

# Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad

*(The new technological research measures and the nth invocation at the principle of proportionality)*

Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

Profesor Titular de Derecho procesal  
Universidad de León

**RESUMEN:** El estudio afronta la regulación de las medidas de investigación tecnológica desde el punto de vista de sus disposiciones comunes y principios rectores, particularmente desde el principio de proporcionalidad. Se recorre así la presencia de dicho principio en el proceso penal en general y en esta nueva regulación en particular, analizando la caracterización jurisprudencial y legal de la referida proporcionalidad.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso penal, investigación del delito, limitación de derechos fundamentales, principio de proporcionalidad.

**ABSTRACT:** The study addresses the regulation of technological research measures from the point of view of their common provisions and guiding principles, particularly from the principle of proportionality. Thus, the presence of said principle in criminal proceedings in general and in this new regulation in particular is analyzed, analyzing the jurisprudential and legal characterization of said proportionality.

**KEYWORDS:** Criminal process, investigation of crime, limitation of fundamental rights, principle of proportionality.

**Fecha de recepción:** 28 de diciembre de 2017

**Fecha de aceptación:** 5 de marzo de 2018



# Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad

*(The new technological research measures and the nth invocation at the principle of proportionality)*

Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

Profesor Titular de Derecho procesal  
Universidad de León

## SUMARIO

**1.** Mil razones para una reforma legal. **2.** Itinerarios dentro de un capítulo de disposiciones comunes para una ley especial. **3.** Los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim. **3.1.** Una aproximación a la función de los principios rectores. **3.2.** Sobre qué rigen los principios rectores. **4.** Principio de proporcionalidad y proceso penal. **4.1.** Proporcionalidad e instrucción en el proceso penal. **4.2.** Propuestas legislativas y principio de proporcionalidad. **4.3.** Proporcionalidad y régimen de las medidas cautelares. **5.** La proporcionalidad como principio rector de las medidas de investigación tecnológica. **5.1.** Elaboración jurisprudencial de un concepto jurídico indeterminado. **5.2.** Tránsito del esquema jurisprudencial al nuevo texto legal en el ámbito de los principios rectores. **5.3.** Sobre el proceso de «especialización» del principio de proporcionalidad. **5.3.1.** La proporcionalidad llega hasta donde llega la gravedad de los delitos. **5.3.2.** Proporcionalidad, idoneidad y necesidad. **5.4.** Criterios legales para determinar la proporcionalidad del art. 588 bis.a. **5.4.1.** La gravedad del hecho. **5.4.2.** La trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción. **5.4.3.** La intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho. **6.** La resolución judicial como encarnación formal de la proporcionalidad de la medida. **6.1.** Sobre la muy detallada motivación judicial de la debida proporcionalidad. **6.2.** La adopción de medidas sin resolución judicial. Normativa y jurisprudencia. **6.3.** Breve apunte sobre algunas cuestiones suscitadas sobre la extensión de la motivación.

## 1. Mil razones para una reforma legal

Los esfuerzos jurisprudenciales por clarificar el régimen de estas injerencias limitativas de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE no pretendían hacer innecesario un régimen legal al respecto. Muy al contrario, clamaban por él<sup>1</sup>. Valga de ejemplo una resolución dictada en el mismo año de la reforma. Efectivamente, lamenta la STS (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 342/2015 de 2 junio, FJ 10 (RJ 2015\3551) como «hemos de recordar, con la STS de 28-2-2007, nº155/2007, que esta Sala casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECr que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 (TEDH 2003,6) –Prado Bugallo vs. España–, aunque el auto de inadmisión del mismo Tribunal de 25 de septiembre de 2006, caso Abdulkadr vs. España, modificó el criterio expuesto». Estas carencias normativas fueron denunciadas por el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, con una queja que

- 1 De forma clara y contundente argumenta MARCHENA GÓMEZ que la elasticidad de los preceptos históricos de la LECrim de 1882 tiene un límite. El *tempo lento* de la sociedad que alumbró la histórica versión de ese texto, nada tiene que ver con la velocidad a la que se suceden los acontecimientos de nuestros días. Ya no se trata de aludir a la evolución del pensamiento jurídico, sino a algo mucho más práctico, relacionado con el impacto de las nuevas tecnologías. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE. Proceso Penal y nuevas tecnologías», en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015* (con Nicolás González-Cuellar Serrano), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 175.
- 2 Hace ya más de una década puntualizaba GONZÁLEZ-CUELLAR la posición del Alto Tribunal que había decidido no plantearse la inconstitucionalidad del régimen existente (art. 579 LECrim) lo que justificaba con el argumento de que el precepto no era inconstitucional por lo que dice, sino por lo que no dice, de manera que su anulación no remediaría la lesión constitucional y privaría

fue subiendo de tono<sup>3</sup>.

En trance de la inauguración de este ansiado régimen, la LO 13/2015 de 5 de octubre, entona el *mea culpa* declarando sin tapujos en su Preámbulo que, «por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. 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. Solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos consti-

---

de un medio necesario de investigación de los delitos. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, «Investigación y prueba: los nuevos retos ante la reforma del proceso penal», en *Investigación y prueba en el proceso penal* (dirigido por el mismo autor), Editorial COLEX, Madrid, 2006, pág. 27.

- 3 Con tanta o más contundencia que el Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones se pronunciaba el Tribunal Constitucional, después de un detallado y extenso estudio en la STC núm. 145/2014 de 22 septiembre, FJ 7 (RTC 2014\145). En aquella ocasión, y ante una interpretación extensiva del art. 579 LECrim concluye afirmando que 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. Por lo que continúa más adelante declarando que la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de suplir los defectos de la Ley, no puede ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no exista previsión legal alguna, o en el que, cuando menos, tal regulación no se corresponde con la que se identifica y cita en las resoluciones recurridas.

tucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal»<sup>4</sup>. Y lo sorprendente es que estas voces de alarma ya venían de muy atrás<sup>5</sup>

Dando respuesta a esta situación, en el art. 294 del llamada «Código Procesal Penal (en adelante CPP)»<sup>6</sup> se recogen los «Principios» a los que debe ajustarse el régimen de la interceptación de comunicaciones<sup>7</sup>,

- 4 Preámbulo (Apartado IV, párrafo I) 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. Y acudiendo a razones constitucionales de técnica normativa, en el Apartado II del mismo Preámbulo reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo legal de algunos derechos fundamentales y la delimitación de su contenido esencial ha sufrido variaciones a lo largo de todos estos años con inevitable incidencia en aquellas regulaciones que, por sus contenidos, deben incluirse en la reserva del artículo 81.1 de la Constitución.
- 5 A este respecto ironiza ORTIZ PRADILLO al entender que en España el principio de legalidad en esta materia había sido sustituido por el «principio de elasticidad». Y concreta señalando que ni siquiera la ratificación en el año 2010 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen trajo consigo la adaptación de la legislación procesal penal española a los novedosos poderes de investigación que la tecnología posibilita para afrontar los retos de la Sociedad de la información. A pesar de que el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2001 proponía *la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) con especial atención al establecimiento de los métodos de investigación y procedimentales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos de nuevo cuño y la adaptación de la regulación de los medios de prueba, en especial a los últimos avances tecnológicos*, parece una evidencia que el legislador español se dedicó a aprobar reformas puntuales. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 305.
- 6 Propuesta de Texto Articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.
- 7 En concreto, dentro de la sistemática del Texto propuesto se dedica un Capítulo V, dedicado a la «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas», que comienza con una Sección 1ª en la que se contiene las «Disposiciones generales». Estas disposiciones generales, aun vinculadas al referido Capítulo V,

disponiendo que en el procedimiento de investigación se podrán intervenir y registrar las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

## 2. Itinerarios dentro de un capítulo de disposiciones comunes para una ley especial

Es evidente que la técnica no es novedosa sino absolutamente habitual. En este sentido podemos decir que la LO 13/2015, de 5 de octubre no se sale de la más pura rutina dedicando el primero de los siete Capítulos que introduce a la consabida mención de «disposiciones comunes».

Dicho esto, también es justo señalar que el hecho de que sea práctica habitual en la técnica legislativa no le priva del muy singular interés que este Capítulo tiene. Ciertamente, debemos afirmar que aquellos primeros artículos marcan la extensión y la profundidad (mucho) que la reforma presenta. Personalmente podríamos indicar una serie de «rutas» que nos permiten entender una cierta sistemática en las garantías en aquel Capítulo, más allá del que ofrece la propia numeración de los artículos:

- a) La primera «ruta» de garantías sería la relativa a las exigencias formales de *tramitación de la media* (arts. 588 bis, b, c y g), que parte de la solicitud de autorización judicial, solicitud que dará

---

en la lógica del Texto Normativo son perfectamente trasladables a los siguientes capítulos: Capítulo VI.- Interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes; Capítulo VII.- Captación y grabación de conversaciones mediante la utilización de dispositivos electrónicos; y Capítulo VIII.- la investigación mediante vigilancias policiales sistemáticas, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen.

lugar a la resolución judicial propiamente dicha, y continúa con un régimen de control de la misma, que hace presente la figura judicial (y las garantías que ello supone) durante la ejecución de la medida.

- b) Un segundo género de garantías sería el relativo al *factor tiempo*. Y así, en los arts. 588 bis e, f y j se regula respectivamente la duración de la medida, la solicitud de prórroga de la misma y el cese de la medida, que podrá anticiparse a la finalización del plazo inicialmente acordado.
- c) Y un tercer género, a modo de cajón de sastre, sería el de las *diversas formas de garantía* en la tutela de derechos bajo el régimen de las medidas. Aquí estarían la obligación de secreto (letra d), sin necesidad de que se acuerde expresamente; la afectación de terceras personas por las medidas (letra h), que se remite al régimen específico al respecto de las diversas medidas; la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales (letra i) cuyo régimen se contiene en el art. 579 bis, introducido por la misma LO 13/2015, de 5 de octubre; y la destrucción de registros (letra k), que contempla la conservación temporal de una copia bajo custodia del secretario judicial.

Es fácil intuir que un análisis de este régimen general excedería con mucho las posibilidades de estas líneas. Por lo que vamos a dar un paso más en la acotación de nuestro estudio.

