

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2017/2018

BASES E INSTRUMENTOS PARA LA
INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN EL
SIGLO XXI.

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES COMUNES EN EL
NUEVO SISTEMA DE MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA.

(Bases and instruments to the investigation of the crime in the XXI century. Analysis of the common provisions into the new system of technological research measures)

Realizado por la alumna Dña. Beatriz Martínez Hernández

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
RESUMEN	8
ABSTRACT	8
PALABRAS CLAVE	9
KEY WORDS	9
OBJETO	10
METODOLOGÍA	12
I - CAMINO A UNA REFORMA NECESARIA	15
A) DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS.....	17
B) COBERTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	20
II - PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA	22
A) PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.....	23
B) PRINCIPIO DE IDONEIDAD.....	25
C) PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD Y NECESIDAD.....	26
D) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	27
III - SISTEMATIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES COMUNES	32
A) TRAMITACIÓN DE LA MEDIDA.....	34

1) Necesidad de solicitar una autorización judicial	35
2) Una resolución judicial más que necesaria.....	42
2.1. Contenido de la resolución	44
2.1.1. El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.	45
2.1.2. La identidad de los investigados de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.....	48
2.1.3. La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance.....	49
2.1.4. La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.	50
2.1.5. La duración de la medida.....	51
2.1.6. La forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.....	52
2.1.7. La finalidad perseguida con la medida.	53
2.1.8. 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.	54
2.2. Exigencia de una resolución debidamente motivada.....	55
2.3. Recursos que se pueden plantear frente a la resolución del juez competente	58
3) La importancia de controlar la medida de injerencia autorizada.....	59
B) ÁMBITO TEMPORAL	60
1) Duración mínima para la máxima garantía de los derechos fundamentales.....	61
2) Posibilidad de solicitar la prórroga de la medida	63
3) Circunstancias que provocan el cese de la medida.....	66

C) OTRAS FORMAS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 18CE.....	68
1) La publicidad del proceso de nuestro sistema procesal penal y secreto automático de la causa.....	69
2) Posibilidad de involucración a terceras personas ajenas a la causa durante la vigencia de la medida	74
3) Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales.....	76
3.1. Los hallazgos casuales y su vinculación en el proceso	79
3.2. Competencia y otras problemáticas que plantean los hallazgos casuales	82
4) Destrucción de registros para la protección de la información personal obtenida en el proceso	85
IV - CONCLUSIONES.....	89
V - BIBLIOGRAFÍA	94
VI - JURISPRUDENCIA	101
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	101
Tribunal Constitucional.....	101
Tribunal Supremo.....	103

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BCPP	Borrador de Código Procesal Penal
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
F.J.	Fundamento Jurídico
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPDCP	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Op.cit.	Obra citada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PJ	Policía Judicial
S	Sentencia

SS.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la información
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

El gran avance social, en lo que a las nuevas tecnologías se refiere, y el cual estamos experimentando desde algunos años atrás, ha traído consigo nuevas formas de comisión de hechos delictivos, frente a una ausente regulación legal de medidas encaminadas a la investigación y paliación de los mismos, pues lo relativo a esta materia venía regulado por vía jurisprudencial. Percatándose el legislador de este suceso, elaboró la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, cuyas disposiciones comunes son objeto de análisis en el trabajo que a continuación se expone.

ABSTRACT

New technologies have been increased in the last years a quantum leap forward, which have involved new ways to commit criminal offences, against a limited legal regulation about measures aimed to investigate and mitigate them, as this subject has been being regulated by case law. The legislative realized about that and developed the LO 13/2015, 5th October, change of Criminal Procedure Act for the strengthening of procedural guaranties and the regulation of the technology investigation, which changes are what we are going to analyze in the essay that follows in sequence.

PALABRAS CLAVE

Reforma LECRIM, diligencias de investigación, tecnológico, derechos fundamentales, proporcionalidad, comunicaciones, proceso penal, prueba, jurisprudencia, derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, resolución judicial, motivación.

KEY WORDS

LECRIM reform, investigation procedure, technological, fundamental rights, proportionality, communications, penal process, proof, precedent, right of communications secrecy, right to privacy, judicial decision, motivation.

OBJETO

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las novedades introducidas por la LO 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías y la regulación de las nuevas medidas de investigación tecnológica. Esta reforma ha dado respuesta a la gran problemática que guarda relación con estas diligencias de investigación las cuales hasta el momento no disponían de un cuerpo legal que las recogiese, sino que habían venido siendo reguladas por la jurisprudencia desde años atrás.

Hasta el momento las diligencias de investigación afectantes a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española se recogían vagamente en el artículo 579 LECRIM, en relación a la detención de la correspondencia telegráfica y postal; pero este no era suficiente para cubrir las necesidades que el paso del tiempo y los grandes avances tecnológicos han traído consigo, de modo que se ha incorporado en los artículos 588 bis y ss. LECRIM la regulación de unas nuevas medidas de investigación en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

La rapidez con la que estos nuevos métodos de comunicación e interacción se han venido desarrollando, nos ha facilitado enormemente nuestra vida cotidiana, pero también ha permitido a los delincuentes en potencia que vean favorecidas sus pretensiones haciendo más fácil la comisión de ciertos delitos. No obstante, el legislador ha tratado de resolver este problema incorporando en esta nueva Ley la doctrina que hasta el momento vinieron formando y manteniendo los tribunales, tanto los nacionales como los europeos, al respecto, ya que el desarrollo de estas tecnologías no solo beneficia a los delincuentes, sino que permite adoptar numerosas, novedosas y eficaces medidas para solventar la comisión de los diversos delitos o, en su caso, atrapar a aquellos que han realizado algún tipo de hecho delictivo.

Dada la gran intromisión que las medidas de las que hablaremos a largo del trabajo suponen para el ejercicio de determinados derechos fundamentales, los cuales se ven ampliamente disminuidos por las mismas, el legislador ha puesto especial hincapié en tratar de mantener las garantías asegurándose de que para poder adoptar las diligencias necesarias se adquiera una debida resolución judicial, debidamente motivada, y siempre que concurren los principios que autorizan la medida, tomando un papel fundamental el principio de proporcionalidad, que supone que siempre que sea posible alcanzar el mismo resultado por medio de medidas menos lesivas de derechos fundamentales, debe hacerse de este modo. Además, establece para las mismas unos plazos de duración no muy extendidos, sin perjuicio de las posibles prórrogas que puedan efectuarse, siempre y cuando el juez considere que concurren los requisitos necesarios para mantenerlas y debiendo cesar las mismas cuando estos desaparezcan, cuando se haya alcanzado el fin previsto o cuando se aprecie la ausencia de utilidad de las mismas, entre otros motivos.

Así mismo establece numerosas garantías para evitar posibles perjuicios tanto al propio investigado como a los terceros que puedan verse involucrados durante la vigencia de la medida, siendo de gran relevancia el derecho de destruir los registros en los que se contienen los datos personales e informaciones de los individuos una vez alcanzado el fin de la medida, cuando haya prescrito el delito por el que se busca condenar al investigado o cuando se decrete la absolución o el sobreseimiento libre del mismo.

En el trabajo que nos ocupa, nos centraremos en el estudio relativo al art. 588 bis LECRIM, artículo donde el legislador ha recogido las disposiciones comunes que deben regir en todas y cada una de las medidas que a continuación se regulan para que puedan ser tomadas como una prueba lícita y, por tanto, válida, en el proceso penal, sin perjuicio de a lo largo del mismo se remarquen alguna de las especialidades que se da en alguna de las medidas en concreto.

METODOLOGÍA

Elección del área de conocimiento

En primer lugar, a los alumnos se nos concedió un plazo para llevar a cabo la elección del tutor que dirigiese nuestro trabajo acorde a un tema que nos plantease cierto interés, una asignatura de la cual quisiéramos saber más o por cualesquiera otras razones que nos llevasen a escoger a uno u otro. En mi caso particular esta elección no fue difícil debido a que me encontraba trabajando gracias a la concesión de una beca de colaboración en el departamento de Derecho Procesal durante este último curso de carrera, por tanto, debido a esto y a que se encuentra dentro de mis asignaturas predilectas de la carrera, decidí realizar el trabajo de esta disciplina.

Elección del tema a tratar

Una vez realizado el paso anterior, en cuanto a la elección del tema, primeramente mi tutor me animó a hacer una búsqueda sobre posibles temas que me interesasen, teniendo en cuenta que hubiese suficiente información para poder abordarlo. Tras algunas consultas, sin que ningún tema nos acabase de resultar lo suficientemente atractivo, me propuso el tema que en el presente trabajo se trata, barajé la posibilidad y al final me decanté, muy acertadamente, por seguir su propuesta, ya que me pareció un tema muy actual, interesante y que puede llegar a tener mucha relación con el que pretendo que sea mi futuro laboral.

Estructuración del trabajo y primeras líneas

Antes de ponerme manos a la obra, procedí a la recopilación de los manuales y monografías que resultasen de utilidad para ir conociendo un poco más la materia y poder así elaborar un índice provisional y sistematizar el trabajo. Es de destacar la modernidad de las publicaciones y resoluciones con las que se ha trabajado, exigencia de la actualidad de la cuestión. Esta estructuración, aconsejada por mi tutor, se realizó de un modo distinto al que la propia Ley establece. En un primer bloque se ha abordado la necesidad de llevar a cabo esta reforma, ya que estas nuevas medidas de investigación carecían de regulación legal y prácticamente todo lo que podíamos encontrar sobre ellas se encontraba regulado

por la jurisprudencia. En un segundo bloque han sido tratados los principios rectores a los que ya la jurisprudencia había dado un valor fundamental a la hora de abordar estas diligencias y ahora el legislador los ha recogido como elementos necesarios que deben concurrir siempre que se quieran adoptar estas medidas. En un último bloque se ha recogido todo lo relativo a la sistematización de las medidas en un sentido general, es decir, todo lo relativo a la necesaria solicitud de la misma a la hora de adoptarla y la consiguiente resolución judicial que debe determinar si se puede o no llevar a cabo, la duración que en su caso tendrá la misma, y las demás formas de garantía que ha previsto el legislador en caso de que terceros ajenos al proceso se vean afectados, el secreto automático de las actuaciones relativas a esto, así como a la posibilidad de emplear la información obtenida de estos procesos en un proceso penal diferente y la necesaria destrucción de la información obtenida una vez ha alcanzado el fin previsto o se han dado las causas según las cuales, aun no habiendo alcanzado los fines, será preciso acabar con los soportes donde se contengan los hallazgos.

Recogida de información

El siguiente paso una vez realizado el índice y estructurado el trabajo fue la recogida de diversos manuales, obras colectivas, monografías, artículos de revista y publicaciones acerca del tema para poder así ahondar de la mejor forma posible en el conocimiento de la materia y comenzar a redactar el trabajo de fin de grado. Fue precisa también la lectura de diversas sentencias y comentarios a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, ya que, antes de la LO 13/2015, lo relativo a las medidas de investigación tecnológica se recogía de la mejor manera posible en la doctrina establecida por estos tribunales.

Supervisión del trabajo

Finalmente, el trabajo ha sido supervisado en todo momento por mi tutor, que ha tratado el tema en numerosas ocasiones, de modo que lo conoce en profundidad y ha podido aconsejarme de una manera espléndida sobre todas las dudas que me han surgido durante el desarrollo del trabajo.

Antes incluso de comenzar la realización del trabajo se nos proporcionó un croquis temporal acerca de los diversos momentos en los que se debían hacer las diversas entregas. En un primer momento, se hizo entrega del índice y algunas de las fuentes de información. Posteriormente se hizo una entrega parcial, en vista a comprobar cómo había comenzado la redacción del trabajo y poder solucionar ya desde un primer momento problemas formales o de cualquier otro tipo que pudiesen surgir. Finalmente, a finales de mayo, se hizo otra entrega con casi la totalidad del trabajo y en junio el trabajo finalizado en su totalidad incluyendo las demás partes obligatorias detalladas en el reglamento sobre Trabajos de Fin de Grado aprobado por la junta de la Facultad de Derecho.

Personalmente, he tenido la suerte, gracias a encontrarme desempeñando las tareas de la beca de colaboración en el Departamento de Derecho Procesal, de poder consultar con amplia frecuencia con mi tutor las dudas que tenía. Además el tema está siendo tratado en el presente por los profesores del Departamento, por lo que cualquier duda que se me plantease acerca de alguna cuestión o acerca de la búsqueda de información en algún lugar pudo ser solucionada con gran facilidad.

I - CAMINO A UNA REFORMA NECESARIA

Es un hecho notorio que la última gran revolución mundial ha sido la de las tecnologías de la comunicación. Basta una mirada atenta para concluir que la informática y las telecomunicaciones constituyen la base que gestiona prácticamente toda nuestra vida cotidiana, elementos de los cual también se ha aprovechado la delincuencia organizada para facilitar la consecución de sus fines ilícitos¹. Por tanto, para dar respuesta a los modos de delincuencia mediante el empleo de las nuevas tecnologías, han aparecido nuevos medios de instrucción que deben buscar el equilibrio entre seguridad y privacidad², a cuyo estudio nos referiremos a lo largo de los siguientes apartados.

La propia Exposición de Motivos de la LO 13/2015, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica³, nos dice que “renovadas formas de delincuencia han puesto de manifiesto la insuficiencia de cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos” y aunque “los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente”, “también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos”, advirtiéndonos de la necesidad de encontrar el equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a este nuevo problema que se le plantea y las garantías que nuestro propio ordenamiento jurídico proporciona a los individuos⁴. Si bien es cierto que en el

¹ Se puede entender por *ciberdelito* aquella actividad ilícita o abusiva relacionada con los ordenadores y las redes de comunicaciones, ya sea porque se utilice el ordenador como herramienta del delito, o porque el objetivo del delito sea el sistema informático o sus datos. MITCHSON, Neil y URRY, Robin. “Delitos y abusos en el comercio electrónico”. The ITPS Report, 2001, 57. Págs. 19-24.

² La delincuencia organizada ha aprovechado este desarrollo tecnológico para ampliar su infraestructura, manifestándose cada vez de forma más violenta y sofisticada y actuando de forma más rápida, masiva y continuada. El desarrollo de estas nuevas medidas de investigación precisa la ponderación de la injerencia en la esfera de los derechos fundamentales para que no se desvirtúe su contenido esencial, como veremos más adelante. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”. Revista de internet, Derecho y política, febrero de 2017. Recuperado de: www.uoc.edu/idp. a 23 de mayo de 2018.

³ Esta se recoge en el BOE nº 239, de 6 de octubre de 2016, páginas 901912 a 90219 [BOE-A-2015-10725]

⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Capítulo V. Medidas de investigación tecnológica*. En *La reforma procesal penal de 2015*. Dynkinson, Madrid, 2015. Pág. 143.

proceso penal es de vital relevancia el descubrimiento de la verdad, no podemos dejar de tener presente que este no puede hacerse a cualquier precio, es decir, no todo en una investigación es lícito ni puede justificarse por un pretendido interés general o búsqueda del mantenimiento de la paz social, sino que debe hacerse respetando el equilibrio que garantice la vigencia y respeto de tanto de la averiguación de la verdad, así como de la defensa y libertad de todo sujeto pasivo de un proceso⁵.

El capítulo relativo a las medidas de investigación tecnológica introducido con la reforma de la LO 13/2015, comienza recogiendo los principios rectores aplicables a todas y cada una de las medidas concretas⁶.

Estas medidas afectan tan significativamente a derechos vinculados a la privacidad, pudiendo afectar de manera tan masiva a otros ciudadanos, que hace que la intervención penal refuerce su carácter público⁷ otorgando mayores poderes al Ministerio Fiscal y la Policía Judicial.

Los principios rectores que aquí se regulan⁸ servirán para fundamentar la aplicación de las correspondientes medidas de injerencia que, como más adelante veremos, precisarán de autorización judicial previa deberá contener unos requisitos tasados⁹.

⁵ En este sentido, los derechos fundamentales constituyen el punto de equilibrio de el conflicto entre el interés del Estado y el de los individuos, pero esto no implica que sean infranqueables, ya que en algunas ocasiones puede permitirse la realización de ciertas injerencias en los mismos durante el curso de una investigación penal. ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Págs. 135 y ss.

⁶ Para ARMENTA DEU la elaboración de un cuerpo de principios rectores, con vocación de informar todas y cada una de las medidas, así como el hecho de acomodar las exigencias derivadas de los textos internacionales y de los tribunales supranacionales y nacionales a las formas de criminalidad más actuales, son las grandes novedades que ha traído consigo la reforma. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, p.195.

⁷ Otros aspectos que muestran este refuerzo son que solamente están legitimados para actuar por orden del Juez el MF y la PJ y que las empresas y particulares están obligados a prestarles la colaboración necesaria, llegando a incurrir en un delito de desobediencia en caso de no hacerlo. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Sepin, Madrid, 2016. Pág. 67.

⁸ Estos principios permiten la afectación a derechos fundamentales, es especial los del artículo 18 CE, garantizando que se llevan de manera constitucionalmente correctamente. MANZANARES, Marina. "Actuales medios de investigación tecnológica en el proceso penal". Recuperado de:

Haremos en este primer apartado un recorrido por los principios que en regula el artículo 588 bis a) LECRIM¹⁰, pasando antes de centrarnos en ellos por la necesidad de cubrir el principio de legalidad en lo relativo a estas medidas que, hasta 2015, se habían desarrollado por vía jurisprudencial.

A) DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Los derechos fundamentales que se ven afectados principalmente al adoptar estas medidas son el derecho a la intimidad¹¹ y al secreto de las comunicaciones¹², recogidos en el artículo 18 CE. En un primer momento, la doctrina consideró que el secreto de las comunicaciones era una manifestación más del derecho a la intimidad¹³, aunque, con

<http://derechoyperspectiva.es/actuales-medios-de-investigacion-tecnologica-en-el-proceso-penal/>, a 23 de mayo de 2018.

⁹ ALTIDIS CABREJAS, Stéfanos. “Nuevas medidas de investigación tecnológica: modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal”. Recuperado de: <http://red.computerworld.es/actualidad/nuevas-medidas-de-investigacion-tecnologica-modificacion-de-la-ley-de-enjuiciamiento-criminal>, a 23 de mayo de 2018.

¹⁰ El Preámbulo de la Ley nos manifiesta la necesidad de dar cobertura normativa a estos principios recogidos y que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes para la validez de los actos de injerencia. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Las intervenciones telefónicas y telemáticas. Disposiciones comunes a los actos de injerencia en las comunicaciones. Doctrina general*, en ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (coordinador), *Investigación tecnológica y Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Navarra, 2017. Pág. 126.

¹¹ Este derecho puede definirse como el derecho del individuo a decidir en qué medida o en qué circunstancias desea compartir con terceras personas sus pensamientos, sentimientos y expresiones personales. HERRANZ ORTIZ, Ana Isabel. *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. DYNKINSON SA., Madrid, 1999. Págs. 2 y 3. Esto nos permite entender que este derecho solamente cede por consentimiento de la persona autorizada, salvo que exista una previsión legal, o cuando el destinatario de la comunicación de los datos personales sea el Ministerio Fiscal o los jueces y tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas. CASERO LINARES, Luis y OTROS. *Intercambio de información, protección de datos personales y proceso penal español*, en GUTIERREZ ZARZA, María Ángeles (coordinadora) *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal*. La Ley, Madrid, 2012. Págs. 305 y ss.

¹² Este se ve lesionado en el momento en que una comunicación es intervenida sin necesidad de acceder a su contenido. PALOP BELLOCH, Melania. “Las medidas de investigación tecnológica”. *Revista Justicia*, nº 2, 2017. Pág. 451.

¹³ Ejemplo de esto lo encontramos en la regulación anterior a la reforma que, en el caso de la diligencia de entrada y registro no regulaba de modo concreto el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información, de modo que debía acudir a la previsión del artículo 18 CE, regulador del derecho a la intimidad, y poner esto en relación con la intimidad entendida como privacidad, es decir, como datos personales y de este modo poder establecer los requisitos necesarios para registrar este tipo de soportes.

posterioridad, pasaron a considerarlos derechos diferentes¹⁴. Esta distinción radica en el carácter material del derecho a la intimidad frente a la naturaleza formal del secreto de las comunicaciones, lo cual hace que el ámbito de protección relativo al derecho a la intimidad se reduzca considerablemente, pues no todo lo relativo a la vida cotidiana de las personas goza de amparo constitucional en base a este artículo, sino solo aquellos aspectos que, no consentidos por la persona afectada, incidan sobre este núcleo esencial del derecho. En cambio, la protección del secreto de las comunicaciones es más amplia, ya que el propio concepto abarca el contenido formal de la comunicación con independencia de su contenido, así como con independencia de que pertenezca o no el objeto de la misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado¹⁵.

De este modo, RODRÍGUEZ LAÍNZ¹⁶ afirma que existe vulneración de estos derechos cuando los datos para adoptar las medidas precisas no consten conservados o

AIGE MUT, Belén. *La nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo*, en FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Pág. 392.

¹⁴ La STS 1007/2016 de 24 de enero (RJ 2017/254) reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental. Afirma esta sentencia que “El secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3. El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) , también se refieren al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que " *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia* ", nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH”.

¹⁵ A la hora de establecer esta distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, MUÑOZ DE MORALES, hace referencia a lo dicho por otros autores como NARVÁEZ RODRÍGUEZ y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que, establecen que el artículo 18.3 CE no protege el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni tiene nada que ver esta protección con el hecho de que lo comunicado entre o no en la esfera de la privacidad, ya que entienden que toda comunicación es secreta, aunque solo algunas sean íntimas, en: MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas* en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (director) y SANZ HERMIDA, Ágata (coordinadora), *Investigación y prueba en el proceso penal*. Colex, Madrid. 2006, pág. 147-148.

¹⁶RODRÍGUEZ LAÍNZ nos hace referencia asimismo a que en cuanto a las injerencias sobre los datos de tráfico de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas puede, no solo afectar a derecho al secreto de las comunicaciones, sino también al derecho a la protección de datos de carácter personal, o a ambos a la vez. Por ello, nos expone una serie de conclusiones, que nos permitan diferenciar cuándo se está en el ámbito de uno u otro derecho pues tal distinción es importante en vista a la realización del juicio de proporcionalidad y a la posibilidad de actuación sobre tal derecho, por razones de urgencia, sin autorización judicial. RODRÍGUEZ LAÍNZ, José Luis. *La intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 503 y ss.

almacenados en ficheros de datos de carácter personal¹⁷ por su carácter personal o estos escapen de la regulación sobre protección de datos de carácter personal por su carácter exclusivamente privado [art. 2.2.a) LOPDCP], los datos de tráfico almacenados o en poder del comunicante referentes a comunicaciones que deban reputarse consumadas, como sería el caso de los listados de llamadas almacenadas en las memorias de teléfonos, mensajes grabados en contestados automático o por servicios del buzón de voz, o en los ficheros de ordenadores personales o en sus denominadas memorias virtuales, no serán merecedores de más protección que las que brinda nuestro sistema Constitucional los derechos relacionados con la vida privada, es decir, el artículo 18 de la Constitución Española en sus párrafos primero y segundo [(SSTC 70/2002, de 4 de abril (RTC 2002/71) y 123/2002, de 20 de mayo (RTC 2002/123)].

DELGADO MARTÍN ha afirmado que podría decirse que los medios de investigación tecnológica, que con facilidad pueden afectar de forma negativa a los derechos fundamentales de quien está siendo investigado, deberían admitirse tan solo cuando estén acompañados de medidas que reduzcan tales efectos negativos, especialmente a través del efectivo control judicial, y tiendan a garantizar dichos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos¹⁸. Por ello, la LECRIM, en su citado artículo 588 bis a) exige, para que estas medidas puedan adoptarse, la mediación de autorización judicial, que debe estar sujeta a los principios de especialidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. El orden en el que deben aplicarse tales principios es, en palabras de la jurisprudencia constitucional: en primer lugar, atender al principio de proporcionalidad, en segundo lugar, a la especialidad y, el último lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida¹⁹

¹⁷ Se entiende por datos personales, según la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado)...”. Aunque no toda información, sino solamente aquella que sirva a la Policía Judicial para la identificación del supuesto delincuente. BAHAMONDE BLANCO, Miriam. “Medidas de investigación tecnológica a la luz de los derechos fundamentales, una cuestión pendiente”. Diario La Ley, nº 9160, de 16 de marzo de 2018. Recuperado de: http://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20180316000091600000?fileName=content%2FDT0000264628_20180306.HTML&location=pi-98, a 30 de mayo de 2018.

