

# **LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Pilar Sánchez Alcaraz**  
**Fiscal Delegada de Menores de Jaén**

## **RESUMEN**

*En el presente trabajo se analiza la regulación de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales tales como la entrada y registro en lugar cerrado, las intervenciones postales, telegráficas y telefónicas y las intervenciones corporales y sus especialidades en el proceso penal de menores así como cuestiones relativas a la titularidad y ejercicio de estos derechos por los menores y la capacidad de los mismos para prestar consentimiento*

*Se contiene una referencia específica a la Jurisprudencia existente en relación a la intervención de las comunicaciones a través de los nuevos medios tecnológicos (chats, correos electrónicos, sms.... ) y a las intervenciones corporales para toma de muestras y análisis de ADN, haciendo breve referencia a la regulación de las mismas en el borrador de Código Procesal Penal ya que en el mismo se eleva a la categoría de ley lo que hasta ahora son construcciones jurisprudenciales*

## **SUMARIO**

### **1.- LOS MENORES COMO TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **2.-LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

#### **2.1.- SOLICITUD**

#### **2.2 .- REFERENCIA A INICIALES PROBLEMAS TEÓRICO PRÁCTICOS**

### **3.- ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO**

#### **3.1.- MARCO NORMATIVO**

#### **3.2.-PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

#### **3.3.- PRESENCIA DEL INTERESADO**

#### **3.4.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

### **4.-LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES POSTALES, TELEGRÁFICAS Y TELEFÓNICAS.**

#### **4.1 MARCO NORMATIVO**

#### **4.2 DETENCIÓN Y APERTURA DE CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA**

#### **4.3 INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.**

##### **4.3.1.- consideraciones genéricas**

##### **4.3.2.- especialidades en menores**

##### **4.3.3. obtención de imei o imsi de móviles e ip de internet**

##### **4.3.4 consulta de la agenda de un móvil**

- 4.3.5. acceso al listado de llamadas de un móvil**
- 4.3.6. acceso a los sms, correos electrónicos, mensajes vía chats, etc**
- 4.3.7. obtención de los datos asociados a una ip**
- 4.3.8. visionado de un número en la pantalla de un móvil**
- 4.3.9.- intervención de las comunicaciones de los menores internos en centros de reforma**

## **5.- INTERVENCIONES CORPORALES**

### **5.1 CONSIDERACIONES GENÉRICAS**

#### **5.1.1. concepto**

#### **5.1.2. derechos afectados**

### **5.2. ANÁLISIS DE ALGUNOS TIPOS DE INTERVENCIONES CORPORALES**

#### **5.2.1. exámenes ginecológicos y en otras cavidades corporales**

#### **5.2.2. exámenes radiológicos**

#### **5.2.3. cacheos**

#### **5.2.4. especialidades en menores**

### **5.3 TOMA DE RESTOS Y MUESTRAS Y ANÁLISIS DE ADN**

#### **5.3.1. toma de muestras**

#### **5.3.2. especialidades en el proceso de menores**

#### **5.4.- IMPOSICIÓN COACTIVA DE ESTAS MEDIDAS**

## 1.- LOS MENORES COMO TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Hemos de empezar esta exposición preguntándonos si los menores tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales y, por tanto, si tienen capacidad para “disponer” de esos derechos

El art. 1.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM) contiene sobre esta cuestión una declaración general al establecer que *“Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España”*

Por su parte nuestro Código Civil, y de conformidad con el art 29 que señala que *“el nacimiento determina la personalidad”*, y el art 32 que atribuye personalidad civil a todo nacido vivo, otorga a este capacidad jurídica para ser titular de derechos y deberes, especialmente derechos de la personalidad pues el art 162 después de establecer que los padres no privados de la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados exceptúa esta representación *“en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*. Asimismo debemos tener en cuenta el art 39.4 de la Constitución Española que establece *“4.Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos “* y el art 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor así como la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990 .

Así pues tanto a nivel internacional como nacional se reconoce a los menores una serie de derechos desde su nacimiento así como la posibilidad de su ejercicio si bien, y en atención a su edad y madurez, ese ejercicio puede limitarse o restringirse en algunos aspectos y ámbitos.

Entre los derechos reconocidos en la LOPJ 1/96 a los menores merecen ser destacados los siguientes:

1º.- Los menores tienen derecho a una atención inmediata para su protección, tanto de los ciudadanos como autoridades (arts. 13 y 14 de la Ley).

2º.- Los menores tienen derecho *“a ser oídos, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”* ..... (art. 9.1 de la L.O. 1/96).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

2. *Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.*

3. *Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.*

3º.- Derecho al honor, intimidad y propia imagen, libertad ideológica, derecho de reunión , participación y asociación, y derecho de información

Y, para garantizar el ejercicio de estos derechos el art. 10.1 de la L.O. 1/96, dispone que *“Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto”*.

Por tanto, los menores son sujetos activos de derechos, tienen capacidad de obrar y capacidad jurídica, si bien limitadas en supuestos concretos; la Exposición de Motivos de la LOPJM 1/96 textualmente señala..... *en el reconocimiento de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos ....y, en cuanto a las limitaciones el art. 2.1 declara **“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”**.*

En definitiva, hay supuestos en que los menores pueden actuar con autonomía al reconocérseles plena capacidad de obrar, existiendo otros en que existen limitaciones a la misma, supuestos que se suplen mediante la representación legal de padres, titulares de la patria potestad, o tutores

Así, el art. 162 del Código civil dice:

*“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*

Y el párrafo 2º del art. 162 del Código Civil exceptúa de la representación legal de los hijos *“los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*

El art. 267 del mismo Cuerpo legal, dispone:

*“El tutor es el representante del menor...”*

Y exceptúa de la representación del tutor *“aquellos actos que pueda realizar por sí sólo (...) por disposición expresa de la ley”*.

---

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

En nuestra legislación civil encontramos referencias a estos actos tales como ser oído antes de adoptar decisiones que les afecten, en la adopción ( arts 154.2, 177 CC), derecho a emanciparse...y en la La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su art. 3.1, señala que *“El consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil...”*

Por su parte la Circular FGE 1/2013 sobre las intervenciones telefónicas específicamente establece que *“También los menores son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, les reconoce en su art. 4 este derecho y encomienda a los padres o tutores y a los poderes públicos respetarlo y protegerlo frente a ataques de terceros, todo ello sin perjuicio de las modulaciones derivadas del ejercicio legítimo de la patria potestad o de la tutela”*.

Reconocido, por tanto, que los menores son titulares de derechos y tienen facultad para ejercitarlos, pueden asimismo disponer de ellos. A la vista de todas estas consideraciones y de la STC 154/2002 de 18 de julio MANUEL –JESÚS DOLZ LAGO considera, criterio que compartimos que *...” De toda esta argumentación se deduce que los menores de 18 años, sujetos a procesos penal, son los únicos titulares de sus derechos fundamentales y tienen capacidad de obrar suficiente para ejercerlos, precisándose su consentimiento, en su caso, para la práctica de las diligencias restrictivas de estos derechos y no la de sus representantes legales, los cuales no pueden suplir la falta de consentimiento de éstos”*.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO, “La prueba en el proceso penal de menores: entradas y registros e intervenciones postales, telefónicas y telegráficas” En el curso “ La prueba en el proceso penal de menores” CEJ, 28 de febrero, 1 y 2 de marzo de 2011 Sobre la capacidad del menor, si bien sólo en el ámbito sanitario, no había llegado ningún asunto al Tribunal Constitucional que permitiera conocer su criterio hasta que en fecha 18 de julio de 2002, el Pleno del Tribunal emitió la Sentencia núm. 154/2002 en la que anulaba otra del Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Segunda de 27 de junio de 1997) por la que se condenaba a los padres de un menor por homicidio imprudente (Arts. 11 y 138 del Código Penal) al no convencer a su hijo de 13 años para que consintiera una transfusión sanguínea, dado que tanto los padres como el menor eran testigos de Jehová. El Tribunal Supremo había condenado a los padres al entender que estos estaban obligados, como garantes del menor, a adoptar una conducta que hubiera impedido el resultado de muerte del mismo, el cual persistía en su negativa a la transfusión debido a sus convicciones religiosas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional anula dicha condena otorgando el amparo constitucional a los padres porque entiende que estaban ejerciendo su derecho fundamental a la libertad religiosa (Art. 16 de la Constitución) y que no les era exigible otra conducta.