### 3. Los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim

#### 3.1. Una aproximación a la función de los principios rectores

Hecha la apología de las disposiciones comunes, sencillo resulta hacerla de lo dispuesto en el art. 588 bis a), relativo a los principios rec-



tores. Así lo ha recordado la doctrina<sup>8</sup> señalando que al tratarse de medidas especialmente invasivas las reguladas a lo largo de los arts. 588 bis LECrim, que afectan intensamente el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, la nueva regulación exige expresamente que la resolución judicial que las acuerde se sujete a los principios de especialidad (que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto), idoneidad (para definir el ámbito de la medida y su duración), excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida<sup>9</sup>.

A todos estos principios dedica el art. 588 bis a) unas palabras en las que se conceptualiza cada uno de ellos. Pero más allá del valor epistemológico, el referido artículo sienta las pautas y aporta al juzgador los criterios para la resolución judicial motivada sin la cual no es posible la medida de investigación tecnológica solicitada<sup>10</sup>. Entendemos que esos

- 
- 8 MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal* (con Valentín Cortés Domínguez), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 261. Hace estas consideraciones el citado autor en el contexto de la exigencia de que las referidas medidas se adopten mediante resolución judicial motivada, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental. Es evidente que el ser o no ser los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim, pasa necesariamente por el cumplimiento de esta exigencia formal.
- 9 Parece evidente que nos estamos moviendo en uno de los ámbitos en los que la importancia del interés público inspira una regulación que, por este motivo, podríamos decir que es «puro proceso penal». Sobre el muy interesante tema de la «privatización» de algunos aspectos del proceso penal, se puede consultar, entre otros a CACHÓN CADENAS, Manuel, «Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica», en *La convergencia entre proceso civil y penal* (coordinado por Teresa Armenta Deu), Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 11 y ss.
- 10 Sin pretender ser exhaustivo o sistemático (si lo es el art. 588 bis c), predica Moreno Catena de aquella resolución judicial motivada, entre otras, las siguientes exigencias: que permita comprobar o descubrir hechos o circunstancias importantes para la investigación; que revista la forma de auto; que determine el hecho delictivo que se investiga sin que se pueda «extender» a hechos diferentes; que se defina el ámbito de la medida y su duración; que se expresen las razones por las que se considera la medida necesaria y justificada; que la medida se adopte en el

criterios legales para entender cada uno de los principios rectores hacen que los mismos pasen a ser unos conceptos jurídicos «menos indeterminados» que si no hubiera tales menciones legales. Y que, evidentemente, la discrecionalidad judicial se encuentra más encauzada en materia tan delicada como ésta, lo que resulta sin duda plausible.

Por otro lado, los principios rectores están llamados a ser «lo permanente» en un régimen legal que, como el objeto de su regulación, está sujeto a constantes cambios y avances. Como agudamente se ha puesto de manifiesto por algún autor, la regulación de los medios de investigación tecnológica está sujeta a una «obsolescencia programada»<sup>11</sup>. Precisamente por esto y por los cambios normativos que vengán obligados por esta incesante revolución tecnológica, tanto el legislador como los tribunales de justicia requieren de una particular claridad conceptual respecto de los principios normativos sobre los que se reglamente en esta materia.

### 3.2. Sobre qué rigen los principios rectores

La pregunta no se refiere a la respuesta obvia que se obtiene de la muy extensa titulación del Capítulo IV del Título VIII<sup>12</sup>. Efectivamente

---

marco de una investigación penal; y que se trata de un procedimiento por delito grave. MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal...*, cit., págs. 260-262.

11 Así se pronunciaba ORTIZ PRADILLO, celebrando el ansiado régimen legal, pero alertando de que «el peligro no ha cesado». En un entorno tecnológicamente en constante desarrollo, la suficiente previsión legal de las medidas limitativas de los derechos fundamentales –esto es, tratar de cumplir el mandato de una *lex scripta*, *lex stricta* y *lex praevia*– corre el riesgo de caer en una «obsolescencia programada». ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»..., cit., pág. 307.

12 Ciertamente, ya que en dicho texto se contienen todas las medidas que en los posteriores capítulos se regulan: «Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la uti-

no nos referimos aquí a los diversos medios tecnológicos que pueden aprehender el contenido de las comunicaciones sino al alcance de esa aprehensión de contenidos. Sobre esta cuestión es importante subrayar cómo a lo largo de la nueva regulación se hace mención al concepto de los «datos asociados». En concreto, en el art. 588 ter b), relativo al ámbito de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se hace mención en su apartado segundo a que «la intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que 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». Sobre los referidos datos asociados se vuelve a hacer mención en el art. 588 ter d) d) en relación con el contenido que debe tener la solicitud de autorización judicial de la referida interceptación telefónica o telemática.

La doctrina ha querido reparar en la importante trascendencia de esta previsión. Y así lo ha denunciado MARCHENA GÓMEZ al referirse a la práctica habitual por la que las resoluciones dictadas por los jueces de instrucción acostumbran a autorizar la interceptación de las conversaciones telefónicas del investigado, con referencia a la duración, términos del control y garantías formales. Pero en general se omite toda mención al régimen jurídico de la cesión del resto de los datos electrónicos que, en no pocos casos, interesan tanto a la investigación como el contenido mismo de la conversación interceptada<sup>13</sup>.

---

lización 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».

13 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 202. Enfatiza este autor sobre la práctica habitual de que la solicitud policial de interceptación telefónica se limita a agregar una equívoca re-

Esta situación de indefinición legal se achacaba a la falta de un régimen procesal penal como el ahora existente, por un lado, y por otro al art. 33 de la derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones en el que se regulaba el «secreto de las comunicaciones»<sup>14</sup>. En aquel extenso artículo se partía de la obligación de garantizar el secreto de las comunicaciones y junto a esto de la obligación de realizar las interceptaciones de las mismas reguladas por la ley. Y en lo que a nuestro tema se refiere, por el art. 579 LECrim<sup>15</sup>. Pero a pesar del detalle de la regulación, ésta era ajena al concepto de datos asociados.

De esta manera, al incluir la reforma legal un régimen específico para las diligencias de investigación que restrinjan los derechos fundamentales del art. 18 CE, por un lado, y por otro al hacer mención ese

---

ferencia a la cesión de los «datos asociados». Se hace así posible la obtención por los agentes de todo un torrente de información añadida sobre cuya necesidad de sacrificio nada ha dicho el juez instructor.

- 14 Aquella fue derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Y en ésta se dedica el Capítulo III del Título III (arts. 39 a 44) al «secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas».
- 15 En los dos primeros apartados de aquel art. 33 se contenían la siguientes disposiciones:
- «1. Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.
  2. Los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes».

régimen a la obtención de los repetidos «datos asociados» se explicita en el contexto de la instrucción del proceso penal que tales datos asociados están comprendidos en el ámbito de los derechos fundamentales afectados<sup>16</sup>. Por eso, el citado autor pone de manifiesto la importancia jurídica de un enunciado en el que se aluda a la interceptación de las comunicaciones *telefónicas* y *telemáticas* y, sobre todo, de un precepto que recupere la sustantividad del concepto constitucional de comunicación, exigiendo una resolución judicial que actúe como presupuesto habilitante del acto de injerencia.<sup>17</sup>

#### 4. Principio de proporcionalidad y proceso penal

Y damos un paso más allá de los principios rectores para centrarnos ya en la proporcionalidad de la medida. Podría decirse que la evolu-

---

16 A este respecto, la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 204/2016 de 10 marzo FJ 11 (RJ 2016\1114) celebra el tratamiento legal unitario de 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». Se razona en aquella sentencia que 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.

17 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «*La reforma de las diligencias de investigación limitativas...*, cit., pág. 202. La conclusión a la que llega más adelante (y con satisfacción) el autor citado no es otra que la que se deduce de las exigencias del vigente texto legal, de manera que la investigación penal de hechos delictivos graves pueda imponer una invasión integral en todas las comunicaciones verificadas por el teléfono móvil. Pero en tales casos, esa necesidad ha de ser justificada por la policía o el fiscal, y validada, con la suficiente motivación, por el órgano jurisdiccional.

ción del proceso penal es en cierto sentido la historia de la transformación del proceso como consecuencia del principio de proporcionalidad.

Así lo entiende CHOZAS ALONSO<sup>18</sup> cuando se refiere a un pasado Derecho Procesal Penal que se erigía en favor exclusivo de la víctima, a modo de venganza privada, donde la comunidad no interviene, ni para reglamentar ni para controlar la proporción de la reacción. La frecuente desproporción de la reacción de la víctima y las posibles respuestas recíprocas generaban una mayor violencia y conflictividad social, e hicieron necesaria la intervención de la comunidad, como sujeto mediador en el conflicto, para buscar la proporcionalidad entre la ofensa y el castigo.

#### 4.1. Proporcionalidad e instrucción en el proceso penal

Dentro de la instrucción del proceso podemos hacer una primera reflexión en torno al art. 363.2 LECrim. En la norma allí contenida se toma en consideración el principio de proporcionalidad en relación con las diligencias para la identificación del sospechoso, de manera que «siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»<sup>19</sup>. En relación con esta norma, en la práctica y en los

---

18 CHOZAS ALONSO, José Manuel, «El nuevo estatuto de la víctima del delito y el derecho a la participación en la ejecución de las condenas (art. 13 Levcl)», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 264.

19 Enfatizaba al respecto la STS (Sala de lo Penal) núm. 107/2003 de 4 febrero, FJ 3 (RJ 2003\2285) declarando que «desde nuestra perspectiva constitucional y jurisprudencial, se ha dicho por esta Sala, que la prueba del ADN no puede ser admitida como válida, cuando la decisión de la intervención no está amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y escrupulosamente propor-

últimos años, resulta suficiente el material genético conseguido a través de un frotis bucal, esto es, mediante el empleo de un hisopo<sup>20</sup>.

En el mismo sentido se pronunció repetidamente el Tribunal Constitucional en relación con las intervenciones corporales practicadas como actos de investigación o prueba del delito, exigiendo «que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»<sup>21</sup>, que es la proporcionalidad a la que se refiere el art. 588 bis a 5 LECrim, requisito

---

cional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación». Y comenta a este respecto ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER que, por lo tanto se podrá proceder a la ejecución forzosa de las diligencias necesarias para la obtención de las muestras, en cumplimiento de la previa autorización judicial, con respeto a los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad *lato sensu*». ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, «La toma coactiva de muestras del imputado (análisis sanguíneo, huellas dactilares, muestras genéticas)», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 164.