¹⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica...* op.cit., pág.342.

B) COBERTURA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La LECRIM entre los actos de investigación que permite que se lleven a cabo establece determinados actos de investigación garantizados, denominados de esta manera por estar expresamente tutelados por la Constitución, de forma tal que, si no se practican con plenas garantías, sobre todo para el imputado, serán nulos y carecerán de los efectos jurídicos que con su ejecución se pretendían²⁰.

Estos actos a los que nos referimos se encuentran con carácter general en el artículo 588 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM) que ha sido reformada en el año 2015²¹. Reforma que, como bien afirma GIMENO SENDRA, permite un ajuste de la ley procesal penal a las nuevas exigencias sociales, provenientes fundamentalmente de las reiteradas llamadas de atención que los organismos supranacionales han hecho al Estado español²². Con la nueva ley se trata no solo de cumplir

¹⁹ Se hace referencia a las SSTC 253/2006, 11 de septiembre (RTC 2006/253); 49/1996, de 26 de marzo, F.J. 3º (RTC 1996/49); 236/1999, de 20 de diciembre, F.J. 3º (RTC 1999/236); 14/2001, de 29 de enero, F.J. 5º (RTC 2001/14) y SSTS 231/2009, de 5 de marzo (RJ 2009/1781) y 1419/2004 (RJ 2004/8022), de 1 de diciembre, que establecieron que "...en el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, en primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo se debe atender a la previsión de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente investigación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Y, en tercer lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que solo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación". MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *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*. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 212.

²⁰ GÓMEZ COLOMER, nos indica que se trata de actos de investigación novedosos desde el punto de vista legislativo, no obstante esta novedad no implica que antes no se practicasen algunos de estos actos pues contaban con una base jurisprudencial muy amplia, aunque algo incierta, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal (con Juan Montero Aroca, Silvia Barona Vilar, Iñaki Esparza Leibar y José F. Etxeberría Guridi)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 240.

²¹ 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.

²² GIMENO SENDRA nos dice que no solo se incluyen las clásicas intervenciones telefónicas, sino también a las electrónicas vía internet, a la introducción de dispositivos de geolocalización y de grabación

con el presupuesto formal de la legalidad que nuestro ordenamiento jurídico exige y que implica que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe estar prevista por la Ley, sino que también se pretende, entre otras cosas, dar solución a la deficitaria regulación que anteriormente existía en nuestro ordenamiento jurídico en relación con las medidas de investigación tecnológica²³. El requisito de la legalidad no viene en concreto determinado en la Ley, pero es lógico pensar que la medida acordada por el juez, al ser restrictiva de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos, que gozan de superioridad en nuestro ordenamiento jurídico²⁴, no puede darse de un modo arbitrario, sino que deben existir ciertos principios que permitan al juez apreciar cuándo puede o no limitar, de un modo siempre temporal, tales derechos²⁵.

Siguiendo ciertas corrientes doctrinales, es posible afirmar que el principio de legalidad en nuestro país fue sustituido por el “principio de elasticidad”, ya que la anterior regulación había causado que el anterior artículo 579 LECRIM permitiese a las autoridades judiciales moldear a su voluntad la manera de llevar a cabo la intromisión en los derechos

audiovisual en el interior de domicilio e incluso de la instalación de “troyanos”, con lo que se dará cumplida satisfacción a la doctrina del TEDH sobre el principio de legalidad procesal, al propio tiempo que también los ciudadanos e incluso la policía judicial ganarán en seguridad a la hora de limitar el ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 18.3 CE. GIMENO SENDRA, Vicente. *La reforma, de 2015, de la LECRIM: aspectos generales* en FUENTE SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 27.

²³ Para plasmar esta deficitaria regulación en la legislación española si atendemos a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2015, vemos que en la misma se establece 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*”. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 304.

²⁴ Debe entenderse que desde la perspectiva subjetiva, los derechos fundamentales son derechos de los ciudadanos que garantizan un poderes públicos una obligación negativa consistente en no lesionar la esfera individual protegida por los derechos fundamentales de tal forma que, lesionada, a la persona afectada se le reconoce la posibilidad de reclamar su protección. Desde la objetiva, son elementos esenciales del ordenamiento de una comunidad [STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981/25)] que determinan la obligación *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia [STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981/25)], imponiendo a todos los positiva del Estado de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. La Ley, Madrid, 2016. Pág. 344.

²⁵ Ya la STEDH de 25 de marzo (TEDH 1998/9) afirmaba que dada la grave interferencia en la vida privada que la intervención de las comunicaciones supone, es preciso que la Ley que las acuerde debe ser estrictamente precisa y contener normas detalladas al respecto para, de este modo, evitar posibles abusos.

de los ciudadanos regulados en el artículo 18CE²⁶. El Tribunal Supremo ha llegado incluso a admitir la aplicación de este artículo para la grabación de conversaciones orales en los calabozos afirmando que no es concebible “que se proteja menos una conversación por ser telefónica, en cuando pueda ser legítimamente intervenida por el juez, y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado” [SSTS de de febrero de 10 de febrero de 1998 y de 2 de junio de 2010].

Podemos encontrar una amplia y constante jurisprudencia que corrobora la necesidad de respetar tal principio de legalidad, destaca lo establecido por el TEDH en los casos X e Y vs. Holanda de 26 de marzo de 1985 o Costello Roberts vs. Reino Unido de 25 de marzo de 1993, el caso Huvig y Kruslin vs. Francia de 24 de abril de 1990, sobre las restricciones a la vida privada cuando inciden las tecnologías, reiterada en España para los casos Valenzuela Contreras vs. España de 30 de julio de 1998 o el Caso Prado Bugallo vs. España de 18 de febrero de 2003²⁷. De todo esto se deriva que el Juez no podrá autorizar el uso de una medida tecnológica de investigación que no esté prevista por la ley, ni en circunstancias que vayan más allá de lo pretendido y permitido por la norma²⁸.

II - PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

²⁶ Esta teoría encuentra su apoyo en el ATS de 18 de junio de 1992, relativo al “Caso Naseiro” que permitió “llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes”, así como en la STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49), que toleraba que la insuficiente adecuación del ordenamiento “no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales siempre que estos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Desafíos legales de las diligencias...* op. cit. Pág. 305.

²⁷ SSTEDH de 26 de marzo de 1985 (TEDH 1985/4); de 25 de marzo de 1993 (TEDH 1993/17); de 24 de abril de 1990 (TEDH 1990/2 y TEDH 1990/1); de 30 de julio de 1998 (TEDH 1998/31) y de 18 de febrero de 2003 (TEDH 2003/6), respectivamente.

²⁸ VELASCO NÚÑEZ entiende que, aunque la ley no lo dice, la resolución judicial que permita o no la adopción de alguna de estas medias no puede darse de un modo arbitrario, por capricho del Juez Instructor, sino que deben concurrir ciertos principios que le permitan determinar si es posible o no limitar los derechos del investigado y el primero de estos principios a los que debe atenderse es el principio de legalidad. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op.cit. Pág. 68.

En el artículo 588 bis a) LECRIM encontramos regulados un conjunto de principios a los que el legislador ha dado especial importancia. Tales principios, salvo contadas excepciones, es necesario que se den en su conjunto para que sea posible la adopción de la medida de investigación que se pretende establecer, de este modo se prohíben las investigaciones que tengan carácter prospectivo debiendo encaminarse la investigación a investigar un delito concreto. Es preciso también que la medida sea idónea y útil, debiendo quedar esto reflejado en la solicitud e informes que realice la policía, así como en la resolución que la autorice. Cabe destacar que no se prevé una pena mínima atribuida a los delitos que se pretende investigar, sin perjuicio de que la Ley establezca determinados límites en relación al tipo de delito o pena en la regulación concreta de cada una de las distintas diligencias que se pueden adoptar²⁹.

Estos principios, que *infra* analizaremos más concretamente, son: el principio de especialidad, de idoneidad, de excepcionalidad, de necesidad y de proporcionalidad de la medida³⁰.

A) PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Este principio es el primero de los detallados en el artículo 588 bis a) LECRIM, en concreto en el apartado segundo, y este exige que *una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto*. De este modo, *no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva*.

²⁹ Por estos motivos, debe realizarse la ponderación entre la utilizada y el resultado pretendido para que se diluciden los hechos y el sacrificio que supone esta intromisión en los derechos fundamentales de los ciudadanos. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”. Diario La Ley, nº 8808, Sección Tribuna, 21 de julio de 2016. Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000236146/20160712/null>, a 29 de mayo de 2018.

³⁰ Art. 588 bis a) 1. “Durante la instrucción de la causa se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida”.

El Tribunal Supremo ha hecho hincapié en diversas de sus sentencias en el hecho de que la medida que vaya a adoptarse esté estrechamente relacionada con el delito concreto, de modo que no cabe su adopción para el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, ya que supondría la concesión de autorizaciones en blanco³¹. De este modo no serán lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general³². Encontramos, por tanto, una doble vertiente de este principio, una positiva, que implica que la medida que va a adoptarse se relacione con el objeto del proceso y, otra negativa, que supone evitar cualquier tipo de prospección, prohibiendo la adopción de medidas que no cuenten con base objetiva alguna. Este principio implica, como bien ha reiterado el Tribunal Supremo, que debe existir la necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el hecho que se investiga³³.

De esta manera la investigación tecnológica se configura como un medio para esclarecer aspectos fácticos sobre el hecho investigado, determinación de su autoría, participación, entre los que se incluye la averiguación de los paraderos de sus partícipes, *iter criminis*, *modus operandi* y aspectos probatorios, entre los que destaca la localización de los efectos del delito, etc., pero nunca debe emplearse como un medio exclusivamente de prevención delictiva³⁴.

³¹ En este sentido encontramos las SSTS 818/2011, de 21 de julio (2012/11051) y 372/2010, de 29 de abril (2010/5562). Además, en STS de 11 de abril de 1997 (RJ 1997, 2802) estableció que “no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que puede a veces incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales”.

³² En este sentido, STS de 25 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9464)

³³ ATS de 18 de junio de 1992 (JUR 2003, 15198) afirma que “el cumplimiento de esta exigencia no debe comportar en la práctica excesivas dificultades. Basta con que, en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente; así, examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptado”.

³⁴ Se entiende, por tanto, que la exigencia de concreción conlleva que sea previa la actividad delictiva a investigar a la investigación misma, no permitiendo el uso de estas medidas limitativas para ver qué sed

No obstante, debemos tener presente que la existencia de los hallazgos casuales es válida, pues se entiende que no cabe renunciar a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, en base a esto, es de remarcar que la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere que se renueve la autorización judicial [STS 740/2012, de 10 de octubre (RJ 2012/9473)].

El TS se ha manifestado en diversas ocasiones sobre lo que ha considerado como una investigación prospectiva; considera como presagio de esta el hecho de que esta esté basada en meras hipótesis, es decir, que exista "...vacío de datos concretos y la precariedad indiciaria" [STS 1005/2010, 11 de noviembre (RJ 2010/8861)]. Así mismo, en cuanto a la solicitud policial o del Ministerio Fiscal para adoptar tales medidas se construya sobre "...meras conjeturas de la posible participación de los investigados en un delito, brillando por su ausencia las sospechas vehementes y fundadas con una base empírica mínimamente consistente y real que permitan afirmar que los recurrentes eran sospechosos de traficar con drogas. (...) El juicio sobre la legitimidad de la actuación injerencial efectuado por el juez ha de contar con los presupuestos objetivos desde una perspectiva *ex ante* sin que sea aceptable cualquier justificación *ex post*" [SSTS 1263/2011, 11 de noviembre (RJ 2012/1649) y 576/2013, 8 de mayo (RJ 2013/6724)]³⁵.

B) PRINCIPIO DE IDONEIDAD

La literalidad del artículo 588 bis a) 3 LECRIM, nos dice que: *servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo de la duración de la medida en virtud de su utilidad.*

descubre con ellas, iniciando la restricción del hallazgo no importa de qué delito. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op.cit., pág. 69.

³⁵ En relación con esto, manifiesta MARCHENA que este es de los primeros principios que deben cumplirse para que el órgano jurisdiccional pueda comprobar la concurrencia de los principios constitucionales que permiten la medida de injerencia, ya que solo poniendo a disposición del Juez los datos que determinan el hecho delictivo podrá este, mediante su resolución habilitante, justificar la validez constitucional del sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones, de modo que se cumpla con la prohibición de llevar a cabo investigaciones prospectivas, en MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op. cit., págs. 235-236.

Esto supone que exista relación entre la medida de investigación y el fin concreto que pretende alcanzarse. Tal medida debe servir objetivamente para la finalidad constitucionalmente legítima, es decir, datos útiles para investigar las circunstancias del delito³⁶. MARCHENA nos aclara que con esto se trata de que la resolución que habilita la injerencia en los derechos constitucionalmente previstos, sea resultado de un juicio de idoneidad acerca del ámbito y del fin que la justifica, determinado así, entre otros extremos, la duración de esta³⁷.

C) PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD Y NECESIDAD

Estos se encuentran presupuestos por la existencia de la idoneidad de la medida, por ello, este artículo establece que “solo podrá acordarse esta medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida”.

El principio de necesidad también lo encontramos plasmado en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4-11-1950), que admite la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar solo cuando se necesaria para los fines que indica (seguridad nacional, defensa del orden, protección de la salud, etc.).

En lo relativo a la intervención de las comunicaciones el TS también ha plasmado que es preciso que estas medidas se adopten cuando sean necesarias. Esto se recoge en el ATS de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003/15198) que establece que “se requiere que la

³⁶STC 207/2003, de 10 de julio F.J. 4º (RJ 2003/6099), afirma que la medida debe ser “idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 8 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal”.

³⁷ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op. cit., pág. 214.

intervención sea un medio sin el cual la obtención de las pruebas sería extraordinariamente difícil. Ello es consecuencia de que se trata de una medida que comporta una importante injerencia en la intimidad, no solo del sospechoso, sino también de personas que se comunican con este telefónicamente, sin que pese sobre ellas sospecha”.

En cuanto al principio de excepcionalidad, el TS ha remarcado que con este se hace referencia a que el uso de estas medidas no se trate como un medio normal de investigación, ya que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona³⁸ y, por tanto, el empleo de las mismas debe hacerse con carácter limitado. Este principio se relacionaría de modo inseparable con los de idoneidad, necesidad y subsidiariedad, lo cual implica la existencia de ciertas garantías y cautelas para impedir que las intervenciones se conviertan en fuente de abusos de poder de la mano de estas nuevas técnicas de investigación (SSTS 841/2014, de 9 de diciembre (RJ 2015, 2067) y 746/2014, de 13 de noviembre (RJ 2014/6182).

En relación con citados principios cabe destacar la gran estrechez con la que se relacionan los mismos, con del principio de subsidiariedad, el cual no se recoge en la propia LECRIM, pero ha sido introducido por la doctrina del Tribunal Supremo que, ya en su STS de 30 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9639) entendió que “no es procedente una intervención telefónica si existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del derecho fundamental”.

D) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Partimos para hablar de este principio de los establecido por el art. 588 bis a) 5 LECRIM nos dice que “Las medidas solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en

³⁸ No es desacertado afirmar que en la mayoría de supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, adoptar la medida de investigación que sea precisa, debiendo encontrarse en conjunto con los principios de idoneidad, necesidad y subsidiariedad, de manera que en su conjuntos eviten el riesgo de expansión innecesaria de la medida. Esto queda recogido en numerosas sentencias del Alto Tribunal como son las SSTS 998/2002, de 3 junio (RJ 2002/8792); 182/2004, de 23 de abril (RJ 2004/3191) y 1130/2009, de 10 de noviembre (RJ 2009/119).

consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses del afectado 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”.

Para hablar de este principio debemos hacer referencia en primer lugar al derecho a la libertad reconocido en el artículo 1.1 CE, que es consagrado como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, obliga a que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no persiga de un modo arbitrario y descontrolado su eficacia, debiendo en algunos casos ceder frente al interés individual para que este estado de libertad se mantenga libre de injerencias, configurándose de este modo como un límite estatal en la persecución del delito. De este modo, el principio de proporcionalidad despliega sus efectos en dos ámbitos: en la actividad del legislador y en la función jurisdiccional. En el primer caso, el legislador debe tener presente la ponderación entre las necesidades del *ius puniendi* frente a las exigencias del respeto a los derechos fundamentales afectados para, de esta manera, poder determinar qué intromisiones permite y cuáles no. En el segundo caso, el órgano jurisdiccional debe tener presente este principio a la hora de autorizar la adopción de la medida determinada en atención al caso concreto, ponderando todas las circunstancias concurrentes al mismo y debiendo autorizarla solamente cuando existan indicios de la comisión de un delito, cuando se cumpla con la idoneidad de la medida para determinar los hechos objeto del proceso penal y siempre y cuando el mismo fin no pueda ser alcanzado por otros medios menos gravosos para el afectado³⁹.

³⁹ DELGADO MARTÍN, para hablar del principio de proporcionalidad, parte de la papel fundamental que juegan los derechos constitucionales dentro de nuestro sistema, basándose en varias sentencias del Tribunal Constitucional que, desde una perspectiva subjetiva, considera que los derechos fundamentales pertenecen a los ciudadanos y les garantizan un *status* jurídico o la libertad, imponiendo a todos los poderes públicos la obligación de no lesionar la esfera individual que es otros protegen, de forma que, lesionada, a la persona afectada se le reconoce la posibilidad de reclamar su protección [STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981/25)]. Desde un punto de vista objetivo, son elementos esenciales de una comunidad que determinan la obligación del Estado de contribuir a la efectividad de estos derechos fundamentales aun cuando no haya una pretensión subjetiva del ciudadano [SSTC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981/25) y 53/1985, de 11 de abril RTC 1985/53)], en DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica...* op. cit., págs. 344-345.

Este principio en sentido estricto hace referencia a la optimización en relación con las posibilidades jurídicas. Por ello, se determina si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto. En esta ponderación podemos apreciar tres fases: la primera, en la cual se define el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios; una segunda fase, en la que se procede a determinar la importancia de la satisfacción del principio que juega en contra y, finalmente, una tercera fase donde se verifique la importancia de la satisfacción del principio contrario que justifica la afectación o no satisfacción del otro⁴⁰.

En conclusión, en base a este principio y en función a las circunstancias del caso, el Juez debe ponderar si el sacrificio temporal del derecho del afectado en el que se va a inferir es superior al beneficio que para la sociedad va a suponer, en su caso, resolver -hacia condena o absolución- lo investigado⁴¹. En el nuevo régimen introducido por la LO 13/2015 encontramos ampliamente presente este principio de proporcionalidad, se trata de un régimen legal complejo, pero que claramente debía ser legal y no jurisprudencial, de modo que, como ya se ha indicado, ahora es el juez quien debe aplicar los criterios normativos para encontrar el equilibrio y la proporción en el caso concreto⁴².

⁴⁰ZOCO ÁLAVA concluye su razonamiento sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto estableciendo que la medida limitadora de un derecho será razonable si obedece a la persecución de un fin legítimo y constitucionalmente protegido, de este modo, solo podrá establecerse cuando no existan otras medidas menos lesivas para estos derechos, en ZOCO ÁLAVA, Cristina. *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, SA, Pamplona, 2015. Pág. 136.

⁴¹VELASCO NÚÑEZ nos muestra que con este principio lo que se trata de evitar es de que existan excesos a los que califica como absurdos y arbitrarios, lo que llegan incluso a impedir resolver delitos a costa de limitaciones de derechos fundamentales no tolerables en una democracia. Este autor, en definitiva, nos trata de mostrar que deben evitarse estos excesos, empleando la expresión “matar moscas a cañonazos”, lo cual muestra de un modo algo más ilustrativo que, de llevarse a cabo de manera arbitraria, llegarían a ser medidas ineficaces que quizá no condujesen a ningún resultado. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op. cit., págs. 69-70.

⁴²No obstante, ha sido la jurisprudencia quien de forma previa a la reforma y a causa de la falta de previsión legal quien ha ido estableciendo criterios y pautas que facilitasen el trabajo a los tribunales y dieran seguridad a los agentes que actúan en el proceso penal. Dados los enormes cambios tecnológicos, la jurisprudencia ha tenido cada vez más difícil el dar solución a los problemas planteados, lo cual ha podido solventarse gracias a esta reforma de la LECRIM en 2015. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, Pedro. “Proporcionalidad y medidas de investigación tecnológica”. Admitido para Revista Justicia, nº1, 2018. (Pendiente de publicación).

La propia LECRIM, en su art. 588 bis a), párrafo 5, *in fine*, determina los criterios que se deben emplear en la ponderación de los intereses individuales del investigado frente al interés público, de modo que cuantos más concurren más proporcional será la adopción de la medida precisa. Estos criterios son: la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico mismo en el que se hayan producido, la intensidad de los indicios que se tenga y la relevancia del resultado que se persiga con la adopción de la medida.

En cuanto a la gravedad del hecho, la ley no nos dice nada, pero debe tenerse en cuenta de forma que la adopción de estas medidas solo debe llevarse a cabo para delitos que revistan especial gravedad y únicamente durante el tiempo indispensable⁴³. Esta gravedad a la que se hace referencia es necesaria para poder justificar la limitación de un derecho fundamental de la persona, como es la intimidad personal y secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, ante el deber de perseguir la correspondiente conducta criminal⁴⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la existencia de tal proporcionalidad no ofrece dudas en los delitos de tráfico de drogas⁴⁵ y en los cometidos por bandas armadas, así como en los delitos violentos, como el robo con violencia en las personas, pues se trata de hechos que ponen en riesgo bienes jurídicos personales de gran importancia y, dada la trascendencia de estos, la proporcionalidad no puede ser cuestionada. Así pues, también aprecia la existencia de tal proporcionalidad en los delitos

⁴³ “El principio de proporcionalidad habrá de conformar siempre e incondicionadamente, el perfil de la injerencia en la esfera de la intimidad. La proporcionalidad supone que exista un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social. En este sentido, de acuerdo con una interpretación teleológica del sistema, aunque la LECRIM no lo diga expresamente, como hacen otros ordenamientos hay que tener en cuenta que solo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y solo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario”. ATS de 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 6102).

⁴⁴ SSTs 387/2009, de 13 de abril de 2009 (RJ 2009/3452) y 201/2006, de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006/2068).

⁴⁵ Esto nos lo exponen diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la STS 664/1994 de 25 marzo (RJ 1994\2592): tráfico de hachís en escala de notoria importancia; o la STS 241/2009 de 13 marzo (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 334/2012 de 25 abril (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.

relativos a la prostitución, hurtos de especial y cualificada gravedad, delito continuado de maquinaciones fraudulentas que tenga especial gravedad y trascendencia social y, de igual modo, en cuanto a delitos de cohecho y estafa, así como en atención a la gravedad del delito de revelación de secretos del artículo 417 del Código Penal.

En conclusión, la doctrina ha venido determinando que para que sea posible restringir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18 CE, al que anteriormente se ha hecho alusión, es necesario que el hecho a investigar constituya, en su caso, un delito grave, requisito que hoy en día ya se encuentra regulado en la LECRIM como uno de los criterios necesarios para cumplir con la exigencia de proporcionalidad en la medida a adoptar. Esto es porque los delitos graves son los que mayor interés despiertan, a la hora de su persecución y castigo, en aras a favorecer el interés del Estado y de la Sociedad que puede verse altamente perjudicado por los mismos, por ello, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento⁴⁶.

Todos estos principios deberán ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar cualquiera de las medidas a las que se refiere el artículo 588 bis LECRIM. No obstante, cabe hacer dos apreciaciones:

Por un lado, en relación con la grabación de las comunicaciones orales directas. Esto hace referencia a conversaciones mantenidas frente a frente, sin la mediación de aparato o mecanismo alguno que deben ser especialmente protegidas, pues a través de las mismas se transmiten las noticias y hechos más íntimos de una persona, que sabe que su único escuchante es el sujeto con el cual está hablando. La grabación de estas se permite en lo referido a delitos de terrorismo, de delincuencia organizada o delitos dolosos con una pena con límite máximo de al menos tres años de prisión. MORENO CATENA considera

⁴⁶ LANZAROTE MARTÍNEZ, realiza un profundo estudio jurisprudencial, ya que dada la inexistencia de una norma que regulase esta cuestión, el vacío legal se fue cubriendo con una gran amplitud de doctrina jurisprudencial. El autor se basa para determinar estas cuestiones en diversas sentencias como son: STS 1426/1998 de 23 de noviembre (RJ 1998/9198); STC 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126); STS 692/1997 de 7 de noviembre (RJ 1997/8348); STS 1898/2000 de 12 de diciembre (RJ 2000, 9755), entre otras. LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *Intervención de las comunicaciones*, en RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Aranzadi, SA, Pamplona, 2016. Pág. 386-389.

que, por la alta invasión de esta medida respecto a los derechos del artículo 18 CE (intimidad y secreto de las comunicaciones), se debería haber determinado que quedase reservada solo a los delitos más graves, sin ampliarse a la relación de delitos con pena límite máximo de tres años, y no debiera habilitarse al juez para adoptarla en relación con los mismos, aun cuando se cumplan los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida⁴⁷.