Ahora bien, lo relevante del caso es que, si bien el Tribunal Constitucional no entra abiertamente en el reconocimiento de la autonomía del menor, al señalar que no constara que tuviera suficiente madurez, *a sensu contrario* hay que interpretar que el máximo intérprete de la Constitución reconoce que de existir esa madurez en el menor, el mismo no queda representado por los titulares de la patria potestad para otorgar su consentimiento de eficacia en el ámbito sanitario sino que lo presta por sí mismo, sin que los padres puedan sustituirlo o decidir por él, como se viene exponiendo en estas líneas.

SANTOS MORON , en un comentario crítico a la citada Sentencia del Tribunal Constitucional señala que el Tribunal se mostró vacilante en el reconocimiento del derecho de autodeterminación del menor fundándose en su falta de madurez, a pesar que su negativa a la transfusión fue tan firme que impidió el que los médicos, con autorización judicial inclusive, pudieran realizársela. Esta autora se muestra partidaria de lo que hemos expresado en líneas anteriores sobre el derecho de autodeterminación

## **2.- LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Nuestra LORPM no contiene, sobre esta materia, mas regulación que la establecida en el art 23.3 y 26.3 ( así como en el art 2.2 apartado 2 del Rto de la LORPM )

Señala el Art. 23.3 *“El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones”.* *El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.”*

Por su parte el art 26.3 establece *“Si las diligencias propuestas por el letrado del menor afectaren a derechos fundamentales de este o de otras personas, el Ministerio Fiscal , de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de Menores conforma a lo dispuesto en el artículo 23.3 de la presente Ley, sin perjuicio de la facultad del letrado de reproducir su solicitud ante el Juez de Menores en las condiciones establecidas en el apartado 1 de este artículo”*

Ante la ausencia de regulación específica en la LORPM habrá que acudir a las normas de la LECrim sobre la práctica de estas diligencias restrictivas de derechos fundamentales de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final primera de nuestra Ley y, sobre todo, a la doctrina jurisprudencial del TS y pronunciamientos del TC sobre la materia.

La Disposición final primera de la LORPM señala :

*Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, El Código Penal y las Leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.*<sup>3</sup>

### **2.1.-SOLICITUD AL JUEZ DE MENORES**

Por lo que respecta al régimen jurídico de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales la LORPM ha establecido que su práctica requiere solicitud del Ministerio Fiscal y autorización judicial art. 23.3 y 26.3. Por su parte el reglamento de del menor en cuestiones que afectan a su esfera personal, tales como las comprendidas en el ámbito sanitario.

Por último, nosotros entendemos que la lectura que hay que hacer de la Sentencia del Tribunal Constitucional es la derivada de reconocimiento del derecho a la autodeterminación del menor en estas materias, *“siempre que tuviere la suficiente madurez personal”* en concordancia con el art. 162 del Código Civil y art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>3</sup>Hay que tener en cuenta que por la Ley 38/2002, de 24 octubre, el Título III del Libro IV de la LE Crim relativo al procedimiento abreviado pasó a ser el Título II. Pese a que en la LORPM no se ha corregido esta referencia hay que entender que el derecho supletorio es el establecido para el procedimiento abreviado y no el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

la LORPM en el art. 2.2 párrafo segundo establece que la Policía Judicial, y salvo la detención, para la práctica de alguna diligencia restrictiva de derechos fundamentales deberá interesarla del Fiscal para que este pueda solicitarla al Juez de Menores, sin que ésta pueda dirigirse, por tanto, directamente a la autoridad judicial.

Entiendo que a la hora de formular la solicitud hemos de valorar la gravedad del delito, la existencia de indicios evidentes de que con la práctica de la prueba interesada se van obtener resultados, agotar otras posibles vías de investigación...y, tratándose de la entrada y registro en domicilio, extremar la exigencia del art 552 de la Ley procesal de evitar inspecciones inútiles

La solicitud del Fiscal deberá estar debidamente motivada para que el Juez disponga de la información y argumentación necesaria para hacer una adecuada valoración sobre la idoneidad, oportunidad y proporcionalidad de acordarla. Es decir el llamado triple juicio que según reiterada jurisprudencia debe un Juez valorar a la hora de expedir auto autorizando la realización de una diligencia restrictiva de derechos fundamentales, principalmente una entrada y registro domiciliaria, es decir, debe valorarse si la medida en cuestión es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, en el sentido de que no exista otra medida para la consecución del mismo propósito con igual eficacia y menos lesiva (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficiosas ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto(juicio de proporcionalidad)

## **2.2 REFERENCIA A INICIALES PROBLEMAS TEÓRICO-PRÁCTICOS**

Ya que conforme al art 16 de la LORPM la instrucción del procedimiento se encomienda al Ministerio Fiscal y en esta materia de práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, como en muchas otras, es de aplicación supletoria la LECrim en la que la instrucción corresponde al Juez de instrucción, es lógico que se planteen problemas de interpretación normativa y disfunciones

Podemos hacer referencia en primer lugar al inciso final del art 23.3 al decir que la práctica de estas diligencias se documentará en pieza separada.

Sobre este particular se ha planteado la cuestión de si debe ser el Juez de Menores quien lleve a cabo la diligencia interesada por el Fiscal, abriendo una pieza separada para su documentación o bien será el Fiscal el encargado de su realización.

Existen al respecto opiniones divergentes,<sup>4</sup>; hay quienes entienden que las practicarán el Juez con intervención “ facultativa” del Fiscal y quienes opinan que el Juez sólo la autorizará correspondiendo su práctica al Fiscal, pues lo contrario comprometería la imparcialidad del Juez y el principio de no contaminación cuando además será normalmente el órgano de enjuiciamiento

Así POLO RODRIGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA<sup>5</sup>, consideran conveniente que el Fiscal instructor sea la autoridad que dirija personalmente la práctica de la diligencia. Si además el Art.5 de la ley 50/81 de 30 de diciembre reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal habilita para la practica de diligencias de investigación al Fiscal , y el Art. 16,1 de la ley sobre responsabilidad penal de los menores asigna al Ministerio Fiscal la instrucción por los hechos delictivos perpetrados por menores de edad, consideran que no solo es conforme a la legalidad la práctica por el Fiscal de la diligencia de entrada y registro, sino que en muchas ocasiones será lo conveniente para la mayor eficacia de la diligencia. Entienden además que conforme indica el Art. 558 de la L.E.Criminal *in fine*, que establece que el Juez en el auto de entrada y registro expresará la Autoridad o funcionario que haya de practicarla, se debe solicitar, en su caso, al Juez de Menores que el auto que dicte habilitando la diligencia refleje esta circunstancia, es decir, que el Fiscal solicitante dirigirá la diligencia, asistiéndose durante su práctica del Secretario Judicial del Juzgado de Menores o del que corresponda”.