- 20 Al respecto LIBANO BERISTAIN, Arantza. «Consideraciones acerca del recurso a la coacción en la obtención de muestras genéticas en el marco del proceso penal», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano). Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 172. Y añade a continuación la citada autora que si el avance de la ciencia permitiera a futuro, mediante una técnica que posibilitara la obtención de los identificadores genéticos que supusiera una afeción aún inferior a los derechos del afectado, el principio de proporcionalidad obligaría a emplear esta técnica con preferencia sobre el resto de métodos.
- 21 Así se declara en la STC (Sala Primera) 206/2007 de 24 septiembre, FJ 6 (RTC 2007\206). Se hace referencia en aquella resolución a las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; STC 234/1997, de 18 de diciembre; STC 70/2002, de 3 de abril; y STC 25/2005, de 14 de febrero. A esta doctrina hace mención IGLESIAS CANLE, Inés C., «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal n el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad», en *Investigación y prueba en*

que la Ley ha regulado bajo la denominación de «proporcionalidad» y que, doctrinalmente, se ha conocido como «proporcionalidad en sentido estricto» para diferenciarlo, de esta manera, de un juicio de ponderación más amplio que englobaría la práctica totalidad de los regulados<sup>22</sup>.

## 4.2. Propuestas legislativas y principio de proporcionalidad

No tiene sentido detallar aquí el recorrido histórico de la evolución del principio de proporcionalidad, pero sí creemos que tiene mucho interés las menciones y reflexiones que se contienen en el CPP respecto del principio de proporcionalidad. Aquel texto, que no ha llegado a Ley, compendia y sistematiza el *status quo* del Derecho Procesal Penal, con propuestas normativas más que sugerentes. El referente<sup>23</sup> en aquel texto de la repetida proporcionalidad se encuentra en el art. 12 CPP<sup>24</sup>». Dicho

---

*el proceso penal*, (dirigido por Nicolás González-Cuellar Serrano), Edit. COLEX, Madrid, 2006, pág. 131.

- 22 FUENTES SORIANO, Olga. «Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 284. Y cita al respecto a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Edit., COLEX, 1990».
- 23 Como efectivo referente opera; por ejemplo cuando se menciona el principio de proporcionalidad en el art. 149 CPP disponiendo que «en la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares se aplicarán todos los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad establecidos por el Artículo 12 de este Código».
- 24 Reproducimos aquí dicho artículo sin perjuicio de posteriores comentarios. «Artículo 12. Principio de prohibición de exceso
1. La adopción y práctica de medidas restrictivas de derechos individuales sólo es admisible cuando no resulten excesivas y concurren la totalidad de los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en este artículo.
  2. Sólo podrán autorizarse y ejecutarse las medidas de investigación o cautelares restrictivas de derechos previstas por la Ley. Las medidas no previstas por la Ley están prohibidas.



artículo entendemos que tiene una enorme importancia en relación con la caracterización de todo el proceso penal, viniendo a ser como el *paso del Rubicón* del enjuiciamiento penal al ordenamiento constitucional<sup>25</sup>.

Termina de definir el art. 12 CPP el concepto de «prohibición de exceso» con la referencia a la proporcionalidad de las medidas, quedando circunscrita dicha proporcionalidad a que «el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros», entendida como «proporcionalidad en sentido estricto»<sup>26</sup>.

A continuación, el mismo art. 12.6 CPP acude a unos parámetros que sirvan para concretar (sobre todo para motivar y justificar en las correspondientes resoluciones judiciales) el indeterminado concepto de

3. Las medidas han de acordarse exclusivamente para la consecución de las finalidades para las que se encuentran legalmente previstas.
4. Las medidas deben ser idóneas para alcanzar sus fines y adecuadas a los mismos en las circunstancias del caso en su contenido, medida, duración y en su ámbito subjetivo de aplicación.
5. Será preferida la medida menos gravosa que sea suficientemente eficaz.
6. Las medidas serán proporcionadas, de forma que, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros.

Para la realización de la ponderación de los intereses en conflicto la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho».

- 25 Así nos expresábamos en el trabajo titulado «Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal», en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 1, 2015, pág. 151.
- 26 Este es el calificativo usado por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003, 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Allí se exige que «el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida (proporcionalidad en sentido estricto)».

la proporcionalidad. Y a este respecto se refiere a tres parámetros: 1) la gravedad del hecho; 2) la intensidad de los indicios existentes y; 3) la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Hechos estos comentarios es importante subrayar una evidencia. Nos hemos referido a la regulación que hace el CPP de la proporcionalidad como un requisito esencial de principio de la prohibición de exceso<sup>27</sup>, principio este que inspira el conjunto de la Ley procesal penal en todo lo relativo (ahí es nada) a la adopción y práctica de medidas restrictivas de derechos individuales. Pues bien, la referida regulación, por lo que a proporcionalidad se refiere, resulta prácticamente idéntica a la contenida en el 588 bis a 5, relativa a los principios rectores de las diligencias de investigación tecnológica<sup>28</sup>. Y celebramos esta circunstancia que pensamos que debe interpretarse en el sentido de la maduración de los conceptos y categorías procesales que están llamados a regir el proceso penal de principio a fin. Sin duda un objetivo de la anhelada reforma global de la Ley procesal penal.

### 4.3. Proporcionalidad y régimen de las medidas cautelares

También en el ámbito de las medidas cautelares la proporcionalidad supone que «el sacrificio que la media representa en la esfera de los derechos del sujeto pasivo del proceso no puede ser más one-

---

27 ORTIZ PRADILLO expone su visión sobre los principales desafíos a solventar en la utilización de la tecnología de cara al legítimo fin de perseguir eficazmente los delitos, tomando como referencia los requisitos y presupuestos derivados del principio de prohibición de exceso en materia procesal, «canon de constitucionalidad de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales». ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»..., cit., pág. 304.

28 En este artículo, a los tres parámetros del art. 12.6 CPP a los que acabábamos de referirnos, se añade la «trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción» del hecho, siendo por lo demás igual la definición de aquella Proporcionalidad genérica» del art. 12.6 CPP que el de la «proporcionalidad específica» del vigente art. 588 bis a) 5.

roso para quien la padece que el posible resultado condenatorio en la sentencia»<sup>29</sup>.

En este marco y en la regulación vigente, a continuación de la mención a cada uno de los cuatro fines que justifican la prisión provisional el legislador ha añadido (haciéndose eco y compendiando criterios jurisprudenciales) una relación de criterios que permiten valorar la apreciación o no de la concurrencia de cada uno de los fines de la prisión provisional. Valoración esta que no es otra cosa que un juicio sobre la proporcionalidad en relación con cada uno de los fines<sup>30</sup>. Y así, por ejemplo, para «evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba», no procederá acordar la prisión provisional «cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación», ya que no puede erigirse como «peligro en la mora procesal» (y finalidad de la prisión provisional) conductas legítimas o auténticos derechos del imputado.

En el texto normativo propuesto por el Código Procesal Penal se recoge el principio de proporcionalidad en el art. 149 CPP disponiendo que «en la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares se aplicarán todos los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad establecidos por el Artículo 12 de este Código». Por lo que la definición de la prohibición de exceso y el papel que en ello juega el principio de proporcionalidad (en sentido estricto) alcanza con plena eficacia el régimen de las medidas cautelares. Esto no quita la presencia que en aquel texto normativo tiene el principio de proporcionalidad en

29 MORENO CATENA, Victor. *Derecho Procesal Penal...*, cit., pág. 303.

30 Así se expresa MORENO CATENA indicando que el Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones (SSTC 127/1984, 241/1994, 128/1995, 147/2000 y 305/2000) que la prisión provisional es una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria, provisional y *proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos* (la cursiva es nuestra). MORENO CATENA, Victor, *Derecho Procesal Penal...*, cit., pág. 322.

sentido amplio, y ello con motivo de la definición de los fines de la prisión provisional<sup>31</sup>. Proporcionalidad en sentido amplio que también está presente en el régimen cautelar en la previsión de denegación de la medida cautelar que se solicite cuando sea posible sustituirla por otra con la misma eficacia, pero menos gravosa o perjudicial para el afectado<sup>32</sup>.

## 5. La proporcionalidad como principio rector de las medidas de investigación tecnológica

Volviendo a la reforma introducida por la LO 13/2015 de 5 de octubre, centramos nuestra atención en el art. 588.bis.a) 5. En el que se dispone que «las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho»<sup>33</sup>. Podemos resumir por tanto

31 Efectivamente, en el art. 154 CPP y bajo el título de «la necesidad de la medida» se incluyen junto a los fines que de manera taxativa justificarán la prisión provisional, los criterios que la ley marca para apreciar la concurrencia de cada uno de dichos fines. Esta justificación se contiene en los números 2 a 4 de art. 154 CPP y en términos generales se aprecia cierto paralelismo con la regulación vigente. La excepción viene dada por la justificación de la prisión basada en la evitación de nuevos delitos.

32 MORENO CATENA, Victor, *Derecho Procesal Penal...*, cit., pág. 303.

33 De forma resumida y coloquial Velasco Núñez concluye que con el principio de proporcionalidad se trata de evitar imponer excesos absurdos o arbitrarios hasta el capricho, de impedir resolver delitos a costa de limitaciones de derechos fun-

que la adopción de las medidas de investigación restrictivas de derechos exigen una proporcionalidad; y que esa proporción debe darse entre el sacrificio de los derechos que se limitan y el beneficio que se derive para el interés público o de terceros<sup>34</sup>

No debe perderse de vista que aunque el art. 588.bis.a) 5 constituye la punta de lanza del principio de proporcionalidad en el régimen de los medios de investigación tecnológica, dicho régimen supone una construcción jurídica que respira proporcionalidad por todos sus poros. Proporcionalidad en sentido amplio, conformidad y equilibrio de los derechos e intereses en conflicto. Un régimen legal sin duda complejo pero que evidentemente tenía que ser legal y no jurisprudencial. Siendo ahora el juez quien insoslayablemente debe aplicar los criterios normativos para encontrar el equilibrio y la proporción en el caso concreto. En palabras del Preámbulo de la Ley «el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas –en su propia y diferenciada instrumentalidad– a los principios generales

---

damentales no tolerables en una democracia, en definitiva, de «matar moscas a cañonazos» VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Edit. Jurídica Sepín. Madrid, 2016, págs. 69-70.

