra forma, significa explicar la proporcionalidad y necesidad de la medida, bien en la propia autorización de entrada y registro, bien en otra diferente. Todo ello, en la sabiduría de que la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado posteriormente por el Juez competente.⁴⁶⁵

Si recordamos la práctica judicial y policial habida hasta la aparición de la LO 13/2015, en lo que se refiere a la entrada y registro, resulta que, generalmente, la autorización de entrada y registro en un domicilio abarcaba “*todas las diligencias*” necesarias para el fin de la misma. Entre ellas, ya hemos citado la observación de un teléfono y, ahora, el examen de estos dispositivos de almacenamiento masivo.

Sin embargo, la nueva regulación proscribía esta actuación por lo que las Unidades de Policía Judicial deberán incluir dentro de sus solicitudes la autorización de registro de todo soporte que pueda contener datos interesantes para el delito investigado. De hecho, la praxis policial ya lo venía incluyendo, puesto que algunas sentencias⁴⁶⁶ empezaban a determinar que la autorización genérica de una entrada y registro en una investigación no podía ser habilitante para el registro de cualquier soporte de información, sino existe proporcionalidad y necesidad de la medida.

Y un segundo supuesto es, cuando la Policía Judicial incauta uno de estos dispositivos en el transcurso de una diligencia cualquiera. Por ejemplo, una detención, un seguimiento en el que observa directamente que el dispositivo es abandonado por el investigado y otra multitud de situaciones que se pueden dar en la práctica del cumplimiento de las funciones policiales. Obviamente, se hace referencia a operaciones realizadas fuera del domicilio del investigado o del lugar privado protegido por el derecho fundamental a la intimidad.

Pero, la exigencia es la misma que la citada para el primero de los casos. De tal forma que, en las incautaciones de ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a

⁴⁶⁵ Vid. Artículo 588 sexies a. 2 LECrim.

⁴⁶⁶ Vid. STS Núm. 864/2015 de 10 de diciembre.

repositorios telemáticos de dato, los agentes pondrán en conocimiento del Juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.⁴⁶⁷

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 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.⁴⁶⁸

En el propio auto deberían constar de modo suficiente los indicios en los que se ha basado la autorización, la justificación de la observancia del principio de proporcionalidad, el hecho delictivo investigado cuya gravedad requiere la medida, el modo de control judicial y la necesidad o no de la presencia del investigado en el registro.

En este sentido, no son infrecuentes los procedimientos cuyas medidas de investigación quedan anuladas por los tribunales, ya sea sentenciadores o superiores, por no constatar suficientemente estos hechos y, en definitiva, considerarse que la resolución está carente de la necesaria motivación.

Es oportuno rescatar el caso examinado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) en el Auto número 759/2016 de 4 octubre en el que declara nulo por falta de motivación y, en consecuencia se revoca, el auto que acordó el acceso, volcado, clonado y análisis del contenido multimedia del terminal de teléfono de la persona investigada, así como el flujo de llamadas entrantes y salientes, SMS entrantes y salientes, mensajerías de cualquier aplicación, búsquedas de internet, conversaciones en redes sociales, para su estudio, análisis y emisión del informe pericial correspondiente.

En el mismo, la Audiencia de Barcelona reprocha al Juzgado y, por extensión, a la unidad policial actuante la carencia absoluta de motivación y reflejo de los indicios necesarios para acordar la medida de investigación:

⁴⁶⁷ Vid. Artículo 588 sexies b LECrim.

⁴⁶⁸ Vid. Artículo 588 sexies c LECrim.

“En el caso que nos ocupa, ni la resolución primeramente dictada ni el auto resolutorio de la reforma satisfacen las exigencias de motivación antes enunciadas respecto del sustrato fáctico. El razonamiento jurídico segundo de la resolución autorizante se limita a indicar lo siguiente: “...los hechos que están siendo investigados pudieran acaso ser constitutivos de un delito de corrupción de menores, según se desprende de las investigaciones realizadas hasta la fecha por efectivos del cuerpo policial solicitante...”. Acto seguido, se indica: “...al margen de la valoración como indicio o prueba que pudiera apreciarse de la incautación de este efecto (el terminal de teléfono) en el domicilio de investigado, resulta obvio señalar que su relevancia no reside tanto en la naturaleza del mismo sino en los datos que pudiera almacenar...”. No hay más razonamiento. No se identifican ni las fuentes de prueba, ni los datos probatorios tomados en consideración para construir la hipótesis incriminatoria que, por otra parte, tampoco se explicita, más allá de la mera referencia nominal a un delito de “corrupción de menores”.

3.2. *El mismo déficit se observa cuando se accede en su integridad a la solicitud contenida en el oficio policial. Así, no sólo se acuerda el acceso, volcado y clonado de todo el contenido multimedia del terminal, sino también el flujo de llamadas entrantes y salientes, los SMS entrantes y salientes, la mensajería de cualquier aplicación, las búsquedas en internet, las conversaciones en redes sociales y un catálogo abierto de datos (incluidos en la referencia “etc...”), sin que la resolución cuestionada exprese la necesidad, a los efectos de la investigación, del acopio de todos y cada uno de los datos a cuyo acceso se autoriza.*

3.3. *Así las cosas, tales déficits impiden conocer no sólo al apelante sino también a esta Sala las razones que avalan la injerencia, lo que constituye un óbice para que podamos llevar a cabo nuestra función revisora.”*

Por otra parte, en la ejecución de esta clase de registros se deben tener presentes dos circunstancias que tienden a proteger la operatividad del investigado y a la eficacia del registro realizado por la Policía Judicial.

En relación a la protección de la operatividad del investigado dispone el artículo 588 sexties b.2 de la LECrim 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”.*

Y, en cuanto a la operatividad de la función policial, es muy oportuna la disposición que extiende la autorización inicial, no sólo a los aparatos informáticos donde se cree que se encuentra la información buscada sino a otros siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. Para ello, debe ser autorizado por el Juez, salvo que se contenga la autorización en la inicial.

En caso de urgencia la Policía Judicial o el Fiscal podrán acordarlo y llevarlo a cabo dando cuenta a la Autoridad Judicial en un plazo máximo de veinticuatro horas, quien decidirá avalar la actuación o denegarla en un plazo de setenta y dos horas a partir de la interceptación efectiva realizada por la Policía. Para ello, hay que recordar que debe existir un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida de registro del soporte de almacenamiento masivo. Bien entendido que *"la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales"* En esta línea en la STC 206/2007, de 24 de septiembre afirma que *"la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad"*.

Por último, para todos los casos, la LECrim ha previsto un deber de colaboración en esta clase de registros que abarca a todos los ciudadanos, excepto a los investigados⁴⁶⁹, para que ayuden a la Policía Judicial cuando conozcan el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

El artículo 588 sexies c. LECrim ha establecido una excepción a la necesidad de autorización judicial para el registro *"no remoto"* de equipos informáticos. Se

⁴⁶⁹ Que también alcanza 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.

trata de los supuestos de *urgencia y necesidad* en los que se aprecie un interés constitucionalmente legítimo que haga imprescindible el registro de medios de almacenamiento masivo de información, 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 setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

Además es posible que dicho registro se realice con el consentimiento del propietario del equipo en cuyo caso deberá estar presente en las diligencias realizadas por la Policía Judicial y, si se encuentra detenido, en el consentimiento debe estar presente su abogado.

3.5.3. Derechos fundamentales afectados

En el caso del registro de los almacenamientos masivos de información debemos precisar, como a veces lo ha hecho nuestro Constitucional,⁴⁷⁰ si es un acto con solo incidencia en el **derecho a la intimidad** del artículo 18.1 de la CE o alcanza también al derecho al **secreto de las comunicaciones** contenido en el artículo 18.3 de la CE.

Ello tiene transcendencia por el diferente nivel de protección que tienen los citados derechos fundamentales y a efectos de realizarse un examen sobre la motivación del auto y el contenido y finalidad que debe tener la diligencia. En principio, si no se expresa nada, esta diligencia tiene como misión el registro de los archivos informáticos que constaten el hecho delictivo investigado. Pero, nada hay en contra de que dicho registro tenga, además o exclusivamente, la constatación de datos que se quedan almacenados en el mismo de las comunicaciones que se han realizado por las distintas formas de comunicación.

Obviamente, en la mayoría de las investigaciones dichas finalidades van irremediabilmente unidas, por lo que las unidades policiales deberán tenerlo

⁴⁷⁰ Vid. STC. 142/2012 de 2 julio.

muy presente para solicitar ambos objetivos y que, en consecuencia, sean acordados por la Autoridad Judicial.

El Tribunal Supremo ha recordado, en ocasiones, que los datos almacenados en los dispositivos masivos de almacenamiento 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).⁴⁷¹

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 (artículo 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Era opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, la última doctrina jurisprudencial señala que aún en este estado se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones personales.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de

⁴⁷¹ Vid. STS 204/2016 de 10 de marzo.

cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es 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.⁴⁷²

La STC 173/2011, 7 de noviembre, recuerda la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación. Lo que se está definiendo es un nuevo derecho fundamental basado en 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, artículo 18 4º CE).

Allí puede leerse el siguiente razonamiento: " *si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos*

⁴⁷² Vid. STS Núm. 204/2016 de 10 marzo.

de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información”.

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**;⁴⁷³ afirmando que no es un concepto novedoso, pues al mismo ya se había referido el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma legal

⁴⁷³ Vid. STS Núm. 204/2016 de 10 marzo.

destacando esta particularidad que forma parte de la propia naturaleza y funcionamiento de los dispositivos electrónicos.⁴⁷⁴

Otro de los derechos que puede verse afectado es el señalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 254/93 como el **derecho a la libertad informática**. Su contenido y alcance se ha venido definiendo poco a poco e incorporándose a los derechos de las personas.

En palabras del Constitucional: *“nuestra Constitución 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, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. 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”.*

Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce otro de los derechos muy relacionado con la libertad informática y con el registro de soportes informáticos, **el derecho a la protección de datos**, reconocido en el artículo 8 de la citada Carta, como una categoría diferente al derecho a la vida privada y familiar de la siguiente forma:

“Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

⁴⁷⁴ Vid. STS Núm. 246/2014 de 2 abril.

3.5.4. Actuación de la Policía Judicial

El artículo 588 sexies a., b. y c. de la LECrim han establecido la regulación legal del registro de equipos de almacenamiento de información masiva, sin olvidar que el establecimiento de los principios generales de la intervención de las comunicaciones personales son de aplicación a todas las diligencias reguladas posteriormente. Entre ellas está el registro de equipos de almacenamiento masivo de información.

Básicamente como ya se ha dicho, para llevar a cabo esta medida la Policía Judicial tiene dos caminos. El primero cuando en el transcurso de una entrada y registro se incauta uno de estos dispositivos que se considera que tiene relación con la investigación. El segundo cuando en una diligencia de cacheo, registro de vehículo o tras una detención se interviene uno de estos dispositivos cuyos indicios apuntan a que puede tener datos relevantes para la investigación.

En el primero de los casos, la Policía Judicial posee un auto habilitante previo para la entrada y registro en el domicilio de un investigado. Sin embargo, en los segundos casos relatados no se dispone de dicho auto.

Sin embargo, la forma de actuación de la Policía Judicial debe ser muy parecida a la luz de lo regulado en la LECrim y la jurisprudencia aplicable.

Cuando las unidades de investigación en el transcurso de un registro consideren de interés para la investigación uno de estos dispositivos, deberán incluirlo dentro de las evidencias incautadas de tal forma que se incluya en el acta de entrada y registro que realiza el letrado de la administración de justicia de la forma más individualizadora posible.

Una vez realizado esta constatación, deberán dirigir solicitud de registros, grabación o clonado del citado dispositivo al Juez de Instrucción. A ser posible es oportuno que para que la prueba pericial informática se pueda realizar de una forma escrupulosa que se solicite el clonado del soporte original; de tal forma que la Unidad investigadora trabaje con la copia dejando el soporte original en poder del Juzgado con objeto de que se puedan realizar contrapericias si fuera necesario y acordado por la Autoridad Judicial.

Una vez realizado este clonado se investigarán los archivos del dispositivo buscando aquéllos que atestigüen el hecho investigado y desechando los demás. Una vez localizados procederán a su volcado a otro soporte mediante un

procedimiento que asegure la autenticidad e inalterabilidad de los archivos con objeto de proceder a su entrega al Juez de Instrucción.

En el caso de que la Policía Judicial incaute un dispositivo de almacenamiento masivo que considere que por los indicios existentes es susceptible de contener archivos relacionado con uno o varios hechos delictivos deberá consignarlo en diligencias y solicitar del Juez de Instrucción competente el acceso al mismo que se llevará con las mismas cautelas que si fuera un equipo intervenido en una entrada y registro.

Ahora bien, en el caso de que exista urgencia y necesidad tal y como se ha expuesto, la Policía Judicial está autorizada para el acceso al dispositivo de almacenamiento masivo de la información dando cuenta inmediata al Juez competente, sin dejar de transcurrir más de veinticuatro horas, para que valde la medida o la deje sin efecto.

Para apreciar esa urgencia debe apreciarse un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la incautación y posterior examen directo de los datos contenidos en el dispositivo por parte de la Policía Judicial que deberá por escrito motivado hacer 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.⁴⁷⁵

En sentido similar se pronuncia la doctrina constitucional. Así la STC número 70/2002, de 3 de abril, establece que *"la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el Juez quien los examine. Esa regla general se exceptiona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad"*.

⁴⁷⁵ Vid. Artículo 588 sexies c.4 LECrim.

La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante* y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.

En esta misma línea en la STC número 206/2007, de 24 de septiembre, *“la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

3.5.5. Jurisprudencia

Para el estudio del registro de equipos informáticos y con información digital se han tenido, especialmente, en cuenta las siguientes resoluciones judiciales:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 213/2017 de 29 marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) Auto número 1347/2016 de 13 diciembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7ª) Sentencia número 746/2016 de 1 diciembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) Auto número 759/2016 de 4 octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 811/2015 de 9 diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 97/2015 de 24 febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 206/2007, de 24 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 70/2002, de 3 de abril.

CAPÍTULO VI: EL REGISTRO REMOTO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS O HACKING LEGAL:

3.6.1. Concepto y presupuestos:

El **registro remoto de equipos informáticos** donde se puede encontrar información que acredite el hecho delictivo investigado utilizando para ello un software que haga posible la visibilidad de lo que ocurre en el equipo registrado por parte de la unidad de Policía Judicial encargada de la investigación. Es lo que se puede llamar la intervención de un equipo informático para conocer lo que se archiva en el mismo y se diferencia del registro físico en que en el en este último se hace con conocimiento del investigado, mientras que el registro remoto debe necesariamente ser desconocido para él.

Es la técnica que está a disposición de cualquier usuario informático avanzado y que mediante la utilización de programas disponibles en el mercado puede espiar remotamente lo que sucede en otro ordenador con el único requisito de que esté conectado a internet. Y no solo permiten conocer, sino también grabar conversaciones de chats, descargar fotos, de información de sitios web visitados y, en definitiva, casi todo lo que sucede desde ese ordenador intervenido.