Por su parte DOLZ LAGO señala que “ la Fiscalía no será la encargada de la práctica de la diligencia aunque, lógicamente, en calidad de instructora del expediente, podrá intervenir en ella”

Sobre este asunto, aunque la práctica generalizada es que las diligencias restrictivas de derechos fundamentales en la jurisdicción de menores son llevadas a cabo por el Juez de Menores, decir que la opción de su realización por el Fiscal de Menores topa con el obstáculo de la necesidad de presencia de fedatario judicial exigida en algunos preceptos de la LECrim, pues la opción de que el secretario del Juzgado asista al Fiscal en la misma no resulta hoy en día factible; en la hipótesis de que fuera posible

---

<sup>4</sup> Así MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO, Op citada afirma “Ahora bien, es necesario resaltar que la solicitud motivada de la Fiscalía determinará la apertura de una pieza separada por parte del Juzgado de Menores y también, a juicio del autor, la práctica de esta diligencia por el mismo Juzgado o sus medios, que se documentará en dicha pieza separada. Esta tesis viene abonada por el propio tenor literal del art. 23.3 *in fine*, el cual indica que “*La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada*”. Desde esta perspectiva, la Fiscalía no será la encargada de la práctica de la diligencia aunque, lógicamente, en calidad de instructora del expediente, podrá intervenir en ella”

Por su parte SORIANO IBAÑEZ, BENITO, en su Ponencia “ La fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad” postula “ Una vez obtenida la autorización, la práctica de la diligencia de investigación corresponde al Ministerio Fiscal, con las garantías establecidas en los artículos de desarrollo de cada una de las diligencias en la Ley rituarial, aplicables de forma supletoria al proceso de Menores según la Disposición Final Primera de la LO 5/2000. En este sentido el texto legal da lugar a confusión ya que dice que el “Ministerio Fiscal no puede practicar”. Lo que le está vedado al Ministerio Fiscal es actuar de propia autoridad para realizar una diligencia restrictiva de derechos fundamentales, debiendo obtener la autorización judicial. Una vez que tiene esta la práctica, salvo exigencias legales, debe ser tramitada por el Ministerio Fiscal, debiendo abstenerse el juez en su realización material, ya que ello le implicaría en la instrucción, y podría comprometer su imparcialidad”.

<sup>5</sup> POLO RODRIGUEZ, JOSE JAVIER Y HUÉLAMO BUENDÍA, ANTONIO JESÚS, La nueva Ley Penal del menor. Edt Colex, 3ª edición



entiendo que ningún otro inconveniente podría obstaculizar su realización por el Fiscal instructor

Enlazado con esto se plantea el problema de la posible contaminación del Juez de Menores que autoriza la práctica de estas diligencias y además va posteriormente a enjuiciar. A este respecto, y teniendo en cuenta una consolidada doctrina jurisprudencial, podemos afirmar que el Juez de Menores que será recusable de conformidad con el art 219.11 de la LOPJ (..haber participado en la instrucción de la causa..) si “en la práctica de la diligencia restrictiva del derecho fundamental hubiere abandonado una posición neutra adoptando decisiones que suponga una participación en la instrucción de la causa, con pérdida de su imparcialidad objetiva”. Es decir cuando desarrolle una actividad instructora que no sea puntual, episódica.. sino que suponga un contacto con el procedimiento, trascendental y relevante. Estas exigencias deberán ser examinadas caso por caso

Otro problema a apuntar es el relativo a los casos de doble jurisdicción y secreto del expediente cuando se trata de diligencias restrictivas de derechos fundamentales en las que sea necesaria esta declaración para su adecuada realización ( intervenciones telefónicas..).

Sobre esta materia decir que en las conclusiones de Fiscales delegados de menores celebradas en Alcalá de Henares los días 25 y 26 octubre de 2010 se hace referencia a este problema, estableciéndose que es necesaria una coordinación entre los juzgados de instrucción y las fiscalías de menores. Así se dice textualmente: “ Doble jurisdicción y secreto: En aquellas causas en que estén implicados mayores y menores de edad será precisa también una especial coordinación en este punto, a través de la Fiscalía provincial, de los distintos órganos jurisdiccionales, a fin de evitar que en una causa pueda estar declarado el secreto y en otra no, o se alce en una antes que en la otra, con el consiguiente riesgo de filtraciones y de difusión del contenido de las diligencias de intervención acordadas.

### **3.- LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO.**

#### **3.1.- MARCO NORMATIVO .**

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se recoge en el art. 18 CE. en su apartado 2º *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*

La regulación de estas diligencias en la LECrim viene recogida en los arts 545 y ss. Sin entrar en el estudio de estos preceptos vamos a tratar únicamente aquellos aspectos que pueden presentar problemas en su aplicación al proceso penal de menores

#### **3.2 PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

La inviolabilidad de domicilio prevista en el art. 18.2 CE tiene como excepciones el consentimiento del titular, la resolución judicial o el delito flagrante.

En relación a la primera de las excepciones son muchos los problemas que se ha planteado la Jurisprudencia sobre el consentimiento

Para empezar en cuanto a los requisitos que deben concurrir para que se considere válido el consentimiento autorizante del registro podemos sintetizarlos en los siguientes:

- Otorgado por persona capaz
- Otorgado consciente y libremente. Lo que exige que no haya sido prestado por error, violencia o intimidación ni bajo promesas. Además en caso de detenidos se exige que lo preste a presencia letrada
- Oralmente o por escrito pero deberá reflejarse documentalmente
- Expreso o presunto a tenor del art 551 de la LECrim pero este precepto la jurisprudencia lo interpreta de forma restrictiva y exige que los actos sean inequívocos y que se preste en condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias

La STS nº 443/2007, de 12 noviembre , resumiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda, expresa:

*Dicho en palabras de esta Sala, “...el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental” (cfr SSTS 628/2002, 12 de abril, 1061/1999, 29 de junio y 340/1997, 7 de marzo)”*

Sobre quien ha de prestar el consentimiento la doctrina jurisprudencial considera que ha de prestarlo el titular, sin exigir que sea el titular dominial, o cualquiera de los titulares; admite la validez del consentimiento de cualquiera de los moradores para la entrada y registro domiciliario, en el caso de domicilios compartidos, siempre y cuando no existan **intereses contrapuestos entre ellos**.

Podrá el menor, por tanto, prestar dicho consentimiento o cualquiera de sus representantes legales en cuanto moradores del domicilio

Así, lo normal en los procesos penales de menores es que nos encontremos ante domicilios compartidos entre el menor y sus representantes legales y estos sean los titulares de dichos domicilios por lo que , teniendo en cuenta esta apuntada doctrina jurisprudencial, será válido el consentimiento de los representantes legales moradores convivientes, o de cualquiera de ellos, si no existen intereses contrarios al menor. ( p.ej denuncias por violencia intrafamiliar )

Ya hemos apuntado en cuanto a la presencia letrada en la prestación del consentimiento que la jurisprudencia la circunscribe a detenidos pero en caso de menores y teniendo en cuenta que el art 22.b) establece el derecho del menor de designar abogado que le defienda, desde la incoación del Expediente, entendemos que ésta será necesaria si ya se ha incoado un Expediente de reforma pero no en fase de Diligencias Preliminares, salvo que se encontrara detenido.

Piénsese que en un supuesto de investigación en Diligencias Preliminares, en las que el menor no se encuentre detenido, el factor sorpresa en la entrada y registro domiciliario debe valorarse, siendo posible que el menor preste voluntariamente su consentimiento, con lo cual podrá practicarse la diligencia sin necesidad de autorización judicial y con plenos efectos probatorios.<sup>6</sup>

Apuntar un último supuesto problemático y es aquel que suponga que el registro conlleva el de papeles, documentos, ordenador personal,... privados del menor. En estos casos podemos entender que el consentimiento de sus representantes legales sin contradicción de intereses será válido pero al referirse el registro a objetos privados del menor parece más adecuado obtener el consentimiento también de este que está plenamente capacitado para prestarlo.

El Borrador de Código Procesal Penal, sobre la prestación del consentimiento, establece en su art 337.2 que “ No será válido el consentimiento prestado por personas menores de edad o por quienes no puedan valorar correctamente la trascendencia de sus actos”.

### **3.3 PRESENCIA DEL INTERESADO**

El art. 569 LECrim establece que *“El registro se hará en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará en presencia de un individuo de su familia, mayor de edad. Si no lo hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo...”*

La jurisprudencia ha interpretado el concepto de interesado como el titular del derecho a la intimidad.