Por otro lado, con relación al uso de dispositivos de seguimiento y localización, el artículo 588 quinquies b) LECRIM, precisa que para poder acordar esta medida se requiere la concurrencia de razones de necesidad y que resulte proporcionada, de este modo, los tres primeros principios generales a los que hace referencia la Ley y a los que deberían ajustarse estas medidas de investigación tecnológica (especialidad, idoneidad y excepcionalidad) no parecen regir para el uso de estos dispositivos⁴⁸.

III - SISTEMATIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES COMUNES

En relación con este apartado se ha escogido un modelo de sistematización para el estudio de las nuevas medidas de investigación tecnológica agrupando los distintos bloques establecidos por la Ley de un modo distinto al empleado por la misma en el artículo 588 bis a) y ss. LECRIM.

⁴⁷ MORENO CATENA considera también excesiva la medida dada la extensión con la que se contempla la intervención de las comunicaciones, pues no hace distinciones entre unos lugares y otros (el artículo 588 quater a), permite que estas grabaciones se hagan tanto en vías públicas o espacios abiertos, como en lugares cerrados, no estando ningún lugar exento de control, de este modo es solo la propia Constitución quien dispensa un especial tratamiento al domicilio en su artículo 18.3. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* (Con Valentín Cortés Domínguez). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 289-290.

⁴⁸ En este sentido, se hace una llamada de atención sobre el hecho de que la ley no se refiera a ningún tipo delictivo concreto ni que establezca un rango mínimo de pena a partir del cual resulte procedente la adopción de la medida, de forma que parece que solo a partir de la necesidad y proporcionalidad se concretaría la adopción de la misma. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal...* op. cit., pág. 291.

Por un lado, se hará referencia a la tramitación de la medida, donde se remarca la gran importancia de la existencia de una autorización judicial⁴⁹ para poder adoptar tales diligencias, siendo preciso realizar por parte del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial la solicitud de la misma.

A continuación pasaremos a referirnos a la resolución judicial en sí, haciendo mención al contenido que la Ley exige para la misma deteniéndonos en cada uno de las cuestiones a las que se debe hacer referencia en la misma. En relación con la misma, podremos comprobar la gran importancia que tiene el hecho de que se encuentre correctamente motivada⁵⁰, debido a que se trata de una medida que interfiere directamente en relación con derechos fundamentales de modo que, de no existir tal motivación, pueden verse vulnerados. Sin olvidar el régimen de recursos previsto por la LECRIM.

Por su parte, se hablará del control preciso de la medida que debe realizar el órgano jurisdiccional y que no solo deberá tener lugar de forma previa a la adopción de la medida, sino que deberá mantenerse durante la duración de la misma e incluso posteriormente⁵¹.

Por otro lado, mencionaremos lo relativo al ámbito temporal de la medida y todo lo relacionado con su duración, prórroga posible y el cese de la diligencia, teniendo en cuenta que tales medidas deben tener la mínima duración posible y responder en todo caso a la

⁴⁹ Esta no siempre será necesaria, ya que pueden existir casos en los que no se vea involucrado ningún derecho fundamental, por ejemplo, en el supuesto de examen de dispositivos electrónicos cedidos por particulares o empresas a la policía para que puedan llevar a cabo la investigación de los mismos en vista a esclarecer la existencia de algún delito. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación tecnológica. Presupuestos para su autorización”. Diario La Ley, nº 8808, Sección Tribuna, 21 de Julio de 2016, Editorial La Ley. Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjMOMTM7Wy1KLizPw8WYMDQzMDc0MjkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAMdIGuY1AAAAWKE>, a 23 de mayo de 2018.

⁵⁰ Esta motivación es entendida por GONZÁLEZ-CUÉLLAR como un requisito extrínseco del principio de proporcionalidad. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. COLEX, Madrid, 1990. Pág. 147.

⁵¹ STS 342/2015 de 2 junio, FJ 10 (RJ 2015\3551) afirma que “el principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, estando permitida en estos casos la fundamentación por remisión al oficio policial que solicita la prórroga, pero no por la integración del oficio policial en el auto judicial por estimar que tal integración constituye una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 CE que establece que solo al órgano judicial le corresponde la toma de decisión de la intervención, y además, de motivarla”.

obtención de los fines que con ellas se pretende para que los derechos fundamentales de los investigados se vean lo mínimamente posible reducidos.

Finalmente, pasaremos a analizar el resto de garantías que el legislador ha regulado, entre las que encontramos el deber de secreto, ya que la tramitación de estas medidas de injerencia se realiza en una pieza separada y secreta para tratar de proporcionar las mayores garantías a quienes ven sus derechos fundamentales afectados por la adopción de la medida de investigación tecnológica; la afectación a terceras personas, ya que, como veremos más adelante con un mayor detalle, de la propia naturaleza de las medidas se desprende la posibilidad de que personas ajenas a la investigación se vean afectadas por la misma; el empleo de la información obtenida en un proceso diferente, haciendo especial mención a lo relativo a los hallazgos casuales que pueden desprenderse de una investigación; y, finalmente, se tratará la destrucción de registros, que se entiende necesaria en vista a la gran intromisión en la vida privada de los investigados que medidas suponen, de modo que el legislador ha considerado conveniente que transcurrido un cierto tiempo y cuando concurren ciertas circunstancias que *infra* veremos, es necesario destruir los registros donde se encuentre recogida la información originalmente obtenida.

A) TRAMITACIÓN DE LA MEDIDA

En este apartado trataremos, en primer lugar, la discusión acerca de si la competencia para conocer sobre la adopción de este tipo de medidas es exclusiva del órgano judicial o si cualquier otra autoridad podría llevar a cabo su adopción. Asimismo, se remarcará la necesidad de presentar una solicitud, por parte del Ministerio Fiscal, la Policía Judicial u otros organismos policiales, sin que se excluya de manera absoluta la posibilidad del Juez de adoptar la medida de oficio y el contenido al que deberán hacer referencia.

Por otro lado, estudiaremos la importancia que tiene en estos casos la debida resolución judicial, sin la cual no sería posible la adopción de estas medidas que suponen una intromisión en los derechos fundamentales de los individuos, salvo contadas excepciones en las que la ley permite adoptar la medida sin necesidad de obtener

autorización judicial⁵². Es de vital relevancia que en la misma se haga referencia a todo el contenido que la Ley exige, así como que esté debidamente motivada y que esta motivación resulte suficiente, de modo que el Juez fundamente debidamente su decisión y no suponga una vulneración arbitraria de los derechos fundamentales a los que nos hemos referido. Frente a esta resolución judicial será posible el planteamiento de algunos recursos, a los cuales no se hace referencia expresa en la ley, de modo que será preciso acudir al régimen general.

Finalmente, se hará mención al control preciso de la medida que permita comprobar que se cumplen las garantías de exigidas y que, como se indicó en el apartado II relativo a la sistematización de las medidas, deberá realizarse tanto con anterioridad como durante el tiempo por el que se acuerde la medida así como posteriormente, bajo la posibilidad de que se decrete la nulidad de la misma de no ser así.

1) NECESIDAD DE SOLICITAR UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

En lo relativo a este tema, debe partirse del debate sobre la determinación de la autoridad competente para acordar la intervención. A lo largo del tiempo se ha planteado la controversia acerca de si debía legitimarse exclusivamente a la autoridad judicial o si cualquier otra autoridad podía llevar a cabo su adopción. En España y Francia se optó por el principio de jurisdiccionalidad, de modo que se otorgaba legitimación para adoptar tales medidas a un órgano con potestad jurisdiccional, es decir, un juez o tribunal, de esta forman, en ningún caso tendrán competencia las autoridades administrativas o gubernativas⁵³. El TEDH se pronunció sobre esto en la sentencia de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros contra Alemania*⁵⁴.

⁵² Esto es porque, como veremos más en detalle, no siempre este tipo de medidas suponen una vulneración de derechos fundamentales.

⁵³ El artículo 588 bis a LECRIM alude a que estas medidas pueden ser adoptadas durante la fase de instrucción de las causas siempre que medie autorización judicial, por lo que, con carácter general, la competencia recaerá sobre el juez de instrucción, quien podrá ejercitar la medida de oficio o instancia del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Nuevas tecnologías aplicadas a la*

Como ya se ha dicho, en España la autorización debe provenir con carácter general de un órgano jurisdiccional, esta exigencia de autorización judicial para la adopción de las medias de investigación tecnológicas es un requisito de naturaleza constitucional, lo cual implica que los actos de investigación solo pueden practicarse si han sido previamente autorizados por el Juez Instructor mediante auto. Dicha autorización que debe ajustarse a los principios anteriormente expuestos de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Viene regulado con gran detalle por ser un requisito de especial importancia, ya que además permite el control de los demás presupuestos. Lo relativo a su solicitud lo encontramos en el artículo 588 bis b) LECRIM, que establece:

“1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

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

2º 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.

investigación criminal: las regulaciones española y alemana, en FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Pág. 402.

⁵⁴ De este caso deriva la interpretación que permite que cualquier órgano de naturaleza extrajudicial pueda decretar la injerencia si satisface ciertas garantías mencionadas a raíz del caso, en el cual se permitió que la intervención fuese acordada por el poder ejecutivo, ya que la injerencia había sido sometida a un control posterior ante la Comisión del G10 y un Comité de cinco parlamentarios. Señaló también que la injerencia del ejecutivo en los derechos de un individuo debía ser sometida a un control eficaz que asegurase, al menos como último recurso, el poder judicial, pues ofrece mejores garantías de independencia, de imparcial y de regularidad en el procedimiento. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *Investigación y prueba en...op.cit.*, pág. 162.

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

4° La extensión de la medida con especificación de su contenido.

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

6° La forma de ejecución de la medida.

7° La duración de la medida que se solicita.

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

Este contenido que se exige en las disposiciones comunes en relación con la autorización judicial debe ser completado por las previsiones específicas de cada una de las diligencias.

Volviendo al requisito de la judicialidad, podemos afirmar que se ha visto reforzado con la reforma de 2015 de la LECRIM. Hasta entonces, la doctrina y la jurisprudencia, basándose en el artículo 18 CE, habían tratado de buscar argumentos para no tener que contar con una autorización judicial previa que les permitiese llevar a cabo diversas actuaciones policiales. Esto era posible porque la Constitución no previó la urgencia como causa habilitante para la invasión policial, ni en relación con el ámbito de la intimidad ni con el de la esfera de las comunicaciones, sin embargo, la jurisprudencia ha ido introduciendo tal urgencia como un elemento que permita llevar a cabo determinadas investigaciones sin que se produzca la nulidad probatoria de la información obtenida. Únicamente se había previsto la flagrancia expresamente en cuanto al registro domiciliario como excepción a la necesidad de una autorización judicial previa⁵⁵. Ejemplo de esto es lo entendido anteriormente por la doctrina, que afirmaba que en el caso de las diligencias de

⁵⁵ ORTIZ PRADILLO nos dice que la nueva reforma de 2015 merece ser tildada de garantista, pues exige autorización judicial previa para poder adoptar las diligencias tecnológicas de investigación para actuaciones que hasta entonces podían ser realizadas sin necesidad de esta, llegando incluso a elevar esta necesidad al rango de disposición común para todas las medidas. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *El proceso penal...* op. cit., pág. 307 y ss.

investigación consistentes en conocer los archivos de un ordenador personal o dispositivo de almacenamiento masivo análogo afecta a la intimidad personal, y eventualmente pero no necesariamente, quedaría afectado el derecho al secreto de las comunicaciones si se accede a procesos comunicativos o los resultados de los mismos⁵⁶. No obstante, el Tribunal Supremo ya estaba adoptando una posición favorable al control judicial previo a este tipo de investigaciones afirmando que el contenido de estos dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento en el que se contiene una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de sus usuarios⁵⁷.

La solicitud de esta autorización puede ser llevada a cabo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, tal y como viene recogido en la Ley. Esta opción de que se otorga al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial no puede ser entendida como una obligación sin la cual el juez no podría adoptar de oficio la medida.

Tal y como nos exponen MARCHENA GÓMEZ⁵⁸, la mención a la Policía Judicial es lo suficientemente genérica como para poder abarcar no solo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino también a los agentes de Vigilancia Aduanera, que se encontrarían facultados en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 25/2007, de 18

⁵⁶ DELGADO MARTÍN, José María. “La prueba en el proceso penal”, Diario La Ley, nº 8167, de 10 de octubre de 2013. En el mismo sentido, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Acceso a ordenadores, dispositivos electrónicos y sistemas de almacenamiento masivo de memoria. Acceso remoto. Acceso a la nube.”, ponencia impartida el 23 de mayo de 2014 en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

⁵⁷ La STS 342/2013, de 17 de abril, afirma que “en consecuencia el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial”, continúa diciendo que “... son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal”.

⁵⁸ Este artículo 6.2 de la Ley 25/2007, se redactó conforme a la Disposición Final Cuarta de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que establece que tendrán consideración de agentes facultados: a) los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; b) los funcionarios de Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además la jurisprudencia considera de manera uniforme al Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial en el marco específico de los delitos cuya investigación le está atribuida [SSTS 624/2002 de 10 de abril (RJ 2002/6311); 1489/2003 de 6 de noviembre (RJ 2004/1696); 1020/2005 de 19 de septiembre (RJ 2005/7580), entre otras]. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op. cit., págs. 233-234.

de octubre, para el acceso a los datos generados o tratados como consecuencia de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Esta Ley en su artículo 6.2 c) también menciona entre los agentes facultados para el acceso a los datos retenidos por los operadores, al personal de Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades. A pesar de ello, el agente de inteligencia no puede dirigirse al juez para instar a adopción de una medida de injerencia⁵⁹, ya que el marco de sus actividades se desarrolla en el acopio de información para la prevención de hechos delictivos la protección de la seguridad y, en general, de los derechos de los ciudadanos y las libertades públicas. La solicitud que hagan el Fiscal y el resto de los agentes con competencia para ello debe ajustarse a los requisitos que la Ley exige en cuanto a los aspectos a los que debe referirse. Esta solicitud debe precisar, en aras a que el juez pueda valorar todos los requisitos para decidir si adopta o no la medida, las razones por las que es necesario restringir el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, así como la extensión de la medida, su duración y los agentes que la llevarán a cabo .

A la hora de presentar la solicitud de la medida deben tenerse presentes y quedar plasmados los principios de necesidad y excepcionalidad⁶⁰. A esto debe añadirse que el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede justificarse si se está llevando a cabo la investigación de un hecho delictivo cuya objetiva gravedad permita ese sacrificio para el logro de un fin constitucionalmente legítimo. Por ello, es preciso que se ponga al alcance del juez una exposición detallada de los indicios de criminalidad que manifiesten cierto grado de participación en las primeras investigaciones. En este sentido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han consolidado su doctrina

⁵⁹ STS 1094/2010, de 10 de diciembre (RJ 2011/2369), nos dice que “...los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba –ni siquiera como diligencias de investigación- en un proceso penal”.

⁶⁰MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. pág. 234-235. Los autores nos recuerdan que la adopción de estas medidas debe tenerse, en todo caso, como algo excepcional y, además, en caso de poder adoptar una medida menos gravosa en su lugar, deberá ser esta la que se adopte. Además, haciendo referencia a la STS 550/2013, de 26 de junio, hacen especial hincapié en la prohibición de nuestro sistema de llevar a cabo investigaciones prospectivas.

sobre qué debe entenderse por “indicios racionales de responsabilidad criminal” a los que se refería el artículo 579. 3 LECRIM. En este sentido, las SSTS 844/2012, 8 de noviembre (RJ 2012/11360), citando la STC 253/2006, 11 de septiembre (RTC 2006/253), establecía que tales indicios son algo más que simples sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento, es decir, deben ser sospechas fundadas en algún dato objetivo. El Tribunal Supremo ha insistido en repetidas ocasiones en la necesidad de que estos datos no tengan carácter subjetivo, pues de ser así, el derecho al secreto de las comunicaciones previsto por la CE quedaría materialmente vacío de contenido⁶¹.

Es de gran importancia, tal y como se ha expuesto anteriormente, que la solicitud que hagan el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial esté detallada de un modo exhaustivo, pues la valoración que haga el juez de los indicios que estos expongan será lo que permita o no adoptar la medida de injerencia y el contenido de tal solicitud servirá de respaldo a la resolución habilitante, por ello los datos facilitados deben gozar de una objetividad suficiente que los diferencia de meras intuiciones o conjeturas⁶².

A pesar de que en España la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede ser autorizada por un órgano con potestad jurisdiccional, existen algunas excepciones para algunos supuestos especiales. Entre estos supuestos encontramos las situaciones en las que se declare estado de sitio y excepción, en cuyo caso se permite a la autoridad gubernativa intervenir las comunicaciones privadas siempre y cuando se comunique de inmediato al órgano jurisdiccional.

⁶¹ STS 373/2017, de 24 de mayo (RJ 2017/3305) nos dice que las sospechas entre el investigado y el delito “...no son tan solo circunstancias anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesible a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de ser proporcional de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones a cerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido”.

⁶² Esta objetividad debe entenderse en un doble sentido. En primer lugar, debiendo estos datos ser accesibles a terceros, en especial al juez que debe autorizar o no la medida, ya que si no se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. En segundo lugar, los datos proporcionados deben otorgar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona afectada. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Las intervenciones telefónicas y telemáticas...* op.cit. Pág. 138-139.

Tampoco es necesaria la autorización judicial, según determina el apartado 579.3 LECRIM, siempre que existan razones fundadas, cuando la investigación se esté llevando a cabo para descubrir bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. En estos casos el Ministro del Interior o el Secretario de Seguridad del Estado podrán ordenarla debiendo comunicarla de manera inmediata al órgano judicial.

El artículo 579.4, nos dice que tampoco será necesaria la autorización judicial: “a) en envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido, b) aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección, c) cuando la inspección se lleva a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío. Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado la posibilidad de eludir tal autorización judicial cuando medie el consentimiento del titular del dispositivo electrónico que se va a proceder a interceptar. De este modo ha señalado en la STC 173/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011/173) que “...corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado”. En el mismo sentido, se pronunció este órgano en la STC 173/2013, de 9 de mayo (RTC 2013/173) haciendo hincapié en que “... de conformidad con el art, 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones, ya sea postales, telegráficas o cualquier otras, requiere siempre autorización a menos que medie el consentimiento previo del afectado”.

Finalmente, se debe resaltar que el hecho de que en la Ley exista un precepto específico para la solicitud de la medida no debe interpretarse en el sentido de que el acto de injerencia no puede ser acordado de oficio por el juez instructor⁶³.

⁶³ Interpretar esto de modo contrario nos llevaría a admitir una subversión del modelo de investigación propio de nuestro sistema, en el cual, bajo el impulso del Juez de instrucción se forman los

2) UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL MÁS QUE NECESARIA

Tal y como nos expone ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, la resolución debe realizarse mediante auto, lo cual viene marcado desde el Borrador del Código Procesal Penal, a diferencia de lo que establecía el anteriormente vigente artículo 579 LECRIM que simplemente se refería de manera general a “una resolución motivada”⁶⁴. El auto se configura como la resolución más idónea en base a que se está decidiendo sobre un punto esencial que afecta de un modo directo a los interesados y porque, al igual que las sentencias, exige motivación⁶⁵.

Se establece en el artículo 588 bis c) LECRIM, que se dispone de un plazo máximo de 24 horas para dictar tal resolución que no parece ir más allá de la necesidad de otorgar una rápida respuesta a la solicitud realizada por el Ministerio Fiscal o por los agentes facultados pues no se explica por razones de urgencia ya que se trata de la regla general⁶⁶. Este plazo puede ser objeto de suspensión para ampliar o aclarar los términos de la solicitud

sumarios y se llevan a cabo el resto de diligencias de investigación (art 306 y 777 LECRIM). MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op. cit. Pág. 250.

⁶⁴ El autor hace referencia en este sentido a que ya algunos autores determinaban que tal mención general ya establecía el auto como la resolución más adecuada para estos casos, pues de la propia expresión cabe descartar las providencias y, por otro lado, las sentencias, son resoluciones judiciales que deciden definitivamente sobre una cuestión. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “La motivación de la resolución que acuerda la investigación tecnológica”, en *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*”. (Pendiente de publicación).

⁶⁵ MUÑOZ DE MORALES, nos dice que este deber de motivación no encuentra su fundamento constitucional en el artículo 24.1 CE como ocurre con el deber de motivación del resto de resoluciones judiciales, si no que, como establecen las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207); 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989/37) y 7 /1994, de 17 de enero (RTC 1994/7) se trata “*de un requisito formal de la regla de proporcionalidad según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida*”. Provocando así la propia falta de motivación, la vulneración del propio derecho fundamental, sin perjuicio de que se produzca también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. “*La intervención judicial de las comunicaciones...*” op.cit. Pág. 164-165.

⁶⁶ El legislador no justifica los motivos que le llevan a establecer tan corto plazo de tiempo. El autor critica que no se ha tenido en cuenta a la hora de establecer este plazo la carga de trabajo que, ya de ordinario, tiene el Juzgado de Instrucción, la existencia de otros asuntos de urgencia, así como tampoco el horario de actividad laboral del juez y los funcionarios (dado que pueden presentarse solicitudes fuera del horario ordinario del juez o en vísperas de fines de semana o festivos). SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. BOSCH, Barcelona, 2017. Pág. 83. En esta misma línea, VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op.cit. Pág. 72.

al juez⁶⁷ lo cual le permitiría disponer de un mayor margen para resolver sobre la cuestión. No obstante, la solicitud de para la práctica de estas diligencias no puede quedar pendiente de respuesta de manera indefinida pues sería incompatible con los principios de excepcionalidad y necesidad⁶⁸. En definitiva, por regla general, no cabe la discriminación por razón del objeto de la medida o la necesidad de obtener una respuesta rápida, sino que todas las solicitudes de medidas de injerencia deben resolverse dentro del plazo de 24 horas, plazo que ha de entenderse que se computa desde que otras ocupaciones concurrentes se lo permitan y, salvo urgencia explicable, dentro de su horario laboral, ya que no debe tratarse simplemente de autorizar o denegar, sino de hacerlo con las debidas garantías tras un período de deliberación razonable⁶⁹.

Otra cuestión a tener en cuenta es que no se ha llegado a establecer cuál es la consecuencia de tomar la decisión una vez superado el plazo legal, de modo que no supone la invalidez de la resolución ni provoca la caducidad de la solicitud, independientemente de la responsabilidad del juez por la demora⁷⁰, no siendo tampoco un motivo de nulidad de la

⁶⁷ Artículo 588 bis c) 2º LECRIM “*Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud*”.

⁶⁸ En este sentido MARCHENA GÓMEZ nos indica que a pesar de esto la infracción de este plazo de 24h tiene por qué implicar una vulneración constitucional, pero sí puede difuminar la concurrencia del presupuesto de necesidad que confiere legitimidad constitucional a la injerencia. Por ello, es preciso que en tales casos en los que se demora la respuesta jurisdiccional de manera significativa, el juez instructor debe solicitar el informe al Fiscal o a los agentes de la Policía Judicial sobre si se mantienen o amplían los argumentos mediante los que pretendieron justificar la necesidad de la medida. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op. cit. Pág. 251.

⁶⁹ Nos dice VELASCO NÚÑEZ que el hecho de no injerir privacidades ni telecomunicaciones sería lo normal, y su afección con autorización del órgano judicial la excepción que debería razonarse en al menos el mismo tiempo de duración en que el solicitante ha tardado en presentar su solicitud. Hace referencia a que con el establecimiento de tan breve plazo el legislador puede estar pretendiendo que el juez tome decisiones por remisión a los razonamientos de la solicitud, automatizando su tarea y despreciando su papel como órgano de observación de las garantías del investigado. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op.cit. Pág. 72.