Como bien dice ORTIZ PRADILLO, es *“la medida de investigación consistente en el acceso online a equipos electrónicos e informáticos con el fin de obtener la información almacenada en los mismos vendría a aunar en una sola medida las distintas actuaciones susceptibles de llevarse a cabo con la interceptación de las comunicaciones, con la obtención de los datos de tráfico generados con ocasión de dichas comunicaciones, con la entrada y registro domiciliario, y con la aprehensión del equipo informático”*.⁴⁷⁶

Obviamente, es una herramienta de investigación que no podían desconocer las unidades de Policía Judicial y a las que era necesario que se les habilitara legalmente para su utilización en aras del interés general, en particular del descubrimiento de hechos delictivos y la detención de sus responsables.

Esto se consigue mediante la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y

⁴⁷⁶ ORTÍZ VADILLO, JC, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal num.26/2011.

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.

Siguiendo a la profesora BACHMAIER WINTEREL, Lorena⁴⁷⁷ podemos clasificar los registros remotos a equipos informáticos de la siguiente forma:

- **Computer network:** Que es el registro que se hace de un equipo conectado a una red privada utilizando para ello un equipo conectado a la misma y que ha sido incautado físicamente el equipo, bien a consecuencia de una detención, diligencia de entrada y registro u otra diligencia de investigación.
- **Hacking legal o Spyware:** Es el registro que se realiza a equipos que no está físicamente localizados pero que están conectados a internet. El acceso a los mismos se realiza a través de la instalación de programas espía o spyware, un software específico que permite la entrada al equipo y conocer lo contenido en el mismo.
- Se puede añadir una tercera categoría que es una mezcla de las anteriores. Se trata del acceso que se realiza a equipos conectados a una red privada utilizando para ello el equipo intervenido con un programa espía.

Esta medida únicamente puede ser acordada cuando en el trascurso de la investigación de alguno de los siguientes delitos:

- 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.

⁴⁷⁷ Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, Año XXI, núm. 2195, enero de 2017.

Pudiera pensarse, en principio, que es una lista cerrada demasiado corta, sin embargo, el transcurso del tiempo nos hará ver que en la mayoría de los hechos delictivos se van a utilizar de una u otra forma instrumentos informáticos, de la información o de la telecomunicación, por lo que a la postre el listado es suficiente. Además, debido al grado de injerencia sobre los derechos fundamentales expuestos, es oportuno que esta lista esté limitada y justificada convenientemente.

3.6.2. Derechos fundamentales afectados

Una vez más nos encontramos en esta diligencia en una situación parecida, sino idéntica a la explicada en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Es decir, una situación en la que se encuentran afectados un elenco de derechos fundamentales que van desde el derecho a la **intimidad** al **derecho al secreto de las comunicaciones**.

Téngase en cuenta que en un dispositivo informático (ordenador, Tablet, teléfono) se encuentran multitud de datos relativos a nuestra vida cotidiana que están protegidos por el ordenamiento jurídico.

Como se ha dicho los ciudadanos utilizamos diariamente estos equipos y aparatos informáticos que dejan una huella de todo lo que somos y lo que hacemos, por lo que se aglutinan multitud de derechos que deben tenerse en cuenta para la autorización del registro remoto. Se debe tener presente que cuando se autoriza esta medida de investigación las unidades especializadas de la Policía Judicial van a poder “bucear” por el ordenador intervenido visionando todo lo que tenemos archivado, todas las comunicaciones efectuadas, todas las páginas visitadas e incluso todas las transacciones bancarias que hemos hecho. Pueden, por tanto, conocer los videos y las fotos que se tienen archivadas y descargarlas si fuera necesario.

Por consiguiente, se está empezando a acuñar ese **nuevo derecho a la libertad informática** en el que confluyen derechos como el secreto a las comunicaciones, a la propia imagen o al libre desarrollo de la personalidad.

De lo anterior se observa que en el registro de equipos informáticos u otros de capaces de almacenar datos o con posibilidad de comunicación electrónica se

pueden ver afectados derechos de muy diferente cuño y con distinto grado de protección por lo que la autorización judicial será necesaria para su realización.

3.6.3. Autorización Judicial

La resolución judicial que autorice el registro remoto de un equipo informático debe contener todos los requisitos generales exigidos cuando se trata de realizar una diligencia que afecta a un derecho fundamental. Por tanto, deberán adoptarse con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

*“La concurrencia de tales principios deberá justificarse adecuadamente en la resolución judicial que autorice la injerencia en la que se deberá ponderar los intereses en conflicto, como reiteradamente ha venido proclamando el TC, la resolución judicial ha de expresar por sí misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental”.*⁴⁷⁸

Además conforme se establece en el artículo 588 septies a.2 de la LECrim 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.*

Desde luego es difícil hacer una lista cerrada de los dispositivos electrónicos capaces de almacenar datos de interés para la investigación. La LO 13/2015 lo ha hecho de la manera más extensa posible, pero sin duda esta lista se quedará corta en breve pues el avance de la técnica hace que de una forma rápida aparezcan nuevos soportes y aparatos susceptibles de almacenamiento de la información.

No hay más que pensar en los supuestos en los que **el hecho delictivo se puede acreditar en la nube**. ¿Se podría considerar dentro del listado realizado por el 588 septies a.2 de la LECrim? Desde luego, la interpretación debe ser necesariamente extensiva y, abarcar a estos nuevos sistemas, pues, al fin al cabo se trata de un almacenamiento de información digital en un dispositivo informático allá donde se encontrare. Otra cuestión será, si el registro de la nube

⁴⁷⁸ MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A., El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información, Fiscal adscrita a la Fiscal de Sala contra la criminalidad Informática, pág. 11.

se puede realizar cuando el servidor que almacena los datos no se encuentra en España, lo que viene a añadir una nueva dificultad a esta clase de investigación. Es el caso que se da con frecuencia de un ciudadano residente en España que está siendo investigado por un delito de pornografía infantil, se autoriza el registro remoto de su equipo informático y se descubre que los archivos relacionados con el mismo se encuentran en una nube a la par que se conoce (mediante ese registro) la clave y el modo de acceso a la nube que al estar situada fuera de España no permite el acceso a la Policía Judicial española a los mismos, sino que debe acudir para su constatación a los mecanismos de cooperación judicial internacional, con las consiguientes dificultades que ello conlleva.

- 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.*

En este apartado poco se puede decir más de lo expuesto, aunque sí sería conveniente resaltar que deben estar definidos los programas y las vías de acceso y que no se pueden utilizar otros, por lo que más que la autorización de acceso y registro es, además, la autorización de un medio, sin que se pueda utilizar uno diferente. Esto es fundamental, para la posible constatación de los archivos obtenidos por la Policía Judicial que, pueden ser sometidos, por iniciativa de la defensa o de la Autoridad Judicial a las pertinentes periciales.

- c) *Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.*

En algunas diligencias de investigación se olvida o se pone poco interés en la identificación de los agentes actuantes y lo que se exige es la concreción de la unidad policial encargada. Ello es así, porque poco importa que lo haga un agente u otro, ya que el automatismo con el que se realiza, hace que esta cuestión pierda importancia. Sin embargo, en el registro remoto de los equipos informáticos observamos con agrado que la ley exige que el agente actuante quede perfectamente identificado. La especialidad técnica de la medida, la dificultad que conlleva y las operaciones informáticas precisas para la averiguación de lo buscado hace que, en este caso el legislador, haya querido que se identifique a los actuantes. Ello es oportuno además, para la posible configuración de la “prueba pericial” de inteligencia o informática que estos agentes pueden realizar si así se propone.

- d) *La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.*

El auto que acuerde el acceso remoto deberá contener la autorización “*expresa*” para que los funcionarios intervinientes puedan llevar a cabo las copias de los datos informáticos de interés para la investigación. De no realizarse de esta forma, no podrá constatarse los hechos delictivos investigados y la medida perdería su finalidad. Lo que más complejo es delimitar cuales son los “*datos de interés*” para la investigación. Labor de selección que deberán hacer las unidades policiales y que, en ocasiones, no podrá realizarse más que haciendo copia íntegra de los existentes en el dispositivo. Es lo que se conoce con el nombre de “*clonado*”.

- 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.*

Por último, deben estar constatadas las medidas para asegurar la citada integridad de los datos de tal forma que no puedan dañarse o perderse en el transcurso del registro remoto. Igualmente, caso necesario deberá hacerse constar en el auto de intervención las medidas que se toman para impedir el acceso a dichos datos o la supresión de los mismos del sistema informático registrado.

En el registro remoto de los equipos informáticos hay que detenerse en el *principio de especialidad*, pues como se ha dicho la medida de investigación únicamente se puede realizar en los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, de terrorismo, contra menores, contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. Por ello, en este caso el principio de especialidad deviene en más importante en estos casos pues debe circunscribirse a la existencia de indicios de la comisión de uno de los delitos relatados.

En relación con esto se suscitará, en mi opinión, una polémica con los diferentes criterios de regulación que la LO 13/2015 ha establecido para la intervención de las comunicaciones y el registro remoto de equipos informáticos. A saber, para la intervención de las comunicaciones se exige que el delito investigado tenga señalada, al menos, la pena de privación de libertad de tres años. Sin embargo, el registro remoto establece una lista cerrada donde, en

ocasiones, la pena de privación de libertad del delito investigado puede resultar inferior a dicho tiempo.⁴⁷⁹

Si tenemos en cuenta que cuando se accede a un equipo informático se pueden estar obteniendo comunicaciones realizadas por sus usuarios,⁴⁸⁰ el auto que acuerde el registro remoto deberá tener muy en cuenta el delito investigado para vedar o no estas comunicaciones.

Es oportuno recordar que **los indicios** son algo más que meras sospechas y que la solicitud de intervención o registro remoto de un equipo informático requiere una investigación previa por parte de la Policía Judicial que aporte al Juez de Instrucción elementos de hecho suficientes para poder motivar la adopción de esta medida que infiere en los derechos fundamentales de las personas.

Esa investigación debe estar identificada de origen para que en el juicio oral pueda ser sometida al principio de contradicción que demuestre que se han utilizado medios lícitos desde el origen de la *noticia criminis* o la investigación.

Otra de las cuestiones que habrá que tener muy presente para que los jueces de instrucción acuerden el acceso remoto es, dada la complejidad de la medida y afectación a varios derechos fundamentales, la "*excepcionalidad de la medida*". Es decir, que se debe ponderar de forma adecuada el delito investigado, los indicios existentes, la finalidad de la misma, así como, la posibilidad de obtener los resultados queridos a través de otros medios menos invasivos de los derechos fundamentales del investigado.

En definitiva se trata de cumplir estrictamente la teoría general de los principios de necesidad y de proporcionalidad que el Juez de Instrucción debe reflejar en el auto que autoriza el registro remoto de manera concreta y basándose en datos objetivos. Por ejemplo, no cabrá el registro remoto de un equipo informático si este está localizado y exclusivamente se buscan datos contenidos en el mismo, como en el caso de una investigación de *grooming*.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Pongamos como ejemplo un delito cometido contra un menor: En este caso "*siempre*" se podrá acordar el registro remoto con independencia de la pena señalada y, sin embargo, únicamente se podrá acordar la intervención de las comunicaciones cuando se trate de uno de los delitos que tiene pena señalada de, al menos, tres años de privación de libertad.

⁴⁸⁰ Lo que supone una intervención de las comunicaciones personales.

⁴⁸¹ Entendido como las acciones realizadas por un adulto con el objeto de ganarse la amistad de un menor de edad y poder abusar sexualmente de él.

Un problema, ya aludido y al que la LO 13/2015 no ha dado solución es al registro de equipos informáticos situados fuera de nuestras fronteras. El principio de extraterritorialidad penal debe seguir rigiendo en estos casos o debido a la globalización del delito y, por ende, de la justicia la LECrim autoriza a que se pueda acordar el acceso de datos que están fuera de España.

Igualmente, puede ocurrir que un equipo informático esté en un primer momento en España y, posteriormente, se traslada al extranjero lo que nos lleva a pensar si la autorización judicial sigue siendo válida o por el contrario deberá cesar o cambiar o acudir al auxilio judicial internacional para su mantenimiento.

Por otro lado, la práctica procesal en esta materia nos llevará a un problema añadido cuando se trate de registrar remotamente a equipos informáticos que no están en España. Cuando exista convenio bilateral de colaboración procesal penal en esta materia, no debería haber mayores problemas y en su aplicación los datos se deberían obtener de forma parecida a como si el equipo estuviera situado en España. De igual forma se ha de actuar en el caso de que se aplique el principio de reciprocidad, que viene a determinar que si España permite estas actuaciones a determinados países, del mismo modo deberán permitirse a España el acceso remoto a equipos informáticos situados en el territorio de los mismos.

Ahora bien, cuando no exista ni convenio ni principio de reciprocidad que se pueda aplicar, habrá que acudir a convenios genéricos de colaboración policial o judicial para a través de una comisión rogatoria poder obtener la autorización de un país concreto.

Por último, como cualquier otra medida de investigación restrictiva de los derechos fundamentales es preciso que el auto que acuerde el registro remoto de equipos informáticos debe estar específicamente motivado, como requisito esencial para la constitucionalidad de la injerencia y que sirve para valorar si ésta es o no proporcional.

Pero esta medida de investigación precisa de una motivación especial *“dada su capacidad de conocer hasta el último resquicio del pensamiento humano y de permitir la formación de una «radiografía» de la personalidad del sujeto investigado, a partir de la heterogeneidad de la información susceptible de ser almacenada en los equipos electrónicos e informáticos por parte de los ciudadanos”*. Por ello, deberá contener un plus de motivación respecto de otras medidas de intervención de las comunicaciones, ya que supone una injerencia mayor.

3.6.4. Actuación de la Policía Judicial

De cualquier modo, la ejecución de la medida, al igual que ocurre en casi todas, se lleva a cabo por la Policía Judicial que como se ha dicho deben estar identificados perfectamente y que deben recibir la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema de todas las personas titulares o responsables del sistema informático intervenido. Además 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. De otra forma, podrá ser denunciados por desobediencia a agentes de la Autoridad, además de tener la obligación de guardar silencio sobre los datos que conozcan como consecuencia de esa colaboración.

Lógicamente, en virtud del principio de *“no declarar contra sí mismo”* esta obligación de colaboración no se extiende a las personas que están siendo investigadas o al encausado por un delito.

Así como tampoco, 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 de la LECrim, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.

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. Dichas razones no deben ser evidencias, pues eso rechazaría la necesidad de realización de la diligencia.⁴⁸²

En la solicitud los agentes actuantes deben identificar perfectamente dichos indicios, además el delito investigado y los intervinientes en el mismo, el equipo informático que va a ser objeto del registro remoto y la modalidad del registro.

Además se han de consignar los agentes que intervendrán en la realización del registro remoto del equipo y los programas y técnicas que utilizarán.

Una vez autorizada la medida será llevada a cabo por los funcionarios identificados que procederán a la observación, grabación, volcado o clonación de

⁴⁸² Vid. STS Núm. 811/2015 de 9 de diciembre.

todos los datos o parte de ellos por entender que son de interés para la investigación.

Si durante el transcurso de la investigación aparecen hechos delictivos no incluidos en el auto que ordenó el registro, la Policía Judicial deberá dar cuenta de forma inmediata al Juez de Instrucción que autorizó la medida con objeto de que decida sobre si incluir o no el hecho delictivo, esto es ampliar el auto o inhibirse en favor del Juzgado o tribunal competente.