Sobre el concepto de interesado la STS 345/2010 de 20 de abril dice:

*.....El problema se circunscribe a dilucidar el alcance del vocablo "interesado" que aparece en el art. 569 L.E.Cr., donde se establece imperativamente que "el registro se hará a presencia del interesado ...." y su incidencia en el ámbito del derecho a la intimidad y a la defensa mencionados.*

*La reciente sentencia de esta Sala nº 51/2009, de 27 de enero explica que la jurisprudencia, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, ha entendido en numerosas ocasiones que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la LECrim es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores. Así se desprende de la STC 22/2003, aunque se tratara en ese caso de la validez del consentimiento prestado por uno de ellos. Naturalmente esta consideración se hace sin perjuicio de que el imputado, o imputados vean afectado su derecho a la contradicción si el registro se efectúa sin su presencia y su resultado es después utilizado como prueba de cargo. En este sentido, en la STS nº 154/2008, de 8 de abril, se decía que el artículo 569 de la LECrim “dispone que el registro se hará a presencia del interesado. Desde el punto de vista del derecho*

---

<sup>6</sup> DOLTZ LAGO, MANUEL JESÚS, Ob cit

*a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo su presencia como condición de validez de la diligencia. Al mismo que se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento, pues resultaría insostenible que pudiera practicarse válidamente el registro de un domicilio con el consentimiento del imputado no morador de aquél. Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS núm. 1009/2006, de 18 de octubre. De no ser así, es decir, si, siendo posible, no está presente el interesado, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de su resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no se presenten conflictos de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno (STS núm. 698/2002, de 17 de abril) para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica. Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS núm. 352/2006, de 15 de marzo), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre)”.*

*En este mismo sentido, respecto de la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro a efectos de respetar el principio de contradicción cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, se decía en la STC nº 219/2006 que “Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6)”.*

Así pues será necesaria la presencia del interesado menor de edad o, en su defecto, de su representante legal

### **3.4.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

En defecto de consentimiento habrá que acudir a solicitar autorización judicial y a los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para adoptar esta diligencia, a saber, resolución judicial motivada y que obedezca a los principios de proporcionalidad, subsidiaridad o necesidad y especialidad y a los exigidos para su práctica válida, entendemos se han de sumar algunos otros en la Jurisdicción de Menores:

1.- Entiendo que la petición que se formule al Juez de Menores deberá estar, igualmente, debidamente motivada, como decíamos antes sobre cualquier solicitud que realicemos que afecte a derechos fundamentales y habrá que indicar al Juez de Menores el delito o delitos que estamos investigando aún cuando es posible que en el curso de la investigación se añadan nuevos delitos a investigar, o se produzca una modificación de los originarios recogidos en el Decreto de incoación del expediente<sup>7</sup>

2.- Para quienes entienden que el Fiscal podrá practicar por sí mismo esta diligencia, será preciso que en el auto el Juez de Menores especifique que la misma va a ser realizada por el Fiscal de conformidad con el art 558 de la LECrim

3.- Y de acuerdo con las conclusiones de las Jornadas de delegados de Menores celebradas en Alcalá de Henares los días 25 y 26 de octubre de 2012 si el registro conlleva el del ordenador personal del menor, que se autorice expresamente en el auto. Se determina textualmente en las citadas conclusiones:

*16ª. Al objeto de soslayar incertidumbres y eventuales nulidades, cuando se trate de examinar discos duros de ordenador- y no obstante la doctrina del TC diferenciando entre secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad-en aras e favorecer al máximo la garantía de los derechos fundamentales afectados, se procurará en la petición al Juzgado solicitar que autorice al tiempo tanto la entrada en el domicilio, como la intervención del ordenador y el ulterior volcado del disco duro”*

Sin embargo y sobre este particular la Circular 1/2013 establece que “*la apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones y no es en todo caso imprescindible la autorización judicial, a salvo, el acceso a correos electrónicos.*”

*Los documentos no integrados en un proceso de comunicación y almacenados en archivos informáticos bien en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, tendrían la consideración de simples documentos y, por tanto, sólo resultarían, en su caso protegidos por el derecho a la intimidad (STS nº 782/2007, de 3 de octubre). Por ello los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden, sin autorización judicial, intervenir un soporte magnético o electrónico, como, por ejemplo, la lectura de un disco duro, aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, si se aprecian razones de urgencia y se persigue un interés constitucionalmente legítimo con base en la habilitación legal para dicha actuación*

---

<sup>7</sup> POLO RODRIGUEZ Y HUELAMO BUENDÍA, La nueva ley penal del menor, ed Colex, op cit

reconocida en los arts. 282 LECrim y 11.1 LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y 547 LOPJ. En este sentido, vid. STC n°173/2011, de 7 de noviembre, en relación con la investigación de un delito de pornografía infantil.

*Esta doctrina sería también aplicable a las unidades de almacenamiento externo, PDA y asimilados”.*

#### **4.-LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES POSTALES, TELEGRÁFICAS Y TELEFÓNICAS.**

##### **4.1.- MARCO NORMATIVO.**

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se recoge en el art. 18.3 CE. *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”* y en su apartado 4º que establece que *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*. Y por su parte la LECrim le dedica los arts 579 a 588( actual redacción por LO4/1988 de 25 de mayo)

##### **4.2 .- DETENCIÓN Y APERTURA DE CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES**

En relación a la detención y posterior apertura de correspondencia postal y/o telegráfica, las especialidades vienen determinadas en relación a dos aspectos: la prestación de consentimiento y la práctica de la misma

En cuanto a la prestación del consentimiento, podrá darlo el menor por tener capacidad para ello y, en defecto de consentimiento del menor, habrá de instarse autorización judicial

Por lo que respecta a la práctica de la misma POLO RODRÍGUEZ, J. y HUÉLAMO BUENDÍA, A<sup>8</sup>, señalan que el juego de los arts. 579 y 584 LECrim obligará a citar para la apertura de la correspondencia al menor, en concepto de interesado, y a sus representantes legales, siendo necesaria esta presencia en virtud de la STS 20-3-96 incluso aún cuando se haya decretado el secreto del expediente en virtud del art. 24 LORPM.

Sin embargo, otros autores entienden <sup>9</sup> *“que sólo es necesaria la presencia del menor, que es el interesado al que se refiere el art. 584 LECrim, no siendo preceptiva la de sus representantes legales. También cabe precisar que la STS –2ª- 1248/1996, de 20 marzo, citada anteriormente, recuerda que la propia legislación en sus art. 584 y 585 admite excepciones legales a esta presencia del interesado, ya que cabe ser suplida por la de persona que éste designe o en caso de que no quiera estar presente permite al Juez proceder a dicha apertura”*.

---

<sup>8</sup> La nueva Ley Penal del Menor, 3ª ed actualizada, editorial Colex.

<sup>9</sup> DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS, oc cit

Y sobre la autoridad competente para su realización, según los autores citados anteriormente, y como anteriormente apuntábamos, la realizará el fiscal instructor en presencia del secretario judicial. Otros entienden que corresponde al juez de menores en la pieza separada que incoe para la autorización de la diligencia solicitada por el fiscal.

### 4.3. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

#### 4.3.1. CONSIDERACIONES GENÉRICAS

La escueta regulación que sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas se contiene en el art 579 de la LECRim ha dado lugar a una extensísima doctrina jurisprudencial que emana tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, poniendo este último de manifiesto en algunas resoluciones las insuficiencias de nuestra regulación legal ( vg SSTEDH de 18 de febrero de 2003 Bugallo contra España) .

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TS es de sobra conocido que es a partir del famoso Auto TS de 18 de junio de 1992, conocido como el Auto del “Caso Naseiro”, cuando empiezan a perfilarse las exigencias, cautelas, requisitos...necesarios para la validez, a efectos probatorios, de esta diligencia restrictiva de derecho fundamental.