- 34 Ilustra al respecto el AAP de Tarragona (Sección 2ª) núm. 1004/2016 de 19 diciembre, FJ 3 (JUR 2017\56145) en el que no se aprecia la proporcionalidad suficiente como para poder ser acordada la intervención, «ya que los resultados que puede arrojar pueden suponer un sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones (no circunscrito al propio contenido de la comunicación) que no esté justificado por los resultados que pueden obtenerse, ya que los resultados que se obtendrían, en su caso, serían de unas tarjetas SIM que se han activado con el teléfono móvil sustraído, lo que supondrá investigar a personas que pudieron haber adquirido el terminal en algún establecimiento de segunda mano o a distancia y, en cualquier caso, a falta de todo otro indicio de participación, no podría imputárseles más que un delito de receptación, que no cumple el mínimo penológico de los tres años de prisión (ya que el artículo 298 del Código Penal castiga la receptación con la pena de seis meses a dos años)».

que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares»<sup>35</sup>.

### 5.1. Elaboración jurisprudencial de un concepto jurídico indeterminado

La jurisprudencia en el ámbito de estas medidas de investigación tecnológica, como con tanta frecuencia ha ocurrido respecto de la actividad valorativa del juez penal, ha ido asistiendo a esa íntima labor judicial mediante criterios y pautas que facilitarían el trabajo de los tribunales y al mismo tiempo dieran la debida seguridad a los diversos agentes que actúan en el proceso penal.

En este contexto, hay que recordar las indicaciones de la doctrina científica cuando subraya la importancia práctica de la protección constitucional del principio de proporcionalidad<sup>36</sup>. La ausencia de los presupuestos o requisitos de proporcionalidad en la regulación o en la adopción de injerencias estatales vulneraría el precepto constitucional que tutele el derecho fundamental o la libertad pública restringida. Los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución y concretamente los contenidos en la Sección 1, debido a la fuer-

---

35 Preámbulo (Apartado IV, párrafo VII) 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.

36 La cita que sigue es de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Edit. COLEX, Madrid, 1990, pág. 53. Resume el citado autor que la importancia práctica de la protección constitucional del principio de proporcionalidad se encuentra en la exigencia de su respeto impuesta por los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales y las libertades públicas y que permiten la interposición del recurso de amparo en su defensa.

za expansiva de lo que se ha denominado «su gran pretensión de validez» (BACHOF) y en virtud de lo establecido en los arts. 1, 9.3 y 10 CE, reclaman la utilización de criterios muy estrictos en el enjuiciamiento de las medidas restrictivas que puedan afectar a su contenido, e imponer a los poderes públicos una gran medida en su utilización. Y parece que la elaboración de estos instrumentos es tarea del legislador<sup>37</sup>

Efectivamente, la jurisprudencia ha tenido que remar en un mar sin viento dando soluciones a problemas cada vez más concretos que los cambios tecnológicos han ido introduciendo en el proceso penal. Esta adversidad se ha debido a la falta de un régimen legal que finalmente ha llegado de la mano de la LO 13/2015, de 5 de octubre.

Realiza un estudio muy completo LANZAROTE MARTÍNEZ<sup>38</sup> sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la debida proporcionalidad que debe regir a la hora de acordar medidas limitati-

37 Sin dejar lugar a dudas recordaba por enésima vez esta exigencia, en relación con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la ya citada STC núm. 145/2014 de 22 septiembre, FJ 7 (RTC 2014\145). Allí se afirmaba que la reserva de ley constituye «el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas», lo que «implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero que en todo caso determinan que «el legislador ha de hacer el ‘máximo esfuerzo posible’ para garantizar la seguridad jurídica», esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 49/1999 [RTC 1999, 49], FJ 4). Profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio (RTC 2001, 169), FJ 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad».

38 LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Tomo II (Dirigido por Antonio Pablo Rives Seva), Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 383 y ss.

vas de derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE. Jurisprudencia que goza de un interés especial teniendo en cuenta que se ha desarrollado a falta de una regulación legal positiva difícilmente justificable por tratarse de materia tan principal. También merece una especial atención la referida jurisprudencia por haber estado en la génesis de la regulación normativa introducida por la reforma operada por la LO13/2015.

En dicha jurisprudencia es una constante desde ya lejanas resoluciones que el objeto de las investigaciones esté vinculado a delitos graves<sup>39</sup>, gravedad que frecuentemente se ha apreciado en relación con el tráfico de drogas<sup>40</sup>, o con otros tipos delictivos en los que se haya dictaminado dicha gravedad<sup>41</sup>. Junto a la gravedad, también se justifican

---

39 ATS (Sala de lo Penal) de 18 junio 1992, FJ 1 (RJ 1992\6102). Se añade en esa resolución que tales injerencias se lleven a cabo solo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario. Comenta al respecto CABEZUDO BAJO que esta exigencia fue manifestada por el Tribunal Constitucional cuando el art. 33 del Código Penal distinguía entre delitos graves y menos graves en función de la duración de la pena, de más de tres años de prisión. CABEZUDO BAJO, María José, «La entrada y registro domiciliario en el proceso penal» en *Investigación y prueba en el proceso penal*, (dirigido por Nicolás González-Cuellar Serrano), Editorial COLEX, Madrid, 2006, pág. 131.

40 Sería el caso de la STS (Sala de lo Penal) núm. 664/1994 de 25 marzo, FJ 1 (RJ 1994\2592): tráfico de hachís en escala de notoria importancia; o la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 241/2009 de 13 marzo, FJ 7 (RJ 2009\1675) que aprecia la concurrencia de conductas de extrema gravedad por la existencia de 3.000 kg de hachís. En el mismo sentido, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 334/2012 de 25 abril, FJ Preliminar (RJ 2012\11286) respecto de un traslado por carretera desde Holanda a España de una partida de heroína, estimado en su venta al por mayor en 300.000 euros.

41 La casuística que se recoge en el trabajo citado de LANZAROTE MARTÍNEZ es diversísima y hace referencia a hechos tan variados como los relacionados con el contrabando de tabaco, la prostitución, el hurto en cantidad de especial y cualificada gravedad, delito continuado de maquinaciones, la venta de datos personales de ciudadanos por un funcionario, cobro de dinero por la legalización de ciudadanos extranjeros ilegales por un policía, delitos contra la propiedad intelectual o hechos relacionados con el uso y abuso de las nuevas tecnologías.



estas medidas en aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes o la trascendencia social de la infracción aconsejen la utilización y aplicación de medidas tan excepcionales<sup>42</sup>. Y con mayor motivo si concurren ambas razones<sup>43</sup>.

Esa vinculación de la proporcionalidad, en sentido amplio, a la investigación de delitos graves está en la génesis del concepto estricto que actualmente nos aporta el art. 588 bis a. Efectivamente, se ha entendido por la jurisprudencia que la exigencia de la proporcionalidad supone que ha de tratarse de la investigación de un delito grave; pero para valorar la gravedad «no solo se debe 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» (STS (Sala de lo Penal) núm. 1263/2004 de 2 noviembre, FJ 2 (RJ 2004\7830)). Y así nos encontramos con la «trascendencia social» que ahora prevé expresamente la literalidad del art. 588 bis a 5.

## 5.2. Tránsito del esquema jurisprudencial al nuevo texto legal en el ámbito de los principios rectores

Nos aporta un trabajo de sistematización del régimen jurisprudencial relativo a las medidas de investigación tecnológica la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 342/2015 de 2 junio FJ 10 (RJ 2015\3551).

---

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo...*, págs. 385-387.

- 42 Así, la STS (Sala de lo Penal) de 25 junio 1993, FJ 1, (RJ 1993\5244). Justificando la adopción de estas medidas ya que los delitos cometidos por los funcionarios públicos o los que afecten al buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado aconsejan o posibilitan la implantación de medidas de estas características.
- 43 STS (Sala de lo Penal) núm. 711/1996 de 19 octubre, FJ 1 (RJ 1996\7834) que avala la proporcionalidad de las medidas de autos, en cuanto afectaban a delitos de gran trascendencia social (tráfico de drogas) y con presuntas implicaciones de elementos policiales, que harían más grave su comisión.

Como dice la propia sentencia, allí se contienen los requisitos que «integran el *estándar de legalidad* en clave constitucional». Se parte en esta resolución de la delimitación de estas diligencias como fuente de prueba y medio de investigación (no como prueba en sí misma), dictaminando que tales diligencias deben respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es de todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres: 1) judicialidad de la medida; 2) excepcionalidad de la medida; 3) proporcionalidad de la medida.

La referida síntesis debe tomarse con cautelas por la articulación y complejidad de cada uno de estos tres requisitos, articulación que, como veremos, se acaba extendiendo a todos los principios rectores y disposiciones del Capítulo de Disposiciones Comunes.

- A) Y así pasa con la *judicialidad*<sup>44</sup>, de la que se deduce, además del principio de *especialidad* (actual art. 588 bis a,2), las disposiciones relativas a que la medida se adopte en un proceso penal como *resolución motivada* (art. 588 bis c), que responda a una *solicitud policial* detallada (art. 588 bis b), sujeta a una *duración* temporal (art. 588 bis e) y bajo un control judicial en su *seguimiento, prórroga y cese* (art. 588 bis f, g y j). Es evidente por tanto que según se quiera ver (y así lo hace la referida STS de 2 de junio de 2015)

---

44 Efectivamente, en la redacción de la sentencia comentada, de la judicialidad de la medida en la referida sentencia penden entre otras estas exigencias: 1) la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de *especialidad* en la investigación; 2) que la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto; 3) al ser medida de exclusiva concesión judicial, ésta debe ser fundada. Esto exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención; 4) es una medida temporal, sin perjuicio de prórroga; e) la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida.

de la judicialidad puede acabar pendiendo el grueso de las garantías de los derechos afectados recogidas hoy en los arts. 588 bis LECrim.

- B) La *excepcionalidad* es entendida por el Tribunal Supremo (sigue la STS núm. 342/2015 de 2 junio FJ 10) en el sentido de que «ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de *forma rutinaria*. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial». Y junto a esto se añade que «la nota de la excepcionalidad, se completa con las de *idoneidad* (art. 588 bis a, 3), *necesidad* (art. 588 bis a, 4 b) y *subsidiariedad*, que se corresponde con la actual «excepcionalidad» del art. 588 bis a, 4 a) formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional».