Es decir, que cuando se analice la información obtenida se pueden detectar hechos distintos de los comprendidos en su investigación penal, el criterio de actuación de la Policía Judicial debe ser el mismo que se ha explicado para las intervenciones de las comunicaciones.

Pero ello, no les debe autorizar para el registro indiscriminado de todo el contenido del ordenador intervenido, sino únicamente lo contenido por el auto que estableció el registro remoto.

Algunos autores, proclaman la delimitación en dicha resolución judicial de criterios de búsqueda para buscar en los dispositivos de almacenamiento en función del delito investigado por la policía. Así si se está investigando un delito de terrorismo yihadista los patrones a manejar debería ser palabras, formatos o fechas de instalación o modificación⁴⁸³ o en la investigación de la posesión o difusión de pornografía infantil el criterio a seguir sería la búsqueda de archivos susceptibles de reproducción como imagen o video y enviados/recibidos durante un cierto periodo de tiempo.

Sin embargo, en mi opinión este requisito, que dificulta más aún la ya de por sí complicada investigación no debería aplicarse a la investigación de los delitos susceptibles de ser investigados mediante esta técnica de registro remoto de equipos informáticos. Es más, la regulación que de este medio de investigación realizada por la LO 13/2015, no exige ni mucho menos tal actuación, lo que tampoco quiere decir que la Policía Judicial pueda realizar registros indiscriminados sin tener en cuenta los principios de proporcionalidad y necesidad.

⁴⁸³ Ej.: how-to-build-a-bomb.doc, según palabras clave (bomb, Bin Laden, CIA, Alá,...), según la extensión del archivo (ej.: *.divx, *.jpg, *.pdf, *.mp3, etc.), o según la fecha de grabado/instalado/ modificado.

Lo que representa un problema práctico para la Policía Judicial y para el proceso penal en general, en el registro remoto de los equipos informáticos es asegurar la autenticidad e integridad de la información que se vaya obteniendo. Pues no nos encontramos en los registros de un equipo informático físico que es registrado por técnicos informáticos tras una entrada y registro donde el Secretario Judicial puede y debe atestiguar la identidad del equipo y la autenticidad de la información obtenida.⁴⁸⁴ El clonado de este ordenador refleja fielmente lo contenido en el mismo, pues para ello se desconecta para que no pueda borrarse ni grabarse nada después de su incautación.

Ahora bien, como ha expuesto la jurisprudencia⁴⁸⁵ en alguna ocasión, no se puede hacer presenciar al Secretario Judicial más que las operaciones informáticas realizadas in situ. Cuando la complejidad, cantidad u ocultación de los datos contenidos en el equipo informático precisan de mucho tiempo para su obtención, debería haberse regulado un protocolo de actuación para estos casos.

Pero en el registro remoto, esto no ocurre, porque la Policía Judicial va obteniendo información a medida que la investigación va avanzando y la va descargando en un disco duro para posteriormente aportarla a la causa sin la presencia, ni siquiera temporal del Secretario Judicial. En el transcurso de dicho tiempo, el equipo informático intervenido estará constantemente grabando y borrando archivos y generando nuevos datos, por lo que la imagen que la Policía Judicial vaya obteniendo no será idéntica a la que se pueda tener cuando el equipo sea incautado, si no que reflejará la situación en un momento concreto de la investigación.

Y no ocurre como en la intervención telefónica en la que el SITEL opera de forma automática sin intervención de la Policía Judicial, en el registro remoto son

⁴⁸⁴ Artículo 453 LECrim: *“El Secretario dará fe de todo lo que ocurriere en el acto del careo y de las preguntas, contestaciones y reconvencciones que mutuamente se hicieren los careados, así como de lo que se observare en su actitud durante el acto; y firmará la diligencia con todos los concurrentes, expresando, si alguno no lo hiciere, la razón que para ello alegue.”*

⁴⁸⁵ Vid. SSTS de 15 de noviembre de 1999 y de 22 de mayo de 2009: *“no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del funcionario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia.”*

los funcionarios de la Policía los que tienen que intervenir eligiendo los archivos interesantes para la investigación y las actuaciones necesarias para la averiguación del delito. Esta es una de las razones por las que deben estar perfectamente identificados.

Por ello, resulta necesario que en la realización de esta obtención de datos informáticos a través de la técnica de registro remoto la Policía Judicial identifique de forma adecuada en el procedimiento, es decir en el atestado o informe pericial, los funcionarios actuantes, las técnicas utilizadas, el hardware y software utilizado, la fecha y al hora de la obtención, el soporte donde es volcada la información, la IP de conexión del ordenador registrado y utilizado por la Policía y todos aquellos datos técnicos que pueda despejar cualquier duda de “contaminación o manipulación” de los datos que se vayan obteniendo.

Estamos ante una especial clase de pericia informática que la Jurisprudencia ha llamado, con razón, *prueba pericial preconstituida*⁴⁸⁶ entendiéndose como tales aquellas actuaciones policiales que por su urgencia y necesidad de atestiguación en un momento concreto no permiten demora en su realización y, por lo tanto, no están presente ni la Autoridad Judicial, ni el secretario judicial.

En estas pruebas preconstituidas⁴⁸⁷ han sido incluidas desde las Inspecciones Técnico Oculares hasta las pruebas de alcoholemia y, en lo que ahora nos ocupa, las diligencias de registro remoto de equipos informáticos.

Para su validez como prueba, el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes deben solicitar su lectura en el acto del juicio oral que normalmente vendrá complementada por la testifical y pericial de los agentes actuantes.

En definitiva se trata de respetar lo establecido en la Ley e ir un poco más allá, en lo que la ley no ha regulado, con objeto de que estas evidencias obtenidas no puedan ser puestas en duda por el Tribunal, ya que en muchas ocasiones no se podrá disponer del equipo informático registrado remotamente. Para ello, es oportuno explicar por parte de la Policía Judicial pormenorizadamente los pasos

⁴⁸⁶ Entendidas como aquellas pruebas de imposible o muy difícil reproducción en el acto de juicio oral. En otros casos son el mecanismo de conceder eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales, las cuales no constituyen verdaderos actos de prueba, permitiendo que el Tribunal pueda formar su convicción en base a las mismas.

⁴⁸⁷ Vid. STC. 303/93, recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia.

seguidos para su recogida y obtención y el funcionamiento de la tecnología y programas utilizados y los mecanismos utilizados para garantizar la veracidad de lo obtenido.

Y, posteriormente, la información obtenida, tras el acceso remoto, deberá ponerse a disposición de la Autoridad Judicial que ordenó el registro y del letrado de la administración de justicia de dicho organismo judicial que podrá dar fe de lo entregado antes de su remisión a los peritos informáticos oficiales y de parte, si así se acordara. En este último caso, lo óptimo sería enviar una copia clonada de lo obtenido en el registro, permaneciendo el material original en poder del Juzgado al objeto de poder realizar posteriores contrapericias si el proceso lo requiere.

Una forma de actuación muy adecuada ha sido dibujada por VELASCO NUÑEZ, E.⁴⁸⁸ quien apunta que sería aconsejable que estas pericias informáticas fueran realizadas por peritos diferentes, y que ambos peritos rindieran su informe en el acto de juicio oral y lo sometieran a la necesaria contradicción de las partes. Los primeros los funcionarios que hicieron el registro y volcaron la información del ordenador registrado y, los segundos los peritos informáticos que analizaron la información obtenida.

Si esta función pericial se encomienda, como suele habitual, a los Organismos oficiales (Departamento de delitos Telemáticos de la Guardia Civil o Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Judicial), "*...quienes gozan, prima facie, de presunción de neutralidad e imparcialidad y que por contar con todas las garantías técnicas, siempre que se hagan por técnicos ingenieros o informáticos distintos de los que han hecho la intervención del material operativa, se tienen presuntivamente por veraces, salvo prueba en contra.*

Para garantizar la contradicción, (s TS 2/12/1992, 5/02/1991 y 22/04/1991) la defensa puede proponer:

- la oportuna contra pericia, en su caso,*
- la impugnación explícita en su escrito de calificación, lo que conllevaría examinar al perito en el plenario (s TS 5/09/1991, 1/03/1994 y 1/02/1995)*

⁴⁸⁸ VELASCO NUÑEZ, E. en Aspectos procesales de la investigación y de la defensa en los delitos informáticos, La Ley n°6506, 2006. p. 3.

Caso de no optar por ninguna de estas dos líneas de defensa, los informes provenientes de organismos oficiales (igual que los análisis de drogas, huellas, balística, etc.), pueden ser traídos al proceso para ser valorados por el órgano fallador como prueba documental (s TS 1/03/1994 y 11/03/1994)".⁴⁸⁹

En relación con el **principio de especialidad**, recordemos que tenemos la teoría de los hallazgos casuales o inevitables que también se pueden dar en la práctica de un registro remoto de un equipo informático. En estos caso, al igual que ocurre en el resto de las intervenciones de las comunicaciones, la Policía Judicial debe dar cuenta inmediata al Juez que autorizó la medida, al objeto de que este resuelva lo conveniente. Esto es, la ampliación del auto de registro remoto o la inhibición y remisión al órgano judicial que entiende competente para investigar los nuevos hechos delictivos.

En el caso del registro remoto se da una circunstancia muy concreta y llamativa en relación a los nuevos hechos delictivos descubiertos, pues estos pueden ser, a su vez, susceptibles de investigación conforme esta especial técnica o, por el contrario, estar fuera de esa lista cerrada que marca el artículo 588 septies a de la LECrim.⁴⁹⁰ Todo ello, deberá tenerlo en consideración el Juez de Instrucción competente a la hora de dictar el auto ampliatorio y continuar con una determinada investigación.

Imaginemos que el delito nuevo descubierto no es conexo con el principal para el cual se acordó el registro remoto y, además, está fuera de los presupuestos que admiten la investigación a través de esta técnica. En estos casos, entiendo que el conocimiento obtenido podrá operar como una simple denuncia cuya virtualidad tiene la iniciación de un procedimiento penal, pero no podrá, por sí misma configurarse como prueba que destruya la presunción de inocencia.

Cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático

⁴⁸⁹ VELASCONUÑEZ, E. en Aspectos procesales de la investigación y de la defensa en los delitos informáticos, La Ley n°6506, 2006. p. 3

⁴⁹⁰) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, de terrorismo, cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del Juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro.⁴⁹¹

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 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, para la recogida de datos, así como para su examen y visualización.

Además 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 que deberán seguir sus instrucciones o podrán caer en la comisión de un delito de desobediencia. Lógicamente, esta medida no será de aplicación para el investigado, ya que vulneraría su derecho a no declarar contra sí mismo y a las excepciones establecidas en la LECrim respecto de los familiares y secreto profesional.⁴⁹²

Por último, llama la atención que el artículo 588 septies c de la LECrim haya establecido un plazo máximo de duración del acceso remoto a un equipo informático inferior que en el caso de la intervención telefónica, por ejemplo. Recordemos que el tiempo máximo de aquélla es tres meses prorrogables por un tiempo igual hasta los dieciocho meses. El registro informático tiene una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses,⁴⁹³ tiempo que se estima insuficiente para la complejidad de los hechos delictivos que se deben investigar.

3.6.5. Jurisprudencia

En relación al registro remoto de equipos informáticos no existen muchas sentencias relacionadas directamente con el asunto, no obstante se han utilizado las siguientes:

⁴⁹¹ Vid. Artículo 588.e septies LECrim.

⁴⁹² Vid. Artículo 416 LECrim.

⁴⁹³ Vid. Artículo 588 septies c. LECrim.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009.

Título IV – CONCLUSIONES

Título IV – CONCLUSIONES

PRIMERA.- Necesidad de la elaboración y publicación de un nuevo Código Procesal Penal.

Desde el 28 de octubre de 1882 cuando salió publicada la **Ley de Enjuiciamiento Criminal** han pasado más de ciento treinta y cinco años. Quizás sea una de las pocas leyes que queden en vigor del siglo XIX.

Una Ley tan crucial para el ordenamiento jurídico de un país como la que se encarga de regular las normas de investigación y enjuiciamiento penal no puede tener entre sus características, la extraordinaria permanencia en el tiempo.

Más aún, si tenemos en cuenta que desde el año 1981 se inició en nuestro país un profundo cambio de la legislación habida hasta 1978, como consecuencia de la publicación ese año de la Constitución Española. Sin embargo, por avatares del destino y de la política, la LECrim siempre ha sido relegada para su derogación y cambio por un código de enjuiciamiento de la democracia.

No ha tenido, pues tanta suerte como legislaciones coyunturales paralelas a la suya en otros ámbitos de la jurisdicción. Así, fueron aprobándose en el ámbito civil por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000), en el ámbito administrativo la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en la jurisdicción social, incluso se han publicado desde entonces dos leyes procesales, la actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011) que sustituyó a la anterior Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

Incluso en la jurisdicción penal militar los cambios han sido llevados a cabo por el legislador, consciente de que la Constitución de 1978 debía alumbrar los principios generales de las leyes procesales en todos los ámbitos. La Ley Procesal Militar fue aprobada por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.

Sin embargo, la LECrim no ha salido nunca del “*bombo*” legislativo, aunque estuvo varias veces a punto, y, como mucho, ha sido agraciada con el premio de consolación de una serie de modificaciones que a modo de “*parches*” han ido

adaptándola a los tiempos que corrían en cada momento. Para hacernos una idea de la cantidad de modificaciones que ha tenido la LECrim se ha elaborado un anexo con una relación de las mismas que demuestran que el método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia penal está agotado definitivamente.⁴⁹⁴

Una de las reformas más necesarias, sin duda, es la que nos ha ocupado en esta tesis y que fue introducido por 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 a la que me referiré en estas conclusiones más adelante.**

Pero que se salga al paso, con toda esta serie de modificaciones de la LECrim no debe hacernos perder la visión de que lo necesario es una “sustitución” completa de la misma. Sin dejar de reconocer que el texto del Ministro *D. Alfonso Manuel Alonso Martínez*, es y ha sido de indudable valor para el enjuiciamiento de los delitos en España.

Un nuevo texto, dotaría en el ámbito penal, tal y como se ha hecho en otras jurisdicciones, de una estructura ordenada, carente de incoherencias provocadas por las modificaciones realizadas a lo largo de los años.

Debiendo incluir, toda la serie de medios de investigación y prueba que han ido apareciendo con los años con objeto de evitar casos como el de la intervención de las comunicaciones personales, que durante muchos años ha sido objeto de crítica de doctrina y jurisprudencia tanto nacional como europea.

Además, no se puede desconocer que la actual LECrim carece de la regulación de los nuevos medios de comunicación que pueden y deben ser utilizados por los operadores de justicia en sus comunicaciones dentro de un determinado proceso.

Pero es que además, la elaboración de un nuevo Código Procesal Penal, es sumamente fácil debido a la larga experiencia que se tiene con el actual y la jurisprudencia que se ha ido creando alrededor de su regulación. Prueba de ello es la redacción de la LO 13/2015 que ha seguido esta técnica y ha conseguido un magnifico texto adaptado a las necesidades actuales.

⁴⁹⁴ Vid. Anexo con las modificaciones de la LECrim desde su publicación.