No se va a entrar en su estudio y análisis de los mismos por ser de sobra conocido por todos y además porque lo que interesa a efectos de este trabajo son las especialidades en el proceso penal de menores, no obstante a modo de resumen podemos hacer las siguientes consideraciones:

1.- En primer lugar será precisa la declaración del secreto del sumario

La sentencia del TS de 4-11-94 señala *“la intervención telefónica debe acompañarse de la declaración de secreto para el procedimiento”* y la STS de 11-10-96 establece que *“sería absurdo avisar a alguien de que se le va a intervenir su teléfono”*.

2.- Los requisitos de esta diligencia son a “grosso modo” los siguientes<sup>10</sup>

1.- Motivación del auto dictado por el Juez

2.-Salvaguarda del principio de proporcionalidad

3.- Debe hacerse efectivo el principio de subsidiariedad/ necesidad de tal modo que no existan otros medios mediante los cuales se puede obtener la información que probablemente se obtendría con la intervención telefónica.

4.- Principio de especialidad que supone la proscripción de autorizaciones genéricas

---

<sup>10</sup> Enumeración de requisitos realizada siguiendo a los autores *Rives, Marchena, del Moral, Moreno y Lanzarote* en el libro *“La prueba en el proceso penal”*, 4ª edición de la editorial Aranzadi.

## 5.- Control judicial de la diligencia y sus resultados

## 6.-Establecimiento de límites temporales a la medida

3.- Y en tercer lugar hay que hacer mención a la validez de la interceptación de las comunicaciones mediante SITEL ( Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones ) y el posterior volcado de la intervención en CDs o DVDs <sup>11</sup>

El TS en numerosas Sentencias ha considerado fiable el modo de proceder de SITEL (STS nº 554/2012, de 4 de julio, 573/2012, de 28 de junio), ha señalado que es prácticamente imposible su manipulación por su alta seguridad (STS nº 410/2012, de 17 de mayo), y es legítima la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por este sistema (STS 15 de julio, 293/2011 de 14 de abril, 565/2011 de 6 de junio). Exige además el TS la destrucción de los originales y las copias en la ejecución de la Sentencia firme

Sobre el segundo de los aspectos citados podemos hacer referencia<sup>12</sup> “a la polémica jurisprudencial sobre la reproducción del resultado de la intervención ante el Juzgado e incorporación al proceso mediante DVDs, dado que en la STS –2ª- 1215/2009, de 30 diciembre, se ha emitido un voto particular sobre esta cuestión, dudando de la autenticidad de dichos volcados informáticos.

Como antecedente, hay que decir que en el informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo de fecha 19 mayo 2009 recaído en el recurso de casación nº 1/407/09<sup>13</sup>, sobre esta materia, se decía:

*“Por lo que respecta a la doctrina constitucional y de esa Excma. Sala acerca de las intervenciones telefónicas, uno de cuyos resúmenes más actualizados se encuentra en la STS -2ª- 610/2007, de 28/05/2007, hay que destacar que a la vista del art. 18.3 CE, que garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, el control judicial de la intervención se erige como uno de los requisitos básicos de su validez, junto con la motivación de la resolución que autoriza la intervención, el principio de proporcionalidad, el principio de subsidiariedad y necesidad, el principio de especialidad, la competencia y la determinación de la medidas y sus límites. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de esa Excma. Sala ha recordado con reiteración que el control judicial en materia de intervenciones telefónicas se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (cfr. SSTC 49/1996, de 26 marzo y 121/1998, de 15 junio).*

*Ahora bien, a los efectos del punto concreto que nos ocupa, según la jurisprudencia basada en el sistema analógico de intervención telefónica, se consideraba la entrega original de las cintas al Juzgado autorizante de la injerencia como un elemento del control judicial de la intervención más a efectos probatorios y del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que a los*

<sup>11</sup> Sobre SITEL el autor anteriormente citado y en la ponencia referenciada hace un magnífico estudio técnico y jurisprudencial. Al respecto puede consultarse igualmente al Circular 1/2013 de la FGE sobre intervenciones telefónicas

<sup>12</sup> DOLZ LAGO, MANUEL, op cit

<sup>13</sup> Desestimado por STS -2ª- 1114/09, de 12 noviembre (Garcedo), conforme al criterio de la Fiscalía. Nota en la cit obra



*efectos del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, el cual queda salvaguardado principalmente por el control judicial en la ejecución de la intervención y no de su resultado.*

*En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que “todo lo referente a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia” (SSTC 49/1999, de 5 abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 236/1999, de 20 diciembre; 126/2000, de 16 mayo; 14/2001, de 29 de enero; 202/2001, de 15 octubre y STC 167/2002 (Pleno), de 18 septiembre).*

*La entrega de las cintas originales no se ha considerado necesaria para acordar la prórroga de los autos iniciales de intervención, sin que esa falta de entrega afecte al derecho al secreto de comunicaciones (cfr. STC 82/2002, de 22 abril y SSTS -2ª- 6 noviembre 2000, 20 marzo 2003, 10 noviembre 2001, 22 abril 2002, 19 septiembre 2003, 14 noviembre 2003, 11 diciembre 2003, 1213/2004, de 28 octubre, 1186/2006, de 1 diciembre, 1209/2006, de 5 diciembre, 265/2007, de 9 abril y 487/2007, de 29 mayo), aunque sí es necesaria para que puedan ser valoradas a efectos probatorios (STS -2ª- 19 julio 2001).*

*En esta línea, la STS -2ª- 610/2007, de 28/05/2007 ya referida indica:*

*“ Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, **lo que se traduce en la remisión de las cintas íntegras y en original al Juzgado**, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea esta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes (...).*

*(...)*

*En conclusión, el sistema SITEL refuerza las garantías del ciudadano ya que opera automáticamente sin intervención humana, una vez acordada judicialmente la intervención telefónica, y emite un CD con el archivo sonoro intervenido certificado digitalmente por una entidad independiente a la propia Policía (cfr. Ley 59/2003, de 19 diciembre, de firma electrónica), con independencia de que ésta no actúe en un espacio autónomo una vez integrada tanto constitucional (art. 126 CE) como legalmente (art. art. 11.1 L.O. 2/1986, art. 550.1 LOPJ, arts. 282 a 298 LECrim y RD 769/1987, de 19 junio) en el sistema penal de persecución de los delitos, bajo el debido control judicial y del Ministerio Fiscal.*

*Asimismo la STS -2ª- 1215/2009, de 30 diciembre (Martín Pallín), en la misma línea que la expresada en el informe anteriormente reproducido de forma parcial,*

sostiene que los CD/DVD en los que se vuelcan los datos del sistema central de grabación se presumen auténticos y su posible manipulación es un problema de prueba pericial contradictoria.

El voto particular discrepante, emitido por el Excmo Sr D. Manuel Marchena Gómez al que antes se aludía sostiene, sin embargo, que no está garantizada la autenticidad de los CDs/DVDs entregados en el Juzgado.”

Hacer mención a que borrador de Código Procesal Penal que actualmente todos tenemos encima de la mesa contiene una regulación específica de esta materia en los arts 294 y ss que recoge los principios que aquí hemos enunciado de necesidad, proporcionalidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad..., limita su operatividad a determinados delitos (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación); regula específicamente cómo se ha de realizar y controlar por el Fiscal instructor y concreta los términos que debe contener la solicitud de este, y esto, en la Jurisdicción de menores puede, desde ya, servirnos a nosotros, como Fiscales de Menores instructores, para acomodar nuestras peticiones a estos requisitos; señala el borrador que deberá tener el siguiente contenido:

- 1º. La descripción del hecho objeto de investigación, la identidad del encausado y de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos;
- 2º. El número de abonado o del terminal objeto de la intervención o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate;
- 3º. La extensión de la medida con especificación de su contenido;
- 4º. La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención
- 5º. La forma de ejecución de la medida, incluyendo el procedimiento técnico aplicable;
- 6º. La duración de la medida que se solicita.