Todas estas correspondencias que hemos ido indicando entre las exigencias formuladas por la jurisprudencia y las que en la actualidad se recogen en la legislación vigente, permiten varias lecturas. Por un lado podríamos hablar de la seguridad que sin duda ofrece un texto legal en el que se definen categorías con unos términos que en el lenguaje común admiten distintas interpretaciones. Por otro lado hay que admitir que los términos usados no tienen una frontera nítida que los diferencie (distinta de la que hoy le da la literalidad del texto legal) y que es evidente su interrelación. Interrelación que pensamos que mejor se entiende después de hablar de la proporcionalidad.

- C) Por último, de la nota de *proporcionalidad* se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, tal y como ya hemos dicho, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar<sup>45</sup>. En palabras de la STS (Sala de lo Pe-

---

45 Gravedad que se ha venido requiriendo tanto antes como después de la reforma. Sobre esta exigencia de la proporcionalidad se pronuncia la STS (Sala de lo Penal,

nal, Sección1ª) núm. 265/2016 de 4 abril, FJ 6 (RJ 2016\1938), «frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos *graves*, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada; de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio de ponderación concretado a *cada caso*, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida. Complemento de la excepcionalidad es el de especialidad en relación al concreto delito objeto de investigación».

Del párrafo anterior nos quedamos con el buen propósito jurisprudencial de que el «juicio de ponderación» sea riguroso, rigor que la legislación vigente concreta en los ya referidos criterios del art. 588 bis a 5. Y un comentario aparte merece la última frase, de la que nos atreveríamos a decir que, cuando el Tribunal hace mención a la «excepcionalidad» quiere referirse a la proporcionalidad, de la que viene hablando (cuando menos en sentido amplio). De manera que, quizá de forma involuntaria, la frase comentada refleja claramente la omnipresencia de

---

Sección1ª) núm. 265/2016 de 4 abril, FJ 6 (RJ 2016\1938), defendiendo que «de la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento»

La lógica jurisprudencial es que solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento.

la proporcionalidad en el régimen de las medidas de investigación tecnológica pues no se puede concluir de otra manera cuando hablando de la proporcionalidad ésta se confunde con la excepcionalidad, mientras se vincula a la especialidad relativa al delito investigado.

### 5.3. Sobre el proceso de «especialización» del principio de proporcionalidad

De alguna manera podríamos decir que si en el proceso penal, al principio era la proporcionalidad (en sentido amplio) y de allí cuajó la proporcionalidad en sentido estricto, aquella proporcionalidad «genérica» también está en el origen de otros principios y categorías que son fruto de su evolución.

#### 5.3.1. La proporcionalidad llega hasta donde llega la gravedad de los delitos

Efectivamente, en relación con la elaboración jurisprudencial del concepto de proporcionalidad en el ámbito procesal penal hay que tener en cuenta también que dicha jurisprudencia en algunas ocasiones ha trascendido, en el sentido de haber fraguado en otras categorías diferenciadas de aquella proporcionalidad pero que también han pasado a operar en el ámbito de diligencias procesales limitativas de derechos fundamentales. Por ejemplo la exigencia de que estas medidas se adopten exclusivamente en el ámbito de la investigación de delitos graves<sup>46</sup> es

---

46 Con todas las consecuencias que de ahí se derivan, por ejemplo a efectos de determinar en qué casos podrán utilizarse dichos resultados. Como apunta CASANOVA MARTÍ, en el Anteproyecto de 5 de diciembre de 2014 (de la LO 13/2015) la posibilidad de utilizar el resultado de una intervención de comunicaciones se limitaba a aquellos supuestos en que se investigaba algún delito respecto del cual podría haberse acordado una intervención telefónica. De ser así, se respetaría, igualmente en el segundo proceso, el principio de proporcionalidad, autorizando su utilización tan solo para la investigación de un delito cuya gravedad habría permitido la adopción de la medida de intervención. CASANOVA MARTÍ, Roser, «Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto», en *El proceso*

hoy en día una exigencia que en el ámbito de intervenciones telefónicas y telemáticas se contiene en el art. 588 ter a) LECrim, constituyendo un presupuesto de la misma que «la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1<sup>47</sup> de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación»<sup>48</sup>.

Ya nos hemos referido al hablar del art. 588 ter b cómo el legislador ha ampliado el ámbito material de esta medida de investigación con respecto a la intervención de las comunicaciones escritas y telegráficas, situación que ha llevado a sostener, no sin razón (como afirma SANJURJO RÍOS citando abundante doctrina) que en el caso de las intervenciones que analizamos deberán tenerse muy presentes los principios de proporcionalidad y excepcionalidad con el propósito de no caer en intervenciones por delitos que, aunque sean cometidos informáticamente, no revistan de mucha trascendencia<sup>49</sup>.

---

*penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 337.

- 47 En aquel artículo, en relación con la detención de correspondencia escrita o telegráfica, se exige como presupuesto de la misma que la investigación tenga por objeto 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.
- 48 Esta última mención a la ciberdelincuencia en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se suma a la lista de delitos que venían siendo entendidos como graves a los efectos de la entidad de la injerencia que se acordaba. Al respecto, Preámbulo (Apartado IV, párrafo VI) 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.
- 49 SANJURJO RÍOS, Eva Isabel, «Las conversaciones de whatsapp como objeto de investigación y prueba en el proceso penal», en *Justicia. Revista de Derecho Pro-*

### 5.3.2. Proporcionalidad, idoneidad y necesidad

Junto a las manifestaciones del principio de «proporcionalidad en sentido amplio» hay que tener en cuenta que ésta no es ajena a la idoneidad tal y como se entiende en el ámbito de las medidas cautelares. Basta recordar como la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003 justificaba que «la proporcionalidad -que constituye un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental o libertad pública- exige adecuación de la prisión provisional a determinados fines»<sup>50</sup>. Pero esta exigencia que en la legislación vigente se vincula a la proporcionalidad (en sentido amplio) entendemos que en la actualidad adopta perfiles propios. Por ejemplo, en el contexto del CPP se hace presente en el apartado cuarto del art. 12 en el que se recoge el requisito de la idoneidad, tal y como ya hemos referido. Y en la regulación de los principios rectores de los medios de investigación tecnológica entendemos que queda vinculado con el principio de necesidad del art. 588 bis a, 4 b LECrim. Vemos por tanto «la sombra» de la proporcionalidad en las raíces del principio de necesidad o en la idoneidad de las medidas cautelares. Así, y citando a FUENTES SORIANO, en puridad, el principio de proporcionalidad o el juicio de proporcionalidad requeriría de la verificación de tres juicios o subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto<sup>51</sup>

---

*cesal*, número 1 año 2017, pág. 518. En este sentido cita a JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo/PUCHOL AIGUABELLA, Marta, *Las medidas de investigación tecnológica limitativas de los derechos a la intimidad, la imagen, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos*, en *Diario La Ley*, nº 8676, 7 de enero de 2016, ref. D-8.

50 La referida Exposición de Motivos de la LO 13/2003 continúa diciendo, respecto de la prisión provisional, que «esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionalmente legítimos: éstos no son otros, según el Tribunal Constitucional, que asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva (STC 47/2000)».

51 FUENTES SORIANO, Olga, «Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba»..., cit., pág. 284. Y al respecto añade este texto a pie de página:

Otro tanto podría decirse de la duración y de la extensión de las medidas, que en la actualidad tiene su propio régimen general en el art. 588 bis e) LECrim<sup>52</sup>, bajo la atenta mirada del principio de idoneidad tal y como se entiende en el art. 588 bis a 3. Estos orígenes jurisprudenciales se ven por ejemplo en el ATS de 26 de noviembre de 2001, resolviendo sobre una petición de prórroga en una intervención, en el que se recuerda la doctrina del Alto Tribunal<sup>53</sup> en el sentido de que «el principio de proporcionalidad habrá de conformar siempre e incondicionalmente, el perfil de la injerencia en la esfera de la intimidad. La proporcionalidad supone que exista un correlato entre la medida, su

---

En este sentido y haciéndose eco de la posición doctrinal comentada, también el Tribunal Constitucional ha considerado que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es preciso constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es adecuada para conseguir el objetivo perseguido; si además es necesaria en el sentido de no existir otra medida igualmente idónea para la consecución del propósito pretendido que sea menos gravosa que la impugnada; y, por último, si se trata de una medida que resulta ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 11/2006, de 16 de enero).

- 52 Sin perjuicio de otros regímenes especiales como el del art. 588 ter g) para las comunicaciones telefónicas y telemáticas.
- 53 ATS (Sala de lo Penal) de 26 noviembre 2001, R.J. 1º, (JUR 2001\319823). Continúa razonando el referido Auto en relación con la prórroga que se había acordado en una intervención de comunicaciones con motivo de un tráfico de drogas que «evidentemente, concurre la proporcionalidad necesaria cuando se trata de un tráfico organizado de drogas que causan grave daño a la salud, como son la heroína y cocaína, y mediante la misma se pretende poner coto a aquél (STS de 11 de octubre de 1996).

En el caso que nos ocupa, no puede calificarse esta prórroga de desproporcionada, pues como muy bien reconoce el recurrente, de las anteriores grabaciones se deduce la existencia de indicios suficientes de la comisión de un delito de tráfico de drogas, por lo que la prórroga se encuentra justificada en la necesidad de continuar con la investigación, al objeto de precisar su existencia y la persona o personas responsables, pues al parecer había varias implicadas».



duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social»<sup>54</sup>.

#### 5.4. Criterios legales para determinar la proporcionalidad del art. 588 bis.a

La regulación de la proporcionalidad en el art. 588 bis a 5 llega a su momento medular cuando afirma que «para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho»<sup>55</sup>.