En definitiva, en mi opinión la sustitución de la LECrim no permite espera y debe abordarse con urgencia, pero con la pausa necesaria para conseguir un consenso suficiente y mejorar la actualmente en vigor. **Que este último parche no sea motivo de justificación alguna para posponer, una vez más, la redacción de un nuevo texto.**

La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, para redactar un Código Procesal Penal bien estructurado y organizado dentro del ordenamiento constitucional.

Por lo tanto, ya es hora de que el legislador se ponga a trabajar y reúna los apoyos necesarios para que una ley tan fundamental como la LECrim vea la luz en el BOE.

SEGUNDA.- Reforma de la Policía Judicial.

Obviamente, son muchos los aspectos que se deben abordar en esta reforma, pero en lo que afecta a esta Tesis, los fundamentales son los que afectan a las funciones de la Policía Judicial dentro del proceso penal y las posibilidades de utilización de los medios de investigación, en general, y, en particular, de los medios tecnológicos de investigación. Además, no debe dejarse de lado, la reforma relacionada con la dirección de la instrucción, pues esta influye en ambos aspectos estudiados.

Por ello, es necesario que paralelamente a la reforma comentada y con igual urgencia, la modificación de toda la legislación que se refiere a la **definición, composición, organización, funciones y competencias de las Policía Judicial.**

En el primer Título de esta tesis se ha desarrollado el concepto, clases, dependencias y composición de la Policía Judicial en España, dibujando el actual régimen jurídico que les es aplicable, que como se apuntó y justificó, se encuentra superado y obsoleto.

Para ello, se necesitaría, al igual que se está realizando para el Ministerio Fiscal un profundo cambio en las normas que se refieren a la Policía Judicial, empezando por la propia LECrim que, en su artículo 283 contiene la siguiente redacción que demuestra por sí misma la necesidad de modificación. En el mismo se hace referencia a que son miembros de la Policía Judicial, desde las autoridades administrativas de seguridad pública hasta los funcionarios del cuerpo especial de prisiones.

Esta necesidad pasaría, posteriormente, por la modificación de la Ley Orgánica 2/1986 de 28 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en concreto el capítulo V de su Título II,⁴⁹⁵ donde se desarrolla la organización de las unidades de Policía Judicial y de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuya regulación destinada a la Policía Judicial está contemplada en el Título III de su libro V⁴⁹⁶. Ni que decir tiene que finalmente, el modelo de Policía Judicial debe estar rematado por la redacción de un Real Decreto donde se detallen todos los aspectos relativos a su organización y funciones que sustituya al actual.⁴⁹⁷

Todo ello, para desarrollar las funciones que a la Policía Judicial asignó la Constitución Española de 1978 en su artículo 126:

“La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.”

Tal vez, sea el momento de volver al debate inicial sobre si las funciones de **Policía Judicial en sentido estricto** deben ser desempeñadas por un Cuerpo diferente e independiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Este modelo pasaría por asignar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, exclusivamente las funciones relacionadas con la Seguridad Ciudadana, principalmente el mantenimiento del orden público y la prevención de acciones delictivas y que se derivan de otro artículo de la Constitución Española, el artículo 104:

“Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”

Este modelo tiene algunas ventajas, como es la perfecta distribución de competencias entre la Policía Administrativa y la Policía Judicial, así como la mejor coordinación de ésta última con el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, al depender *“exclusivamente”* de ellos, tanto funcional, como orgánicamente.

El terrorismo y la delincuencia organizada exigen que la Policía Judicial tenga, además de medios personales y materiales, capacidad de investigación y de maniobra suficiente para la lucha contra esta lacra del siglo XXI. La *dependencia*

⁴⁹⁵ Vid. Arts. 29 a 36 LO 2/1986.

⁴⁹⁶ Vid. Arts. 547 a 550 LOPJ.

⁴⁹⁷ Vid. RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

exclusiva y directa de los Jueces y Tribunales facilitaría, sin duda, esta investigación.

Se conseguiría una mejora en la profesionalización y especialización de la Policía Judicial, ya que su personal desarrollaría su carrera dentro de dicho cuerpo, sin que circunstancias de ascenso y especialización hicieran que pudieran volver a otras funciones que no fueran las propias de las señaladas en el artículo 126 de la CE.

Algunos países de la Unión Europea han adoptado este modelo, entre ellos nuestro vecino Portugal, Holanda o Luxemburgo con dependencia exclusiva de la Policía Judicial del Ministerio de Justicia. Seguramente, con el tiempo este sea el modelo policial hacia donde se dirijan todos los países de la UE. Esto facilitaría la cooperación entre ellos y la lucha contra la delincuencia en el espacio de la Unión y, por supuesto, la creación de un cuerpo policial europeo de Policía Judicial.

Sin embargo, en mi opinión, en España se deben subir unos peldaños previos para poder llegar a la creación de un Cuerpo de Policía Judicial.

En efecto, de todos es conocido que, el actual sistema policial español dibujado por la LO 2/1986 está superado y que se precisa una sustitución de dicha ley que se adapte a, por un lado, la situación real y actual de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y "*otros Cuerpos no incluidos en este concepto*"⁴⁹⁸ y, por otro, que diseñe un sistema de distribución de competencias más efectiva y eficiente.

En ese primer escalón se podría adjudicar las funciones de Policía Judicial que ahora nos ocupan con *los principios de unidad, de permanencia, estabilidad, especialización y estricta sujeción o dependencia funcional* respecto de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal a las Fuerzas y Cuerpos del Estado y otros Cuerpos que realizan, de facto, competencias exclusivas de Policía Judicial en ciertos ámbitos.

Para ello, se podría partir de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil y Policía, (y de otros cuerpos) existentes en la actualidad para que pasaran a depender de los Jueces y Tribunales con base provincial. Unidades que deberían compartir ubicación y medios con estas autoridades de las que dependen funcionalmente; con objeto de llevar las investigaciones de hechos delictivos de cierta gravedad o cuya especialización lo precisare.

⁴⁹⁸ Por ejemplo: Servicio de Vigilancia Aduanera, Policía Portuaria y Agentes Forestales.

Esto representaría la creación de una unidad adscrita de Policía Judicial, como mínimo, por provincia y además en los Juzgados y Fiscalías que por su especialización lo requieran.⁴⁹⁹

Esta adscripción a los Juzgados y Tribunales, así como a las Fiscalías, debe provocar que en la regulación de muchas de las medidas de investigación se incluya la posibilidad de que sea un funcionario responsable de la Policía Judicial quien autorice "*provisionalmente*" la mayoría de esas medidas, tal y como se hace, en la legislación actual, en algunas de ellas. Autorización provisional que deberá ser certificada por la Autoridad Judicial posteriormente y que, para el caso que no se autorice, lo actuado no debe tenerse en consideración a efectos de prueba en el proceso penal. La urgencia de la intervención en la investigación de los delitos cometidos a través de internet, así lo exige.

De esta forma, no se perderían datos esenciales para muchas investigaciones que por su urgencia no permite demora en su realización. En los momentos actuales debe desecharse definitivamente la "*permanente sospecha*" que ha recaído sobre la policía en el pasado y confiar en una Policía Judicial al servicio del ciudadano y en auxilio de la Autoridad Judicial para la persecución del delito que opera con total objetividad y legalidad. Esta medida, sin duda, redundaría en ello, pues no puede entenderse el motivo por el cual se requiere autorización judicial para algunas medidas de investigación, léase geolocalización, y para otras no.⁵⁰⁰

Para ello, se les debe dotar de las herramientas materiales y jurídicas necesarias con objeto de realizar su labor de forma eficiente y eficaz. Todo ello, permitiría una extrema especialización en las técnicas de investigación criminal que precisa la delincuencia cuyo origen es lo que se ha venido a conocer como, "*crimen organizado*" o la cometida "*a través de la red*".

Todo ello, desde luego, precisa de una formación y permanencia de los miembros de estas Unidades de Policía Judicial. En la actualidad, el *curso habilitante* para cumplir las funciones de Policía Judicial tiene una carga lectiva de

⁴⁹⁹ Si finalmente fuera el Ministerio Fiscal el órgano elegido para la Dirección de la Instrucción penal, estas Unidades de Policía Judicial deberán estar adscritas a las Fiscalías Provinciales.

⁵⁰⁰ Vid. Artículo 588 quinquies b. LECrim; Captación de imágenes en lugares o espacios públicos.

cuarenta horas aproximadamente y es impartido en la Escuela de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia.

Si queremos ir a la excelencia, los cursos que habiliten para el ejercicio de las funciones propias de Policía Judicial específica deberían estar abalados por una Universidad a través de Centros Universitarios como el que recientemente se ha creado en la Guardia Civil en la localidad de Aranjuez⁵⁰¹ y, como mínimo, debería tener una carga lectiva de un curso académico (Título propio) para los policías y guardias civiles de las escalas básicas y tres años (Título de grado) para las escalas de mandos. De esta manera se integrarían los Cursos del Centro de Estudios Judiciales impartidos por el Ministerio de Justicia y el de Policía Judicial, impartido por la Guardia Civil o la Policía Nacional para sus respectivos funcionarios.

Esta formación redundaría en la mejora del servicio público ofrecido por la Policía Judicial que, actualmente, en muchas ocasiones no tiene medios, ni humanos, ni técnicos para recibir y perseguir cierta clase de denuncias en determinados lugares.

Por poner un ejemplo, los agentes de la Guardia Civil y de la Policía, en general, carecen en la actualidad de formación relativa a la *“investigación de denuncias”* relacionadas con los delitos cometidos en internet, por lo que la mayoría de estas no son objeto de investigación y la actuación de los cuerpos policiales se limita a su recepción.

Cierto es que tanto la Guardia Civil con la Unidad Central Operativa, como la Policía Nacional a través de las unidades dependientes de la Comisaría General de Policía Judicial, constituyen dos unidades a *“nivel central”* de lucha contra la criminalidad en general y, en particular, contra la informática, muy eficaces y formadas. Pero esta especialización y eficacia que han demostrado dichas unidades no se ha desarrollado a nivel periférico. En consecuencia, es necesaria una formación específica para adoptar un criterio común de actuación en todo el territorio nacional.

En definitiva, nuevos delitos precisan de nuevos medios y preparación en la Policía Judicial para su persecución. Como muestra podemos citar algunas de las

⁵⁰¹ Centro Universitario de la Guardia Civil.

modalidades delictivas cometidas a través de la red que son escasamente investigadas y conocidas por las FYCS:

- El “*secuestro*” *virtual de teléfonos móviles*” a través de un virus conocido como ransomware. Una instalado el virus el sistema operativo del teléfono deja de funcionar vez el código maligno se ha alojado en el móvil, el navegador y el sistema operativo deja de funcionar o bien se cifran los archivos del dispositivo. El usuario se da cuenta de que su aparato ha sido infectado al recibir un mensaje en el que se exige un rescate para desbloquearlo o poder acceder a las imágenes, vídeos o documentos afectados por el virus. El *modus operandi* de estos delincuentes consiste en pedir una cantidad económica en *bitcoin* con el objetivo de que la policía no pueda seguir la transacción y, por tanto, llegar hasta los delincuentes. El INCIBE afirma que desde 2013 el incremento de infecciones por ransomware en teléfonos móviles ha sido “*extraordinario*” y que en un plazo muy corto serán tan o más atacados que los ordenadores. La forma por la que el virus llega al móvil es diversa, aunque la más frecuente es mediante el envío de mensajes que llevan un archivo adjunto ejecutable que cuando lo abre se infectado otra veces es a través de la conexión a internet a través de una wifi. El malware, también podría llegar a partir de la instalación de una App Store.
- **Phising** consiste en la suplantación de identidad que persigue apropiarse de datos confidenciales de los usuarios para, en base a ellos, conseguir menoscabar patrimonios ajenos. Por ejemplo, te manda un correo haciéndose pasar por tu banco pidiendo datos personales y credenciales para una comprobación. En nuestro Código Penal está dentro de las estafas.
- **Pharming** es la intervención de los servidores DNS (Domain Name System) o en el de los equipos de los propios usuarios, que permite a un atacante redirigir un nombre de dominio (domain name) a otro ordenador diferente, con el mismo objeto que el *phishing*.
- **Hacking** consiste en el acceso no autorizado a un ordenador de grandes empresas, con objeto de obtener archivos de datos y apoderarse de ellos o impedir su acceso para pedir una cantidad de

dinero para liberarlos, normalmente de grandes empresas o instituciones.

- **Cracking** consiste en el acceso a ordenadores ajenos sin autorización para destruir todos o parte de los datos, programas o sistemas. Este delito debe ser encuadrado en los daños informáticos tipificados en el Código Penal.⁵⁰²

Prueba de que estos y otros delitos serán cada vez más importantes y representarán un mayor porcentaje dentro de la totalidad de infracciones penales conocidas, es la progresión que están teniendo en los últimos años. Desde que lleva realizando informes el Centro de Coordinación de la Ciberdelincuencia la evolución se puede consultar en el último informe que se ha hecho público relacionado con el año 2015⁵⁰³ y cuyos gráficos más significativos se reproducen a continuación:

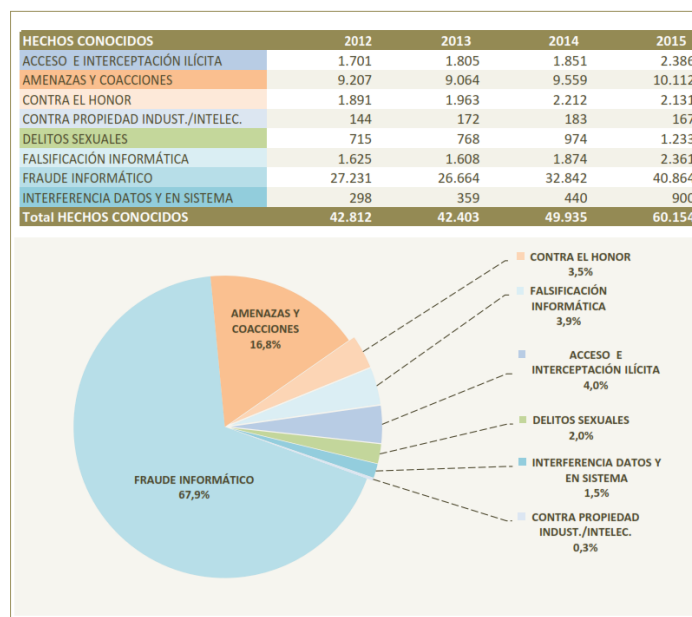


Figura número 3: Ciberdelitos conocidos año 2015.

⁵⁰² Vid. artículo 264 CP.

⁵⁰³ <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Cibercriminalidad+2015.pdf/c10f398a-8552-430c-9b7f-81d9cc8e751b>

DETENCIONES E IMPUTACIONES REGISTRADAS	Hombre	Mujer	Total
ACCESO E INTERCEPTACIÓN ILÍCITA	308	67	375
AMENAZAS Y COACCIONES	1.149	319	1.468
CONTRA EL HONOR	178	103	281
CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL/INTELLECTUAL	81	12	93
DELITOS SEXUALES	696	25	721
FALSIFICACIÓN INFORMÁTICA	169	89	258
FRAUDE INFORMÁTICO	1.534	692	2.226
INTERFERENCIA EN LOS DATOS Y EN EL SISTEMA	22	1	23
Total DETENCIONES E IMPUTACIONES REGISTRADAS	4.137	1.308	5.445

Figura número 4: Detenciones e imputaciones por cibercrimitos en España durante el año 2015



Figura número 5: Evolución de hechos conocidos, esclarecidos y detenciones/imputaciones realizadas por cibercrimitos en España periodo 2012-2015.