Y sobre lo que antes comentábamos en relación a las opiniones doctrinales sobre la pieza separada, si se ha de llevar en el Juzgado o en la Fiscalía el borrador señala en el art 297.4 lo siguiente:

*- La solicitud del Fiscal y todas las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada, se sustanciarán en una pieza separada y secreta.*

Igualmente se regula el contenido del auto judicial, el deber de colaboración de operadoras y prestadores del servicio de telecomunicaciones, la duración y prórrogas, la necesidad de que se practique en secreto y además sin necesidad de declaración expresa de secreto de la causa<sup>14</sup>. Sobre el control de la ejecución de la medida, el borrador recoge la opinión mayoritaria de la doctrina jurisprudencial del TS estableciendo la forma de las transcripciones, la custodia de los soportes digitales, etc<sup>15</sup>. También se

---

<sup>14</sup> **Borrador Código Procesal Penal Artículo 304.- Secreto**

Las intervenciones de comunicaciones se practicarán en secreto, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

<sup>15</sup> **Borrador Código Procesal Penal Artículo 301.- Control de la medida**

1.- La Policía Judicial pondrá a disposición del Fiscal, con la periodicidad que por éste se determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que se considere de interés y las grabaciones

regula su examen por las partes una vez alzado el secreto, la destrucción de las grabaciones, etc

#### 4.3.2.- ESPECIALIDADES EN MENORES

Podemos hacer referencia a los siguientes aspectos:

A.- Tal y como establece la FGE en la Circular 1/2000 la intervención de comunicaciones exigirá la simultánea declaración judicial de secreto instructorio por lo que procede que los Fiscales soliciten dicha declaración en el mismo escrito en que insten del Juez la adopción de la diligencia restrictiva de derechos

B.- Es posible que el teléfono intervenido no sea titularidad del menor sino el de sus representantes legales. En este caso, debe expresarse claramente que se pretende la interceptación de las comunicaciones del menor, pese a no ser el titular del terminal o la línea y que en el auto judicial conste este extremo

C.- La autorización judicial deberá darla el Juzgado de Menores. Apuntan sobre este particular DE LA ROSA CORTINA Y DE URBANO CASTRILLO <sup>16</sup> una sentencia en la que se declaró la nulidad de las escuchas acordadas por un Juez de Instrucción una vez que ya constaba en la causa la minoría de edad del imputado. Logicamente salvo que el Juez de Instrucción esté actuando como Juez de Menores durante el servicio de guardia

#### D.- Control judicial de la intervención

Una vez autorizada la intervención habrá que plantearse, como en el caso de las diligencias anteriormente analizadas, si corresponde al Juez de menores el seguimiento y control de la intervención acordada o por el contrario, esta tarea será asumida por el Fiscal instructor .

La STC 9/2011 de 28 de febrero de 2011, entre otras, señala que el control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las mismas....de donde parece deducirse que el seguimiento y control debe corresponder a un órgano judicial .

El TS, por su parte<sup>17</sup>, ha reiterado que las deficiencias en el control o en la incorporación de las escuchas pueden incidir en el derecho al secreto de

---

íntegras realizadas, indicando el origen y destino de cada una de ellas y asegurando, mediante cualquier sistema de sellado o firma electrónica, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

2.- Se conservarán por el Fiscal las grabaciones íntegras, cualquiera que sea el sistema de grabación utilizado, hasta el momento de su destrucción conforme a lo previsto en el artículo 308.

3.- El Fiscal informará al Tribunal de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que por aquél se determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

<sup>16</sup>15.- En su obra "La responsabilidad Penal de los Menores" Ed Thomson Aranzadi "La sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 3ª, núm. 9/2005, de 27 enero, declara la nulidad de una intervención telefónica acordada por un Juzgado de Instrucción en relación con una persona investigada sobre la que ya constaba su minoría de edad, por vulnerarse el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE).

comunicaciones, máxime cuando se acuerda una prórroga o una nueva intervención; *“que no puede equipararse control judicial con audición y transcripción previa de todas las grabaciones por parte del Juez ya que control judicial no significa inmediata audición de todas las grabaciones por el titular del juzgado y que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales*

*No puede confundirse control judicial con una inexistente necesidad de que el Instructor antes de proceder a la prórroga de una intervención oiga directamente o cuente con la transcripción literal averada por el fedatario judicial de las escuchas. Para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone esa audición: basta con que el Instructor haya podido valorar con examen del informe policial los resultados de las escuchas hasta ese momento practicadas. El control judicial imprescindible para que la intervención sea respetuosa con el art. 18.3 de la Constitución no exige que la autoridad judicial antes de acordar cada prórroga tenga un conocimiento exhaustivo de todas y cada una de las conversaciones y que éstas hayan sido transcritas y averadas mediante la fe judicial. Es suficiente con que conozca las vicisitudes de las intervenciones en sus datos esenciales y no en todos y cada uno de sus pormenores. Los informes de quienes están materialmente realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin, por estar siempre abierta la facultad del instructor de a la vista de tales informes exigir nuevas explicaciones o concreciones”.*

Para la mayoría de la doctrina, hoy en día el seguimiento y control debe corresponder al Juez de Menores, así además resulta ser la práctica forense en los Juzgados y Fiscalías de Menores, si bien opino que resulta imprescindible el seguimiento simultáneo por parte del Fiscal instructor ya que nos será imprescindible conocer con exactitud el resultado de las mismas para poder, en su caso, a solicitar la oportuna prórroga o prórrogas.

Para algunos autores<sup>18</sup> y como apuntábamos anteriormente, el control judicial “en el procedimiento de menores, conllevaría un importante problema procesal, ya que se pondrá en tela de juicio la imparcialidad del Juez de Menores que decreta la práctica de la diligencia. Esto es así, ya que, si en las anteriores diligencias restrictivas de los derechos fundamentales del menor, sostenemos que una vez obtenida la correspondiente licencia judicial para su práctica, el Fiscal instructor puede encargarse perfectamente de la práctica material de la diligencia (Ej. entrada y registro en lugar cerrado), en este supuesto y, por aplicación de la propia doctrina jurisprudencial, esto no será posible, de tal modo que deberá ser el propio Juez de Menores el que se encargue de controlar las escuchas, de decidir si se produce una prórroga o cese de las mismas, de la transcripción ante el Secretario judicial del contenido de las cintas, etc.

---

<sup>17</sup> Por todas Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-7-2012, nº 658/2012, rec. 10236/2012. Pte: Moral García, Antonio del

<sup>18</sup> POLO RODRIGUEZ Y HUELAMO BUENDÍA, ob cit

Ello implicará que el Juez de menores tome parte activa en la fase de instrucción y este de modo relevante en contacto con el contenido de la misma, practicando directamente diligencias en averiguación del hecho o de la participación del menor en el mismo y, por tanto, que se pueda producir su efectiva “contaminación procesal”, de forma que probablemente tengamos que formular recusación contra el juez de menores a quien hemos solicitado la intervención telefónica, para que sea sustituido por otro Juez en la fase de audiencia del procedimiento”.