⁷⁰ Es preciso reflexionar acerca de si el plazo legalmente impuesto es suficiente para que el juez adopte una solución ponderada, pues podrían darse situaciones en las que una excesiva carga e trabajo le llevasen a formular decisiones mero formularias que pudiesen comprometer la viabilidad de la actuación y pudiesen llegar a ser nulas por no cumplirlos requisitos legales. El autor nos ofrece una solución a esto como podría ser el dejar el plazo de 24 horas reservado para aquellas solicitudes que precisasen una respuesta urgente y establecer para el resto de peticiones el carácter de actuaciones con tramitación preferente, pero sin

resolución, pues de no ajustarse al plazo no supone la afección a derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ).

2.1. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN

En cuanto al contenido de la resolución judicial habilitante, y de igual manera para la solicitud de la medida, debemos hacer una interpretación que vaya más allá de entenderlos como meros modelos formulario. Se trata más bien de imponer una estructura sistemática que sirva de recordatorio al Juez instructor del alcance de la medida que se está autorizando. Cualquier automatismo o falta de motivación puede traer consigo consecuencias negativas desde la perspectiva constitucional de la medida⁷¹.

Podemos resaltar que, a diferencia de la solicitud de interceptación⁷² que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial hagan, la resolución judicial debe indicar no solo el hecho punible objeto de investigación y su también su calificación jurídica⁷³. A esto debemos añadir que no resultará legítimo amparar bajo una sola resolución judicial la investigación de hechos diferentes, de este modo, si aparece la comisión de nuevos delitos,

que queden sujetas a un plazo concreto. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica...* op.cit. Pág 84.

⁷¹ Tanto la falta de motivación o el silencio del juez sobre las razones que justifican la injerencia, a la luz de los principios de proporcionalidad necesidad y especialidad puede hacer recaer sobre la diligencia acordada el efecto de ilicitud al que se refiere el art. 11 LOPJ. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 256.

⁷² Tras la reforma de la Ley 13/2015 el legislador ha pasado a referirse a la *interceptación* de las comunicaciones en vez de a la intervención, como sucedía en la regulación anterior a la entrada en vigor de la reforma. Podría entenderse más acertado continuar hablando de intervención un observación de las comunicaciones, ya que la expresión elegida por el legislador parece dar a entender que la comunicación, es decir, el mensaje, no llega a su destino. En este sentido, lo expone LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1991. Págs. 13 y 23.

⁷³ MARCHENA GÓMEZ, afirma que esto no deriva de una imprevisión legislativa, si no que se trata de una decisión consciente. Esto es porque lo verdaderamente relevante en la solicitud del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial son los hechos, no tanto su calificación. Para el autor lo relevante para el órgano judicial son tales hechos, no realizar un juicio de tipicidad prematuro y, por tanto, precipitado. A pesar de ello, nos indican que este silencio legal sobre la calificación jurídica en el escrito de solicitud de la medida no es un silencio prohibitivo. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 236.

se debe dar cuenta de ello al juez y se precisará un nuevo auto motivado para la adopción de la medida⁷⁴.

Es apreciable la existencia de una posible contradicción en cuanto a lo exigido en los apartados 1º y 3º, ya que mientras el primero condiciona la identidad del investigado o cualquier otro afectado por la medida sean conocidos, el tercero exige que la solicitud contenga los datos de identificación del encausado o investigado. Cabe interpretar esto en el sentido de que la identidad del investigado es preciso que se consigne en la solicitud, siendo posible que la exención de tal requisito afectara solo a los casos en los que los terceros afectados no fuesen conocidos⁷⁵.

El contenido mínimo que el artículo 588 bis c) exige que se incluya en la resolución para la adopción de la diligencia lo constituyen:

2.1.1. EL HECHO PUNIBLE OBJETO DE INVESTIGACIÓN Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA, CON EXPRESIÓN DE LOS INDICIOS RACIONALES EN LOS QUE FUNDE LA MEDIDA.

Los dos primeros requisitos de este apartado (hecho punible y calificación jurídica) no supondrían problema alguno. Se trata de concretar mínimamente el delito que se está persiguiendo y encuadrar los hechos dentro de alguno de los delitos previstos en el CP de manera provisional, ya que durante la fase de instrucción lo que se tratará es de concretar tales hechos, lo que podría afectar en el futuro a la relativa calificación.

⁷⁴ MORENO CATENA nos pone de relieve que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga la medida constituiría una injerencia ilegítima. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal...* op.cit. Pág. 261.

⁷⁵ Esta interpretación puede suponer un obstáculo para la autorización judicial cuando se solicitan medidas relacionadas con la obtención de datos electrónicos conservados por prestadores de servicios asociados a procesos de comunicación, entre otros, ya que en muchos de estos casos se desconoce la identidad del investigado y la medida se establece precisamente a efectos de que esta se descubra. LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes”. Boletín Digital Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, 2016, nº 6.

En relación al hecho punible cabe destacar que, cuando se trata de aquel cuyo esclarecimiento se persigue con la investigación, debe estar claramente definido a fin de evitar la adopción de medidas prospectivas, aunque su perfil se vaya definiendo de manera progresiva⁷⁶. En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, en su FJ 2, establece 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”. Por su parte, el Tribunal Supremo, en este mismo sentido, ha afirmado en numerosas ocasiones que “...en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios, pero sin duda deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de una suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona” [SSTS 144/2018, de 22 de marzo (RJ 2018/1365); 740/2017, de 16 de noviembre (RJ 2017/5060) y 248/2012, de 12 de abril (RJ 2012/8195), entre otras]

Por otro lado, a partir de la investigación que se está llevando a cabo es posible descubrir la comisión de un hecho distinto para cuya averiguación puede resultar útil el mantenimiento de la medida de investigación. En estos casos la jurisprudencia ha venido exigiendo una nueva motivación que justifique que para la investigación de ese nuevo delito también existen motivos que justifiquen una medida restrictiva de derechos fundamentales⁷⁷. Nos clarifica MARCHENA GÓMEZ que de lo que se trata es que esa

⁷⁶ Es preciso tener en cuenta que el núcleo fáctico de lo que se está investigando debe establecerse de forma que los hechos mantengan una identidad sustancial, más allá de datos complementarios que vaya arrojando la investigación. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 256.

⁷⁷ En este sentido el Alto Tribunal nos razona que “...el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad de idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas

mutación del objeto del proceso iniciado para la investigación de un hecho distinto o, en otro caso, el inicio de unas nuevas diligencias para el esclarecimiento de los hechos inesperadamente conocidos, ajuste también el nivel de sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones a los presupuestos constitucionales que le confiere la legitimidad⁷⁸.

Especial atención hay que prestar a lo relativo a la *expresión de los indicios racionales en los que se funda la medida*, pues no puede basarse la fundamentación en intuiciones o sospechas⁷⁹. El Tribunal Constitucional ha incidido en esto en numerosas ocasiones manifestando que si la injerencia pudiese justificarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, los derechos fundamentales, tal y como la Constitución los configura, quedarían materialmente vacíos de contenido⁸⁰.

Como ya hemos indicado, el Tribunal Supremo se ha manifestado desde años atrás sobre esa cuestión afirmando que este criterio es un criterio flexible pues está encaminado a dilucidar los hechos de una investigación no acabada, por tanto simplemente pueden conocerse ciertos indicios que con la práctica de estas diligencias se pretende tener por ocurridos. Además ha manifestado también la necesidad de que esta delimitación del hecho

intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino también puede producirse hacia el pasado, como cuando en el curso de un registro domiciliario, aparecen evidencias de otros ilícitos, o cuando como aquí sucede, las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos causales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos, de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados con tal que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad, y justifique su necesidad y proporcionalidad". [SSTS 412/2017, de 7 de junio (RJ 2017/2623); 400/2017, de 1 de junio (RJ 2017/3872); 717/2016, de 27 de septiembre (RJ 2016/4721), 160/2013, de 26 de febrero (RJ 2013/3276) y 777/2012, de 17 de octubre (RJ 2012/10165), entre otras].

⁷⁸ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 259.

⁷⁹ Deben existir indicios racionales del delito basados en datos objetivos que se valorarán en dos sentidos. En primer lugar, debe tratarse de elementos accesibles a terceros, pues solo así serían susceptibles de ser controlados. En segundo lugar, dichos datos deben proporcionar una base real de la que razonablemente pueda deducirse el hecho criminal y la participación del investigado. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 88.

⁸⁰ En este sentido, STC 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166), STC 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001/14), STC 220/2006, de 3 de julio (RTC 2006/220).

que se pretende investigar quede reflejada en la resolución habilitante, no pudiendo hacerse debidamente en un momento anterior⁸¹.

2.1.2. LA IDENTIDAD DE LOS INVESTIGADOS DE CUALQUIER OTRO AFECTADO POR LA MEDIDA, DE SER CONOCIDO.

La necesidad de averiguar la identidad de los investigados es uno de los motivos por los que se prohíbe que las medidas de investigación tengan carácter prospectivo, teniendo presente la imposibilidad de comenzar una investigación innominada o a discreción, ya que el sujeto pasivo de la medida, debe ser, cuanto menos, identificable como la persona a la que se le atribuye la comisión del hecho que se investiga⁸². Cabría cuestionarse si este requisito de incluir en la resolución la identidad de estas personas opera de manera absoluta, ya que buena parte de la instrucción está destinada a la búsqueda del autor o autores del delito o incluso puede que se desconozca su identidad por actuar por medio de un pseudónimo u otros datos no correspondientes a su identidad. Para hallar la solución a esto debemos prestar atención a lo establecido tanto en el artículo 588 bis b) como el 588 bis c) LECRIM que nos dicen que se hará constar este dato *de ser conocido*, condicionando la necesidad de incluir tales datos al hecho de que los mismos se conozcan.

Por otra parte, debemos atender a lo que sucede con aquellas personas que, no siendo el investigado, quedan afectadas por la medida acordada y cuya concreción a priori

⁸¹ La STS 7/2014, de 22 de enero (RJ 887/2014), en relación a una investigación sobre un posible tráfico de cocaína que culmina con la aprehensión de un alijo de hachís, afirma que "... ni el atestado, ni la denuncia, ni la querrela como medios de iniciación del proceso penal, ofrecen una imagen fija del desenlace jurisdiccional de la fase de investigación. Lo contrario sería inasumible desde la perspectiva de los principios que informan el proceso penal." y continúa diciendo que "...Es evidente, por tanto, que en el inicio del proceso penal la delimitación objetiva –también la subjetiva- se presenta con una nitidez que no siempre es definitiva. Carecería de sentido proclamar la vulneración del derecho a la inviolabilidad de la comunicaciones porque lo que se concebía inicialmente como desembarco clandestino de cocaína, resultara ser luego de hachís La ofensa al bien jurídico permanece incólume y ninguna consecuencia puede derivarse de esa sobrevenida alteración de los que aparecía como previsible objeto del delito".

⁸² Ha de tenerse en cuenta que, en base al significado de la garantía constitucional, la resolución judicial habilitante puede autorizar la interceptación para algunas personas respecto de las cuales se formula la solicitud y denegarlas para otras. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 260.

puede resultar complicada⁸³. La utilidad práctica de esta información podría ser cuestionada, ya que el hecho de conocer la identidad de estos sujetos desde un momento inicial puede resultar poco relevante para la ejecución y validez de la medida de injerencia. No obstante debemos tener en cuenta que la introducción de estos datos, al igual que sucede con la identidad del investigado queda condicionada al conocimiento de los mismos, pues, de no conocerse, no será necesario adjuntarlos.

2.1.3. LA EXTENSIÓN DE LA MEDIDA DE INJERENCIA, ESPECIFICANDO SU ALCANCE.

Es en este momento cuando se debe proceder a determinar la medida que va a acordarse. La extensión guarda relación con el grado de intromisión que la medida causa en relación con el derecho fundamental afectado. Es el juez quien debe realizar el juicio de valoración poniendo en relación el contenido esencial del derecho afectado, la lesión que provocará la medida y la obligación de soportar la medida que tendrá el investigado. Para cumplir con esto, el juez debe motivar minuciosamente su decisión y dejar ver la concurrencia de los principios rectores del artículo 588 bis a) que posibilitan la adopción de la diligencia. A esta motivación necesaria, dada su gran importancia para no incurrir en la vulneración de ninguno de los derechos afectados, nos referiremos en los apartados siguientes con más extensión.

Es necesario que el juez instructor establezca con precisión el grado de sacrificio constitucional necesario para el esclarecimiento de los hechos. En el caso de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, debe justificar ponderadamente si lo que interviene son solo las comunicaciones telefónicas, si se extenderá a las comunicaciones telemáticas, indicando qué equipo de telecomunicación habrá de quedar afectado por la

⁸³ En la práctica, conocer a estos sujetos puede resultar poco complejo, por ejemplo, si tratase de la intervención una conversación oral directa con unos sujetos concretos, o resultar prácticamente imposible concretar la identidad de estas terceras personas de forma inicial, como sucedería en la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, pues serían personas con las que el investigado tendría contacto mientras se realiza la intervención. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Las medidas de investigación...* op.cit. Pág. 90.

injerencia y, finalmente, qué datos electrónicos asociados deberán ser también objeto de conocimiento de los investigadores⁸⁴.

2.1.4. LA UNIDAD INVESTIGADORA DE POLICÍA JUDICIAL QUE SE HARÁ CARGO DE LA INTERVENCIÓN.

Como regla general, la unidad que se hará cargo de la investigación será la misma que la que haya presentado la solicitud de adopción de la medida, si la iniciativa partiese de la policía. Si la petición fuese efectuada por el Ministerio Fiscal, el juez de instrucción deberá limitarse a consignar en el auto los datos de la unidad policial investigadora.

Si la decisión es tomada de oficio será el juez instructor quien designe la unidad que llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación⁸⁵. Esto es así debido a que toda intromisión de un agente que sea restrictiva de derechos fundamentales precisa una autorización judicial que garantiza el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad⁸⁶.

El hecho de determinar los datos de la unidad policial tiene relevancia a efectos de evitar investigaciones prospectivas, garantizar la protección de los derechos afectados y facilitar el control judicial. No obstante basta con concretar la unidad que se hará cargo de la investigación de forma general sin necesidad de hacer referencia a cada uno de los agentes que la integran.

⁸⁴ Ante esto es preciso destacar que deben dejarse a un lado situaciones en las que el contenido de la injerencia es idéntico para todos aquellos casos en los que se autoriza una interceptación telefónica. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 262.

⁸⁵ Por motivos prudenciales es conveniente que el juez contacte antes con el cuerpo policial competente a efectos de que se le informe de la unidad policial que esté en disposición de asumir la intervención. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Las medidas de investigación...* op.cit. Pág. 90.

⁸⁶ VALIÑO CES, Almudena. “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la ley Orgánica 13/2015”, en FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, p. 385.

En relación con estas investigaciones tecnológicas, es destacable el papel tan relevante que ha adquirido el agente encubierto, figura que también se ha visto afectada por la reforma, ya que con la misma se ha reforzado esta figura mediante la creación del denominado “agente encubierto informático”, al que se permite que mediante identidad supuesta actúe en canales de comunicación cerrados, es decir, redes sociales u otras formas de conexión de Internet⁸⁷. Hasta el momento el uso de esta figura se limitaba al conocimiento de delitos de apartado 4 del artículo 579 LECRIM, constituyendo un *numerus clausus*, lo que nos sitúa en una situación poco operativa y de vacío legal, de modo que, probablemente, sería más acertada la determinación de un *numerus apertus* basado en clases de delitos y no en figuras concretas⁸⁸.

2.1.5. LA DURACIÓN DE LA MEDIDA.

Como regla general, dada la afectación a derechos fundamentales, la duración debería tender a evitar la prolongación de estas medidas más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir con los fines que se prevén.

La LECRIM establece ciertos plazos para alguna de las medidas⁸⁹, pero debe tenderse a restringir su duración todo lo que sea posible, pues el propio artículo 588 bis e) LECRIM prevé de forma expresa que no podrá exceder del tiempo imprescindible para esclarecer los hechos. Esta regulación que realiza el legislador es totalmente acorde a la

⁸⁷ El agente encubierto, previa autorización judicial, puede obtener imágenes, grabar conversaciones, por su parte, el agente encubierto informático, mediante una autorización específica, puede intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación. VALIÑO CES, Almudena. “La actuación del agente encubierto...” op.cit. Pág. 381.

⁸⁸ De esta forma, estaríamos hablando de compartimentos abiertos, pudiendo evitar así otras clasificaciones que queden rápidamente desfasadas. BUENO DE LA MATA, Federico. “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xulio (directores), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas IV Congreso Gallego e Derecho Procesal (I Internacional)*. Universidad de A Coruña, 2012. Pág. 217

⁸⁹ El artículo 588 ter g) LECRIM establece un plazo de tres meses, prorrogables hasta un máximo de dieciocho meses, para las medidas relativas a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y el artículo 588 quinquies c) LECRIM establece la misma duración en relación a la utilización de dispositivos técnicos para la captación de la imagen, de seguimiento y localización.

doctrina que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo habían venido estableciendo en aras a proteger las garantías y cuya jurisprudencia ha llevado a esclarecer el momento en el que debe iniciarse el cómputo de la duración de la medida, llegando a concluir ambos tribunales que el *dies a quo* será aquel en que se dicte el auto que acuerde la medida⁹⁰.

A la hora de determinar esto el juez deberá tener en cuenta la duración de los plazos de la fase de instrucción, no obstante, si la medida se acuerda con anterioridad al transcurso de tales plazos su validez no se verá comprometida⁹¹.

2.1.6. LA FORMA Y PERIODICIDAD CON LA QUE EL SOLICITANTE INFORMARÁ AL JUEZ SOBRE LOS RESULTADOS DE LA MEDIDA.

A través de la evaluación de la información que el solicitante, ya sea el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, facilite al juez instructor, es otro modo de cumplir con la obligación de control de la medida. Cuando la medida se adopte de oficio, será la policía quien deberá informar, aunque no haya presentado la solicitud, en concreto corresponderá a la unidad investigadora competente, ya sea de forma directa o pasando por el filtro del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la forma, necesariamente deberá hacerse por escrito mediante un oficio o informe, sin perjuicio de que quepa la posibilidad de completarse el informe a través de una entrevista entre el juez de instrucción y los investigadores policiales y, en su caso, del

⁹⁰ El Tribunal Constitucional ha venido afirmando que “... el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones comienza a correr el día en que aquella efectivamente se realiza compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar”. STC 205/2005, de 18 de julio (RTC 2005/205). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido en la STS 7/2014, de 22 de enero (RJ 887/2014), entre otras, que “...en ausencia de una fecha de inicio de la medida de injerencia, el día que se dicta la resolución habilitante constituye una referencia más que válida”.

⁹¹ De igual manera, el efecto suspensivo que trae consigo la declaración del secreto de las actuaciones facilita la prolongación de las medidas de investigación hasta el plazo máximo correspondiente a cada una. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Las medidas de investigación...op.cit.* Pág. 91.

Ministerio Fiscal. Debemos tener presente que por razones de urgencia podría trasladarse la información de forma oral⁹².

En relación al contenido solo se hace referencia que se comuniquen los resultados de la medida, sin más especificación. Si esto es puesto en relación con lo previsto en el artículo 588 bis f) que exige un carácter detallado del informe para posibilitar la prórroga, podría entenderse que las comunicaciones periódicas no tienen porqué ser excesivamente exhaustivas⁹³.

En lo relativo a la frecuencia con la que se llevarán a cabo queda a discreción del juez su determinación, pudiendo optar por que se lleven a cabo de forma semanal, mensual... sin perjuicio de que, ante el hallazgo de hechos especialmente relevantes, se ponga inmediatamente en su conocimiento.

2.1.7. LA FINALIDAD PERSEGUIDA CON LA MEDIDA.

Con esto se hace referencia a la concreción de lo que se pretende lograr con la medida. Se incluye dentro de este apartado el descubrimiento o comprobación del hecho investigado, la determinación de su autoría, la averiguación del paradero de sus autores o la localización de los efectos del delito⁹⁴.

⁹² En relación con las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, tal y como se parecía en el artículo 588 ter c) LECRIM, el legislador no ha querido abandonar a la discrecionalidad del juez las fórmulas de control, ni permanecer al margen de las exigencias referidas a las garantías de la autenticidad, por lo que impone, con carácter preceptivo, la puesta a disposición del juez instructor de dos soportes digitales diferentes (uno que contenga las grabaciones íntegras realizadas durante la interceptación y otro con la transcripción de las conversaciones, mensajes o comunicaciones que sean de interés para el esclarecimiento de los hechos, indicando el origen y destino de cada una de ellas). MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 269.

⁹³ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Las medidas de investigación...* op.cit. Pág. 92.

⁹⁴ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Las medidas de investigación...* op.cit. Págs. 92-93.

2.1.8. 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.

El legislador se refiere en este caso a aquellas personas cuya intervención resulta ineludible para la eficacia de la medida y a quienes se les impone el deber de prestar colaboración y guardar secreto, de modo que si desobedecen cualquiera de las imposiciones podrían llegar a incurrir en un delito de desobediencia del artículo 556 CP.

El deber de colaboración de las empresas de los servicios de telecomunicaciones es imprescindible para la captación de las comunicaciones por medio del sistema SITEL⁹⁵, que es un sistema de escuchas telefónicas perteneciente al Ministerio del Interior empleado por los servicios policiales para estos menesteres.

En concreto, para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, las autoridades encargadas podrán ordenar a cualquier persona, excepto el investigado y aquellas personas exentas de declarar, que conozcan el funcionamiento de los sistemas informáticos o las medidas aplicadas para proteger los datos contenidos en los mismos que faciliten la información necesaria⁹⁶.

En cuando al deber de guardar silencio es preciso concretar que procederá siempre por ser un efecto inherente a la declaración del secreto total de las actuaciones. Si se diese por parte del sujeto informador publicidad a datos o información obtenidas con la medida

⁹⁵ VIDAL MARÍN, T. y RUIZ DORADO, M., “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9/2016; López-Barajas Perea, I., La intervención de las comunicaciones electrónicas. Op. cit. cap. V.

⁹⁶ Siempre que no suponga una carga desproporcionada para el afectado. Debe entenderse que este requerimiento puede incluir, en su caso, la relación de claves empleadas para encriptar la información. VEGA TORRES, Jaime. “Las medidas de investigación tecnológica”. Recuperado de: https://zenodo.org/record/1042742/files/Las%20medidas%20de%20investigacion%20tecnologica_autoarchivo.pdf, a 31 de mayo de 2018.

que puedan afectar al derecho a la intimidad del investigado podría incurrir igualmente en delito de desobediencia⁹⁷.

2.2. EXIGENCIA DE UNA RESOLUCIÓN DEBIDAMENTE MOTIVADA

Entendemos por motivación, en virtud de lo dispuesto en la STS 594/2014, de 16 de julio, *dar cuenta en términos comprensibles de las razones que tenga el juez para justificar la decisión adoptada y que éstas puedan ser conocidas no solo por las partes concernidas, sino por cualquier persona que tenga acceso a la resolución*, esto supone un examen exhaustivo del contenido de la solicitud de la medida así como una detallada justificación de los principios necesarios para su adopción⁹⁸.

Al tratarse de medidas que afectan altamente al derecho a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones, a los que en tantas ocasiones nos hemos referido ya, la nueva regulación en esta materia exige que la resolución se ajuste a los principios citados al comienzo y esté claramente motivada⁹⁹, lo cual ha sido reiterado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia¹⁰⁰. La motivación del auto debe expresar las razones que llevan al

⁹⁷ Los sujetos a los que se refiere el legislador en este apartado son: prestadores de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar comunicaciones a través de cualquier modo, incluso titulares o responsables de sistemas informáticos o bases de datos. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Las nuevas medidas de investigación...* op.cit. Pág. 93

⁹⁸ La STC 116/1999, de 27 de septiembre, (RTC 1999/116) nos recuerda que “el defecto de motivación provoca, entonces, la ausencia de proporcionalidad de la medida y su legitimidad constitucional”.

⁹⁹ El artículo 588 bis c), en su apartado 3 c, pone de relieve que es necesario incluir la *motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el art. 588 bis a*.