Fuente: Estudio sobre la Cibercriminalidad en España (2015)

Más grave son, si cabe, los delitos de terrorismo que de todos es sabido que utilizan internet y las redes sociales para labores de propaganda, comunicación y reclutamiento que favorecen sus condenables acciones.

Pues en la lucha contra esta especial clase de criminalidad, como contra el "crimen organizado" se precisan más todavía, la dotación de instrumentos que permitan una investigación fluida y vinculante tanto a nivel nacional, como transnacional. De nada serviría que España tuviera unas herramientas de investigación muy potentes si los países de nuestro entorno no permiten que éstas sean eficaces en sus territorios.

Como sabemos, internet no tiene fronteras por lo que los delincuentes pueden campar a sus anchas en sus comunicaciones instantáneas de un lugar a otro del mundo. En este sentido los Estados deben aunar sus esfuerzos y legislaciones para que la cooperación policial y judicial internacional, haga posible la eficacia de las investigaciones de unos y otros, con objeto de poder

luchar de una forma eficaz contra estas lacras. Europa ya lo está haciendo a través de sus Reglamentos, Directivas y Decisiones.⁵⁰⁴

Pensar que un país puede luchar por sí mismo contra esta delincuencia es una imprudencia que puede repercutir en la seguridad mundial. En este camino nos queda mucho por recorrer, por ello se debe seguir impulsando todas estas medidas de coordinación y colaboración internacional.

En tanto y cuanto se avance en este sentido se podrá realizar entre países de una forma ágil actuaciones como las extradiciones, asistencia judicial recíproca, eficacia de las actuaciones penales recíprocas, traslado de personas condenadas, ejecución recíproca de sentencias, embargo preventivo y decomiso de activos y, lo que es más importante, intercambio de información y puesta en común de procedimientos de lucha contra el crimen en general y, en particular, contra el cometido en internet.

En este camino se está avanzando notablemente en los últimos años, pues existen acuerdos supranacionales para la lucha contra estos delitos, tanto a nivel mundial, como europeo que no deben dejarse de citar:

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional.
- Convenio de Ciberdelincuencia
- Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo del Consejo de Europa.
- Convenio Europeo sobre Extradición.
- Convenio Europeo sobre cooperación judicial en materia penal.
- Orden de Detención Europea, que exclusivamente dentro del marco Schengen, obliga a los Estados a detener y trasladar a un presunto delincuente al Estado requirente, en base al principio de reciprocidad.
- Orden Europea de Investigación, como procedimiento simplificado para la obtención y remisión de documentos, objetos, datos de usuarios de internet que puedan servir de prueba.

⁵⁰⁴ Ejemplo de ello es la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

- Red 24/7 que dispone una posibilidad de contactos las veinticuatro horas de los siete días de la semana en aplicación del artículo 25 del Convenio de 35 del Convenio sobre Ciberdelincuencia.

Un último instrumento para la lucha contra la ciberdelincuencia es la creación de un Centro Europeo de Ciberdelincuencia que debe crearse en el seno de la Unión Europea y que es una de las medidas que estableció *“La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea”* para una Europa más segura.

Todo ello, sin descuidar **la lucha contra otra clase de delincuencia** que, causando menor alarma social, no debe estar exento de persecución. Nos referimos a la delincuencia de hechos delictivos menos graves y leves.

Para su persecución y prevención, en este hipotético dibujo que venimos conformando, deben continuar haciéndose cargo las Unidades de Seguridad Ciudadana de la Guardia Civil y de la Policía Nacional en el ámbito de sus respectivas demarcaciones territoriales. Sin descuidar, por otra parte, la participación de Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales en el ámbito de las competencias que les otorguen su legislación específica.

De igual forma, en el ámbito de sus competencias deberían tener funciones de Policía Judicial genérica, otros cuerpos *“no pertenecientes a las FYCS”*⁵⁰⁵, como por ejemplo, la **Policía Portuaria** o los **Agentes Forestales** para la lucha y prevención especializada de hechos delictivos, del ámbito de sus competencias. La elevación de su estatus debe pasar por la consideración de Fuerza y Cuerpo de Seguridad y el estatus personal de agente de la autoridad en sus actuaciones en el ejercicio de sus competencias. En este sentido también deben poder portar armas en el ejercicio de sus funciones con objeto de la defensa de bienes y personas y autoprotección.

Mención aparte, deberían tener el **Cuerpo de Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera** que por su especialización, despliegue y competencias, no pueden circunscribirse a estos hechos delictivos, por lo que deberían tener una regulación específica para los delitos de contrabando cuya competencia les otorga la Ley de Contrabando. Para otros delitos, comúnmente relacionados con aquéllos

⁵⁰⁵ Ya que no están incluidos en la actual LO 2/1986.

deberían trabajar de forma conjunta con Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil o de la Policía Nacional.

Y desde luego, este sistema debe ser presidido por un sistema y unos órganos de coordinación que dirijan e interpreten las funciones de las Unidades Adscritas de Policía Judicial (**Policía Judicial Específica**) y de otros cuerpos y unidades con funciones de **Policía Judicial Genérica**. Ello, en la sabiduría que el actual sistema ha funcionado con ciertos déficits de coordinación, sobre todo a nivel de coordinación política, pero a veces también a nivel operativo.

En definitiva, que se establezca un sistema de coordinación de obligado cumplimiento con mantenimiento de reuniones periódicas entre los actores implicados y con la posibilidad de adoptar acuerdos ejecutivos con sanciones para a aquéllos que no los sigan, a los tres niveles de distribución de competencias: Local, autonómico y estatal.

Bien puede ser esta reforma dibujada el embrión de una futura Policía Judicial Europea con el objeto de trabajar de forma más eficiente contra la criminalidad. No es una tarea inalcanzable, de hecho, en el seno de la Unión ya ha habido un primer paso con la creación de la Policía Europea de Fronteras y Costas creada por la Reglamento 2016/1624/UE del Parlamento y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas que ha creado un Cuerpo con mil quinientos hombres dependiente directamente de la Agencia FRONTEX a fin de hacer frente a la llegada masiva de inmigrantes y refugiados. El objeto de la Guardia Europea de Fronteras y Costas será garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, haciendo frente a los retos de la migración y a posibles amenazas futuras en dichas fronteras, particularmente delincuencia transfronteriza y el terrorismo y asegurando la seguridad interior en pleno respeto de los derechos fundamentales y la libre circulación de las personas.'

TERCERA.- Instrucción del Procedimiento Penal.

Esta reforma de la Policía Judicial, debe ir presidida de un **cambio de dirección en la instrucción del procedimiento penal** desde el Juez de Instrucción al Ministerio Fiscal, pues los beneficios de este cambio superan a los perjuicios, como vamos a tratar de exponer a continuación.

Efectivamente, mucho se ha escrito a favor y en contra de esta nueva adjudicación que se antoja inevitable. En contra quizás el único argumento de

peso es la “*resistencia al cambio*” de los operadores de justicia que se tendrían que ver enfrentados a nuevas funciones y responsabilidades.

Sin embargo, los beneficios desde mi punto de vista son muchos. El primero y más general es que se instaura, en su totalidad, el principio acusatorio en el proceso penal. Aquel principio por el cual los órganos que enjuician deben ser diferentes de los que instruyen, está definitivamente resuelto de esta forma, sin necesidad de buscar explicación argumentando que el Juez de Instrucción es distinto del Juez competente para enjuiciar.

La importancia de instaurar definitivamente el principio acusatorio no es baladí, recordemos que la doctrina del Tribunal Constitucional ha elevado este principio a derecho fundamental implícito en el “*derecho a un proceso con todas las garantías*”, del artículo 24.2 de la CE.

Además, por si no fuera poco, desde la perspectiva policial y de mejora de las investigaciones, el enjuiciamiento ganaría muchos enteros. En primer lugar, porque la Policía Judicial tendría mucho más cercano a un Ministerio Fiscal que se encargara de la dirección de las investigaciones en quien podría confiar la elaboración de las diligencias más complejas y consultar las dudas que le asaltarán en el transcurso de la investigación sin necesidad de esperar a comunicarse con la Autoridad Judicial que por su propia naturaleza está encerrada en el Juzgado y menos disponible.

Estos beneficios se verían incrementados, si tenemos en cuenta que el Ministerio Fiscal se está especializado para aumentar su eficacia y como respuesta a las nuevas formas de criminalidad que han ido surgiendo en los últimos tiempos. Es lo que se conoce con el nombre de Fiscalías Especiales, antidroga, de delitos contra la seguridad del tráfico, anticorrupción o contra la criminalidad organizada.

Los escritos de solicitud de realización de las diligencias de investigación que afectan a los derechos fundamentales, se realizaría de una forma más completa y correcta, pues, a la experiencia de la Policía Judicial, se añadiría el “*plus*” de formación jurídica del Fiscal. Esa misma formación, puede ser utilizada, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, para que el Ministerio Fiscal aprobara algunas de aquellas diligencias “*a prevención*” para que luego el Juez o Tribunal de Garantías fuera quien la ratificara.

Es cierto que si al Ministerio Fiscal se le adjudicaran funciones de dirección de la instrucción que hasta ahora no tenía, esto requeriría de una profunda transformación y dotación de medios de la institución, pero ello no debe ser obstáculo para abordar esta reforma.

En cuanto a los medios humanos, muchos de los mismos se podrían dotar de los Jueces de Instrucción que, también necesitarían de una transformación o de los miembros de la Policía Judicial con categoría, titulación y experiencia necesaria para ello.

Otro de los beneficios perseguidos es que la decisión de abrir o no el Juicio Oral, podría recaer sobre la Autoridad Judicial que no ha participado en la instrucción hasta el momento. Esto le otorgaría de mayor objetividad y eficacia, pues en vista de lo actuado, la gravedad del delito y lo propuesto por el Ministerio Fiscal podría elegir entre un enjuiciamiento inmediato, rápido o común.

Se podrían resumir algunas actuaciones, como por ejemplo el interrogatorio al investigado o la testifical. En la actualidad, tanto uno como otro, deben realizar repetidas declaraciones, a saber, una en sede policial, otra en el juzgado ante el Juez de Instrucción y, finalmente, en el juicio oral.

Teniendo un Fiscal director de las investigaciones *"a pie de obra"*, el interrogatorio policial podría contar con la presencia de éste, por lo que ya no sería necesaria la segunda manifestación, pasando directamente a las actuaciones del juicio oral.

Otro de los indudables beneficios que tendría la adjudicación de la dirección de la instrucción al Fiscal sin sustraer la función de ejercer la acusación oficial en el procedimiento penal, sería la del exacto conocimiento que tendría de las actuaciones, lo que redundaría en un salto de calidad en el ejercicio de dichas acciones penales. Esto, a la par, facilitaría la labor al órgano enjuiciador que tendría ante sí las actuaciones de una forma más amplia y más concisa.

Todos estas bondades hacen que la adjudicación de las funciones instructoras al Ministerio Fiscal tenga muchas probabilidades de regulación en el nuevo Código Procesal Penal.

Prueba de que este cambio de dirección en la instrucción penal es un proceso irrenunciable es que se ha iniciado en el año 2017 la reforma previa del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con el objeto de otorgarle mayor

independencia impidiendo que puedan recibir órdenes de sus superiores. Esta medida, sin duda, era necesaria y debe adoptarse previamente a la asunción de la dirección de la fase de instrucción. De esta manera, se despejará una de las más importantes reticencias para esta reforma, cual es la sospecha de imparcialidad sobre los fiscales que actualmente pueden recibir instrucciones de la Fiscalía General del Estado cuya elección depende directamente del Gobierno.

CUARTA.- Reforma de los medios tecnológicos de investigación

Finalmente, cabe concluir que las modificaciones legislativas en relación a los medios técnicos de investigación, han supuesto un notable avance en lo que se refiere a su utilización por la Policía Judicial. Tanto es así, que España se ha erigido como uno de los pocos países de la Unión Europea que cuenta con una regulación específica de lo que hemos definido con el nombre de "*hacker legal*", por poner un ejemplo significativo.

Más si cabe, puede decirse de la regulación de las intervenciones de las comunicaciones que, al legalizarse, han cumplido con una de las exigencias para su utilización en el Proceso Penal. Además, en este caso, el resto de los principios instaurados a lo largo de los años por la Jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Supremo, se han visto perfectamente reflejados en dicha legislación, por lo que el aumento de las garantías para los investigados y la seguridad para los operadores jurídicos, en particular para la Policía Judicial, ha sido evidente.

Sin embargo, existen otros medios tecnológicos de investigación que se ha producido una regulación que lejos de facilitar la labor de la Policía Judicial, la ha complicado, ya que se ha exigido la autorización judicial "*previa*" para su utilización, cuando ésta no venía siendo exigida por la jurisprudencia.

Es el caso de la geolocalización y el registro de equipos informáticos incautados tras una entrada y registro domiciliario que han sido reguladas por la LO 13/2015 introduciendo, por primera vez, esta regulación en la LECrim, no prescindiendo de la autorización judicial *ad initio*, lo que hace que el medio de investigación sea poco flexible y eficiente para su utilización por parte de la Policía Judicial.

Esta opinión ha sido compartida por la jurisprudencia para esta y otras diligencias, para las cuales no se exigía autorización judicial antes de su inclusión en la LECrim. Son medios de investigación que aunque afectan a derechos

fundamentales, principalmente el de la intimidad, lo hacen de una forma muy superficial, como por ejemplo la geolocalización o seguimiento por medios electrónicos o la grabación de conversaciones en la vía pública.

En ambos casos, la Policía Judicial, después de la entrada en vigor de la LO 13/2015 ha debido cambiar su forma de actuación, pues en la actualidad debe solicitar autorización judicial del Juez de Instrucción para llevar a cabo las mismas, cuando antes de la publicación de dicha ley, podía realizarlas por iniciativa propia, dando cuenta a la autoridad judicial competente si descubría hechos aparentemente delictivos. Esto hace que, en estos determinados casos la Policía Judicial se haya vuelto menos eficiente, incrementando su carga burocrática

Nada hubiera impedido que en la regulación de estas diligencias se hubiera adoptado la postura minimalista en cuanto a la intervención judicial, tal y como se optó con la grabación de las imágenes en lugares públicos, ya que la afectación de los derechos fundamentales de las personas en su utilización es tan nimio que basta con que el control judicial se haga *“ex post”*.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se ha visto, ha establecido la posibilidad de la utilización de dispositivos de localización y seguimiento por el Ministerio Fiscal por el plazo de un mes, convalidándolo posteriormente por el Juez competente.

En definitiva, parece razonable que la regulación hubiera permitido a la Policía Judicial proceder a la colocación de estos medios técnicos sin precisar la previa autorización judicial, siempre y cuando, en el caso de la geolocalización, no permitan fijar con *“total exactitud”* la posición de las personas investigadas. Esperemos que este punto sea de una futura y próxima modificación con el objeto de facilitar el trabajo de las unidades de investigación criminal. De lo contrario, la excepción prevista en la ley de utilización por estas unidades cuando exista urgencia se va a generalizar de tal forma que acabará contradiciendo lo establecido legalmente.