Los «criterios legales» a la hora de determinar en el caso concreto la debida proporcionalidad, entendemos que no solo deben buscarse en las pautas que al efecto aporta el art. 588 bis a) 5. En mayor o menor medida, toda la normativa introducida por la regulación de los medios de investigación tecnológica tiene una incidencia sobre esa proporcionalidad, que debe tenerse en cuenta a la hora de su justificación. Y así lo razona por ejemplo la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 689/2016 de 27 julio, FJ 1 (RJ 2016\3927) al afirmar que «en todo caso, el juicio

54 Recuerda también este «entrelazamiento de criterios» VELASCO NÚÑEZ, apuntando cómo la gravedad delictiva, jurisprudencialmente (SSTC de 27 de septiembre de 1999, de 11 de diciembre de 2000, de 18 de septiembre de 2002, etc.) trasciende el concepto de delito grave a que se refieren los arts. 13.1 y 33.2 CP, especialmente los castigados con prisión superior a los cinco años, para incluir otros más veniales, pero que tengan también en consideración el bien jurídico afectado y la relevancia social, que de algún modo quedan observados en los criterios que la ley exige VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos...*, cit., pág. 70.

55 La utilidad de estos criterios de cara a valorar la concurrencia de los principios se pone de relieve en la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 400/2017 de 1 junio FJ 2.3 (RJ 2017\3872). Allí se refiere la relación de principios que ha incluido la reforma, con arreglo a la práctica anterior a la misma, «para a continuación fijar el legislador el alcance de los mismos o los criterios que deben presidir su aplicación».

de pertinencia de la intervención no precisa de una motivación específica, individualizada y secuencial de cada uno de los presupuestos y principios que debe satisfacer la restricción del derecho, tal y como el recurso parece sustentar»<sup>56</sup>. Por poner un ejemplo, los datos asociados a los que nos referimos anteriormente, desde el momento en que configuran en gran medida el alcance de la diligencia de investigación y la injerencia en el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, deben ser un factor a la hora de determinar la proporcionalidad. Por eso, siguiendo la doctrina especializada en la materia<sup>57</sup>, entendemos que admitir que, autorizada judicialmente la intervención de las conversaciones telefónicas, todas las formas de comunicación posibles e imaginables por este medio no serían sino aspectos accesorios, secundarios y, como tales, sacrificables implícitamente o sin necesidad de motivación explicativa acerca de la necesidad y proporcionalidad de su restricción, nos situaría en una concepción francamente estrecha en materia de derechos fundamentales.

Ya hemos referido nuestra opinión sobre la incorporación en el texto legal de determinados criterios para poder apreciar y motivar la concurrencia de los principios rectores rebajando así el carácter indeterminado de tales conceptos<sup>58</sup>. Con las herramientas que había hasta la

---

56 Y participa también de esta idea la citada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017 de 1 junio FJ 2.3 (RJ 2017\3872). Allí se van relatando y conceptualizando los distintos principios, para concluir diciendo que «lo que conlleva finalmente a la ponderación por el Juez de su proporcionalidad en el sentido de que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros». Porque ciertamente, esa «ponderación final del juez» es omnicompreensiva de todas las razones a favor o en contra de la medida.

57 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 203.

58 En el mismo sentido FUENTES SORIANO manifiesta que especialmente loable resulta la concreción en el precepto de los indicadores para valorar el interés público (art. 588 bis a 5). FUENTES SORIANO, Olga, «Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba»..., cit., pág. 284.

fecha la jurisprudencia no podía escapar de un estudio casuístico dentro de unos criterios muy abiertos. Así, por ejemplo, la motivación de la STC núm. 299/2000 de 11 diciembre, F.J. 2, (RTC 2000\299) en la que se recuerda que para la intervención de las comunicaciones, además de la investigación de un hecho constitutivo de infracción punible grave, debe añadirse que «la comprobación de la proporcionalidad de la medida, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, «ha de construirse... analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción» (STC 126/2000, de 16 de mayo, F. 8)»<sup>59</sup>. Parece admisible que las concreciones jurisprudenciales tienen sus limitaciones y no pueden suplir la ausencia de la necesaria regulación legal; pero junto a esto, nos parece incuestionable que el criterio de las «circunstancias concurrentes» poco añadía a la situación de vacío normativo<sup>60</sup>.

#### 5.4.1. La gravedad del hecho

Ya nos hemos referido a lo largo de estas líneas a la íntima relación que existe entre la proporcionalidad y la gravedad de los delitos. De lo

59 En aquella ocasión, consistiendo los hechos investigados en el contrabando de tabaco, se aprecia la debida proporcionalidad ponderando la relevancia social de los hechos y su gravedad, con arreglo a que sean organizaciones complejas las que se dedican a su comisión ya que esta circunstancia «es, sin duda, un factor de suma importancia a atender, por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan». Circunstancias estas que hoy se encuentran a caballo entre el principio de proporcionalidad y el presupuesto de la gravedad de los delitos investigados.

60 Aun así, pensamos que es más que previsible el recurso a «razones genéricas» que terminen de «redondear» la motivación del auto. Y es lo cierto que los prácticos y la experiencia así lo entienden, pues la proporcionalidad no deja de ser el criterio según el cual y siempre en función de las *concretas circunstancias del caso* (la cursiva es nuestra) el Juez debe ponderar en una hipotética balanza *-balancing test-* si el sacrificio —temporal— del derecho que se le va a afectar al investigado es superior al beneficio que para la sociedad, para el interés público, va a suponer, en su caso, resolver —hacia la condena o la absolución— lo investigado. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos...*, cit., págs. 69-70.

dicho podríamos haber concluido que en la construcción doctrinal de los límites de la proporcionalidad se entremezclan criterios que nos hablan de la gravedad del delito y la concurrencia de otras circunstancias. Junto a esta consideración con carácter general de la gravedad del delito, es cierto que la gravedad ha «ganado autonomía» en el art. 579.1 LECrim que determina la gravedad del delito en relación con la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (y por remisión del art. 588 ter a, para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas). Por tanto la gravedad gana autonomía en el art. 579<sup>61</sup> y pervive en la proporcionalidad, junto con otras circunstancias, en el art. 588 bis a 5 LECrim.

Sobre este particular entendemos que la sistemática de la Ley es censurable pues parece que hay una escisión entre la regulación de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica y el régimen de las disposiciones comunes de los medios de investigación tecnológicos. Pensamos que las dificultades de orden sistemático en este «injerto normativo» que la reforma legal ha hecho con los arts. 588 dentro de la LECrim no pueden llevarnos a mal interpretar la voluntad del legislador, por lo que se deben vincular las disposiciones comunes de los arts. 588 bises, con el régimen de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica<sup>62</sup>. Y por tanto no se debe desvin-

---

61 En relación con este artículo y en referencia a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas MARCHENA GÓMEZ entiende que la gravedad del delito en relación con la concreta relación que allí se contiene adquiera la categoría de presupuesto. Se trata de presupuestos sine qua non para la validez constitucional del acto de interceptación, pero cuya simple concurrencia no garantiza aquella: son presupuestos necesarios pero nunca suficientes. . MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015...», cit., pág. 216.

62 En este sentido MARCHENA GÓMEZ critica el criterio de ordenación sistemática de la reforma, en concreto respecto de las «disposiciones comunes» en las que se enumeran los principios constitucionales que legitiman la interceptación de las comunicaciones reguladas en los Capítulos V a IX del reformado Título VIII.

cular la referencia a la «gravedad del hecho» del art. 588 bis a 5 con lo previsto en el art. 579.1 LECrim artículo que, cuando menos, es una concreción legal de la gravedad que, con carácter general, se exige para la proporcionalidad.

#### 5.4.2. La trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción

Siendo formalmente dos criterios distintos estos que el legislador nos presenta conjuntamente, cierto es que en la práctica no será extraño que vayan de la mano. Así lo pone de manifiesto en relación con el criterio del «ámbito tecnológico de producción» FUENTES SORIANO<sup>63</sup> quien nos pone como ejemplo el AAP de Madrid (Sección 4ª) núm. 131/2015 de 25 febrero, RJ 3 (JUR 2015\66473), en el que se reconoce que «internet, incrementa enormemente el efecto lesivo para el derecho al honor de la querellante, alcanzando una gravedad «que no es posible minimizar»<sup>64</sup>. Efectivamente la «trascendencia social» no es ajena al «ámbito tecnológico de producción» del delito. Incluso nos atrevería-

---

Esto podría llevar a pensar que tales disposiciones no afectarían a diligencias como la apertura de correspondencia, la entrada y registro en lugar cerrado o el registro de libros y papeles, interpretación que carecería de sentido. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 174.

63 FUENTES SORIANO, Olga, «Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba»..., cit., págs. 284 y285.

64 En concreto y en relación con la práctica de diligencias contrarias al secreto de las comunicaciones se concluye diciendo que «no parece necesario abundar en consideraciones sobre la importancia que tiene y la tutela judicial que merece el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Pero sí es necesario destacar que, en el supuesto que nos ocupa, la modalidad de ataque a dicho bien jurídico resulta ser especialmente grave, teniendo en cuenta que las expresiones se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es internet, incrementando así enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor de la querellante. La conducta presuntamente delictiva es, pues, en el supuesto que nos ocupa, de una gravedad que no es posible minimizar».

mos a decir que hoy en día el ámbito tecnológico es el mejor cauce para dar trascendencia social a cualquier realidad, también a un delito.

De esta manera, se puede apreciar la proporcionalidad atendiendo a la gravedad del hecho o a su trascendencia social por lo que la concurrencia de uno, o del otro, o de uno coadyuvando con el otro<sup>65</sup>. Como acertadamente se ha dicho, el propio párrafo 5, *in fine*, del art. 588 bis a) LECrim define como criterios en la ponderación de los intereses individuales del investigado frente al interés público, que lo harán más o menos proporcional -y más, cuantos más concurren a la vez (gravedad, trascendencia social, ámbito tecnológico, intensidad de indicios y relevancia de resultados perseguidos)<sup>66</sup>.

Pero entendiendo esto posible, en la práctica no puede olvidarse la necesidad de que la resolución que acuerde la medida exprese los presupuestos materiales de los que depende el juicio de proporcionalidad<sup>67</sup>. En concreto y con carácter general dispone el art. 588 bis b 2 2º que «la

---

65 El citado AAP de Madrid de 25 de febrero de 2015 tiene también interés porque en el mismo se considera la trascendencia social como un criterio que compensa la «falta de gravedad» de los hechos a efectos de apreciar la proporcionalidad. Y se aprecia tal proporcionalidad «ante hechos que tienen la calificación legal de «delitos menos graves», pero que merezcan la consideración de graves en atención a otros parámetros, tales como la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera o la inexistencia de medios alternativos, menos gravosos, que permitan su investigación y esclarecimiento».