¹⁰⁰ La STC 145/2014, recopilando otra serie de sentencias del propio órgano, ha afirmado 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. Dicho sintéticamente, éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Por ello, el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; y 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser

juzgador a considerarla necesaria y, por tanto, justificada, para obtener datos relevantes en la investigación penal, ponderando rigurosamente los intereses en conflicto¹⁰¹. Esta es de carácter obligado tanto para la concesión como para la denegación de la medida, dada la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención que esta supone para los derechos contenidos en el artículo 18 CE, así lo ha señalado en numerosas sentencias la jurisprudencia constitucional¹⁰². Dentro de esta valoración es necesario incluir el juicio de proporcionalidad que autorice la medida de investigación¹⁰³.

Es necesario recordar que el Tribunal Constitucional exige una motivación reforzada de las resoluciones judiciales en los siguientes casos: cuando se vean afectados derechos fundamentales, cuando se trate de desvirtuar la presunción de inocencia, cuando se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y

intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; y 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4)”.

¹⁰¹ Tal y como se expresa en la STC 68/2010, de 18 de octubre (RTC 2010/68), el deber de motivación se satisface cuando el auto judicial “... de una parte, expresa con claridad las personas objeto de las pesquisas policiales, cual es el delito investigado y cuáles son los números de teléfono cuya intervención se solicita, de igual modo, se fija el plazo de intervención (...) De otra parte (...) el Juzgado ha dispuesto de elementos fácticos suficientes para efectuar el pertinente juicio de proporcionalidad”.

¹⁰² STC 198/2006, de 27 de febrero (RTC 2006/198) en la que se hace mención a numerosas sentencias que, en el mismo sentido que la citada, afirman que “...es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida”.

¹⁰³ En este sentido, DELGADO MARTÍN hace referencia a lo que razonan ESTRELLA RUIZ y QUERALT. El primero, afirma que el fin de la motivación es posibilitar que el afectado por la medida conozca las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y, además, en virtud de qué intereses se llevó a cabo la intervención, lo que tiene efectos de cara al recurso y a otros principios que informan la adopción de la medida como la proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación, ESTRELLA RUIZ, Manuel, en *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*; en *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a “Medidas de derechos fundamentales”, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 355 y 366. Por su parte, QUERALT, destaca que “la legitimidad tiene que desprenderse de la propia resolución que la adopta y no cabe acudir a recovecos más o menos tortuosos como la presunta gravedad de los hechos, la urgencia de la toma de decisiones o la remisión a lo actuado en sede policial, doctrina aparentemente dominante para que: tanto el sujeto pasivo de la vulneración, como cualquier operador o, incluso cualquier interesado ajeno al caso, tenga conocimiento cabal, pero al margen de la resolución judicial, de los reales motivos que obligan al juez a adoptarla u los medios y demás en que dicha medida ha de llevarse a la práctica” . QUERALT, Joan J. en *Intervención de las comunicaciones en sede policial*. Revista Canaria de Ciencias Penales, núm. 2, diciembre de 1998 (homenaje a Enrique Ruiz Vadillo), págs. 111 y 112. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica...* op.cit. Págs. 351 y 352.

cuando el juez se aparata de sus precedentes¹⁰⁴. Por tanto, dado que este tipo de medidas, como se ha mencionado ya anteriormente, afecta a los derechos fundamentales del investigado, es preciso que vayan acompañadas de tal motivación reforzada.

En relación a la motivación por remisión¹⁰⁵, cuya denominación rechaza el legislador, el Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional vienen admitiendo que, pese a no ser una técnica modélica, ya que la autorización judicial debería ser autosuficiente, en cuanto a la motivación fáctica de esta resoluciones puede fundamentarse en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y en concreto en los elementos fácticos que consten, en su caso, en la correspondiente solicitud policial o el informe o dictamen del Ministerio Fiscal¹⁰⁶, siempre que dichos documentos integren los elementos necesarios para realizar el juicio de proporcionalidad.

A pesar de esto, con la LO 13/2015, el legislador ha desechado el uso de esta técnica, siguiendo de este modo con la línea jurisprudencial que venía solicitando la autosuficiencia de la autorización judicial y rechazando la técnica de la motivación por remisión [STS 385/2013 de 18 de abril, (RJ 2013/8007)]¹⁰⁷.

¹⁰⁴ F.J. 4º de la STC 373/1998, de 2 de junio (RTC 1998/373), que cita numerosas sentencias en este sentido y hace referencia al F.J. 3º de la STC 26/1994, de 11 de febrero (RTC 1994/26) que establece que no cabe el uso de cláusulas de estilo, vacías de contenido preciso, tan abstractas y genéricas que pueden ser extrapoladas a cualquier otro caso.

¹⁰⁵ Según esta técnica, la exposición detallada por el solicitante de las razones que justifican la necesidad de adoptarse la medida convierte en innecesario el ejercicio de motivar una actuación que, en general, suele adoptarse en una fase inicial de la investigación y se destina a poder profundizar en una investigación no finalizada. SSTS 925/2003, de 19 de julio (RJ 2003/5784); 248/2012, de 12 de abril (RJ 2012/8195) o 492/2012, de 14 de junio (RJ 2012/9052), entre otras.

¹⁰⁶ En relación a ello DELGADO MARTÍN hace alusión a numerosas sentencias de ambos tribunales en las que fundamentan su doctrina. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica...* op.cit. Pág. 352. En el mismo sentido, SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 85.

¹⁰⁷ Entiende el legislador que debe evitarse la brevedad que han tenido en el pasado las resoluciones judiciales, lo cual es susceptible de vulnerar el derecho constitucional de motivación. De este modo, dado que la Policía Judicial como el Ministerio Fiscal no pueden asumir el deber de motivación, debe rechazarse la motivación por remisión correspondiendo exclusivamente al juez el deber de motivar de manera exhaustiva y completa la autorización judicial. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 86.

2.3. RECURSOS QUE SE PUEDEN PLANTEAR FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ COMPETENTE

En este ámbito no se establece nada específico en la Ley, por lo que debemos acudir el régimen general. De manera general se establece que frente a un auto cabrá la interposición de un recurso de reforma y frente a la resolución que resuelva el mismo podrá interponerse recurso de apelación, sin perjuicio de poder interponerse ambos en un mismo escrito, siendo, en tal caso, la apelación un recurso subsidiario. Dado que se trata de una resolución relativa a las diligencias de instrucción debe acudirse a lo establecido en el artículo 311 LECRIM, que nos dice que, en caso de que la resolución deniegue la práctica de las diligencias solicitadas, puede interponerse directamente recurso de apelación o, en caso de que el Ministerio Fiscal no se encuentre en la misma localidad que el juez instructor, podrá recurrirse en queja.

En vista a las limitaciones para solicitar la medida que establece el artículo 588 bis b) LECRIM, puede llevarnos a pensar que la interposición del recurso solo puede llevarse a cabo por el Ministerio Fiscal cuando la decisión del juez no se ajuste a su petición o a información que hubiese proporcionado. No obstante, el silencio del legislador sobre la legitimación del resto de intervinientes en el proceso no implica que no dispongan de ella¹⁰⁸.

En cuanto a la posibilidad del investigado para recurrir, debemos tener en cuenta que la declaración de secreto del acuerdo de medidas de investigación¹⁰⁹ imposibilita ampliamente su capacidad de recurrir¹¹⁰.

¹⁰⁸ En relación con la posibilidad de recurrir que tiene la víctima del delito, debemos tener presentes las amplias limitaciones con las que cuenta, salvo que se haya personado en el proceso. Esto es debido a que el Estatuto de la Víctima del Delito se dice que la víctima podrá ser notificada de distintas resoluciones que se adopten a lo largo del proceso, pero entre ellas no figuran las relacionadas con la autorización o denegación de medidas de investigación. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 87.

¹⁰⁹ El artículo 588 bis d) LECRIM nos dice que “*La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustancian en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa*”.

¹¹⁰ El derecho sobrevenido a recurrir una vez alzado el secreto tampoco existiría, si bien nada impide que la defensa del investigado que solicite diligencias que tiendan a demostrar si defensa, periciales que analicen y contradigan la información obtenida con las medidas, solicitar aclaraciones a los agentes que las

3) LA IMPORTANCIA DE CONTROLAR LA MEDIDA DE INJERENCIA

AUTORIZADA

El cumplimiento de todos los presupuestos expresados carecería de sentido y trascendencia, como garantía y protección del derecho fundamental, si la actuación judicial se limitara a ordenar la dirigencia y desde ese momento perdiera todo control de su práctica o pudiera olvidarse de su función de garante de los derechos fundamentales¹¹¹. Por tanto esta función se desarrolla por medio de la autorización judicial y se mantiene durante toda la vigencia y hasta el cese de la medida.

Esta función que tanta relevancia presenta corresponde al juez de instrucción que acordó la medida¹¹². Es preciso que exista un control judicial principal a través del cual el juez valora que se cumplen las garantías exigidas, así como un control paralelo al desarrollo de la actuación tendente a garantizar la correcta ejecución así como la autenticidad e integridad de la información obtenida¹¹³. Este control es preciso que tenga lugar durante el tiempo de vigencia de la medida de injerencia.

Una vez haya cesado la medida, el Tribunal Sentenciador debe tener en cuenta el alcance del control judicial valorando el respeto a las medidas y su efectivo cumplimiento¹¹⁴. Este control judicial en todas las fases de la medida acordada es, según la

ejecutasen o impugnar la prueba en el juicio oral. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 87.

¹¹¹ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* op.cit. Pág. 263.

¹¹² Excepto en aquellos casos en los que, por razones de urgencia, hubiera sido acordada por el juez en servicio de guardia y, repartida la causa, su conocimiento correspondiese a un juez de instrucción diferente. En tal caso, la competencia la ostentará este último. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica...* op.cit. Pág. 105.

¹¹³ En orden a posibilitar tal control, la Policía Judicial debe informar al juez del desarrollo y resultados de la medida, con la forma y periodicidad determinada en la autorización judicial, y, de igual modo, deberá advertir de cualquier causa que ponga fin a la intervención. No obstante, el juez podrá pedir en cualquier momento a la unidad policial competente que amplíe o aclare la información. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica...* op.cit. Pág. 105.

¹¹⁴ La STC 49/1996, de 26 de marzo (RTC 1996/49), establece que “*el control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental dentro de los límites constitucionales*”, de manera que, en relación con lo expuesto en la STC

STS 1487/2005, de 13 de diciembre (RJ 2006/815), consecuencia de la exclusividad judicial.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que para algunas de las medidas se establecen ciertas modalidades específicas de control judicial¹¹⁵. La ausencia de este control puede determinar la nulidad de la injerencia, ya que los datos no podrían ser introducidos en el juicio oral como elementos de convicción a través de la declaración testifical de los agentes de policía, ni mediante otros medios de prueba¹¹⁶.

B) ÁMBITO TEMPORAL

Debemos tener en cuenta en este sentido que, dada la intromisión que estas medidas supone en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos, su duración debe ser la mínima posible, sin perjuicio de que, en caso de que el juez lo considere necesario y se le solicite, pueda prorrogar los plazos inicialmente establecidos, entendiéndose que el plazo de la prórroga se comienza a computar desde la fecha de expiración del plazo de la medida y no desde que se concede la prórroga. No obstante debemos tener en cuenta que, el legislador no establece un plazo general para todas las medidas sino que se remite a los que se regulan de manera individual para cada una de ellas. Se prevé también en estos artículos el cese de la medida cuando dejen de concurrir las circunstancias justificativas que dieron

121/1998, de 15 de junio (RTC 121/1998), “*se integra en el contenido esencial del derecho cuando es precisa para garantizar su corrección y proporcionalidad*”.

¹¹⁵ Esto ocurre, tal y como se aprecia en el artículo 588 ter f), en relación con la interceptación de las comunicaciones.

¹¹⁶ DELGADO MARTÍN nos expresa que la existencia de este control afecta tanto al ejercicio de la medida así como a su forma de incorporación en el juicio. Para ello se remite a la STC 121/1998, de 15 de junio (RTC 1998/121), que distingue dos tipos de defectos referidos al control de las intervenciones telefónicas; en primer lugar, los producidos en la ejecución de una medida limitativa del derecho, que afectan al contenido esencial del derecho fundamental afectado; y, en segundo lugar, aquellos que acaecen al documentar e incorporar a las actuaciones el resultado de dicha medida limitativa, estimando que en estos casos la grabación no es prueba preconstituida apta para enervar la presunción de inocencia, pero lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba, por ejemplo las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba...* op.cit. Pág. 356.

pie a su adopción y cuando por medio de las mismas no se obtengan resultados para la investigación¹¹⁷.

1) DURACIÓN MÍNIMA PARA LA MÁXIMA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lo relativo a la duración de la medida viene recogido en el artículo 588 bis e) LECRIM, sin perjuicio de las regulaciones específicas que se hacen en los apartados relativos a cada medida concreta. El legislador parte de una idea restrictiva del plazo de duración de las medidas de injerencia, ya que como regla general, cada medida tendrá la duración que para la misma se especifique sin que puedan exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y, una vez trascurrido el plazo sin que se haya solicitado la prórroga de esta, cesará a todos los efectos.

Esta necesidad de imponer ciertos límites temporales a las medidas de injerencia viene dada por su propia naturaleza limitativa de derechos fundamentales¹¹⁸. El hecho de establecer tales limitaciones se basa en la imposibilidad de dejar en una situación de indefinición temporal la limitación de un derecho fundamental, ya que una resolución sin límites establecidos o que deje la subsistencia de la medida al arbitrio de los agentes que están llevando a cabo su ejecución, podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.3 CE.

Las limitaciones introducidas en la LECRIM pueden apreciarse desde una doble perspectiva: el plazo expresamente previsto para cada medida y el plazo máximo para practicar las diligencias de investigación¹¹⁹.

¹¹⁸ MARCHENA GÓMEZ nos reitera la importancia de los principios de necesidad y excepcionalidad, que son los únicos que justificarían la intromisión del Estado en las comunicaciones de cualquier investigado. MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento...* op.cit. Pág. 146.

¹¹⁹ En relación con el plazo para practicar las diligencias de investigación (artículo 324 LECRIM), como regla general se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas, salvo que la instrucción sea declarada compleja, en cuyo caso, el plazo será de dieciocho meses prorrogables por un plazo igual o superior. Además el artículo 324.4 LECRIM

Para evitar que esta extensa limitación a la duración frustre la investigación la doctrina nos plantea dos posibilidades:

- En relación con el objeto y circunstancias de la medida, podría considerarse que la práctica de buena parte de estas medidas implica la existencia de una causa que justificaría la declaración de causa compleja y, por tanto, la ampliación de los plazos.
- Por su parte, el artículo 324.3 LECRIM prevé que los plazos para la instrucción quedarán interrumpidos en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo y, tal y como expresa el artículo 588 bis d), lo relativo a las medidas de investigación tecnológica se sustanciará en una pieza separada y secreta. Por tanto, una vez solicitada la medida se interrumpen los plazos de la instrucción.

Cabe destacar que de las dos opciones, la más acertada quizá sería la segunda; ya que, la adopción de estas medidas no siempre supondrá la declaración de complejidad de la causa, la declaración de secreto opera de forma automática permitiendo la interrupción de los plazos¹²⁰.

En numerosas ocasiones en la práctica se han planteado dudas acerca del momento a partir del cual se debe iniciar el cómputo de la duración¹²¹. Esto ha sido resuelto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la del Tribunal Constitucional. Destaca la STC 205/2005 de 18 de julio (RTC 2005/205)¹²², que a su vez hace referencia a lo

prevé que, de manera excepcional, antes del transcurso de los plazos o de la prórroga, si lo solicita el Ministerio Fiscal o las partes, de forma justificada el juez pueda fijar un nuevo plazo máximo para la instrucción. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 96.

¹²⁰ En relación a la declaración del silencio, dada la falta de especificación del legislador, cabe deducir que se refiere tanto al silencio total como parcial. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 97.

¹²¹ Las dudas se encontraban a cerca de si el día lo marcaba la fecha de solicitud de la Policía Judicial, lo cual está bastante claro que no constituye la fecha de partida, o si lo marcaba la fecha en la que se dictaba la resolución judicial habilitante de la medida o cuando la interceptación se hace verdaderamente efectiva.

¹²² En la sentencia el tribunal sugiere que derivado de una lectura más garantista del derecho al secreto de las comunicaciones "... el plazo de intervención posible en el mentado derecho fundamental comienza a correr desde el momento en que la misma ha sido autorizada" Además nos dice que "... el

establecido en otras ocasiones por el mismo tribunal que ha advertido que las autorizaciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales no pueden establecer límites muy extensos que supongan “una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J.3º (RTC 1996/207)] ni “una suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio” [STC 50/1995, de 23 de febrero, F.J.7º (RTC 1995/50)].

2) POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA PRÓRROGA DE LA MEDIDA

Se recoge en el artículo 588 bis f) LECRIM, del cual cabe destacar el hecho de que reconozca que una vez concedida la prórroga, el cómputo del plazo de ésta se iniciará cuando expire el plazo por el que se concedió inicialmente la medida de investigación¹²³.

El establecimiento de la prórroga puede llevarse a cabo mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que concurren las causas que la motivaron¹²⁴, el órgano judicial debe no solo referirse a la

entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones comienza a correr el día en que aquella efectivamente se realiza comprometa la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar. Es así posible, por ejemplo, que la restricción del derecho se produzca meses después de que fuera autorizada, o que la autorización quede conferida son que la misma tenga lugar ni sea formalmente cancelada por parte del órgano judicial. En definitiva, la Constitución solamente permite –con excepción de las previsiones del art. 55 CE- que el secreto de las comunicaciones pueda verse lícitamente restringido mediante resolución judicial, sin que la intervención de terceros pueda alterar el diez a quo determinado por aquella”. En el mismo sentido la STS 7/2014, de 22 de enero (RJ 2014/887), establece que “... en ausencia de una fecha de inicio de la medida de injerencia, el día en el que se dicta la resolución habilitante constituye una referencia más que válida”.

¹²³ Esto permite al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial a solicitar la prórroga cuando consideren que la misma es necesaria, sin necesidad de esperar a la fecha más próxima de vencimiento del plazo de duración de la medida de investigación autorizada, evitando de este modo el cese automático de la medida si llega a pasarse ese plazo sin haber solicitado la medida. LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes”. Boletín Digital Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, 2016, nº 6. Pág. 9.

¹²⁴ En lo relativo a la interceptación de las comunicaciones, nos dice el artículo 588 ter g) que podrá prorrogarse por *períodos sucesivos*, lo que nos hace ver que se está predicando una duración máxima de 18 meses por cada investigado en una misma causa y, por tanto, permitiendo que se pueda alcanzar ese límite

primera autorización de la intervención, sino que debe fundamentar las nuevas causas, en caso de haberlas, que llevan a decidir que la medida debe continuar¹²⁵. Esto ya comenzó a limitarse en el BCPP, que además de resolver la duda acerca de cuándo comenzaría a computar el plazo, estableciendo que comenzaría a hacerlo desde la fecha de la autorización judicial; estableció que sería prorrogable en caso de concurrir las circunstancias que motivaron la primera autorización judicial¹²⁶.

Hasta la reforma, el artículo 579 LECRIM había permitido innumerables abusos por parte de los agentes facultados en el momento de entrometerse en las comunicaciones del investigado. Esto es a causa de la ausencia de límites para el juez instructor a la hora de establecer las prórrogas, que permitía extender la duración de la medida mucho más allá del tiempo estrictamente necesario¹²⁷.

La solicitud la realizará el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial dirigiéndose al juez competente. También es posible que se realice de oficio¹²⁸ o a petición del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron. La solicitud de la medida no condiciona a la solicitud de la prórroga, por esto, es posible que El Ministerio Fiscal solicite la prórroga

temporal para un mismo investigado en interceptaciones alternativas. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op.cit. Pág. 104.

¹²⁵ Debiendo, en caso de no existir nuevas circunstancias, fundamentar la persistencia de los motivos originales que llevaron a considerar necesaria su adopción. CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. Bosch Editor, 2016. Pág. 260.

¹²⁶ CASSANOVA MARTÍ, ya manifestaba la necesidad del establecimiento de tales límites temporales en aras a evitar el abuso por parte de los agentes investigadores. Nos resalta el papel fundamental del que gozaba el Fiscal con la reforma del proceso penal, lo que hacía más controlable que la medida de injerencia siga siendo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, entiende el autor que el límite máximo de un año que se establecía en el BCPP debía ser relativo, permitiendo al fiscal en los casos en los que lo considere necesario que ampliase aún más la duración de manera excepcional. CASSANOVA MARTÍ, Rosser, en *Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal* en RUIZ LÓPEZ, Cristina y LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel (Coordinadoras) y MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Director): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Pág. 552.

¹²⁷ Como se ha expresado anteriormente, tras la reforma de 2015 de la LECRIM, tan solo se permite establecer esta prórroga durante el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y siempre y cuando se mantengan las causas que la motivaron. Además, en relación con otras medidas específicas, en concreto, con la intervención de las comunicaciones, se establecen de igual modo límites temporales determinados, pues el artículo 588 ter g) no permite prorrogar por un tiempo superior a 18 meses.

¹²⁸ Es lógico pensar que cuando una medida fue acordada de oficio por el juez, sea este quien acuerde su continuación a la vista de los hechos y resultados obtenidos. También puede llevar a cabo esta prórroga de oficio cuando la solicitud la realizase el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 98.

de la medida inicialmente interesada por la Policía Judicial y viceversa¹²⁹. La posibilidad que se ofrece a las partes para llevar a cabo esta solicitud puede llegar a plantear mayores problemas debido a que la declaración de secreto de la medida limita sus posibilidades de conocer los resultados, ya que se dificulta su posibilidad de acceder a la pieza separada. Esto lleva a negar a las partes la posibilidad de instar la solicitud de la medida aun cuando hubiesen tomado la iniciativa al petitionar la adopción de la misma.

En todo caso la solicitud debe contener:

- El informe detallado del resultado de la medida.
- Las razones que justifiquen la continuación de la misma.

El juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado. Antes de dictarlo, podrá solicitar la ampliación o aclaración de la información¹³⁰. Esta posibilidad que se ofrece al juez obedece al gran deseo del legislador de consolidar fórmulas de control, superando las rutinas seguidas a lo largo de los años que debilitan el derecho al secreto de las comunicaciones.

Una vez concedida la prórroga, su plazo comienza a computar desde el la fecha en que expira el plazo de la medida acordada. La LECRIM solo especifica que deberá presentarse con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido, de modo que nunca podrá ser posterior a la expiración de tal plazo¹³¹.

¹²⁹ Los resultados de la medida por regla general llegan primero a la unidad policial que está llevando a cabo su ejecución, por lo que no es de extrañar que sea la Policía Judicial quien solicite la prórroga de una medida acordada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 99.

¹³⁰ Esto debe resolverse en los dos días siguientes a la presentación de la solicitud. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba...* op.cit. Pág. 353.

¹³¹ La Ley simplemente aclara que cuando la prórroga se firme en fecha anterior al día de vencimiento de la duración de la medida, el cómputo se iniciará el día de expiración del plazo. Lo más adecuado sería presentar la solicitud en un plazo no excesivamente próximo a la expiración del plazo acordado para permitir al juez disponer de un margen de tiempo suficiente para tomar una decisión al respecto y así evitar interrupciones en la ejecución de la medida. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición...* op.cit. Pág. 75.

Más clarificadora en este sentido ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que frente a la inexistencia de un control de las prórrogas se ha pronunciado y nos dice que “...es indudable que una prórroga acordada de forma automática, sin un efectivo control jurisdiccional, puede menoscabar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones reconocidas en el art. 18.3 CE. Ello acontecerá siempre que el juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conozca los resultados de la investigación. Sin embargo, esa exigencia puede quedar cumplida por distintas vías. La primera, cuando el juez tenga conocimiento de los resultados de la medida a través de los informes que le ofrece la policía; la segunda, mediante la transcripción parcial de las cintas” [SSTC 205/2005, de 18 de julio (RTC 2005/205); 239/2006, de 17 de julio (RTC 2006/239)].

3) **CIRCUNSTANCIAS QUE PROVOCAN EL CESE DE LA MEDIDA**

El juez acordará el cese de la medida cuando dejen de concurrir las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que no se están alcanzando los resultados pretendidos, así como cuando haya transcurrido el plazo para el que se hubiese autorizado (artículo 588 bis j). De modo que podemos apreciar tres posibles causas para el cese de la medida:

- a. La desaparición de las causas que la motivaron.
- b. Cuando no se alcancen los resultados buscados.
- c. El fin del plazo establecido.