No obstante, como se ha dicho no es suficiente, se precisa la elaboración de un Código Procesal Penal que integre todas esas modificaciones, modifique algunas e incluya otras que se han quedado por regular.

Como ejemplo significativo de las que se han quedado sin regular, podemos citar el **uso de los “drones” por la Policía Judicial**. Estas aeronaves pilotadas por

control remoto tienen infinidad de funcionalidades que pueden ser utilizadas por la Policía Judicial para aumentar la eficacia y eficiencia de sus investigaciones.

Un ejemplo sencillo, real a día de hoy, es la utilización de drones en la investigación de los accidentes de tráfico por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil para la Inspección Técnico Ocular del escenario del accidente. Ello permite, no solo, una visión panorámica en video y fotografía, sino también una medición más cómoda y exacta de las distancias.

De igual manera, los drones pueden ser utilizados para la geolocalización y seguimiento, pues pueden disponer de cámaras de gran alcance y alta definición que posibilitan realizar estas diligencias sin causar sospecha, incluso en descampados, donde los equipos de seguimiento de la Policía Judicial tienen muchas dificultades para cumplir esta labor. Además, pueden ser utilizados para realizar grabaciones de imagen y sonido con la instalación de los oportunos sistemas, incluso para escanear un teléfono móvil para averiguar el IMEI o una wifi que esté siendo utilizada con fines delictivos.

Dentro de este marco, los drones no solo pueden ser utilizados para perseguir delitos sino para evitarlos, puesto que pueden servir para el control de las manifestaciones y concentraciones en la vía pública, control del tráfico, para realizar funciones de guardacostas o servicios de aduanas, así como para la vigilancia de infraestructuras críticas y otros lugares sensibles.

El proyecto del Real Decreto por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, tiene disposiciones que apuntan a que esta utilización comentada de drones es posible por parte de la Policía, en general, y la Policía Judicial en particular.

De esta forma se han incluido en dicho borrador, exclusiones parciales cuando se trate de operaciones con drones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para el cumplimiento de sus funciones establecidas por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y normativa concordante. En este sentido, no será de aplicación a la policía la obligación de comunicar previamente al Ministerio del Interior, como se prevé que hagan todos los demás usuarios, que va a llevar a cabo operaciones sobre aglomeraciones urbanas de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o reuniones de personas al aire libre, además de podrán volar de noche y más allá del alcance visual del piloto.

Además, la Agencia Espacial de Seguridad Aérea autorizará que las operaciones con drones realizadas por la Policía en el ejercicio de sus funciones se lleven a cabo conforme a las condiciones establecidas en los protocolos adoptados al efecto por los propios cuerpos con objeto de no poner en peligro a otros usuarios del espacio aéreo, personas y bienes relacionados con el mismo.

De acuerdo con ello, será cada cuerpo policial el responsable de establecer los requisitos de cualificación de sus pilotos de drones y de los observadores, con la finalidad de que las operaciones se puedan realizar en condiciones de seguridad.

Las razones de inclusión de todos los medios posibles de investigación en el Código Procesal Penal para que puedan ser utilizados por la Policía Judicial se pueden resumir en una muy sencilla, **la Policía Judicial debe disponer de todos los medios que el estado de la técnica aporte para la lucha contra la delincuencia.**

Máxime cuando es de todos conocido que los autores de los hechos delictivos tienen estas técnicas a su disposición de una forma casi inmediata desde su aparición. De otra forma, el principio de igualdad de armas se quebraría desde el inicio de la investigación, precisamente cuando más herramientas necesita la administración para tratar de equilibrar el perjuicio causado por los autores de los hechos delictivos. Este axioma, no hace más que demostrar la vigencia de lo que nuestra vetusta LECrim afirma en su exposición de motivos, lo que pone de manifiesto la visión de futuro de su redactor el Ministro Alonso:

“Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo notablemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor. Pero sea de

esto lo que quiera, la verdad es que sólo el porvenir puede resolver el problema de si llegará o no a realizarse aquel ideal. Entretanto, los que tienen la honra de dirigir los destinos de un pueblo están obligados a ser prudentes y a no dar carta de naturaleza en los Códigos a ideas que están todavía en el período de propaganda, que no han madurado en la opinión ni menos encarnado en las costumbres, ni se han probado en la piedra de toque de la experiencia”.

Desde luego, lo que no puede quedar impune son hechos tan execrables como los delitos violentos y de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad a través de internet, porque la Policía Judicial no tiene medios para su investigación, tanto personal como técnico, o lo que es peor, porque no tiene una legislación que ampare sus actuaciones de acuerdo con los principios constitucionales y, por tanto, sus operaciones son finalmente anuladas por la jurisprudencia. O porque dispone de personal insuficiente en número o en preparación técnica. Un Estado de Derecho que se precie no se puede permitir esta serie de disfunciones que lo arruinarían si persistiera en el tiempo esta situación.

**REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguado Correa, T., González Cano, M^a. I.; Mapelli Caffarena, B. (2001). Estudios sobre Delincuencia Organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial, Sevilla.

Aguilera, Justo. (1992) La Policía Judicial. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

Alamillo Canillas, F. (1950). El secreto profesional médico. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, nº 3, fasc. I. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Albalaero García, M. (1970). Derecho Civil, Parte General, vol. II, 5^a Ed. Barcelona.

Almagro Nosete, J. (1992). Derecho procesal, Tomo II, Proceso Penal, 4^a Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Almela Vich, Carlos. El concepto actual de Policía Judicial. Boletín del Ministerio de Justicia nº 1.826.

Alonso Pérez, F. (1996). Intervención del Abogado ante la Policía Judicial. Madrid: Dykinson.

Alonso Pérez, F. (2001) Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, ed. Dykinson, S.L., Madrid.

Alonso Pérez, F. (2003). Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, comentarios, Jurisprudencia y formularios. Dykinson, Madrid.

Alzaga Villamil, O. (1978). Comentario sistemático a la Constitución española de 1978, Ed. Foro.

Andrés Ibáñez, P. (1988). Justicia/conflicto. Madrid.

Aragoneses Alonso, P. (1986). Curso de Derecho Procesal Penal. Madrid: Edersa.

Areste Sancho, J. (1991). El Juez de Instrucción y el levantamiento del cadáver desde la perspectiva actual, Inspección ocular, identificación y levantamiento del cadáver. Centro de Estudios Judiciales.

Arocena, G.A.: "El agente encubierto. Consideraciones político criminales", VV.AA., Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos),

- Asencio Mellado, J.M. (1989). La prueba prohibida y la prueba preconstituida. Madrid: Trivium.
- Bachmaier Winter, Lorena, Bernardo San José Alicia, Lucía de Bitonto, María de Padura Ballesteros, María Teresa, Getoš, Anna-Maria, de Prada Rodríguez, Mercedes, Santos Alonso, Jesús, Vervaele, John A. E. y Wade, Marianne (2012). Terrorismo, Proceso Penal y Derechos Fundamentales Marcial Pons madrid | barcelona | buenos aires | são paulo.
- Lucena Molina, J. J. (1993). La acústica en Policía Judicial. Revista Guardia Civil.
- Baeza López, José Carlos.(s.f.) Principios de Deontología Policial. Instituto de Estudios de Policía.
- Bajo Fernández, M. (1982). Protección del honor y de la intimidad, Comentarios a la Legislación Pena. Madrid: Edersa.
- Ballbé Mallol, M. (1978). Fuerzas de Orden público. Barcelona: Dopesa
- Barreiro Alberto, J. (1992). Anotaciones a las medidas urgentes de reforma procesal penal. Actualidad Jurídica Aranzadi.
- Batlle Sales, G. (1972). El derecho a la intimidad privada y su regulación. Alcoy.
- Beltrán Catalá, D. (1995). Breves reflexiones sobre la inspección ocular en el proceso penal, nº 28.
- Beltrán Núñez, A. (1995). Entrada y registro en lugar cerrado e intervención de libros, papeles y comunicaciones. Comentarios a las Leyes Procesales Militares, T. II, Madrid.
- Boix Reig, J. (1989). Policía y Administración de Justicia. Policía y Sociedad.
- Brichetti, (1950). L'evidenza nel diritto processuale penale. Napoli.
- Bueno Arus, F. (1963). Derecho de Comunicación de Detenidos y presos. Revista Procesal Iberoamericana.
- Bueno de Mata, F. (2015) 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.
- Burgos Ladrón De Guevara, J. (1992). El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español, Madrid: Civitas.
- Cabedo Nebot R., Briones Vives, Llor Bleda, Segovia López; De Urquía Gómez, F. & Zaragoza Gómez. (1990). Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia. Madrid.

- Cabezudo Bajo. (2004) La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal, Iustel, Madrid.
- Cacheda Seijo, Fidel; Fernández Luna, Juan Manuel; Huete Guadix, Juan Francisco (2011). Recuperación de la información: un enfoque práctico y multidisciplinar. Madrid : Ra-Ma, cop. 2011. XVIII
- Carro Fernández-Valmayor, J.L. (1989). Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública, *Policía y Sociedad*.
- Castro Guillen, J.L. (1985). La detención policial. Informe Monográfico nº 1, revista *Policía*.
- Clemente Díaz, M. (1986). La orientación comunitaria en el estudio de la delincuencia, en *psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza.
- Climent Duran, C. (1990). Sobre el valor probatorio de la prueba pericial. En "Revista General de Derecho", nº 547.
- Cobo Del Rosal, M & Boix Reig. (1982). Perfil constitucional de la extradición, comentarios a la legislación penal. Madrid.
- Cosculluela Montaner, L. (1979). La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas, *Revista de Administración Pública*, nº 89.
- Cossío Arribas, I. (2005). Estudio sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos. *Noticias Jurídicas*.
- Cuello Calón, E. (1980). *Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, 14 Ed. Barcelona.
- De Cupis, A. (1961). *I diritti della personalità*, Tomo II, Vol. IV, Milano.
- De Diego Diez, L. A. (1992). La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: La prueba dactiloscópica, la prueba en el proceso penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*.
- De Hoyo Sancho, M. (2007). Acerca del valor probatorio de las declaraciones del imputado ante la Policía Judicial y la conformación de la «mínima actividad probatoria de cargo. Reflexiones con motivo de la publicación de la STS, Sala de lo Penal, núm. 1215/2006, de 4 de diciembre. En *Revista de Derecho Penal*, núm. 21, mayo 2007.
- De La Cuesta Arzamendi. (1990). *El delito de tortura*. Barcelona: Bosch.
- De La Haza Díaz, P. (1988). Observaciones a una sentencia del TC sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas. *La Ley*.

De Llera Suárez-Bárcena, (1986). "Las funciones de Policía Judicial encomendadas a las Policías Locales", Rev. Almotacen, nº 6.

De Llera Suárez-Bárcena, E. (1994). Derecho Procesal Penal. Valencia: Tirant lo Blanch.

Del Pozo Pérez, Marta. (2006). El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. Criterio Jurídico. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, Volumen 6

Delgado Martín, J (2013). "La prueba electrónica en el proceso penal" Diario La Ley, Nº 8167, Editorial LA LEY.

Delgado Martín, J (2013) "Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos" Diario La Ley, Nº 8202, Editorial La Ley.

Delgado Martín, J (2015) "La prueba del Whatsapp", Diario La Ley, Nº 8605, Sección Tribuna, Ref. D-331, Editorial LA LEY

Delgado Martín, J. (2001) Criminalidad Organizada y El proceso penal ante la delincuencia organizada. El agente encubierto. Barcelona.

Delgado Martín, J. (2014). "Responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Especial referencia a las página web de enlaces" Diario La Ley, Nº 8254.

Delgado Martín, J. (2016). El registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015" Diario La Ley, Nº 8693.

Delgado Martín, J. (2016). Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones, Edi. Wolters Kluwer. Pamplona.

Domínguez Viguera, M. (1987). "Policía Judicial y LOPJ", en revista jurídica "la Ley", nº 1644.

Duque Villanueva, Juan Carlos. (1998) "Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Vol. IV, Parte Estudio.

Eisenman, Ch. (s. f.). Cours de Droit Administratif. Curso de Derecho Administrativo. París.

Elvira Perales, A. (2007). El derecho al secreto de las comunicaciones, Ed. Iustel. Madrid.

Fairén Guillén, J. L. (1969). Temas del ordenamiento procesal, tomo II. Madrid.

- Fairén Guillén, Víctor. (1995). Sobre las Policías Judiciales Españolas. Revista de Derecho Procesal. nº1. Editorial Edersa.
- Fenech Navarro, M. (1982). El proceso penal. Madrid: AGESA.
- Fernández Rodríguez, José Julio. (2004) Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet, ed. Thomson Civitas, Madrid,
- Fernández Cabrera, M. C. (1988). Los medios de documentación y reproducción en el proceso, Rev. Vasca de Derecho Procesal.
- Fernández Entralgo, J. (1985). Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia, RGD, nº493-494.
- Fernández Espinar, Gonzalo (1993) "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal", Poder Judicial, núm. 32.
- Fernández Villazala, T. y García Borrego, J. A. (2015). El Derecho Procesal para la Policía Judicial, 2ª ed. Madrid: Dykinson.
- Fisher, B.A., Stevensson, A. & Wendel, O. (1987). Techniques of crime scene investigation, 4 th. Ed. New York: Elsevier Science publishing.
- Focarda Jordi, M. (1990). Inspecciones o registros sobre la propia persona. Revista Jurídica la Ley.
- Foraster Serra M. & Artes Morata, J. (1989). Valoración procesal de la prueba pericial grafológica. La Ley nº 2219.
- Galve Sauras, Joaquín. (1996). Policía Judicial ¿quién y para qué? Planes Provinciales y Territoriales de formación. Consejo General del Poder Judicial.
- García Atance, M. V. (s. f.). Derecho Político II. Madrid: UNED.
- García Borrego, J. A. y Fernández Villazala, T. (2015). Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ª Ed. Madrid: Dykinson.
- García De Enterría, E. (1983). Sistema europeo de protección de los derechos humanos. Madrid.
- García Fernández, J. (1995). La Protección jurídica del Patrimonio Cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la ley del Patrimonio Histórico Español. Madrid: UNED (Boletín de la Facultad de Derecho, nº 8-9).
- García Gil, Francisco Javier; García Nicolas, Luis Angel. (2001). Manual práctico del Policía Local.
- García Morillo. (1980). El régimen constitucional español. Madrid.