66 VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos...*, cit., pág. 70.

67 Recuerda esta exigencia ZARAGOZA AGUADO citando la STC núm. 26/2010 de 27 abril, FJ 2 (RTC 2010\26) en la que se exige que «la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de 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». ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «Las intervenciones telefónicas y telemáticas. Disposiciones comunes a los actos de injerencia en las comunicaciones. Doctrina General», en *Investigación tecnológica y derechos fun-*

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

#### 5.4.3. La intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho

Nos referimos de manera conjunta a estos dos criterios contenidos en el art. 588 bis a 5, porque entendemos que su lógica se deriva precisamente de su apreciación conjunta. A esta conclusión llegamos por razones «históricas» ya que en esta redacción parece reflejarse la redacción del derogado art. 579 LECrim. En aquella norma, se exigía para poder proceder a la detención de correspondencia (entendemos que, evidentemente, como un criterio de proporcionalidad) que «hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Parece más que razonable que esa relación (de proporcionalidad) entre los «indicios» y la «importancia» es la que en el texto vigente que comentamos se exige entre los «indicios» y la «relevancia»<sup>68</sup>.

Respecto de los indicios, sí hay que tener presente la consideración que da a los mismos el legislador. No en vano de los indicios se

---

*damentales* (Coordinador Javier Ignacio Zaragoza Tejada), Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 134.

68 Un argumento en este sentido, para vincular la proporcionalidad a los indicios y a la relevancia conjuntamente, podría ser la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 279/2017 de 19 abril, FJ 2 (RJ 2017\2675) e la que se resuelve que «en cuanto a la proporcionalidad está justificado el sacrificio de los derechos e intereses afectados por cuanto en el caso es prevalente el interés basado en la gravedad del hecho, además de la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho, pues se trata de un posible delito de detención ilegal llevado a cabo por funcionarios policiales escenificando una transacción de casi un kilo de cocaína con el objeto de justificar aquella».

habla en la regulación de la solicitud de autorización judicial para la que se exige la exposición de tallada de los indicios con los que se cuenta (art. 588 bis b 2 2º)<sup>69</sup>. Y para el contenido de la resolución judicial que autorice la medida, «el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida» (art. 588 bis c 3 a).

Precisamente por esta referencia a los «indicios» tanto en la solicitud como en la resolución sobre las medidas, es abundante la jurisprudencia que con motivo de la resolución y su motivación nos habla de cómo deben ser los repetidos indicios. De forma sintética concluye la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 404/2016 de 11 mayo FJ 4 (RJ 2016\2006) que «para ser válidos los indicios deben ser objetivos. Y se consideran objetivos los indicios que cumplen estos tres requisitos: 1º) ser accesibles a terceros, sin lo cual no serían susceptibles de control<sup>70</sup>; 2º) proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, y 3º) no consistir en valoraciones acerca de la persona». Indicio objetivo, por tanto, del que la misma re-

---

69 En concreto, exige aquel artículo «la exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia»

70 En aquella resolución, y con motivo de la declaración de la interna que aporta datos minuciosos y concretos sobre la introducción de droga en el centro penitenciario, se justifica la accesibilidad a terceros. Razona que los indicios «son accesibles a terceros, pues no incorporan una simple sospecha policial, sino que consisten en una doble investigación, tanto de los servicios penitenciarios como policiales, que se apoya en la declaración de una persona perfectamente identificada, que expone un relato coherente y verosímil, sustentado en una razón de ciencia convincente; esta declaración se ha acompañado por testimonio íntegro a la solicitud policial, por lo que puede ser sometida a control, en cuanto a su suficiencia y verosimilitud, tanto por el propio Juez Instructor como por el Tribunal sentenciador o los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución de los correspondientes recursos».



solución (FJ 7), de acuerdo con el art. 588 bis a 5, afirma que constituye un indicio objetivo «de especial relevancia».

## 6. La resolución judicial como encarnación formal de la proporcionalidad de la medida

Nos vamos a acercar ahora al régimen de la proporcionalidad desde el punto de vista de la resolución exigida para autorizar algunas de las medidas de investigación tecnológica reguladas en los arts. 588 bis y ss. LECrim. Dicha resolución, y en concreto su motivación será el ser o no ser de una medida cuya validez puede ser determinante para el proceso. Y es en este momento cuando la realidad de los hechos y la urgencia de las situaciones no siempre permiten hacer las cosas como podría sugerir el mundo platónico de las ideas<sup>71</sup>. Es importante subrayar que, sin perjuicio de alguna otra disposición específica al respecto, la exigencia de una resolución motivada para autorizar estas medidas es una exigencia contenida en el capítulo de disposiciones comunes<sup>72</sup>, en concreto en el art. 588 bis c. Por tanto, tanto el principio de proporcionalidad como la

---

71 En este sentido entendemos muy oportuna la consideración de PICO I JUNOY, quien razonando bajo un principio de máxima extensión del derecho a la prueba de los litigantes justifica que la información obtenida de una intervención telefónica practicada con autorización judicial cuya debida motivación es discutida por la parte acusada, no debería provocar que el mismo juez instructor autorizante de la intervención entrase a resolver su propia actuación, por lo que, en esta situación, lo lógico sería remitir esta problemática al juez del juicio oral. PICÓ I JUNOY, Joan, «Las denuncias de la prueba ilícita en el proceso penal», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 326.

72 Esta es la novedad de la reforma, en opinión de ARMENTA DEU: por una parte elaborar un cuerpo de principios rectores, con vocación de informar todas y cada una de las medidas, y por otra parte acomodar las exigencias derivadas de los textos internacionales y de los tribunales supranacionales y nacionales a las for-

resolución motivada son disposiciones comunes al régimen de medidas de investigación tecnológica. Y como vamos a ver, además de comunes extremadamente próximas.

En los arts. 294 y 298 CPP implícita y expresamente se dispuso ya que la resolución que acordase la medida fuese un auto<sup>73</sup>, a diferencia de lo que hacía el entonces vigente art. 579 LECrim que hacía una referencia genérica a una «resolución motivada»<sup>74</sup>. Aunque sin duda no estaba pensando en una resolución cualquiera<sup>75</sup>. Lo cierto es que la jurisprudencia no podía permanecer callada ante tanto silencio del legislador y fue elaborando la construcción que a éste le esperaba<sup>76</sup>. El art. 294.5 CPP fue mucho más explícito al exigir para la resolución ju-

---

mas de criminalidad más actuales. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, pág.195.

- 73 A este respecto, CASANOVA MARTÍ comentaba que dicho auto, aunque el art. 294 CPP no lo diga, deberá ser suficientemente motivado por su propia naturaleza legal. CASANOVA MARTÍ, Roser, «Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, MORENO CATENA, Victor (Dir.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 549.
- 74 Aunque ya entonces exponían los autores que tal mención llevaba categóricamente a descartar la providencia, y dado que las sentencias son resoluciones judiciales que se utilizan para decidir definitivamente sobre una cuestión, el auto se configuraba como la resolución judicial más indicada para decretar la intervención. Así MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, «Las intervenciones judiciales de las comunicaciones», en *Investigación y prueba en el proceso penal*, GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás (dir.), Edit. COLEX, Madrid, 2006, pág. 164.
- 75 Un buen ejemplo de aquellos «juicios provisionales de culpabilidad» a los que se refiere CASTILLEJO MANZANARES. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *El juicio de faltas*, Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 60.
- 76 Buen ejemplo de esto sería, entre otras, la ya citada STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 342/2015 de 2 junio, FJ 10 (RJ 2015\3551). Allí se declara que «al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho

dicial que autorice la injerencia «el juicio de ponderación» entre interés público e interés del encausado<sup>77</sup>, ponderación y razonamiento que no se puede imaginar fuera de un auto. Junto a esto, el art. 299 CPP hacía indicación del contenido que debía tener la resolución judicial que autorice la interceptación, en la línea de nuestro art. 588 bis c 3.,<sup>78</sup> aunque éste último sea más prolijo al respecto<sup>79</sup>.

El recorrido legal y constitucional que hay desde la aprobación de la Constitución Española hasta la reforma de la LO 13/2015 es

---

delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención».

77 Literalmente exigía que la resolución que autorice la injerencia exprese «el juicio de ponderación realizado entre el interés público de persecución penal del hecho punible y el interés del encausado en preservar su derecho al secreto de sus comunicaciones». Entiende ORTIZ PRADILLO que la reforma de 2015 reforzó notablemente el deber de motivación de las distintas medidas tecnológicas de investigación (a ello nos referiremos), lo cual obligará al juez a plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»..., cit., pág. 312.

78 El valor de aquella propuesta normativa era importante, ya que es evidente que el hecho de bajar a tal detalle para las exigencias del auto refuerza notablemente las garantías. Al respecto ponía el acento NOYA FERREIRO de forma particular en la obligación de indicar el procedimiento y periodicidad en que se informará al Tribunal de garantías sobre el resultado de la medida, puesto que en función de esta información deberá decidirse sobre la continuación, el alzamiento o en su caso la prórroga de la intervención. NOYA FERREIRO, María Lourdes, «La interceptación de las comunicaciones en el borrador del Código Procesal Penal: algunas cuestiones críticas» en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, MORENO CATENA, Víctor (Dir.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.672.

79 En concreto, en el vigente 588 bis C.3. se añaden como menciones al contenido del auto las contenidas en los apartados g y h del número 3, relativas a: (...) 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.

mucho más que importante. Aun partiendo de la base de que estas diligencias de investigación suponen una limitación de los derechos fundamentales, la articulación del régimen legal y el nivel de detalle al que éste descende sería inimaginable hace cuarenta años. Baste recordar las palabras de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO<sup>80</sup> cuando en relación con el alcance del deber de motivación de la resolución judicial que autoriza la injerencia hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional. Ésta, si bien de entrada exige que la motivación debe ser especialmente estricta, lo cierto es que descendiendo a lo concreto en un principio trabajó con criterios particularmente flexibles, aceptando mínima e incluso nula motivación si el derecho de defensa no fuese vulnerado en el caso concreto.

Seguimos la plausible opinión de MARCHENA GÓMEZ<sup>81</sup> en el sentido de hacer una «lectura constitucional» de esta reforma. Como dice el citado autor este tipo de artículos -588 bis b) y bis c)- han de interpretarse como algo más que un simple modelo formulario. De lo que se trata, al regular casuísticamente el contenido de esa resolución, es de imponer una estructura sistemática que sirva de recordatorio al juez instructor del alcance de la medida que esté utilizando. Y que al mismo tiempo no queden aspectos esenciales para la validez del acto de inferencia al albur de las originalidades sistemáticas de cada órgano instructor.