Del mencionado artículo se deduce que es preciso que el cese se acuerde por medio de una resolución judicial¹³².

¹³² Esto se deduce como consecuencia de la exclusividad judicial que el legislador busca en relación de con estas medidas. Esto supone que se remitan de forma íntegra las cintas al juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica llevada a cabo por la Policía Judicial o por el Secretario Judicial, ya sea de modo íntegro o acerca de los pasajes más relevantes. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Las intervenciones telefónicas y telemáticas...* op.cit. Pág. 141. En el mismo sentido, SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 103.

En relación a la exigencia de acordar el cese de la medida una vez transcurrido el plazo puede parecer redundante, ya que la propia ley establece que, cuando esto suceda, la medida cesará de forma automática¹³³. Esto se justifica en base a que las medidas limitativas de derechos no pueden continuar una vez hayan alcanzado su fin o cuando se haya comprobado su inutilidad. A pesar de esto es precisa la resolución judicial a efectos de que todos los involucrados conozcan el cese de la medida, sobre todo en aras a que los terceros colaboradores no continúen efectuando sus actuaciones por desconocer el fin de la medida¹³⁴.

En cuanto a los otros dos supuestos se refieren a la inexistencia de los requisitos del artículo 588 bis a) y a la no obtención de resultados, lo que provocaría que la actuación fuese desproporcionada y demasiado gravosa.

En cuanto a la motivación exigida para el cese de la medida, debemos destacar que es mucho menor que la exigida para acordar la misma, debiendo constar en todo caso la causa del cese y el levantamiento del secreto de la pieza.

Frente la regla que establece el deber de comunicar a terceros intervinientes en la medida el cese la misma, en el caso de la intervención de las comunicaciones, se prevén ciertas excepciones como que exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones¹³⁵. Se produciría de este modo el resultado de que solamente aquellas personas que pudieran haber incurrido en una conducta delictiva tendrían

¹³³ El artículo 588 bis e) 3 establece que *transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada esta, cesará a todos los efectos.*

¹³⁴ Por esto, la notificación debería hacerse tanto al Ministerio Fiscal y la Policía Judicial como a las partes involucradas. Notificación que puede suplirse por la remisión de un oficio judicial indicando la necesidad de poner fin a la injerencia. . SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 104.

¹³⁵ Artículo 588 ter i) 3. *“se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia”* .

asegurado el conocimiento de las medidas de investigación adoptadas frente a ellas con la correspondiente posibilidad de defensa frente las posibles irregularidades o abusos¹³⁶.

C) OTRAS FORMAS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 18CE

El legislador, en virtud de garantizar la máxima protección a los derechos fundamentales que se regulan en nuestra Carta Magna y los cuales se ven afectados por los medios de investigación a los que nos hemos venido refiriendo, regula una serie de cuestiones al respecto.

En primer lugar, en el artículo 588 bis d LECRIM, encontramos la posibilidad de que lo relativo a las medidas de investigación tecnológica se enjuicie en una pieza secreta y separada del proceso principal en que se pretende adoptar estas diligencias y ello sin necesidad de solicitud al respecto, sino que se llevará a cabo automáticamente.

En segundo lugar, se prevé en el artículo 588 bis h) LECRIM la posibilidad de que terceras personas se vean afectadas, lo cual no impide que estas medidas sean adoptadas siempre que concurren los requisitos exigidos en los apartados anteriores

En tercer lugar, como trataremos *infra*, se regula la posible utilización en un proceso distinto de la información obtenida por medio de estas diligencias de investigación, pondremos hincapié en los problemas que plantean los hallazgos casuales y las soluciones que se ofrecen al respecto.

Finalmente, se tratará la exigencia de la destrucción de registros que plantea el artículo 588 bis k) LECRIM, artículo del cual se pueden extraer dos reglas fundamentales: la eliminación de los registros originales una vez finalizado el procedimiento y la sentencia devenga firme y la destrucción de las copias una vez transcurridos cinco años tras la

¹³⁶ Este resultado puede resultar paradójico, ya que aquellas personas que no tengan ningún tipo de responsabilidad penal no tendrían garantizado el conocimiento de la injerencia en sus derechos fundamentales y no podrían reaccionar frente a las posibles irregularidades. VEGA TORRES, Jaime. “Medidas de investigación...” op.cit.

ejecución de la pena, la prescripción del delito, el sobreseimiento libre o la sentencia absolutoria firme.

1) LA PUBLICIDAD DEL PROCESO DE NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL Y SECRETO AUTOMÁTICO DE LA CAUSA

Es de resaltar que el proceso penal español, así como el de otros muchos países, se caracteriza por su carácter público, siendo esta una de las notas más características de nuestro proceso penal e incluso un derecho fundamental, pues se encuentra recogido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Esto es así gracias al desarrollo del constitucionalismo y la influencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹³⁷.

Podemos encontrar reguladas diversas clases de publicidad en lo que al proceso penal se refiere:

- **Publicidad para las partes:** Se trata de una publicidad *ad infra*, relativa a las partes del proceso penal, tanto acusadoras como imputadas y está íntimamente relacionada con los derechos de igualdad y defensa de estas¹³⁸. Las partes tienen derecho a conocer en todo momento el estado y actuaciones del proceso y, en especial, las que se dirigen a ellas como pueden ser las resoluciones judiciales. Debe tenerse en cuenta que la vulneración de este tipo de publicidad solamente es relevante cuando se causa indefensión a alguna de las partes. No obstante lo anterior, es posible restringir este derecho para proteger el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Se trata de un límite entre los intereses de la investigación penal y el derecho de defensa y el

¹³⁷ En especial debe tenerse en cuenta el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección del los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales y el artículo 14.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

¹³⁸ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Los procesos penales*, con CONDE-PUMPIDO, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, José. Bosch, Valencia, 2000. Pág. 386.

buen fin de la investigación criminal, cuya aplicación debe entenderse de modo excepcional y previa ponderación de los derechos¹³⁹.

- Publicidad para terceros: Esto supone la posibilidad de que terceros puedan presenciar ciertas actuaciones del proceso¹⁴⁰. Esta suele vincularse al juicio oral, no obstante, la celebración de vistas con carácter reservado, o tendría por qué suponer una calidad inferior a la hora de tutelar la justicia por parte del tribunal, pero sí podría afectar al modo en que los ciudadanos ven la actuación de la misma. La satisfacción de este tipo de publicidad presenta mayor complejidad cuando el proceso se desarrolla de forma escrita o cuando las actuaciones no se producen con inmediación judicial¹⁴¹.

Estas son las principales formas de publicidad, pero además podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico otros tipos como la publicidad de las actuaciones ya practicadas, también conocida como publicidad mediata, y publicidad para los medios de comunicación. En líneas generales, cabe decir de la primera que se refiere a aquella información que pueden obtener las partes sobre actuaciones judiciales ya practicadas, salvo que sean declaradas secretas conforme a la ley. En cuanto a la segunda, simplemente destacar que se encuentra vinculada al libre ejercicio del derecho a la libre difusión y recepción de noticias por parte de los medios de comunicación¹⁴².

¹³⁹ A pesar de esto, la flexibilidad del tratamiento legal tiene como límite el derecho a la tutela judicial de las partes, especialmente del imputado. Por esto, se entiende que solo puede decretarse el secreto de las actuaciones de modo que incida sobre el derecho de defensa cuando carezca de justificación razonable. Además, por su carácter excepcional, no debe extenderse más allá del tiempo imprescindible, sin perjuicio de prórroga mediante decisión motivada. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *Una aproximación a la regulación del secreto y la publicidad de las actuaciones en el borrador de Código procesal penal de 2013: del secreto de la investigación a los juicios paralelos*, en: RUIZ LÓPEZ, Cristina y LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel (Coordinadoras) y MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Director): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Pág. 601-604.

¹⁴⁰ PEDRAZ PENALVA, Ernesto. “Notas sobre publicidad y proceso”. Poder Judicial, nº especial 1989, págs. 115 y ss.

¹⁴¹ En este sentido se entiende que cuando no existe inmediación desaparece la exigencia de la existencia de esta publicidad *ad extra*, lo que implica la restricción de los actos escritos del proceso, así como de aquellos actos orales ya consumados e incorporados a las actas, entre otros. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *Una aproximación a la regulación del secreto...* op.cit. Pág. 605.

El artículo 588 bis d) LECRIM manifiesta que la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

Esta declaración de secreto, que se acuerda por defecto¹⁴³ según lo establecido en la previsión legal, es de vital importancia, ya que gran parte del éxito de la adopción de la medida depende de que el investigado desconozca esta situación, pues podría tomar medidas de cautela, como abstenerse de emplear el medio de comunicación que ha sido interceptado si tiene conocimiento de ello, para no ser descubierto.

Con la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre, y al contrario de lo que sucedía antes de la misma, el secreto de la medida solo se extiende a la misma, es decir, a su resultado y al conocimiento de su existencia para cualquier otra parte que no sea el Ministerio Fiscal, esto es, no al resto de la causa, en concreto a la pieza principal, que, de existir, también necesitaría protegerse del conocimiento de las otras partes para lo que debe expresamente declararse secreta por obra del artículo 302.2 LECRIM¹⁴⁴.

Siguiendo criterios doctrinales, haremos una distinción entre el régimen general del secreto de las actuaciones y el específico para las medidas de investigación tecnológica debido a las diferencias entre ambos.

¹⁴² En relación con la publicidad relativa a las actuaciones ya practicadas, se entiende que no tiene que ver con el derecho a la publicidad de las actuaciones en los términos referidos a este apartado, ya que esta suele ser externa al proceso en curso. En relación con la publicidad para los medios de comunicación es importante tener presente las fricciones existentes entre el derecho de estos a la libre difusión de la información y las limitaciones de la publicidad de las actuaciones procesales del correspondiente procedimiento, aunque examen detallado se entiende que tampoco corresponde a la materia que estamos tratando en el momento. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *Una aproximación a la regulación del secreto...* op.cit. Pág. 606-607.

¹⁴³ La gran novedad que presenta este artículo es que no será necesario el acuerdo expreso del secreto de las actuaciones, sino que lo relativo a estas medidas se sustanciará en pieza separada y secreta de manera automática. JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Capítulo V. Medidas de investigación...* op. cit. Pág. 175.

¹⁴⁴ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas.* Pág. 8. [Ponencia PDF]. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%2520Velasco%2520Nu%25C3%25B1ez.%2520Eloy.pdf?idFile=7b2fdf75-4a93-41bd-9adc-fe3042c95cc0, a 23 de mayo de 2018.

- En el régimen general, la LECRIM prevé que se declare el secreto de las actuaciones de forma total o parcial con un límite temporal de un mes¹⁴⁵.
- En cuanto al régimen específico establecido en el artículo 588 bis d) LECRIM, se prevé la declaración de secreto automática sin necesidad de que el juez instructor acuerde el secreto total o parcial y sin que justifique los motivos que le llevan a acordarlo¹⁴⁶.

La regulación recogida en este artículo ha permitido zanjar la discusión que se venía trayendo acerca de si era preciso acordar el secreto de las diligencias previas en las que se acuerde tal medida, de modo que cabe considerar que, en caso de no adoptarse el secreto de la causa, solo constituiría una vulneración de la legalidad ordinaria que no genera ningún tipo de indefensión ni permite solicitar la nulidad de la medida por falta de notificación de la misma¹⁴⁷.

Cuando la medida acuerde la incorporación de datos electrónicos de tráfico o asociados o el registro de un almacenamiento masivo de la información incautado al investigado cabría plantearse si es necesaria tal declaración de secreto. Hacemos un breve inciso para referirnos a los datos electrónicos de tráfico o asociados, que tanta relevancia y trascendencia han adquirido en el proceso penal en los últimos tiempos, cuando hablamos de este tipo de datos nos referimos, según la literalidad del artículo 588 ter b) LECRIM a “...*todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga*”, en un lenguaje menos técnico podríamos estar hablando de llamadas realizadas o recibidas o la identificación de los visitantes en páginas web. Si bien es cierto que su incorporación al proceso exige que se haya autorizado judicialmente

¹⁴⁵ El artículo 302 LECRIM establece a su vez que tal declaración entendida en su régimen general se justifica para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

¹⁴⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Págs. 94 y 95.

¹⁴⁷ Las SSTS 878/2009, de 7 de septiembre (RJ 2009/4620), 9/2004, de 9 de enero (2004/2161) o 100/2005, de 31 de enero (RJ 2005/1642) han venido considerando que tal notificación haría ilusoria la intervención.

de manera previa, son datos que de un modo u otro ya son existentes, no hay un hallazgo de los mismos; y, al igual que ocurre con los datos que figuren en los medios de almacenamiento masivo de la información, no habría peligro de que el investigado tomase medidas para truncar la investigación, pues no se trata de actos de comunicación en curso y tras la incautación de los mismos no habría posibilidad de ello. Por esto, se entiende que en tales casos no sería necesario realizar la declaración de secreto, ya que no existiría la posibilidad de que, por actuación del investigado, la medida no alcanzase el fin previsto¹⁴⁸.

En base a esto y teniendo en cuenta que, como anteriormente se ha dicho, la declaración de secreto de la medida tiene como fin que la misma conserve su eficacia tratando de evitar que el conocimiento del establecimiento de la medida por el investigado haga peligrar su finalidad, podemos deducir que cuando la eficacia de la medida no se ve comprometida por la posible actuación del investigado, por requerirse la actuación de terceros o por su inmediatez, no comprometerá en ningún caso el buen fin de la medida. Por tanto, en estos casos la declaración de secreto sería innecesaria y podría llegar a constituir una restricción del derecho del investigado de acceso a la causa y su derecho de defensa¹⁴⁹.

Para la doctrina esta novedad es de gran importancia para el buen desarrollo de la medida, dado que en la práctica se suscitan muchas dificultades para dictar al mismo

¹⁴⁸ En la misma línea nos aclara LÓPEZ CAUSAPÉ, que los datos electrónicos o de comunicación conservados por las operadoras de servicio, el acceso a la titularidad de los dispositivos de conexión a direcciones IP, o la investigación del contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo, dado que no versan sobre actos de comunicación en desarrollo, sino que suelen referirse a actividades delictivas ya consumadas, no siempre exigen el secreto de las comunicaciones para salvaguardar la investigación. Nos recuerda el autor la existencia del principio de publicidad que rige en nuestro sistema y que debería plantearse que rigiese en estos casos en los que no es necesario que se declare el secreto de las actuaciones. LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes”. Boletín Digital Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, 2016, nº6. Pág. 8.

¹⁴⁹ Es por esto que la doctrina nos anima a replantearnos el automatismo de la declaración de secreto, debiendo quizá reservarla solo a los supuestos en los que concurran las circunstancias exigidas en el régimen general del secreto de las actuaciones establecidas en el artículo 302 LECRIM o en los que el juez motivadamente aprecie la existencia de ciertos elementos que puedan frustrar el buen fin de la medida. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 95 y 96.

tiempo la autorización de intervención y el secreto de sumario, teniendo cada uno de ellos un límite temporal que conlleva grandes problemas¹⁵⁰.

2) POSIBILIDAD DE INVOLUCRACIÓN A TERCERAS PERSONAS AJENAS A LA CAUSA DURANTE LA VIGENCIA DE LA MEDIDA

Dada la naturaleza propia de estas medidas es inevitable que terceros se vean afectados en alguna ocasión¹⁵¹. La ley establece ciertas condiciones en relación a esto, pero incluso los tribunales han aceptado que opere de un modo laxo la posibilidad de vulnerar la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones de otros sujetos¹⁵². Sería posible justificar la posible vulneración de los derechos fundamentales de terceros en base al deber de colaboración con la administración de justicia y la necesidad del Estado de dar respuesta al hecho criminal.

El artículo 588 bis a) LECRIM nos dice que la ponderación judicial se haga teniendo en cuenta el sacrificio de los derechos afectados con la medida y el beneficio que se espera obtener no solo para el interés público sino también para el interés de terceros; no parece muy adecuado que el instructor pueda tomar en consideración intereses particulares en el curso de una investigación pena y que la proporcionalidad de la medida invasiva de un derecho fundamental tan relevante quede sometida al beneficio de un privado¹⁵³. Por su parte, el artículo 588 bis h) LECRIM permite que el juez acuerde las medidas de injerencia aun cuando afecten a terceras personas en los casos y condiciones establecidas en las disposiciones específicas de cada medida.

¹⁵⁰ Para este sector lo coherente sería tratar el secreto de forma separada y de manera conjunta todo lo relativo al mismo, estableciendo las bases, duración y motivos que permitan adoptarlo. CASSANOVA MARTÍ, Roser. *Valoración crítica de las intervenciones...* op.cit. Pág. 554.

¹⁵¹ A modo ejemplificativo, en una intervención de las comunicaciones, dada la dualidad de las mismas, necesariamente implica la participación de otros sujetos distintos al investigado.

¹⁵² STS 433/2012 de 1 de junio de (RJ 2012/6722).

¹⁵³ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. op.cit. Pág. 262.

Con la reforma de 2015 de la LECRIM se han establecido ciertas limitaciones y requisitos para que la adopción de medidas pueda afectar a sujetos que no sean el investigado por el hecho penal¹⁵⁴, de este modo se impide que la afectación pueda convertirse en un instrumento de obtención de datos de forma indiscriminada, lo cual entraría en conflicto con la prohibición de adoptar medidas prospectivas. Las medidas para las que se establecen las condiciones para que sea posible la afección a terceros son las relativas a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y la captación de imágenes en lugares públicos, de modo que parece que la afectación condicionada se refiere a los supuestos en los que los terceros intervienen de manera activa sin tener en cuenta los casos en los que la intervención del tercero es casual o tangencial¹⁵⁵.

La Ley prevé la existencia de ciertos sujetos que se ven obligados a ejecutar la medida de investigación, así ocurre en los casos en los que sea necesaria la colaboración de una empresa suministradora del servicio o cuando sea precisa la intervención de ordenadores y resulte necesaria la colaboración de la empresa suministradora de acceso a Internet o la empresa propietaria del ordenador que va a ser intervenido y, de igual modo, vincula a los terceros que puedan facilitar el acceso a los dispositivos electrónicos¹⁵⁶. En

¹⁵⁴ En el artículo 588 ter i) LECRIM se establece el derecho de los terceros de ser notificados de la existencia de la medida de injerencia. No obstante esto solamente implica que conozcan que se ha establecido la medida de investigación afectante a sus derechos fundamentales sin que esto les genere un derecho más allá del mero conocimiento.

¹⁵⁵ En relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el artículo 588 ter c) LECRIM establece que para que estas puedan afectar a terceros, es necesario que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de terminales pertenecientes a otros sujetos, que el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad o que se use de forma maliciosa dispositivos pertenecientes a terceras personas. En lo relativo a la captación de imágenes en lugares públicos es el artículo 588 quiquies a) LECRIM el que impone las condiciones precisas, permitiendo la afección a terceros cuando de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios de la relación de dichas personas con el hecho criminal o sujeto investigado. No obstante, a pesar de esta posibilidad de afección, la unidad de la policía u otros sujetos que estén llevando a cabo la ejecución de la medida deben tratar de reducir en la mayor medida el impacto que la medida genera en los derechos de terceros. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 107.

¹⁵⁶ En relación con esto, RODRÍGUEZ LAINZ nos muestra las posibles problemáticas existentes que derivan de la gran cantidad de información que en estos dispositivos puede encontrarse y el hecho de que en un primer momento tampoco se tenga claro qué es lo que se pretende buscar, ya que la información relevante suele estar oculta en archivos de difícil hallazgo. Esto es por lo que la novedad introducida en la reforma que establece el deber de colaboración de terceros que puedan superar las posibles trabas impuestas en un determinado sistema informático, ya sea por su configuración lógica, diseño o mecanismos de protección, ha resultado de gran importancia a la hora de superar estas barreras. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. “¿Podría

tales casos, el tercero queda sujeto al deber de colaboración así como al deber de guardar secreto, pudiendo llegar a incurrir, en caso de incumplimiento, en un delito de desobediencia¹⁵⁷.

3) UTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN UN PROCEDIMIENTO DISTINTO Y DESCUBRIMIENTOS CASUALES

Bien es sabido que la adopción de medidas prospectivas está prohibida en virtud del principio de especialidad, sin embargo, puede ocurrir que en transcurso de una investigación se tenga conocimiento de hechos criminales imprevistos y que no forman parte del objeto de investigación. Por esto, el legislador prevé una solución al respecto para que tales hechos puedan ser tenidos en cuenta y dotados de validez. Hasta el momento de la reforma, la posibilidad de emplear los resultados de, por ejemplo, una intervención telefónica carecían de regulación, ya que en principio estos solo podían ser empleados en el proceso en el que se habían efectuado tales escuchas¹⁵⁸. En la actualidad, se permite expresamente esta posibilidad, pero es preciso que se hayan respetado los principios constitucionales y legales oportunos en el primer proceso, es decir, la investigación debió ser completamente lícita¹⁵⁹.

un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?", Diario La Ley, N° 8729, Sección Doctrina, 28 de Marzo de 2016

¹⁵⁷ Esta obligación puede resultar excesiva al no limitarse a determinadas personas o asociarse a una situación de urgencia. No obstante, quien solicita la medida es el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, que son los sujetos sobre los que recae carga de investigación y persecución de delitos, sin que esta obligación quepa depositarla en un tercero colaborador que no ostenta tal deber. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. "Conductas susceptibles de ser intervenidas...", op.cit. Recuperado de: http://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20160721000088080000?fileName=content%2FDT0000236146_20160712.HTML&location=pi-588, a 30 de mayo de 2018.

¹⁵⁸ El hecho de emplear como medio de investigación o prueba las intervenciones telefónicas en un proceso posterior sí se contemplaba en otros ordenamientos jurídicos. Destaca en este sentido el artículo 270 de *Codice di Procedura Penale* italiano, que permite esta opción de emplear, excepcionalmente, los resultados de las intervenciones telefónicas en un proceso distinto a aquel en el que han sido practicadas. CASSANOVA MARTÍ, Roser. *Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de estas diligencias en un proceso penal distinto*. En: FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Pág. 329.

¹⁵⁹ PICÓ I JUNOY, Joan y CASSANOVA MARTÍ, Roser. *La intervención de comunicaciones telefónicas y postales, en Estudios sobre prueba penal*, Vol. III. La Ley, Madrid, 2013. Págs. 129-169.

El artículo 588 bis i) LECRIM es el que nos ofrece la solución mencionada, aunque no directamente, sino que nos remite al artículo 579 bis LECRIM. En relación a esto cabe hacer referencia al Acuerdo del Pleno de Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, que nos dice que “en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones, antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad”; continúa diciendo que “en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba¹⁶⁰. El artículo 579 bis LECRIM permite que el resultado de la apertura de la correspondencia escrita y telegráfica sea utilizado en un procedimiento distinto como medio de investigación o prueba¹⁶¹. Es preciso tener en cuenta que como fuente de prueba y como medio de investigación se deben respetar ciertas exigencias constitucionales, de modo que su cumplimiento es de vital importancia para la validez de la intromisión en la privacidad de las personas¹⁶². Esta posibilidad se prevé expresamente para ciertas medias,

¹⁶⁰ En relación a esto, DELGADO MARTÍN nos dice que tras la reforma de 2015 quizá ya no sea preciso que el Ministerio Fiscal o la parte que pretenda aportar en un proceso la información de otro solicite los antecedentes necesarios al órgano judicial que llevó a cabo la medida inicial; y por ello por cuanto pueden haberse remitido los testimonios correspondientes al amparo del artículo 579 bis LECRIM. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba...* op.cit. Pág. 356.

¹⁶¹ La reciente jurisprudencia recogida en la STS 88/2017, de 15 de febrero (RJ 2017/584), ha afirmado tras un repaso general de todos los requisitos generales de las intervenciones telefónicas que, además de como medio de investigación, puede operar como prueba de cargo en sí. No obstante la naturaleza y entidad de los requisitos como medio de investigación y como medio de prueba son diferentes, debiendo tener en cuenta en el aspecto de medio de prueba que tal naturaleza descansa sobre la previa validez de las exigencias constitucionales de las mismas como medio de investigación.