- Garrido Falla, F. (1959). Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. En revista de administración pública.
- Gascón Inchausti, F. (2001). Infiltración Policial y Agente Encubierto, Edit. Comares, Granada.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, (2003) "El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de la restricción de los Derechos Fundamentales" Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 16/2003, editorial Aranzadi.
- Gimbernat Ordeig, E. (1993). El Constitucional y la flagrancia. El Mundo.
- Gimeno Sendra, Vicente y Conde-Pumpido Tourón, Cándido y Garberí Llobregat, José, (2000). Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1ª edición,
- Gimeno Sendra V., Almagro Nosete, Moreno & Cortes. (1990). Derecho Procesal, Proceso Penal, Tomo II, 3ª Ed. Valencia.
- Gimeno Sendra, V. (1985). El proceso de Habeas Corpus, Madrid.
- Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V. & Cortés Domínguez, V. (2001). Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Colex.
- Godino Izquierdo, J. (s. f.). Las escuchas telefónicas. Opinión, Tribuna Malagueña.
- Gómez Colomer, J. L. (1985). El Proceso penal alemán-Introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch.
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero. (2004). "Infiltración policial y proceso penal", en Investigación y prueba en el proceso penal (Director Nicolás González-Cuellar Serrano) y Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos, en LA LEY.
- Gómez De Liaño, F. (1991). La prueba en el proceso penal, Selección de Jurisprudencia. Oviedo: Forum.
- Gómez Orbaneja, E. & Herce Quemada, V. (1979) Derecho procesal civil, vol. 1. Madrid.
- González Rivas, Juan José. (2005). La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005), ed. Thomson Civitas, Navarra.
- González-Cuellar Serrano, N. (1990). Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex.

- Granados Pérez, C. (1990). Presente y futuro de la Policía Judicial, Cuadernos de la Guardia Civil, nº 4.
- Guasp Delgado, J. (1977). Derecho Procesal Civil. Madrid: Inst, Est. Pol.
- Guerrero Palomares, Salvador, (2011) La denominada «prueba de inteligencia policial» o «pericial de inteligencia», Derecho y Proceso Penal, num. 25/2011, 1 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, SA
- Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (Director) (1996). La criminalidad organizada ante la Justicia. Universidad de Sevilla y UIMP, Sevilla.
- Gutiérrez-Alviz y Conradi, F. (1974). La valoración de la prueba penal. Revista derecho procesal, nº 4.
- Hernández Gutiérrez, E. (s. f.). Redadas, controles y registros, Poder Judicial, nº especial VIII.
- Herrero Herrero, C. (1995). Un modelo razonable de Policía Judicial. Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, nº 1744.
- Herrero-Tejedor. (1998). La intimidad como derecho fundamental, 11ª ed., Colex, Madrid.
- Ibáñez Peinado, J. & Otros. (2012). Técnicas de Investigación Criminal. Madrid: Dykinson S.L/Ministerio del Interior.
- Jaén Vallejo, M. (1987). La Presunción de Inocencia en la jurisprudencia Constitucional. Madrid: Akal.
- Jakobs, G. (2000). "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", VV.AA., Bases para una teoría funcional del Derecho penal, Lima.
- Jar Couselo, Gonzalo. Jueces-Policías: problemas de relación entre poderes Judicial y Ejecutivo. Planes de formación Provinciales y Territoriales. Consejo General del Poder Judicial.
- Jiménez Asenjo. (s. f.). Derecho Procesal Penal. Madrid.
- Jiménez Campo, J. (1987) "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", REDC, núm. 20.
- Jiménez Campo, Javier (1987) "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en Revista Española de Derecho Constitucional núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,
- Jiménez Villarejo, J. (1987). La Policía Judicial: una necesidad, no un problema. Poder Judicial, número especial II.

- Jiménez Villarejo, José. (1987). La Policía Judicial; una necesidad, no un problema. *Revista del Poder Judicial nº especial II. Consejo General del Poder Judicial.*
- Jordana De Pozas, L. (1949). El derecho Administrativo. En revista de estudios políticos.
- Juan Montero Aroca (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000
- Pozo Pérez, M., (2006) "El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española", *Revista Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali.
- Julio Pérez Gil (coord.) (2012) *El Proceso Penal en la Sociedad de la Información. Las nuevas tecnologías para investigar probar el delito Las Rozas* (Madrid), La Ley
- Larenz K. (1963). El derecho general de la personalidad humana en la jurisprudencia alemana. *Revista Derecho Privado.*
- Leclerq, M. & Lukaszewicz. (1983). *Travaux dirigés de Droit Administratif.* París
- LLop, Javier *Policía y Constitución.* Barcelona
- Llovel Muedra, J. (1984). La modificación de los artículos 520 y 527 de la LECrim, por la LO 14/1983, de 12 de diciembre. *Revista la Ley*, vol.2.
- López Barja De Quiroga, J. (1993). La entrada y registro en domicilio. *Política Criminal y reforma penal.* Madrid: Edersa.
- López Barja de Quiroga, Jacobo (1989) *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/Iure, Madrid.
- López Barja de Quiroga. (2007). "El agente encubierto", *Diario LA LEY 4778*, Madrid, 1999. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Navarra.
- López Muñoz, G. & Larraz G. (1992). El auténtico "Habeas Corpus". Madrid: Colex.
- López Ortega, J.J. (1996) La intimidad como bien jurídico protegido, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid.
- López Yagües, Verónica. (2003). *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia,
- López-Fragoso Álvarez. (1991) *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid.
- Lorca Navarrete, A. M. (s. f.). La diligencia de reconocimiento de voz. *Revista la Ley.*

- Lorca Navarrete, Antonio. (1987) La instrucción preliminar en el proceso penal: la actividad de la Policía Judicial. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*.
- Luzón Cuesta, J. M. (1991). *La presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex.
- Martín García, P (Dir.) (2006) *La actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*, 1ª Edición Librería Jurídica.
- Martín Morales, Ricardo. (1995): *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid,.
- Mattes H. (1975). *La prisión preventiva en España*. Madrid.
- Messineo, F. (1991). *Manual de Derecho civil y Comercial*. Tomo III, Buenos Aires.
- Montañés Pardo, M. A. (1999). *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ed. Aranzadi.
- Montaro S. (1989). *Nuovo tecniche in criminalistica. Analisi dei residui dello sparo e analisi dila voce. Investigazione scientifica e criminologica nel processo penale*. Ed. Cedam, Padova.
- Montero Aroca, J. & Otros. (2002.). *Derecho Jurisdiccional III*.
- Montero Aroca, J. (1983). *Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba. Comentario a la S. del TS de 30 de noviembre de 1981, Revista Poder Judicial, nº 7*.
- Montero Aroca, Juan, "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)", en *La Prueba*,
- Montón García (1999): *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, LA LEY.
- Montón Redondo, A. (1977). *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso.- Con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas*. Salamanca: Dpt. Proc. Univ.
- Montoya, Mario Daniel. (1998). *Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L.
- Morales Prats, F. (1996). *Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid.
- MORALES PRATS, Fermín. (1984). *La tutela penal de la intimidad: privacy e intimidad*, ed. Destino, Barcelona.

- Moreno Catena, V. (1987). Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. Poder Judicial, Número especial, II.
- Moreno Catena, Víctor. (1989). Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial. Revista del Poder Judicial nº especial VIII. Consejo General del Poder Judicial.
- Moreno Chamorro, I. (1989). Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estudios de derecho penal y Criminológico en homenaje al profesor Rodríguez Devesa. Madrid: UNED.
- Morillas Cuevas, L. (1982). El lugar como circunstancia agravante, Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, nº. 1293 y 1294. Madrid.
- Morsillo, G. (1966). La tutela penale del diritto alla riservatezza. Milano.
- Muñoz Conde, Francisco. (1999). Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Rojas, T. (1958). El imputado en el proceso penal. Pamplona.
- Narváez Rodríguez, Antonio. (1995) "Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal", Revista de Ministerio Fiscal, núm.1.
- Noya Ferreriro, M.L. (2000). La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal, Valencia.
- Nuñez Izquierdo, F. (2012) La Policía Judicial. El auxilio con la administración de justicia en la investigación criminal en <http://noticias.juridicas.com>.
- Osuna Carrillo de Albornoz, E. J. (1991). Nuevas perspectivas en la recogida e investigación de los indicios hallados en el acto de inspección ocular, identificación y levantamiento del cadáver. Centro de Estudios Judiciales.
- Pardo Falcón, J. (1992) "Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDC, núm. 34.
- Pardo García, Juan Bautista. (1982) La Policía Judicial en Euskadi. Primeras Jornadas de reflexión sobre la Administración de Justicia. Oñati..
- Pastor Borgoñon, B. (1986). Eficacia en el proceso de las ilícitamente obtenidas. Revista de Justicia.
- Paz Rubio, J. M. (1993). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Madrid: Colex.
- Paz Rubio, José María, Mendoza Muñoz, Julio, Olle Sesé, Manuel y Rodríguez Moriche, Rosa María. (1999) La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales, Ed. Colex.

- Pedraza Penalva, E. (1989). Algunas reflexiones sobre Policía y Administración de Justicia, Policía y Sociedad.
- Pellise Prats, B. (1950). Allanamiento de morada. N.E.J.
- Peña Torrea, A. (1970). Técnica de la inspección ocular en el lugar del delito, Manual del Instituto de Estudios de Policía. Madrid.
- Pérez-Olleros Sánchez-Bordona, F. J. (2005). Cuestiones y respuestas sobre la LIVG. Diario La Ley nº 6273, de 13 de junio.
- Pique, J.; Rifa, J. M.; Saura, I. & Valls, J. F. (s. f.). El proceso penal práctico. La Ley.
- Poncet, D. (1972). La protection de l'aceux par le Convention Européenne des Droits de l'Homme. Geneve.
- Portilla Contreras, G. (1993). El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. Madrid: Edersa.
- Prieto De Pedro & Otros, (2013). I Encuentro profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales. Madrid: Secretaría General Técnica de la Subdirección General de Documentación y Publicaciones (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte).
- Prieto-Castro, Ferrándiz, L. & Gutiérrez De Cabiedes, E. (1989). Derecho Procesal Penal, 4ª Ed. Madrid: Tecnos.
- Queralt Jiménez, J. J. (1989). Manual de Policía Judicial, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.
- Quintano Ripollés, A. (1972). Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. T. I. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Quintero Olivares, Gonzalo (Director) y Morales Prats, Fermín. (2004). Comentarios al Nuevo Código Penal, 3ª edición, ed. Thomson Aranzadi, Navarra
- Ramos Méndez, F. (1988). El proceso Penal.- Lectura constitucional., Barcelona: Bosch.
- Rebollo Vargas, Rafael. (1993). Policía y Derechos Humanos. Conferencia pronunciada en la Escola de Policía de Catalunya. Referencia A Los Cuerpos De Policía Local Boletín núm. 1826
- Rebollo Vargas, Rafael. (2004). "Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio" en Comentarios al Código Penal Parte Especial, Tomo I y Tomo II, ed. Marcial Pons, Barcelona,

- Redondo Hermida, A. (2008): "El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *La Ley Penal*, núm. 45, Madrid.
- Ribo Duran, L. (1987). *Diccionario de Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Rico, J. M. (s. f.). *Sistemas comparados de policía*.
- Rifa Soler (1999) "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim." *Revista del Poder Judicial*, nº 55.
- Rives Seva, A. P. (1995). *La prueba en el proceso penal*. Apuntes jurisprudenciales. *Actualidad Penal*, nº 32.
- Rives Seva, Antonio Pablo. (2000) *La intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ed. Aranzadi, Navarra.
- Robertson, A. (s. f.). *Rapports entre la Convention Européenne des droits de l'Homme et le droit interne den Droit penal Européenne*, nº 7 y 89.
- Rodríguez Ramos, Luis y otros. (1997). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Colex, 9ª edición, Madrid.
- Rodríguez Ruiz, Blanca (1998). *El secreto de las comunicaciones: Tecnología e intimidad*, ed. Mc Graw Hill, Madrid.
- Rodríguez Devesa & Martínez Aznar. (1990). *La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*. Pamplona.
- Rodríguez Devesa, J. M. (1979). *Derecho penal Español, Parte General*.
- Rodríguez Lainz, José Luis. (2002). *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ed. Bosch, Barcelona.
- Rodríguez Lainz, José Luis. (2004). *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ed. Bosch, Barcelona,
- Rodríguez Mourullo, G. (1984). *Comentarios a las Leyes políticas. T. II*, Madrid: Edersa.
- Rodríguez Ramos, L. & otros. (1993). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Colex.
- Rodríguez Ramos, L. (s. f.). *La detención*, Madrid: Akal.
- Roma Valdés, A. (2008). *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, dir. Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares.
- Romero Coloma, A. M. (1987). *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*. Madrid: Colex.

- Roxin, C. (1985). *Strafverfahrensrecht (derecho penal)*, 21 Auflage. München. München: C.H. Beck.
- Ruiz Antón. (1982) *El agente provocador en el Derecho Penal*, Madrid.
- Ruiz Vadillo, E. (1990). *Hacia una nueva casación penal*. BIMJ nº 1585
- Sainz Cantero, J. A. (1977). *Derecho Penal II*. Madrid: UNED.
- Sequeros Sazatornil, F. (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: La Ley.
- Serra Domínguez, M. (1977). *Declaración del imputado e indagatoria*. Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XII. Barcelona: Seix
- Sieria Migues. (2003). *Ponencia sobre Sentencia TS de 20 de marzo de 2003*. Diario La Ley nº 5.759.
- Silva Melero, V. (1963). *La prueba procesal*. Madrid.
- Solís Navarro, P, Moure Colón, F. y García Borrego, JA. (2016), *Estudio de las Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal*, Edit. Centro Universitario de la Guardia Civil.
- Stammen, T. (1977). *Sistemas políticos actuales*. Barcelona: Guadarrama.
- Torres Del Moral, A. (1984). *Derecho Político II*, 2ª Ed. UNED, Madrid.
- Varela Castro, L. (1990). *Actividades de investigación preprocesal, Reforma del proceso penal*. Madrid.
- Vázquez Iruzbieta C. (1990). *Doctrina y jurisprudencia de la Alecrín*. Madrid.
- Vega Ruiz. (1983). *El habeas corpus*. B.I.M.J.
- Velasco Núñez, E.: "Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4. El Derecho Editores.
- Velasco Núñez, Eloy (2016) *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal* Publicación: 6/2016 ISBN: 978-84-16521-60-9 Editorial: SEPIN.
- Velasco Núñez, Eloy y Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús (2011) *Delitos cometidos a través de Internet (Temas La Ley)*.
- Velasco Núñez, Eloy,(2008) *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal: especial referencia a la tecnovigilancia consejo general del poder judicial - centro documentación*.
- Velasco Núñez, Eloy. (2010) *Delitos cometidos a través de Internet, Cuestiones procesales*, Editorial La Ley, Madrid.

Vicente Magro Servet (s.f.). Guía práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso. Ed. LA LEY.

Vila Mayo, J. E. (1990). Consideraciones en orden a la práctica de la prueba en el juicio oral. *Actualidad Penal* nº 13.

Villagómez Cebrián, A. J. (1995). La policía de seguridad: un estudio de derecho público comparado. *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14

Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González (Directores) (2013). Estudios sobre prueba penal. Volumen III. Ed. LA LEY

Yllanes Suárez, Juan Pedro (2003). "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 6/2003, Pamplona.

Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2010). El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español. Editorial Tirant lo Blanch. Colección Monografías. Valencia

Zubiri De Salinas, F. (1990). La Policía Judicial. *Revista Poder Judicial*, nº 19.

Zúñiga Rodríguez, L. (1993). La libertad personal y seguridad ciudadana. Barcelona: Promociones y Publicaciones universitarias, S.A.

Otros documentos

Cartilla de la Guardia Civil. (1845). Madrid.

El Libro Blanco sobre el futuro de Europa: Vías para la unidad de la UE de 27 Estados miembros (marzo 2017).

Interpol. (1987). OIPC INTERPOL, nº 407. *Revista Internacional de Policía Criminal*.