### 6.1. Sobre la muy detallada motivación judicial de la debida proporcionalidad

Pensamos que con particular precisión GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO habla de la motivación como del *requisito extrínseco formal*

---

80 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., pág. 147.

81 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 255-256.

del principio de proporcionalidad<sup>82</sup>. Sobre esta idea hay que estar con RAMOS MÉNDEZ cuando afirma rotundamente que la ley se ha empeñado en que la resolución sea especialmente motivada, para reforzar los principios operativos<sup>83</sup>. Esta intencionalidad de la reforma legal y la necesidad de una motivación detallada en el auto que acuerda la injerencia aparecen confesadas en el Preámbulo de la LO 13/2015. Allí se afirma que «la reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación»<sup>84</sup>.

El principio de proporcionalidad y la motivación judicial que resuelve sobre la medida solicitada son prácticamente dos maneras de hablar de lo mismo. Por eso, a pesar de que no es así como se escribe en la Ley, no le falta razón a VELASCO NÚÑEZ cuando incluye entre los principios rectores de las medidas de investigación tecnológica la autorización judicial, pues así lo exige el art. 588 bis a) LECrim. Esto se deduce del carácter eminentemente público del proceso penal y la afeción a importantes derechos fundamentales del investigado, regulados en el art. 18 de la CE<sup>85</sup>.

Pues bien, con la reforma, ese *requisito extrínseco formal* tiene mucho más que nombre y apellidos ya que es objeto de una detallada regu-

---

82 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales... cit.*, pág. 147.

83 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima Lectura Constitucional*, Edit. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, pág. 261.

84 Preámbulo (Apartado IV, párrafo V) 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.

85 VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos...*, cit., pág. 68.

lación en el art. 588 bis c 3, que no tiene parangón en nuestro ordenamiento<sup>86</sup>. Por eso todo aquello que guarde relación con la motivación del auto sobre medidas de investigación tecnológica nunca deberá analizarse como un asunto meramente formal sino como la encarnación del respeto a los principios rectores del régimen de estas medidas. Y en concreto, del principio rector que de alguna forma está presente en todos los demás<sup>87</sup>.

## 6.2. La adopción de medidas sin resolución judicial. Normativa y jurisprudencia

Dicho todo lo cual, ahora hay que añadir que, como tan frecuentemente pasa en Derecho, la regla tiene su excepción. Efectivamente,

- 86 Así es el contenido del citado artículo. «La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:
- a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con 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».

- 87 Este planteamiento pensamos que se refleja en la STC núm. 145/2014 de 22 septiembre, FJ 2, recordando que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, «nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE».

en el ámbito del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información el art. art. 588 sexies c regula la autorización judicial. Y en el apartado cuarto de este artículo se contempla la posibilidad de tal registro sin autorización judicial cuando esto resulte imprescindible, exigiendo una inmediata puesta en conocimiento del juez competente que dictará posteriormente la resolución motivada que decidirá la suerte de dicha diligencia<sup>88</sup>.

La lectura rápida del precepto parece poner en solfa los comentarios que hasta aquí hemos hecho<sup>89</sup>. Una primera reflexión nos permite relativizar esa impresión ya que en el ámbito del proceso penal no es extraña esa «judicialización en un segundo momento». Sin ir más lejos eso ocurre con la detención que en atención a la eficaz persecución del delito puede llevarse a cabo incluso por particulares. La doctrina del Tribunal Supremo venía contemplando esta posibilidad, también con carácter excepcional y por razones de urgencia y necesidad<sup>90</sup>, de manera que el precepto que es-

88 Dispone expresamente el art. 588 sexies c. 4 que «en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado...».

89 En ese sentido parece pronunciarse ORTIZ PRADILLO recordando que esta excepción no figuraba expresamente en la propuesta del año 2011 y sólo se indicaba para el examen de dispositivos incautados fuera del domicilio y previa decisión del Ministerio Fiscal en la propuesta del año 2013, con lo que este amplio grado de excepcionalidad del nuevo régimen legal de 2015 con respecto al acceso policial a dispositivos informáticos puede orillar los avances jurisprudenciales en el reconocimiento de ese «derecho a la protección del entorno digital». ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»..., cit., pág. 312.

90 Sobre esta posibilidad, recuerda la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 204/2016 de 10 marzo, FJ 13 (RJ 2016\1114) que «que si bien nuestra doctrina admite el examen directo de la agenda de un teléfono móvil por los agentes de la policía judicial, por estimar que no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad, esta doctrina no exime de la concurrencia de los requisitos constitucionales propios de la afectación a este derecho fundamental».

tamos comentando no deja de formar parte de la excepción que confirma la regla, con arreglo al régimen espacial allí descrito.

El respeto a la Norma Fundamental por parte de esta práctica también estaba avalado por el Tribunal Constitucional admitiendo esos registros policiales, pero poniendo el acento en la posterior y necesaria autorización judicial. En concreto, declarando 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»<sup>91</sup>.

### 6.3. Breve apunte sobre algunas cuestiones suscitadas por la extensión de la motivación

Ya hemos referido y alabado el detalle del art. 588 bis c. Como era de prever, tanta virtud no iba a ser suficiente para que la norma no plantease cuestión alguna. Nos limitamos aquí a dejar un breve apunte sobre cuestiones que suscita una primera aproximación.

---

91 En este sentido la STC núm. 70/2002 de 3 abril, FJ 10, en la que se parte de 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 excepciona en los supuestos en que existen 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».



- a) Y comenzamos por el primero de los puntos: *el hecho punible*. La cuestión es el detalle con que se debe referir el hecho punible objeto de investigación. Al respecto afirma MARCHENA GÓMEZ en una comprensión sistemática de la norma que el hecho punible cuyo esclarecimiento se persigue mediante la adopción de esta medida ha de ser definido con unos contornos suficientemente nítidos, excluyentes de toda idea de prospección indefinida<sup>92</sup>. La exigencia es clara por parte de la doctrina del Tribunal constitucional; así, la STC núm. 145/2014 de 22 septiembre, FJ 2 exige que «el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas»<sup>93</sup>.
- b) Ha suscitado particular interés (la que venía generando en la jurisprudencia) la cuestión de los hallazgos casuales, cuya regulación ha quedado impregnada por el régimen de la motivación y el principio de especialidad. Efectivamente, de los hallazgos casuales, no es desconocida la exigencia de una renovada motivación que justifique que, para la investigación del delito inesperado, también existen razones que justifican, a la luz de sus principios legitimadores, una medida de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>94</sup>. Esta situación, con regulación propia en el art. 588 bis i, se equipara por alguna sentencia al delito

92 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 256.

93 La jurisprudencia aporta cordura práctica al tema. Y así, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 841/2014 de 9 diciembre, FJ 5 (RJ 2015\2067) declara que «no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos elementos indiciarios».

94 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 258.

flagrante, y pasa necesariamente por un nuevo auto y nueva motivación<sup>95</sup>.

- c) La doctrina ha puesto particular énfasis en una cuestión relativa a la extensión de la medida: si esta y su correspondiente motivación lo debe ser sobre el soporte físico o debe extenderse al contenido de información digital. Con esta nueva regulación, afirma ORTIZ PRADILLO que el legislador ha venido a reconocer, por fin, que los dispositivos de almacenamiento masivo de información en formato digital no son, en absoluto, algo equiparable a una simple mochila, cartera o cualquier otro continente corpóreo de información, sino que son una prolongación más de nuestra vida (nuestra vida digital, habría que especificar) a tenor de la enorme cantidad y calidad de la información que generamos a través de los mismos<sup>96</sup>. El art. 588 sexies a) y en relación con el «registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información» se resuelve expresamente esta exigencia de un razonamiento específico referido a la necesidad de acceder a los contenidos de dichos dispositivos<sup>97</sup>.

En este mismo sentido habrá que atender la extensión de la medida en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Sobre este particular el art. 588 ter d) 2, dispone que

---

95 Habla de esa posibilidad de considerar el hallazgo como un delito flagrante la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017 de 1 junio (RJ 2017\3872) de manera que los hallazgos casuales deducidos de intervenciones telefónicas justifican la necesidad de ampliar las escuchas, y por el principio de especialidad, exigen de un nuevo auto que legitime la aparición casual y su investigación.

96 ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. «Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica»..., cit., pág. 315.

97 Efectivamente, dicho artículo para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, exige que «el juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos».

«para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos» que posteriormente pormenoriza. Y entre los que se incluye, por ejemplo, en la letra d) «el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación». Como ha sentenciado algún autor, para la historia han de quedar las motivaciones implícitas, en las que *lo uno conlleva lo otro*. El legislador no quiere zonas de penumbra en la explicación jurisdiccional de las razones el sacrificio del derecho al secreto<sup>98</sup>.

- d) Las exigencias de motivación también se extienden, por mor de la unidad investigadora, al régimen del agente encubierto informático. Sobre éste, la previsión del art. 282 bis.6 LECrim se traduce en que será el juez quien controlará, previamente y en todo caso, en base a determinados criterios, como la existencia de indicios suficientes, la idoneidad de la medida y su necesidad o la gravedad de la conducta investigada y su motivación. En definitiva, si la infiltración de un agente restringe derechos fundamentales, debe tener en todo caso autorización del juez de instrucción competente y valorar, con especial atención, la necesidad y proporcionalidad de los medios de investigación utilizados<sup>99</sup>. Enlaza este control judicial con la disposición del art. 588 bis a) 2 ya que el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada

98 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «La reforma de las diligencias de investigación limitativas...», cit., pág. 262. Se extiende este autor sobre el texto del art. 588 ter d) 2), referido a la solicitud del Fiscal o de los agentes facultados pero de carácter decisivo para conocer el alcance de la resolución judicial habilitante, lo que dejará atrás situaciones en las que el contenido de la injerencia es idéntico para todos aquellos casos en los que se autoriza una interceptación telefónica.

99 VALIÑO CES, Almudena, «La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la ley Orgánica 13/2015», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (coordinadora Olga Fuentes Soriano) FUENTES SORIANO, Olga Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 315.

con la investigación de un delito concreto, de manera que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.