¹⁶² En relación con esto no podemos olvidar tres de los requisitos a los cuales hemos hecho referencia de un modo más detallado a lo largo de los apartados anteriores y que gozan de especial relevancia en este sentido. Estos son: judicialidad de la medida, excepcionalidad de la medida y proporcionalidad de la medida.

pero no para otras, de modo que la ausencia de previsión expresa podría tener dos soluciones:

- Proponer la solución prevista en el artículo 579 LECRIM, de forma que la falta de previsión expresa respondería a una omisión involuntaria del legislador.
- Considerar que si el legislador no ha previsto nada al respecto es porque ha considerado más conveniente no hacerlo¹⁶³.

Del artículo 579 LECRIM cabe deducir que se permite tanto el uso de la información como medio de prueba en un proceso distinto, como la posibilidad de que dé lugar a la apertura de una nueva causa y se abra una nueva investigación¹⁶⁴.

En relación a esto, la jurisprudencia viene recordando, como podemos apreciar en la STS 204/2016 de 10 de marzo (RJ 2016/1114), que “cuando se trate de injerencias que han sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio “*in dubio pro reo*” autoriza a cuestionar la licitud a lo allí actuado es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las intervenciones practicadas en el otro proceso, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados”.

Esta regulación es un tanto imprecisa, ya que no nos clarifica cuál será el juez competente para decidir respecto a la prórroga de la medida de investigación y la conservación del secreto ni prevé expresamente cómo debe incorporarse la prueba derivada de un hallazgo casual al nuevo proceso¹⁶⁵. A pesar de esta imprecisión, se entiende que el

¹⁶³ La solución más probable que ofrece el autor es la segunda, por tanto, el uso de los hallazgos casuales en los supuestos en los que no está expresamente previstos, como es el caso de las medidas de entrada y registro domiciliario, constituirán delitos flagrantes pudiendo, en su caso, dar inicio a una investigación posterior. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 108.

¹⁶⁴ Esto da respuesta a uno de los problemas que existían en cuanto a la regulación de este aspecto en la legislación anterior, pues siempre se había tratado de dilucidar si el material intervenido en un proceso diferente podía ser incorporado como *notitia criminis* solamente o también podía hacerse como prueba. CASANOVA MARTÍ, Roser. *Nueva regulación de las intervenciones telefónicas...* op.cit. Pág. 335.

¹⁶⁵ FUENTES SORIANO, Olga. *La intervención de las comunicaciones electrónicas tras la reforma de 2015*, en: ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL (director), *Atelier*, Barcelona, 2016. Pág. 286.

juez competente es aquel que ha dictado la resolución judicial que autoriza la medida en cuya ejecución surge el hallazgo casual¹⁶⁶, aunque en el apartado siguiente nos referiremos con mayor precisión a la solución de esta problemática.

Lo que sí nos especifica el artículo 579 bis LECRIM es que para que pueda introducirse tal información en la nueva causa es preciso el testimonio de particulares y de este modo poder acreditar la legitimidad de la injerencia¹⁶⁷. Para poder usar la información, nos dice el citado artículo que el juez debe examinar tanto la información obtenida como su viabilidad¹⁶⁸.

3.1. LOS HALLAZGOS CASUALES Y SU VINCULACIÓN EN EL PROCESO

Entendemos por hallazgo o descubrimiento casual aquellas fuentes de prueba de la comisión de uno o varios delitos, obtenidas en el marco de la práctica de diligencias para la investigación de uno o varios delitos distintos, así como las fuentes de prueba de la comisión de uno o varios delitos por parte de un tercero ajeno los que estaban siendo investigados en el marco de la diligencia autorizada; en resumen, se trata de el encuentro de elementos de prueba no buscados relativos a la comisión de ilícitos penales ajenos a aquellos en los que se basó la autorización de la diligencia de investigación en la que son descubiertos, o bien aquellos cometidos por otra persona o personas diferentes a las que están siendo objeto de la investigación¹⁶⁹. Otro sector doctrinal, concibe el término en un

¹⁶⁶ El juez debe llevar a cabo una comprobación acerca de si quien solicitó la medida pudo prever el descubrimiento de tales hechos, ya que, en este caso, no se trataría de un hallazgo casual y debería denegarse su incorporación. SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su parte general*. Sepin, enero 2016.

¹⁶⁷ El contenido mínimo que debe existir es: la solicitud inicial para su adopción, la resolución judicial que acuerde la medida y, en su caso, las peticiones y resoluciones judiciales de prórrogas que hubiesen recaído (art. 579bis LECRIM).

¹⁶⁸ La decisión tomada por el juez se manifestará mediante auto que se pasará a ser parte de las diligencias de instrucción o del correspondiente ramo de prueba. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas e investigación...* op.cit. Págs. 109-110.

¹⁶⁹ GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”. *La Ley Penal*, Julio-Agosto 2014, nº109. Pág. 1. Recuperado de: <http://crimtrans.usal.es/?q=node/105>, a 23 de mayo de 2018. En el mismo sentido ÁLVAREZ DE NEYRA

sentido más amplio, considerando que no siempre ha de aparecer el descubrimiento casual en el marco de una intervención restrictiva, sino que puede producirse dentro de una intervención habilitada en su origen para una finalidad diferente¹⁷⁰. En referencia a esto podemos acudir a la doctrina alemana que define los descubrimientos casuales como aquellos datos de prueba que se obtienen por una intervención legítimamente ordenada, pero que no tienen relación directa con el imputado o el objeto del delito, de modo que está relacionado en gran medida con el control estricto que debe llevar a cabo el juez en la ejecución de la medida restrictiva del secreto de las comunicaciones¹⁷¹.

Debe tenerse en cuenta para continuar la investigación de delitos no amparados en el auto de intervención que ha de hacerse con arreglo a la doctrina jurisprudencial y los principios necesarios para garantizar la no vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De no ser así, se estarían realizando investigaciones prospectivas que, como en numerosas ocasiones hemos señalado ya, quedan prohibidas por la ley¹⁷². Por su parte, la doctrina ha abordado este tema sobre todo al estudiar la diligencia de investigación de las comunicaciones en el denominado Caso Naseiro¹⁷³ al que en un apartado anterior del

KAPPLER, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2011, nº2. Pág. 4. Recuperado de: <http://www.riedpa.com/comu/documentos/riedpa21101.pdf>, a 23 de mayo de 2018.

¹⁷⁰ DÍAZ CABLE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001. Pág. 190.

¹⁷¹ Entiende la doctrina que en las intervenciones telefónicas legítimamente practicadas solo podrán emplearse los descubrimientos casuales en una medida muy pequeña. MARTÍN GARCÍA, Pedro y OTROS. *La actuación de la Policía Judicial en el proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2006. Págs. 129-130.

¹⁷² De esta manera, se permitiría solicitar medidas de intervención en base a meras intuiciones o sospechas con la intención de que el resultado de la medida pudiese fundamentar una causa penal de la que no se tenían datos objetivos. Lo que resultaría contrario al principio de especialidad exigido por la Constitución para la intervención de las comunicaciones. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. Wolters Kluwer, Madrid, 2017. Pág. 279.

¹⁷³ En cuanto al control judicial que en este sentido se debe llevar a cabo, en este auto se dice que “... no cabe argumentar que al juez no le resultará posible oír horas y horas la conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el juez, asesorado si lo estimara oportuno, de experto y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto a dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada”. Y matiza posteriormente que “... otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible”.

presente trabajo nos hemos referido¹⁷⁴. Además algunos autores nos plantean las diferencias en función de si estos hallazgos casuales se producen durante una entrada y registro o mediante una escucha telefónica, diferencias que fundamentalmente se concretan en el principio de especialidad. La inviolabilidad del domicilio, afectada por una diligencia de entrada y registro, solo se refiere a un objeto perteneciente a la esfera del investigado, de modo que una vez autorizada la entrada y registro, la protección garantista debe ser menor que en el caso de las escuchas telefónicas, en cuyo caso sería necesario ampliar la autorización jurisdiccional habilitante, exigiéndose con mayor intensidad el respeto al principios de especialidad¹⁷⁵.

Los hallazgos casuales sin conexión con los hechos que estaban siendo objeto de investigación pueden suponer la incoación de un nuevo procedimiento, de modo que, a partir de la información nuevamente obtenida se inicia una actividad de instrucción encaminada a dilucidar su repercusión criminal y autoría. Lo que sí es preciso determinar es si la nueva medida en base a la que se produjo tal hallazgo casual debe continuar o debe dictarse una nueva para así investigar de manera exclusiva los hechos descubiertos, precisando en ambos casos resolución del juez competente¹⁷⁶. Debe tenerse en cuenta la necesidad de poner estos hallazgos en conocimiento del juez de manera inmediata, en vista a que este pueda aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad, concretando, en la mayor medida posible, la acción penal a la que se encamina la investigación¹⁷⁷.

¹⁷⁴ No obstante, esta resolución no trata el tema de los hallazgos casuales en concreto, sino el de los efectos reflejos de la ilicitud probatoria. En sentido estricto, el hallazgo casual se habría producido si se hubiese partido de una intervención lícitamente ordenada y ejecutada, de modo que la *notitia criminis* habría sido totalmente apta para una nueva investigación.

¹⁷⁵ Esto es porque en el caso de las intervenciones telefónicas, la investigación toma al presunto imputado como fuente de prueba y por ello las garantías de su práctica deben necesariamente tener unas dimensiones superiores, ya que la dignidad de la persona no autoriza una especie de causa general. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson.-Aranzadi, 2ª Edición, Pamplona, 2007. Págs. 1121-1123.

¹⁷⁶ Tal requerimiento se encuentra regulado en el artículo 579 bis 3 LECRIM, que precisa que en caso de continuar con la medida, esta resolución judicial debe evaluar las circunstancias en las que se produjo el hallazgo casual y comprobar que en un primer momento no pudo ser solicitada su inclusión en la medida. En caso de incluirse como prueba, debe el juez del nuevo proceso valorar que se cumplieren las garantías necesarias para adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales, precisando para ello la deducción de testimonios y antecedentes necesarios para acreditar la legitimidad de la medida. CASANOVA MARTÍ, Roser. *Nueva regulación de las intervenciones telefónicas...* op.cit. Pág. 335 y 336.

3.2. COMPETENCIA Y OTRAS PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEAN LOS HALLAZGOS CASUALES

Se nos plantea un problema en base a la falta de precisión de la ley a la hora de determinar quién será el juez competente, frente a lo cual se nos plantean diversas posibilidades:

- Teniendo en cuenta que el análisis de la diligencia viene dado por la imposibilidad de haber solicitado la investigación del hallazgo casual en el momento inicial de solicitud de la medida de injerencia, el juez competente se refería al mismo juez instructor que acordó la medida de investigación inicial donde se produjo¹⁷⁸.
- Puede entenderse como juez competente el juez de instrucción que ha recibido el testimonio de los particulares informándole de un hecho criminal descubierto por casualidad. En este caso debe vigilar que se haya producido el hallazgo respetando las garantías precisas y sin vulnerar de ningún modo derechos fundamentales para así poder incorporarlos al nuevo proceso y dar continuidad a la medida de investigación¹⁷⁹.

En cualquiera de los casos, el juez competente debe decidir si continuará en vigor la medida inicialmente adoptada¹⁸⁰. Esto lo hará tras la comprobación de la diligencia con la

¹⁷⁷ En caso de existencia de otros delitos distintos, solo el juez debe decidir si son o no conexos. Esto conlleva la obligación de la Policía Judicial a poner en conocimiento inmediato del juez los hechos descubiertos, ya que en caso contrario podría dar lugar a una prueba nula de pleno derecho. ALONSO PÉREZ, Francisco. *Medios de Investigación en el proceso penal*. Dynkinson, Madrid, 1999. Págs. 258-259.

¹⁷⁸ Esta interpretación permite justificar la decisión del juez de ampliar la investigación inicial y darle continuidad para investigar tanto el hecho para el que inicialmente se acordó la medida de injerencia como los elementos descubiertos durante la ejecución de la misma. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 111.

¹⁷⁹ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 111.

¹⁸⁰ En el Auto relativo al Caso Naseiro, al que ya nos hemos referido, se entendió que en casos de descubrimientos casuales lo procedente sería la ampliación judicial de la intervención, aunque esto no impide que la información obtenida pueda servir como *notitia criminis* de un procedimiento penal distinto.

que se actuó, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haberlo solicitado anteriormente¹⁸¹.

En cuanto al mantenimiento del secreto de la causa, solo se producirá cuando el descubrimiento casual suponga el inicio de una nueva actividad de instrucción y se mantenga la continuación de la medida de investigación¹⁸².

De no existir esta información que se proporciona al juez sobre los hechos descubiertos en el seno de una investigación en marcha, podría producirse una dejación de sus funciones por parte de la policía, la fiscalía e incluso el juez de perseguir los delitos que fuesen de su conocimiento, de modo que podrían llegar a quedar impunes si no fuesen prevenidos por las autoridades¹⁸³.

La doctrina del Tribunal Supremo se ha pronunciado determinando que el principio de especialidad no abarca en el principio al elemento probatorio descubierto, de modo que puede ser empleado tanto en el propio proceso como en otro diferente, ya sea por tratarse de un delito flagrante o por motivos de conexidad, siempre que exista una resolución del

¹⁸¹ Cabría plantearse en este sentido si la competencia del juez se reduce a una simple convalidación de la resolución inicial. Aunque esto es así en la práctica, no se limita a esta única finalidad, ya que debe valorarse si para el buen fin de la investigación es necesario y proporcional continuar con la medida inicial, sin perjuicio de acomodarla a los descubrimientos realizados. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 113.

¹⁸² La finalidad de esto es evitar que el cese de la medida acordada inicialmente frustre la viabilidad de la medida continuada por el juez competente para investigar el descubrimiento casual. Es importante en este sentido la coordinación entre el juez de la causa inicial y el que está llevando a cabo la instrucción del hallazgo casual a efectos de que el levantamiento de secreto por cualquiera de ellos no perjudique al otro. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 113 y 114.

¹⁸³ RICHARD GONZÁLEZ, señala a estos efectos la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la STS 792/2007, de 9 de octubre (RJ 2007/6296) que afirma que en estos casos en los que se investiga un delito concreto no puede renunciarse a investigar el hecho criminal casualmente descubierto en la ejecución de una medida dirigida a un fin diferente, aunque esto precise una nueva autorización judicial o una investigación diferente. En palabras concretas de la resolución se dice que “*Especialidad: principio que significa que “no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión actos delictivos” y “que no es correcto extender autorización prácticamente en blanco”, exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que este no sea rebasado*”. Esto se ha matizado precisando que no se vulnera este principio al producirse una adición o suma, ya que esta se da cuando surge una novación del tipo penal. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas...* op.cit. Pág. 280.

juez que lo autorice y establezca la garantía de los principios de proporcionalidad e idoneidad¹⁸⁴.

En cuanto a las pruebas obtenidas en registros domiciliarios e intervenciones telefónicas existe tras la LO 13/2015 una regulación especialmente referida a ellas¹⁸⁵. *Supra* nos hemos referido a ello y algunos de los requisitos exigidos en la ley, como la deducción del testimonio de los particulares por el juez, para poder llevarse a cabo esta incorporación de la nueva información obtenida en un procedimiento diferente. Haremos referencia ahora a lo relativo a los hallazgos casuales dentro de la ejecución de estas medidas de injerencia, para lo cual debemos referirnos a lo establecido en la jurisprudencia.

Por un lado, el Acuerdo del TS de 26 de mayo de 2009 estableció que “En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones en nulo, porque o hay constancia legítima de las resoluciones antecedente, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio depende de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”¹⁸⁶. En base a esto

¹⁸⁴ Esto lo recoge la STS 991/2016, de 12 de enero, (RJ 2017/326), que se remite a lo establecido en las SSTS 160/2013, de 23 de febrero (RJ 2013/3276) y 777/2012, de 17 de octubre (RJ 2012/10165). Añade que “se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados, siempre que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad y justifique su necesidad y proporcionalidad”.

¹⁸⁵ Esta la encontramos en el artículo 579 bis LECRIM.

¹⁸⁶ Esto ha sido interpretado en distintas sentencias del TS que ha creído que: “a) No existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la Ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una

se puede decir que es preciso que el imputado formule una impugnación en relación con la existencia de alguna infracción relativa a la intervención llevada a cabo manifestando las razones de la misma¹⁸⁷.

Por su otro lado ha señalado también el Alto Tribunal en reiteradas ocasiones que estos elementos probatorios incidentalmente descubiertos son legítimos a pesar de que la doctrina del propio tribunal exija una nueva autorización judicial que legitime su aparición y reconduzca la investigación, ya que la aparición de los mismos en durante la ejecución de una medida de investigación autorizada para otro delito no supone su nulidad probatoria¹⁸⁸.

4) DESTRUCCIÓN DE REGISTROS PARA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL OBTENIDA EN EL PROCESO

Este aspecto se regula en el último artículo referido a las disposiciones comunes de las medidas de investigación tecnológica. Nos establece el artículo 588 bis k) LECRIM que una vez se ponga fin al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que constasen en los sistemas electrónicos e informáticos empleados en la ejecución de la medida. De igual modo se procederá a la destrucción de los mismos una vez transcurridos cinco años desde la ejecución de la pena, si

determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias” [STS 714/2016 de 26 de septiembre, (RJ 2016/4720)]

¹⁸⁷ Lo procedente sería manifestarlo en el escrito de calificaciones en la instrucción o en el trámite de las cuestiones previas en el procedimiento abreviado, ya que una vez finalizada la fase de instrucción no cabe la solicitud de diligencias de investigación. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas...* op.cit. Págs. 283 y 284.

¹⁸⁸ STS 47/2017, de 1 de febrero (RJ 2017/1607) que se remite a la STS 616/2012 de 10 de julio (RJ 2012/9437) que afirma que “se afirma que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una investigación telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorpresivos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma” Hace referencia también a la STS 314/2008, de 23 de mayo (RJ 2008/3104), que en el mismo sentido declara que “la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad del tal hallazgo como medio de prueba”.

se decreta el sobreseimiento libre o recaer sobre el investigado sentencia firme absolutoria¹⁸⁹. Serán los tribunales quienes dicten las órdenes para que la Policía Judicial lleve a cabo la destrucción.

Nos dice DELGADO MARTÍN que es preciso en este sentido hacer alusión a la STEDH de 3 de septiembre de 2015 [Sérvulo and Asociados-Sociedades de Afogados, RL y otros contra Portugal, (TEDH 2015/204866)], que ha afirmado que “la conservación del dossier de un procedimiento penal, incluyendo los elementos de prueba, no alcanza por sí sola a constituir una cuestión en el marco del art. 8 de la Convención, salvo que incluya informaciones de carácter personal de un individuo”¹⁹⁰.

Los registros originales contenidos en los sistemas electrónicos e informáticos empleados durante la ejecución de la medida de investigación deben conservarse durante la sustanciación del proceso¹⁹¹. Pero dado el carácter intrusivo de derechos fundamentales de las medidas de investigación tecnológica, que afectan altamente al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones¹⁹² y la información obtenida a partir de las mismas, debe procederse a hacer desaparecer los resultados obtenidos mediante el borrado y eliminación de los mismos de los sistemas originales en los que se encontrasen recogidos una vez finalizado el procedimiento penal¹⁹³.

¹⁸⁹ Además debe procederse también a la destrucción de los registros cuando el delito haya prescrito así como cuando la pena haya prescrito. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 115.

¹⁹⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba...* op.cit. Pág. 359.

¹⁹¹ Esto es por constituir los mismos fuente de prueba, pues incluso las partes pueden realizar prácticas periciales sobre las base de estos registros. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 114.

¹⁹² Además del riesgo que supone la existencia de registros de tales comunicaciones privadas en los procedimientos judiciales o archivos, policiales o judiciales. LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley...”, op.cit. Pág. 10.

¹⁹³ La información obtenida en la ejecución de las medidas de injerencia afecta a importantes ámbitos de la vida personal de los investigados, de modo que, en tanto sirva para probar la existencia de los hechos delictivos está legitimada su perpetuidad, pero no debe conservarse de manera más allá de lo permitido para así proteger los datos personales negativos que instrumentalmente conllevan. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Investigación tecnológica de delitos...”, op.cit. Págs. 11 y 12.

A pesar de lo anteriormente expuesto deberá realizarse copia de los correspondientes registros que será custodiada por el Letrado de la Administración de justicia¹⁹⁴, adscrito a la neutralidad judicial¹⁹⁵. No queda concretado en la ley si tal custodia corresponde al Letrado de la Administración de justicia del Tribunal que ordenó la medida o al de aquel que enjuició la causa¹⁹⁶.

La conservación de las copias debe ser temporal, procediéndose a su destrucción u en los siguientes supuestos:

- Una vez transcurridos cinco años se impone la destrucción automática de todos los soportes digitales en los que se contiene la información recabada¹⁹⁷. Este plazo solo es exigible cuando la pena queda definitivamente ejecutada¹⁹⁸.
- Cuando el delito o la pena hayan prescrito. En este aspecto se plantean dudas sobre si este límite temporal de cinco años opera también en los casos en los que el delito o la pena prescriben. Esto parece no tener sentido a la luz de que la mayoría de los plazos de prescripción son mucho superiores a este límite¹⁹⁹. Esta carencia de sentido podemos reafirmarla si contrastamos la redacción final

¹⁹⁴ El artículo 458.1 LOPJ establece que “*Los secretarios judiciales serán responsables del Archivo Judicial de Gestión, en el que, de conformidad con la normativa establecida a tal efecto, se conservarán y custodiarán aquellos autos y expedientes cuya tramitación no esté finalizada, salvo el tiempo en que estuvieren en poder del juez o del magistrado ponente u otros magistrados integrantes del tribunal*”.

¹⁹⁵ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Investigación tecnológica de delitos...”, op.cit. Pág.12

¹⁹⁶ Se entiende que, si el procedimiento finalizó por sobreseimiento dictado por el juez de instrucción, correspondería al Letrado de la Administración de justicia de este órgano la custodia. En cambio, si se dictó el sobreseimiento por el Tribunal encargado del enjuiciamiento o se puso fin al proceso mediante sentencia, correspondería al Letrado de la Administración de justicia del órgano sentenciador, incluso aunque se interpongan recursos devolutivos frente a la sentencia dictada por el mismo. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Págs. 114-115.

¹⁹⁷ Esta destrucción de copia, que debe ordenarse expresamente, no es imperativa, pues precisa valorar la necesidad de conservación de la misma y motivarse debidamente la decisión de conservarla. LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley...”, op.cit. Pág. 10.

¹⁹⁸ Se entiende que una vez que el Estado deja de tener capacidad para poder perseguir el delito o ejecutar la pena, es lógico que se proceda a destruir los soportes digitales, pues ya no podrían tener ninguna utilidad. MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *La reforma de la Ley...* op.cit. Pág. 285.

¹⁹⁹ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 115.

del precepto con la que estableció en un primer momento en el borrador de anteproyecto²⁰⁰.

- Cuando se hubiese dictado sobreseimiento libre o recayese sentencia absolutoria firmen respecto del investigado. La firmeza de las resoluciones exigida en el precepto se entiende referida a la fase declarativa del proceso, no a la fase de ejecución²⁰¹.

La destrucción material corresponde a la Policía Judicial por orden del juez, pudiendo presenciarla la parte afectada por ser algo que le afecta de modo directo²⁰². Podría considerarse que los registros originales y sus copias forman parte del expediente físico de la causa por lo que deberían conservarse de manera íntegra²⁰³.

²⁰⁰ En la redacción del anteproyecto se incluían específicamente estos supuestos de prescripción dentro del límite temporal de cinco años, pero en la redacción vigente, se enuncian dos proposiciones sometidas a distinto régimen donde los supuestos de prescripción, una vez declarada la misma, autoriza sin más a la destrucción de los registros, mientras que la que afecta a la ejecución de la pena debe sumar los cinco años. MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *La reforma de la Ley...* op.cit. Pág. 285.

²⁰¹ Esto alcanza a las fases de apelación y casación, dejando al margen el recurso de rescisión o la instancia ante el TEDH, así mismo, la obligación de conservar una copia bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia garantiza la posibilidad de amparo constitucional. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Investigación tecnológica de delitos...”, op.cit. Pág. 12.

²⁰² VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: investigación y prueba...* op.cit. Pág. 78. En relación con esto mismo, MARCHENA GÓMEZ, nos muestra la paradoja que supone que se deje con total confianza lo que en un inicio, por tratarse de información tan sensible, se trataba con especial suspicacia. MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *La reforma de la Ley...* op.cit. Pág. 285.