Ministerio de Defensa.(1992). Documentos Maastricht, nº 47. *Revista Española de Defensa*. Madrid.

Ministerio de Justicia (2015). Memoria de la Fiscalía General del Estado. Centro de Estudios Jurídicos del. Madrid.

Ministerio de Justicia. (s. f.). Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia. *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde el 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1837*,

Ministerio del Interior (1993). *Expulsión de Extranjeros del Territorio Nacional. Régimen jurídico, síntesis y análisis jurisprudencial*. Madrid: Secretaría General Técnica.

Ministerio del Interior (2004). *Criterios para la práctica de diligencias por la Policía Judicial* en aplicación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial. Madrid: Secretaría General Técnica.

Ministerio del Interior. (2016). *Orientaciones para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, aprobadas por el Comité Técnico de Policía Judicial. Madrid.

ANEXOS

ANEXO 1: Relación de las modificaciones de la LECrim.

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
Ley 41/2015, de 5 de octubre	los artículos 14, 17, 284, 295, 324, 790, 792, 847, 848, 889, 954, 964 y 985	los títulos III bis y III ter al Libro IV, el art. 846 ter y las disposiciones adicionales 5 y 6;	art. 300.
Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre	los arts. 118, 282 bis, 509, 520, 527, 967; la Rúbrica del título VIII del libro II al que AÑADE los capítulos I a X la Rúbrica del título VIII del libro II al que AÑADE los capítulos I a X	arts. 520 ter y 579 bis	arts. 387 y 395
Ley 34/2015, de 21 de septiembre		arts. 614 bis, 999 y título X bis; la disposición adicional 5	
Ley 4/2015, de 27 de abril		arts. 109 bis, 301 bis y 544 quinquies	
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	Determinados preceptos derivados de la desaparición de las faltas penales		
Ley Orgánica 5/2015,	el título V del	los capítulos I	

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
de 27 de abril	libro 1 y los arts. 118, 302, 416, 505, 520 y 775	y II al título V del libro 1, y los arts. 123 a 127	
Ley 23/2014, de 20 de noviembre	sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea		
Ley 14/2014, de 24 de julio			Párrafo 1 del art. 561
Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero	el art. 367 ter.1		
Ley 37/2011, de 10 de octubre	arts. 554, 746, 787 y se añade los arts. 14 bis, 119, 120, 409 bis, 544 quáter, 786 bis y 839 bis		
Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio	los arts. 263 bis.1, 282 bis.4 y 796.1.7	el art. 367 septies	
Ley 13/2009, de 3 de noviembre		los arts. 144.bis, el capítulo II al título X y 367 ter	arts. 601 a 610, el capítulo IV del título II del libro V, se modifican determinados preceptos
Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero		la disposición adicional 2 el sistema de de registros de apoyo a la administración	

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
		de justicia	
Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre	los arts. 433, 448, 707 y 731 bis		
Ley 18/2006, de 5 de junio de 2006	art. 338 y añade el capítulo II bis al título V del libro II		
Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre	arts. 14, 160, 789, 962 y añade el 15 bis, 17 bis, 797 bis y la disposición adicional 4		
Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre	art. 442		
Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre			
Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre	determinados preceptos		arts. 504 bis.2, 517 y párrafo 2 del 518
Ley 27/2003, de 31 de julio	el art. 13	el art. 544 ter	
Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio	el art. 989		
Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo	los arts. 962, 963 y 964		
por Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo	art. 110	una disposición adicional	
Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre	art. 788.2		
por Ley 38/2002, de 24 de octubre	los arts. 9, 14, 175, 282, 420,		

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
	436, 446, 464, 661, 716, 962 a 971, 973, 974, 976, títulos II y III del libro IV		
por Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre	art. 801	art. 823 bis en el título V del libro IV	
Ley Orgánica 7/2002, de 5 de julio		art. 118 bis	
Sentencia 10/2002, de 17 de enero			Se declara inconstitucional y derogado el art. 557
Ley 1/2000, de 7 de enero	arts. 54, 56, 63, 68, 201 y 852		
Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio	determinados preceptos		
Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero	determinados preceptos		
Ley 36/1998, de 10 de noviembre	determinados preceptos		
Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio	párrafos 2 y 3 del arts. 790.1		
Ley 1/1996, de 10 de enero		el título V del libro I, arts. 121 y 875, último párrafo	arts. 119, 120, 123 a 140, 788, apartados 2, 4 y 5, 874, último párrafo, y 876, tres primeros párrafos
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre	arts. 14 y 779		
Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre	arts. 504 bis 2, 846 bis A), 846		

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
	bis B), 846 bis F) y 847		
Ley 22/1995, de 17 de julio	el párrafo cuarto del art. 569		
Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo		los arts. 309 bis, 504 bis 2 y un título I al libro V	el título II del libro V, se deja sin efecto el art. 516, se modifican los arts. 14, 306, 539, 676, 678, 780, 781, 789, 847 y 848
Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre			Parte arts. 44, 192, 198, 200, 230, 435, y en su totalidad los arts. 325 y 394
Ley 21/1994, de 6 de julio	art. 388, párrafo 2		
Sentencia 71/1994, de 3 de marzo			art.. 504 bis
Ley 10/1992, de 30 de abril	determinados preceptos		
Ley Orgánica 12/1991, de 10 de julio	arts. 411 a 415, 702 y 703		
Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre	el título III del libro IV y los arts. 14, 377 y 989		arts. 799 a 803
Ley 21/1988, de 19 de julio	determinados preceptos		
Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo	art. 579	arts. 384 bis, 504 bis, 520 bis, 553 y 779	

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 74/1987, de 25 de mayo	art. 520.2 interpretado en el Sentido de que no Priva del Uso del Intérprete a los Españoles que no Hablen o no Comprendan Castellano		
Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo			arts. 48 a 50
Ley 6/1985, de 27 de marzo	art. 842.2		
Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre	los arts. 503, 504 y 529		
Ley 6/1984, de 31 de marzo			el art. 995
Ley 4/1984, de 9 de marzo	art. 338		
Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre	arts. 520 y 527		
Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio	art. 14		
Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril	arts. 503 y 504		
Ley 16/1980, de 22 de abril	arts. 503, 504 y 505		
Ley 53/1978, de 4 de diciembre	determinados preceptos		art. 316
Ley 33/1978, de 17 de julio	art. 166		
Ley 28/1978, de 26 de mayo	art.. 746 y el 850		

LEY	MODIFICA	AÑADE	SUPRIME
Ley 20/1978, de 8 de mayo	art. 14.3		
Ley 10/1978, de 20 de febrero			el apartado 4 del art. 503
Decreto-ley 8/1974, de 21 de diciembre	art.. 14, 3)		
Ley 28/1974, de 24 de julio	art. 875		
Ley 6/1974, de 13 de febrero	determinados preceptos		
Ley 3/1967, de 8 de abril	arts. 14, 17, 283, 610, 635, 742, 973, 974, 984, 988 y el título III del libro IV		

ANEXO 2: Relación de las Sentencias más significativas utilizadas en la elaboración de la tesis.

NÚM	TRIBUNAL	NÚM. SENTENCIA	FECHA	REFERENCIA
1	TEDH	1984/1	02/08/1984	Procedimiento Legal
2	STEDH	1/1984	02/08/1984	Procedimiento Legal
3	STEDH	2/1990	24/04/1990	Procedimiento Legal
4	STEDH	1/1990	24/04/1990	Procedimiento Legal
5	Auto TS	6102/1992	18/07/1992	Motivación del Auto de intervención
6	TS	1706/1993	2-jul-93	Principio Especialidad
7	TS		21-ene-94	Principio Especialidad
8	STC	85/1994	14/03/1994	Procedimiento Legal
9	STS	3/1995	12/01/1995	Motivación del Auto de intervención
10	SAPZ	650/1995	15/05/1995	Motivación del Auto de intervención
11	TS	276/1996	2-abr-96	Principio Especialidad
12	STC	46/1996	25/04/1996	Motivación del Auto de intervención
13	STS	296/1997	08/03/1997	Motivación del Auto de intervención
14	TS		12-abr-97	Exclusividad Jurisdiccional
15	TS	740/1997	26-may-97	Principio Especialidad
16	TS	792/1997	30-may-97	Principio Especialidad
17	STC	81/1998	2-abr-98	Desconexión de la antijuricidad
18	TS	579/1997	22-abr-98	Principio Especialidad
19	TS	1426/1998	23-nov-98	Principio Especialidad
20	TS		23-nov-98	Principio Especialidad
21	STC	49/1999	05/04/1999	Procedimiento Legal
22	TS		15-abr-99	Procedimiento Legal
23	TS	1612/1999	16-nov-99	Principio Especialidad

NÚM	TRIBUNAL	NÚM. SENTENCIA	FECHA	REFERENCIA
24	TS	1758/1999	5-may-00	Principio Especialidad
25	TC	126/2000	16-may-00	Exclusividad Jurisdiccional
26	TS		27-nov-00	Principio Especialidad
27	TC	14/2001	29-ene-01	Exclusividad Jurisdiccional
28	TC	17/2001	29-ene-01	Exclusividad Jurisdiccional
29	STS	1335/2001	19/07/2001	Procedimiento Legal
30	STC	209/2001	22/10/2001	Prueba anticipada
31	TS		27-dic-01	Exclusividad Jurisdiccional
32	STC	123/2002	20/05/2002	Datos asociados a la comunicación
33	SAPMA	117/2002	10/12/2002	Intervención de fax
34	STS	40/2003	16/01/2003	Concepto de Policía Judicial
35	STEDH		18-feb-03	Procedimiento Legal
36	STC	184/2003	23-oct-03	Procedimiento Legal
37	STC	184/2003	23/10/2003	Procedimiento Legal
38	STS	580/2005	06/05/2005	Prueba preconstituida
39	TS		28-jun-05	Procedimiento Legal
40	TS		12-jul-05	Procedimiento Legal
41	TC	259/2005	24-oct-05	Exclusividad Jurisdiccional
42	STC	253/2006	11/09/2006	Motivación del Auto de intervención
43	STS	23/2007	23/01/2007	Motivación del Auto de intervención
44	STS	130/2007	19-feb-07	Averiguación IMSI-IMEI con escaner
45	TS		27-feb-07	Principio Especialidad
46	SAPNA	19/2007	01/03/2007	Prueba preconstituida
47	TS		9-mar-07	Exclusividad Jurisdiccional
48	TS		9-abr-07	Principio Especialidad
49	STS	562/2007	22/07/2007	Geolocalización y seguimiento electrónico
50	STS	767/2007	3-oct-07	Agente encubierto

NÚM	TRIBUNAL	NÚM. SENTENCIA	FECHA	REFERENCIA
				informático
51	STC	230/2007	05/11/2007	Datos asociados a la comunicación
52	STC	230/2007	05/11/2007	Datos asociados a la comunicación
53	STS	906/2008	19/12/2008	Geolocalización y seguimiento electrónico
54	STS	250/2009	13/03/2009	SITEL
55	STS	308/2009	23/03/2009	SITEL
56	SAN	31/2009	30/04/2009	Correo electrónico
57	STS	921/2009	20/10/2009	Motivación del Auto de intervención
58	STC	68/2010	18/10/2010	Declaraciones en sede policial
59	STS	1097/2011	25/10/2011	Prueba pericial de inteligencia
60	STC	142/2012	02/07/2012	Registro agenda teléfono
61	STS	676/2012	27-jul-12	Averiguación IMSI-IMEI con escaner
62	STS	884/2012	08/11/2012	Datos asociados a la comunicación
63	SAPGR	270/2013	26/04/2013	Principio de Proporcionalidad
64	STC	115/2013	09/05/2013	Registro agenda teléfono
65	STS	768/2013	05/11/2013	Geolocalización y seguimiento electrónico
66	SAN	200/2013	13/11/2013	Correo electrónico
67	STS	931/2013	14/11/2013	Correo electrónico
68	Auto TSJC	44/2014	10/04/2014	Geolocalización y seguimiento electrónico
69	SAPVI	90308/2014	24/07/2014	Whatsapp
70	STC	145/2014	22/09/2014	Grabaciones de las conversaciones investigados

NÚM	TRIBUNAL	NÚM. SENTENCIA	FECHA	REFERENCIA
71	STS	877/2014	22/12/2014	Intervención línea ADSL
72	SAPZA	3/2015	04/02/2015	Motivación del Auto de intervención
73	SAPMA	103/2015	09/02/2015	Motivación del Auto de intervención
74	STS	97/2015	24/02/2015	Registro de soportes almacenamiento masivo información
75	STS	300/2015	19/05/2015	Whatsapp
76	SAPCS	205/2015	02/09/2015	Whatsapp
77	SAPZ	89/15	17/09/2015	Whatsapp
78	STS	6534/2015	25/11/2015	Whatsapp
79	STS	811/2015	09/12/2015	Registro de soportes almacenamiento masivo información
80	STS	864/15	10/12/2015	Registro de soportes almacenamiento masivo información
81	STS	991/2016	12/01/2016	Hallazgos casuales
82	STS	1007/2016	24/01/2016	Motivación del Auto de intervención
83	SAPM	132/2016	23/02/2016	Whatsapp
84	STS	203/2016	10/03/2016	Motivación del Auto de intervención
85	STS	204/2016	10/03/2016	Registro de soportes almacenamiento masivo información
86	STS	329/2016	20/04/2016	Grabaciones de imágenes
87	SAPC	250/2016	25/04/2016	Whatsapp
88	STS	426/2016	16/05/2016	Hallazgos casuales
89	SAPGC	248/2016	15/07/2016	Geolocalización y seguimiento electrónico
90	SAPGC	248/2016	15/07/2016	Grabaciones de las conversaciones investigados

NÚM	TRIBUNAL	NÚM. SENTENCIA	FECHA	REFERENCIA
91	SAPB	759/2016	04/10/2016	Registro de soportes almacenamiento masivo información
92	Auto APSE	941/2016	09/11/2016	Grabaciones de las conversaciones investigados
93	SAPCR	123/2016	24/11/2016	Prueba preconstituida
94	STS	904/2016	30/11/2016	Motivación del Auto de intervención
95	SAPM	746/2016	01/12/2016	Registro de soportes almacenamiento masivo información
96	SAPMU	1347/2016	13/12/2016	Registro de soportes almacenamiento masivo información
97	Auto APGU	422/2016	22/12/2016	Datos asociados a la comunicación
98	SAPMA	452/2016	23/12/2016	Motivación del Auto de intervención
99	STS	19/2017	20/01/2017	Motivación del Auto de intervención
100	STS	24/2017	24/01/2017	Motivación del Auto de intervención
101	STS	70/2017	08/02/2017	Desconexión de la antijuricidad
102	STS	101/2017	20/02/2017	Motivación del Auto de intervención
103	STS	213/2017	29/03/2017	Registro de soportes almacenamiento masivo información
104	TC	219/2006	3-jul-06	Exclusividad Jurisdiccional
105				
106	STC	150/1989	25-sep-89	Procedimiento Legal
107	STC	85/1994	14-mar-94	Procedimiento Legal
108	STC	34/1996	11-mar-96	Procedimiento Legal

NÚM	TRIBUNAL	NÚM. SENTENCIA	FECHA	REFERENCIA
109	STC	49/1996	26/03/1996	Procedimiento Legal
110	STC	54/1996	26-mar-96	Procedimiento Legal