#### 4.3.3. OBTENCIÓN DE IMEI O IMSI DE MÓVILES E IP DE INTERNET

La obtención del IMSI (Internacional Mobile Subscriber Identity), IMEI o IP por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no precisan autorización judicial.<sup>19</sup>, puede la propia policía obtenerlos por sí misma y por sus medios técnicos<sup>20</sup>

Sin embargo, no puede la Policía solicitar tal información de las operadoras. La Ley 25/2007, de 18 de octubre, *de Conservación de Datos de las Comunicaciones Electrónicas*, incluye en el art. 3.1 dentro de su ámbito de aplicación los datos IMSI e IMEI para cuya cesión resulta exigible autorización judicial, no porque se integren dentro del arco protector del secreto de las comunicaciones sino porque la Ley citada lo exige

Así se acordó en la conclusión 4ª de las Conclusiones de las Jornadas de Delegados de Menores de 2011 que textualmente dice:

*4º.- Los IPS de Internet (Internet Protocols) y los IMSI o IMEI de telefonía móvil ( claves de identidad internacional del abonado o del terminal telefónico o soporte de tarjetas), al no identificar usuarios ni números de teléfono, no precisan autorización judicial para obtenerlos, que sí será necesaria para la averiguación de los datos del titular de la línea o abonado”*

Se acoge así la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la STS 249/2008, de 20 de mayo que estima su validez como diligencia de investigación<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Para los legos en la materia, como quien que suscribe el presente trabajo, podemos decir que IMEI es el DNI del teléfono, IMSI el DNI de la tarjeta SIM ( son números de identificación en la red de telefonía móvil GSM) e IP es una dirección de conexión a Internet. Los móviles, tablets, ordenadores cuando están conectados a la red tienen dirección IP

<sup>20</sup> En el borrador de CPP la Policía necesita autorización del Fiscal para los SIM o IMSI, no así para obtener los IP. Para acceder a contenido de móviles, ordenadores....,o cualquier instrumento que almacene información digital se precisa autorización judicial

<sup>21</sup> Se hacen en esta interesante STS algunas consideraciones sobre el tema

*La determinación de si ha existido o no la vulneración constitucional que denuncia el recurrente, impone hacer algunas consideraciones previas que nos permitirán definir el verdadero significado del IMSI, sus características técnicas y su funcionalidad en el marco de las comunicaciones telefónicas. Sólo así estaremos en condiciones de delimitar el régimen jurídico de su captación y subsiguiente incorporación al proceso penal.*

A) *El término IMSI es el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular.*

(....)

En definitiva, la jurisprudencia admite la práctica policial de obtención del IMSI sin autorización judicial, sin embargo, se exige autorización judicial para que las operadoras puedan dar el número de teléfono asociado a ese IMSI o IMEI y la identificación de los titulares.

Deberá por tanto el Fiscal solicitar al Juez de Menores, en los casos que proceda y se estimen pertinentes, la preceptiva autorización judicial

---

*En consecuencia, a falta de autorización judicial, cualquier forma de interceptación del contenido de la comunicación verificada por telefonía móvil, incluida su modalidad de tarjeta prepago, determinaría una flagrante vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 de la CE, con la inevitable consecuencia de la nulidad probatoria sancionada por el art. 11 de la LOPJ.*

*En el presente caso, todas las conversaciones intervenidas lo fueron en virtud de autorización judicial. No sucedió lo propio con la captación del IMSI, obtenido por los agentes de la Guardia Civil mediante la utilización de un escáner en las proximidades del usuario. Una vez lograda aquella serie alfanumérica, se instó de los respectivos operadores -ahora sí, con autorización judicial- la identificación de los números de teléfono que se correspondían con esos IMSI y su consiguiente intervención.*

*B) A partir de esos datos, resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional, tomando como inspiración la STEDH de 2 agosto de 1982 -Caso Malone-, ha venido insistiendo en que la protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar, ya sea la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los elementos externos del proceso de comunicación (cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 137/2002, de 3 de junio; 281/2006, 9 de octubre. También, SSTS 1231/2003, 25 de septiembre y 1219/2004, 10 de diciembre ).*

*La clave interpretativa ofrecida por la jurisprudencia del TEDH ha resultado decisiva para afianzar el espacio de exclusión del secreto de las comunicaciones, extendiendo su ámbito a esos otros datos externos que no tienen por qué trascender a terceros ajenos al proceso de comunicación.*

*(.....)Cuanto antecede advierte que el concepto de datos externos manejado por el TEDH en la tantas veces invocada sentencia del Caso Malone, ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución "datos de tráfico", en cuyo ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea(....)*

*C) Conforme a esta idea, la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más, como pretende el recurrente, una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. No es objeto del presente recurso discernir, entre todos los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica, cuáles de aquéllos merecen la protección reforzada que se dispensa en el art. 18.3 de la CE. En principio, ese carácter habría de predicarse, actualizando la pauta interpretativa ofrecida por el TEDH, de los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada. Y la información albergada en la serie IMSI, desde luego, no participa de ninguna de esas características. (...)*

*D) Es evidente, sin embargo, que la negación del carácter de dato integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, no implica su irrelevancia constitucional. La información*

#### 4.3.4 CONSULTA DE LA AGENDA DE UN MÓVIL

La jurisprudencia admite su validez sin necesidad de autorización judicial al no afectar al derecho al secreto de las comunicaciones.

La reciente STS de 2 de julio de 2012 establece *Lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 18.1 y 18.3 CE no es el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada ni el hecho, de que la agenda sea una aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede*

#### 4.3.5. ACCESO AL LISTADO DE LLAMADAS DE UN MÓVIL

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 230/2007, de 5 de noviembre, exigió autorización judicial para el conocimiento del listado de llamadas de un móvil, al

---

*incorporada a la numeración IMSI es, sin duda alguna, un dato, en los términos de la legislación llamada a proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (art. 18.4 de la CE). Y es que, por más que esa clave alfanumérica, por sí sola, no revele sino una sucesión de números que ha de ser completada con otros datos en poder del operador de telefonía, su tratamiento automatizado haría posible un significativo nivel de injerencia en la privacidad del interesado. Que la numeración del IMSI encierra un dato de carácter personal es conclusión que se obtiene por la lectura del art. 3.a) de la LO 15/1999, 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con arreglo al cual, dato personal es "...cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".*

*Admitido que esa numeración IMSI es integrable en el concepto de dato personal, por cuanto que mediante su tratamiento automatizado y su interrelación con otros datos en poder del operador puede llegar a obtenerse, entre otros datos, la identidad del comunicante, obligado resulta precisar el régimen jurídico de su cesión y, sobre todo, el de su aprehensión mediante acceso.*

(...)

*E) Sea como fuere, la entrada en vigor de la Ley 25/2007, 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones -dictada para la transposición de la Directiva 2006/24 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo -, obliga a un replanteamiento de buena parte de las posiciones doctrinales e institucionales que habían relativizado, en determinados casos, la exigencia de autorización judicial para la cesión de tales datos.*

F) (...)

*G.- Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI -también en los casos de telefonía móvil mediante tarjeta prepago-, hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato -no su cesión- puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa.*

*(...)Hecha la anterior precisión, está fuera de dudas que el IMSI, por sí solo, no es susceptible de ser incluido en alguna de esas dos categorías. Ni es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos.*

*(...) En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia.*

aplicar la doctrina del TEDH expresada en el *caso Malone* sobre la extensión del secreto de las comunicaciones no sólo a su contenido sino también a sus datos asociados

De esta doctrina se ha hecho eco el TS en numerosas Sentencias determinando que *“la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE.”*<sup>22</sup>

#### 4.3.6. ACCESO A LOS SMS, CORREOS ELECTRÓNICOS, MENSAJES VÍA MESSENGER, CHATS, ETC

El TS ( STS 51/2010, de 5 febrero ) ha declarado nulo el acceso a los SMS de un móvil sin autorización judicial

*“Pero lo cierto es que tiene razón el recurrente, pues tanto el Tribunal Constitucional (STC 123/2002) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Copland, han entendido que los datos registrados durante un proceso de comunicación, como propios del mismo, permanecen protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque se tomen en consideración una vez finalizado el proceso comunicativo (SSTS 156/2008, 8 de abril, 952/2009, 30 de septiembre y 1273/2009, de 17 diciembre). De ahí que la toma de conocimiento sólo podría tener lugar mediando autorización judicial, que aquí no se ha dado”.*

Esta declaración puede suponer poner fin a la doctrina jurisprudencial que distingue entre mensajes en proceso de comunicación y mensajes ya finalizados, los primeros protegidos por el derecho al secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE) y los segundos por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), necesitados los primeros de autorización judicial y no así los segundo.