²⁰³ En este sentido, esta destrucción prevista en la ley para estas medidas entraría en conflicto con la legislación general. Por esto, no se cuestiona la naturaleza de los registros y sus copias considerando que lo relativo a su conservación responde a un criterio de oportunidad legislativa. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación...* op.cit. Pág. 116.

IV - CONCLUSIONES

PRIMERA. Necesidad de reformar nuestro sistema legal.

Dado el gran avance tecnológico que nuestra sociedad ha venido experimentando a lo largo de los últimos años, considero que era necesario que el legislador se pusiese manos a la obra a la hora de regular las medidas que, hasta el momento la jurisprudencia había creado una cierta doctrina en aras a su posible aplicación, y son de vital importancia a la hora de combatir las nuevas formas de delincuencia en las cuales se hace uso de los medios informáticos que tan amplia expansión han venido trayendo consigo.

La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías y la regulación de las nuevas medidas de investigación tecnológica, ha permitido recoger en un cuerpo legal las medidas tecnológicas que supone una afectación a los derechos fundamentales de los individuos, incorporando la doctrina emanada del TEDH, el TC y el TS, ya que la jurisprudencia ya no lo podía encuadrar en el antiguo artículo 579 LECRIM, que solo hacía referencia a la interceptación de las comunicaciones telemáticas y postales, algunas de las medidas tecnológicas que venían siendo precisas, por lo que no se encontraban ajustadas a la legalidad.

A pesar de que podría considerarse que esta regulación ha resultado tardía, creo que esto ha venido dado por la afectación a los derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, de modo que era preciso que la nueva regulación se ajustase perfectamente a los límites constitucionales establecidos, de manera que no hubiese sido posible ni beneficiosa una regulación de urgencia, si no que era necesario tomarse el tiempo preciso para ajustarse a las garantías constitucionales.

SEGUNDA. Principios necesarios para la adopción de las medidas.

Para que el debido cumplimiento de las garantías de nuestra Carta Magna sea efectivo, así como a causa de la intromisión en los derechos recogidos en el artículo 18 CE cuando se adoptan las medidas a las que me he estado refiriendo a lo largo del trabajo, el

legislador ha decidido establecer unos determinados principios rectores que siempre deben respetarse a la hora de autorizar todas y cada una de las medidas de este calibre.

Estos principios están encaminados a asegurar la pertinencia de las medidas y el cumplimiento de las garantías de los sospechosos, pues no debe olvidarse que aquellos frente a los cuales se inicia una investigación penal no deben ver vulnerada su presunción de inocencia, regulada en el artículo 24.2 CE, hasta que no existan pruebas suficientes para desvirtuarla.

Sin menospreciar ninguno de los principios rectores, pues todos son de vital importancia a la hora de garantizar los derechos del afectado por la medida, cobra una vital relevancia el principio de proporcionalidad, que implica que siempre que sea posible alcanzar los fines que se buscan por medio de una medida menos lesiva de derechos fundamentales, será esta la que deba adoptarse. Desde mi punto de vista este es al principio que más debe controlarse, debiendo efectuarse de la manera más adecuada posible los correspondientes juicios de proporcionalidad que permitan comparar si el interés del Estado en descubrir el determinado delito es adecuado en relación con la posible lesión a los derechos del individuo regulados en el artículo 18 CE, teniendo en cuenta que la medida puede no solo afectar al investigado en la causa criminal, sino también a posibles terceros ajenos al proceso.

TERCERA. Exigencia de resolución judicial.

La intromisión en los derechos fundamentales de estas diligencias de investigación a la que tantas veces me he referido a lo largo del trabajo hace necesaria de igual modo la existencia de una resolución judicial, vinculada por los principios rectores cuya importancia ha quedado remarcada en la conclusión anterior, que justifique la necesidad de adoptarlas.

Puede prescindirse de esta autorización judicial en determinados casos de urgencia, que hagan temer que la investigación se vea frustrada, así como en relación con algunas medidas, como la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, que el legislador ha considerado que no suponen una intromisión determinante en los derechos del afectado y, por tanto se permite a la policía la obtención de estas por sí mismos. Quizá en este

sentido sí sea un poco deficitaria la regulación del legislador que debía haber previsto otros supuestos como la obtención de tales imágenes por particulares o personas ajenas al proceso y su posible uso, lo que posiblemente a medida que vayan surgiendo casos precise cierto desarrollo jurisprudencial.

En caso de que sea precisa la autorización judicial debe estar correctamente motivada, es decir, el juez que la autorice debe plasmar claramente cuáles son las razones que le llevan a considerarla adecuada a los fines previstos, y dar cumplida respuesta a todos y cada uno de las ocho concretas cuestiones que la ley exige en cuanto al contenido, punto en el cual el legislador ha sido ampliamente exhaustivo, de modo que en caso de no darse estos requisitos la resolución resultaría nula y no tendría validez ninguna lo obtenido gracias a la misma.

Establece un plazo el legislador de 24 horas para que el juez resuelva acerca de si autoriza o no la medida de injerencia, plazo que a mi parecer resulta excesivamente corto dada la carga de trabajo con la que cuentan los juzgados. Por otro lado, tampoco ha tenido en cuenta las consecuencias de tomar la decisión una vez superado el plazo legal, de manera que podría entenderse que tal exceso no supone la invalidez de la resolución ni provoca la caducidad de la solicitud.

CUARTA. ¿Una duración adecuada?

Por su parte, el legislador ha previsto, con carácter general, que las medidas deben durar el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines previstos, regulando de manera independiente la duración específica de cada una de las medidas en sus capítulos correspondientes.

Considero adecuada esta previsión general, pero creo que también es destacable que el hecho de establecer un plazo de 3 meses en la adopción de ciertas medidas como ocurre en el caso del uso de dispositivos electrónicos de seguimiento y localización, puede resultar excesivo, ya que si en un plazo tan amplio de tiempo no se ha descubierto a un supuesto sospechoso, puede que no sea tan sospechoso de cometer algún hecho ilícito. Teniendo presente además las posibles prórrogas que permitirían llegar

incluso a un plazo máximo de 18 meses en los que se estaría infringiendo en los derechos fundamentales de los individuos.

Además, el legislador no ha previsto el momento en que comienza a computar el plazo establecido, lo que puede plantear serias dudas a la hora de establecer una medida y sus prórrogas y a lo cual algunos autores han tratado de dar solución, pero para lo cual quizá también deba esperarse a comprobar a lo largo de los años la aplicación e interpretación de los tribunales.

QUINTA. El necesario control jurisdiccional.

Como se ha señalado a lo largo del trabajo que nos ocupa, los medios de investigación tecnológica, pueden fácilmente afectar de manera negativa a los derechos fundamentales de quien está siendo investigado, por tanto, deberían admitirse tan solo cuando estén acompañados de medidas que reduzcan tales efectos negativos. Ejemplo de ello, es que como he dicho anteriormente, la LECRIM, exige una debidamente motivada autorización judicial al respecto, pero esto carecería de sentido si no hubiese un correcto y completo control judicial sobre el cumplimiento de los fines y garantías, así como de la no vulneración de los derechos fundamentales afectados a causa de la medida. Control que debe tenerse presente tanto en el momento de adopción de la medida (garantizando la correspondiente existencia de los principios rectores que de tanta importancia gozan al respecto), como durante la vigencia de la misma, así como cuando esta llegue a su fin. Pudiendo resultar nula la medida que no haya sido correctamente controlada.

SEXTA. Garantías para el investigado y terceras personas previstas tras la LO 13/2015.

Con esta nueva regulación el legislador no ha dejado a un lado otras formas de garantía que resultan igualmente necesarias en relación con las medidas de investigación tecnológica.

Considero acertada la decisión del legislador de desarrollar los procedimientos relativos a estas medidas en una pieza secreta y separada, así como el hecho de imponer la destrucción de los datos obtenidos tras la investigación una vez se cumplen los requisitos

que en este trabajo han sido examinados, así como las garantías previstas en caso de que sea necesaria la participación de terceros ajenos al proceso en la investigación. Pues en este sentido, se ha tratado de conservar al máximo tanto los derechos del investigado como los de aquellas personas externas al proceso pero cuya intervención puede resultar fundamental a la hora de clarificar los hechos.

SÉPTIMA. El problema de los hallazgos casuales.

En este sentido la regulación es un tanto imprecisa, ya que no especifica ni cuál será el juez competente, ni lo relativo a la conservación del secreto ni prevé expresamente cómo debe incorporarse la prueba derivada de un hallazgo casual al nuevo proceso.

Será preciso en este sentido que el juez a quien llegue el conocimiento de un descubrimiento casual, lo incorpore al proceso si es posible y si se cumplen los requisitos doctrinales y legales, entre ellos los principios rectores que tan relevantes son en el ámbito de adopción de las medidas a las que nos hemos venido refiriendo.

OCTAVA. Conclusión final.

A pesar de la gran labor que ha llevado a cabo el legislador, es cierto que ha dejado por regular algunos aspectos, que si bien puede que sean secundarios, es preciso que queden clarificados. Por tanto, debemos esperar a la continua aplicación de estas medidas por los tribunales que encamine a la creación de nueva jurisprudencia respecto de los vacíos legales que aún podemos encontrar.

Además me gustaría destacar como punto final que las nuevas tecnologías no han finalizado su desarrollo, sino que siguen avanzando a un ritmo desorbitado, de manera que no sería de extrañar que de aquí al cabo de unos años presenciemos una nueva reforma en atención a nuevas formas de investigación frente a nuevos modos de delincuencia tecnológica.

V - BIBLIOGRAFÍA

- AIGE MUT, Belén. *La nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo*, en FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ALTIDIS CABREJAS, Stéfanos. “Nuevas medidas de investigación tecnológica: modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal”. Recuperado de: <http://red.computerworld.es/actualidad/nuevas-medidas-de-investigacion-tecnologica-modificacion-de-la-ley-de-enjuiciamiento-criminal>.
- ALONSO PÉREZ, Francisco. *Medios de Investigación en el proceso penal*. Dynkinson, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2011, nº2. Pág. 4. Recuperado de: <http://www.riedpa.com/comu/documentos/riedpa21101.pdf>.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “La motivación de la resolución que acuerda la investigación tecnológica”, en *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*”. (Pendiente de publicación).
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, Pedro. “Proporcionalidad y medidas de investigación tecnológica”. Admitido para *Revista Justicia*, nº1, 2018. (Pendiente de publicación).
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BAHAMONDE BLANCO, Miriam. “Medidas de investigación tecnológica a la luz de los derechos fundamentales, una cuestión pendiente”. *Diario La Ley*, nº 9160, de 16 de marzo de 2018. Recuperado de: http://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20180316000091600000?fileName=content%2FDT_0000264628_20180306.HTML&location=pi-98, a 30 de mayo de 2018.

- BUENO DE LA MATA, Federico. “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xulio (directores), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas IV Congreso Gallego e Derecho Procesal (I Internacional)*. Universidad de A Coruña, 2012.
- CASABIANCA ZULETA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. Bosch Editor, 2016.
- CASSANOVA MARTÍ, Roser. *Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de estas diligencias en un proceso penal distinto*. En: FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CASSANOVA MARTÍ, Rosser, en *Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal* en RUIZ LÓPEZ, Cristina y LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel (Coordinadoras) y MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Director): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CASERO LINARES, Luis y OTROS. *Intercambio de información, protección de datos personales y proceso penal español*, en GUTIERREZ ZARZA, María Ángeles (coordinadora) *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal*. La Ley, Madrid, 2012.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Acceso a ordenadores, dispositivos electrónicos y sistemas de almacenamiento masivo de memoria. Acceso remoto. Acceso a la nube.”, ponencia impartida el 23 de mayo de 2014 en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.
- DELGADO MARTÍN, José María. “La prueba en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8167, de 10 de octubre de 2013.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. La Ley, Madrid, 2016.

- DÍAZ CABLE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001.
- ESTRELLA RUIZ, Manuel, en *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*; en *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a “Medidas de derechos fundamentales”, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- FUENTES SORIANO, Olga. *La intervención de las comunicaciones electrónicas tras la reforma de 2015*, en: ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL (director), Atelier, Barcelona, 2016.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”. *La Ley Penal*, Julio-Agosto 2014, nº109. Pág. 1. Recuperado de: <http://crimtrans.usal.es/?q=node/105>.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. *Los procesos penales*, con CONDE-PUMPIDO, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, José. Bosch, Valencia, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *La reforma, de 2015, de la LECRIM: aspectos generales* en FUENTE SORIANO, Olga (coordinadora), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal (con Juan Montero Aroca, Silvia Barona Vilar, Iñaki Esparza Leibar y José F. Etxeberría Guridi)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *Una aproximación a la regulación del secreto y la publicidad de las actuaciones en el borrador de Código procesal penal de 2013: del secreto de la investigación a los juicios paralelos*, en: RUIZ LÓPEZ, Cristina y LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel (Coordinadoras) y MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Director): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana*, en FUENTES SORIANO, Olga

(coordinadora), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- HERRANZ ORTIZ, Ana Isabel. *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Dynkinson SA., Madrid, 1999.
- JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Capítulo V. Medidas de investigación tecnológica*. En *La reforma procesal penal de 2015*. Dynkinson, Madrid, 2015.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *Intervención de las comunicaciones*, en RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Aranzadi, SA, Pamplona, 2016.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson.-Aranzadi, 2ª Edición, Pamplona, 2007.
- LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes”. *Boletín Digital Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria*, 2016, nº 6.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1991.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”. *Revista de internet, Derecho y política*, febrero de 2017. Recuperado de: www.uoc.edu/idp
- MANZANARES GONZÁLEZ, Marina. “Actuales medios de investigación tecnológica en el proceso penal” Recuperado de: <http://derechoyperspectiva.es/actuales-medios-de-investigacion-tecnologica-en-el-proceso-penal/>.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *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*. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

- MARTÍN GARCÍA, Pedro y OTROS. *La actuación de la Policía Judicial en el proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MITCHSON, Neil y URRY, Robin. “Delitos y abusos en el comercio electrónico”. The ITPS Report, 2001, nº 57.
- MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* (Con Valentín Cortés Domínguez). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas* en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (director) y SANZ HERMIDA, Ágata (coordinadora), *Investigación y prueba en el proceso penal*. Colex, Madrid. 2006.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PALOP BELLOCH, Melania. “Las nuevas medidas de investigación tecnológica”. Revista Justicia, nº 2, 2017.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. “Notas sobre publicidad y proceso”. Poder Judicial, nº especial, 1989.
- PICÓ I JUNOY, Joan y CASANOVA MARTÍ, Roser. *La intervención de comunicaciones telefónicas y postales*, en *Estudios sobre prueba penal*, Vol. III. La Ley, Madrid, 2013.
- QUERALT, Joan J. en *Intervención de las comunicaciones en sede policial*. Revista Canaria de Ciencias Penales, núm. 2, diciembre de 1998 (homenaje a Enrique Ruiz Vadillo).
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”. Diario La Ley, nº 8808, Sección Tribuna, 21 de julio de 2016. Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000236146/20160712/null>, a 29 de mayo de 2018.

- RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. *La intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*. Bosch, Barcelona, 2003.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”, *Diario La Ley*, Nº 8729, Sección Doctrina, 28 de Marzo de 2016.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su parte general*. Sepin, enero 2016.
- VALIÑO CES, Almudena. “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la ley Orgánica 13/2015”, en FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.
- VEGA TORRES, Jaime. “Las medidas de investigación tecnológica”. Recuperado de:
https://zenodo.org/record/1042742/files/Las%20medidas%20de%20investigacion%20tecnologica_autoarchivo.pdf, a 31 de mayo de 2018.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Ed. Sepin, Madrid, 2016.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas*. [Ponencia PDF]. Recuperado de:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%2520Velasco%2520Nu%25C3%25B1ez.%2520Eloy.pdf?idFile=7b2fdf75-4a93-41bd-9adc-fe3042c95cc0.
- VIDAL MARÍN, T. y RUIZ DORADO, M., “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2016.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Las intervenciones telefónicas y telemáticas. Disposiciones comunes a los actos de injerencia en las comunicaciones. Doctrina general*, en ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (coordinador), *Investigación tecnológica y Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Navarra, 2017.

- ZOCO ÁLAVA, Cristina. *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, SA, Pamplona, 2015.

VI - JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

STEDH, de 3 de septiembre de 2015, caso Sérvulo and Asociados- Sociedades de Afogados, RL y otros vs. Portugal. (TEDH 2015/204866)

STEDH, de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo vs. España (TEDH 2003/6)

STEDH, de 24 de abril de 2000, caso Kruslin vs. Francia (TEDH 2000/2)

STEDH, de 24 de abril de 2000, caso Huvig vs. Francia (TEDH 2000/1)

STEDH, de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras vs. España (TEDH 1998/31)

STEDH de 25 de marzo 1998, caso Kopp vs. Suiza (TEDH 1998/9)

STEDH, de 25 de marzo de 1993, caso Costello Roberts vs. Reino unido (TEDH 1993/17)

STEDH, de 26 de marzo de 1985, caso X e Y vs. Holanda (TEDH 1985/4)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 145/2014, de 22 de septiembre (RTC 2014/145)

STC 173/2013, de 9 de mayo (RTC 2013/173)

STC 173/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011/173)

STC 68/2010, de 18 de octubre (RTC 2010/68)

STC 231/2009, de 5 de marzo. (RTC 2009/231)

STC 253/2006, de 11 de septiembre. (RTC 2006/253)

STC 239/2006, de 17 de julio (RTC 2006/239)

STC 220/2006, de 3 de julio (RTC 2006/220)

STC 198/2006, de 27 de febrero (RTC 2006/198)

STC 205/2005, de 18 de julio (RTC 2005/205)

STC 1419/2004, de 1 de diciembre. (RTC 2004/1419)

STC 207/2003, de 1 de diciembre (RTC 2003/207)

STC 123/2002, de 20 de mayo. (RTC 2002/123)

STC 70/2002, de 4 de abril. (RTC 2002/70)

STC 14/2001, de 29 de enero. (RTC 2001/14)

STC 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126)

STC 236/1999, de 20 de diciembre. (RTC 1999/236)

STC 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166)

STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49)

STC 121/1998, de 15 de junio (RTC 1998/121)

STC 373/1998, de 2 de junio (RTC 1998/373)

STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207)

STC 49/1996, de 26 de marzo. (RTC 1996/49)

STS 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50)

STC 26/1994, de 11 de febrero (RTC 1994/26)

STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 7/1994)

STC 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989/37)

STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985/53)

STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981/25)

TRIBUNAL SUPREMO

- SENTENCIAS

STS (Sala de lo Penal), núm. 144/2018, de 22 de marzo (RJ 2018/1365)

STS (Sala de lo Penal), núm. 740/2017, de 16 de noviembre (RJ 2017/5060)

STS (Sala de lo Penal), núm. 412/2017, de 7 de junio (RJ 2017/2623)

STS (Sala de lo Penal), núm. 400/2017, de 1 de junio (2017/3872)

STS (Sala de lo Penal), núm. 373/2017, de 24 de mayo (RJ 2017/3305)

STS (Sala de lo Penal), núm. 88/2017, de 15 de febrero (RJ 2017/584)

STS (Sala de lo Penal), núm. 47/2017, de 1 de febrero (RJ 2017/1607)

STS (Sala de lo Penal), núm. 991/2016, de 12 de enero (RJ 2017/326)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1007/2016 de 24 de enero (RJ 2017/254)

STS (Sala de lo Penal), núm. 717/2016, de 27 de septiembre (RJ 2016/4721)

STS (Sala de lo Penal), núm. 714/2016, de 26 de septiembre (RJ 2016/4720)

STS (Sala de lo Penal), núm. 204/2016 de 10 de marzo (RJ 2016/1114)

STS (Sala de lo Penal), núm. 342/2015, de 2 junio (RJ 2015\3551)

STS (Sala de lo Penal), núm. 841/2014, de 9 de diciembre (RJ 2015/2067)

STS (Sala de lo Penal), núm. 746/2014, de 13 de noviembre (RJ 2014/6182)

STS (Sala de lo Penal), núm. 7/2014, de 22 de enero (RJ 2014/887)

STS (Sala de lo Penal), núm. 576/2013, de 8 de mayo (2013/6724)

STS (Sala de lo Penal), núm. 385/2013 de 18 de abril (RJ 2013/8007)

STS (Sala de lo Penal), núm. 342/2013, de 17 de abril (RJ 2013/3296)

STS (Sala de lo Penal), núm. 160/2013, de 26 de febrero (RJ 2013/3276)

STS (Sala de lo Penal), núm. 844/2012, 8 de noviembre (RJ 2012/11360)

STS (Sala de lo Penal), núm. 777/2012, de 17 de octubre (RJ 2012/10165)

STS (Sala de lo Penal), núm. 740/2012, de 10 de octubre (RJ 2012/9473)

STS (Sala de lo Penal), núm. 616/2012, de 10 de julio (RJ 2012/9437)

STS (Sala de lo Penal), núm. 492/2012, de 14 de junio (RJ 2012/9052)

STS (Sala de lo Penal), núm. 433/2012, de 1 de junio (RJ 2012/6722)

STS (Sala de lo Penal), núm. 334/2012, de 25 de abril (RJ 2012/11286)

STS (Sala de lo Penal), núm. 248/2012, de 12 de abril (RJ 2012/8195)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1263/2011, de 11 de noviembre (RJ 2012/1649)

STS (Sala de lo Penal), núm. 818/2011, de 21 de julio (RJ 2012/11051)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1094/2010, de 10 diciembre (RJ 2011/2369)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1005/2010, 11 de noviembre (RJ 2010/8861)

STS (Sala de lo Penal), núm. 513/2010, de 2 de junio (RJ 2010/3489)

STS (Sala de lo Penal), núm. 372/2010, de 29 de abril. (RJ 2010/5562)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1130/2009, de 10 de noviembre (RJ 2009/119).

STS (Sala de lo Penal), núm. 878/2009, de 7 de septiembre (RJ 2009/4620),

STS (Sala de lo Penal), núm. 387/2009, de 13 de abril (RJ 2009/3452)

STS (Sala de lo Penal), núm. 241/2009, de 13 de marzo (RJ 2009/1675)

STS (Sala de lo Penal), núm. 231/2009, de 5 de marzo (RJ 2009/1781)

STS (Sala de lo Penal), núm. 314/2008, de 23 de mayo (RJ 2008/3104)

STS (Sala de lo Penal), núm. 792/2007, de 9 de octubre (RJ 2007/6296)

STS (Sala de lo Penal), núm. 201/2006, de 1 de marzo (RJ 2006/2068)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1487/2005, de 13 de diciembre (RJ 2006/815)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1020/2005, de 19 de septiembre (RJ 2005/7580)

STS (Sala de lo Penal), núm. 100/2005, de 31 de enero (RJ 2005/1642)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1419/2004, de 1 de diciembre (RJ 2004/8022)

STS (Sala de lo Penal), núm. 182/2004, de 23 de abril (RJ 2004/3191)

STS (Sala de lo Penal), núm. 9/2004, de 9 de enero (2004/2161)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1592/2003, de 25 de noviembre (RJ 2003/9464)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1489/2003, de 6 de noviembre (RJ 2004/1696)

STS (Sala de lo Penal), núm. 925/2003, de 19 de julio (RJ 2003/5784)

STS (Sala de lo Penal), núm. 207/2003, de 10 de julio (RJ 2003/6099)

STS (Sala de lo Penal), núm. 624/2002, de 10 de abril (RJ 2002/6311)

STS (Sala de lo Penal), núm. 998/2002, de 3 junio (RJ 2002/8792)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1898/2000 de 12 de diciembre (RJ 2000, 9755)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1426/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998/9198)

STC (Sala de lo Penal), núm. 373/1998, de 2 de junio (RJ 1998/5487)

STS (Sala de lo Penal), núm. 145/1998, de 10 de febrero (RJ 1998/655)

STS (Sala de lo Penal), núm. 692/1997 de 7 de noviembre (RJ 1997/8348)

STS (Sala de lo Penal), núm. 489/1997, de 11 de abril (RJ 1997/2802)

STS (Sala de lo Penal), núm. 1316/1995, de 30 de diciembre (RJ 1995/9639)

STS (Sala de lo Penal), núm. 664/1994, de 25 de marzo (RJ 1994/2592)

- AUTOS

ATS de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003/15198)

ATS de 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6102)

- ACUERDO NO JURISDICCIONAL

Acuerdo del Pleno de Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009.