No obstante el consentimiento del titular del derecho haría innecesaria la autorización judicial tanto para el acceso a los sms como a los correos electrónicos o las comunicaciones a través de chats, messengers, etc. Sería imprescindible el consentimiento del menor y no el de sus representantes legales no leído y correo ya leído), razones de prudencia deben llevar a solicitar la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico

A los correos electrónicos, mensajes a través de chats, Messenger, etc <sup>23</sup>, resulta aplicable toda esta teoría

---

<sup>22</sup> Por todas STS 513/2010 de 2 de junio

<sup>23</sup> SAP Barcelona, sec. 3ª, de 5 de noviembre de 2009, rec. 168/2009.

*“Como primer motivo de impugnación se alega vulneración del secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18 de la Constitución. Sostiene la Defensa que no pueden ser tenidas en cuenta las conversaciones del Chat “MESSENGER” a través de la cuenta de correo por cuanto el auto del Juzgado de Menores de fecha 4 de noviembre de 2008 se autorizó el volcado del disco duro del ordenador del menor S y abrir “sus correos electrónicos”, por lo que tal autorización no alcanzaba la posibilidad de abrir, mirar, indagar o copiar los archivos del Chat Messenger.*



La Circular de la FGE 1/2013 señala que “dado lo difícil de deslindar uno y otro tipo de correo,( es decir, un correo electrónico que aún no ha sido leído por su receptor, con independencia del momento concreto del proceso de comunicación en que se encuentre,ya esté escrito y almacenado en el ordenador personal, o en el terminal telefónico pendiente de ser enviado a su destinatario final, o enviado y recibido pero aún no leído y correo ya leído), razones de prudencia deben llevar a solicitar la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico.

Ahora bien hay que tener en cuenta que cuando se trata de conversaciones o comunicaciones en chats o foros, no entre dos personas , sino que son públicas y simultaneas entre varias personas y son accesibles para cualquier usuario de Internet, las mismas no estan comprendidas dentro del ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que no precisan de autorización judicial para su grabación u observación.

#### 4.3.7.OBTENCIÓN DE LOS DATOS ASOCIADOS A UNA IP

El TS ha declarado que no se precisa autorización judicial para conseguir lo que es público, por lo que conseguir la dirección IP no se precisa autorización judicial ya que estos datos no se encuentran protegidos ni por el art. 18.1 CE, ni por el art. 18.3 CE

Pero, tras la averiguación del IP, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quién sea la persona que tiene asignado ese IP se deben llevar a cabo bajo control judicial

Tras la Ley 25/2007, de 18 octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, es imprescindible la autorización judicial para obtener datos de tráfico, localización de personas y para identificar al abonado o usuario( arts 1 y 6 de la Ley ). Con anterioridad a esta Ley esta autorización no era necesaria cuando la solicitud procedía del Ministerio Fiscal, al considerarse que no afectaba al secreto de las comunicaciones.

Así resulta además del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23 de febrero de 2010: *"Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Mº Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre"*.

---

*El motivo no puede prosperar, pues las conversaciones que han tenido lugar a través del Messenger se encontraban incluidas dentro de la autorización concedida por el Juzgado de Menores, ya que dentro del concepto "correos electrónicos" se incluyen los "mensajes" y las "conversaciones", por lo que quedan incluidos tanto los mensajes que se envían y reciben a través de cuentas de correo electrónico, como las conversaciones, que tienen lugar a través del Messenger"*

Por tanto se precisa autorización judicial para que el operador de telefonía ceda la información que almacena.

No obstante en las Conclusiones de Fiscales Delegados de Menores de 2011 se aboga por una reforma de la Ley 25/2007 que excluya la necesidad de autorización judicial para obtener los datos relativos a la identidad de los abonados al entender que afectan al derecho a la intimidad pero no al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones<sup>24</sup>.

#### 4.3.8.- VISIONADO DE UN NÚMEROS EN LA PANTALLA DE UN MÓVIL

Puede hacerse sin necesidad de consentimiento no autorización judicial.

La STS 266/2010, de 31 marzo así lo expresa al señalar lo siguiente:

*“5. Trasladando tal doctrina a nuestro caso es patente e incontestable que no nos hallamos ante ninguna comunicación telefónica, ni tampoco se ha vulnerado la intimidad al anotar el número de teléfono que insistentemente llamaba al móvil del detenido.....(...)”*

#### 4.3.9.- INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS MENORES INTERNOS EN CENTROS DE REFORMA

En el curso de una investigación penal podrán intervenir las comunicaciones y conversaciones de los menores internos en centros de reforma con cualquier persona, incluidos sus letrados, al igual que si se trata de internos en centros penitenciarios, y la autorización judicial necesaria se ha de acomodar a las exigencias de la LECrim y Jurisprudencia del TS Y TC

La citada Circular 1/2013, con cita de la STS 173/1998 de 10 de febrero, así lo avala al considerar inconcebible que una conversación telefónica pueda ser legítimamente intervenida por el Juez y que no pueda serlo una conversación no telefónica entre dos personas en un recinto cerrado

Por otra parte la intervención administrativa de las comunicaciones de los menores internos está prohibida por el art. 41.8 del Reglamento de la LORPM, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 julio, el cual dispone que:

*“Las comunicaciones previstas en este artículo (comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado o con otros profesionales o autoridades) no podrán ser suspendidas ni ser objeto de intervención, restricción o limitación administrativa de ningún tipo”*

---

<sup>24</sup> El borrador CPP exige autorización judicial para cesión de datos electrónicos de tráfico o asociados y para obtener los datos de identificación de un abonado o usuario el Fiscal habrá de solicitar al Tribunal de Garantías que requiera a la operadora para que los facilite

## 5.- INTERVENCIONES CORPORALES

### 5.1 CONSIDERACIONES GENÉRICAS

Antes de entrar en el tratamiento de las distintas intervenciones corporales y sus posibles especialidades en el ámbito de la jurisdicción de menores debemos hacer algunas referencias a temas tales como el concepto, los derechos, fundamentales o no fundamentales, que se ven afectados según el grado de injerencia que suponga la intervención y la doctrina jurisprudencial al respecto.

La ausencia de una regulación legal expresa, excepción hecha de los arts 326 y 363 LECrim que posteriormente analizaremos, sobre estas intervenciones, requisitos para poder acordarla, forma de practicarse, control judicial, etc...han determinado que sean de construcción jurisprudencial

#### 5.1.1.CONCEPTO

Se han dado diferentes definiciones de lo que suponen las intervenciones corporales pero a grandes rasgos se pueden definir como aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo humano con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en el.

#### 5.1.2.DERECHOS AFECTADOS

Según el tipo de intervención que se realice se verán o podrán verse afectados distintos derechos, así:

1.- El derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. Es doctrina jurisprudencial reiterada tanto por el TS como por el TC que diligencias tales como el sometimiento a las pruebas de alcoholemia, al análisis de sangre u orina y la realización de radiografías supongan vulneración del derecho reconocido en el art 24 de la CE

2.- El derecho a la intimidad. Sobre el alcance de este derecho y las intervenciones que pueden afectar al mismo la conocida STC 207/1996 de 16 de diciembre, contiene una serie de interesantes afirmaciones, que, siguiendo a TORRES MORATO<sup>25</sup> podemos sintetizar en las siguientes

A.- La CE en el art 18.1 garantiza la intimidad personal de la que forma parte la intimidad corporal, ahora bien el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se

---

<sup>25</sup> TORRES MORATO, MIGUEL ANGEL Ponencia “ Las intervenciones corporales en el proceso penal” Curso Limitaciones de derechos fundamentales en el proceso penal, CEJ 2001

arbitran, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”.

B.-La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos ya que no es un derecho absoluto y puede ceder ante razones justificadas de interés general

3.- El derecho a la integridad física. También determinadas intervenciones pueden afectar al derecho a la integridad física, es decir, al derecho a la incolumidad corporal, derecho a no sufrir lesión o menoscabo. Pero señala el TC que las intervenciones que puedan suponer un malestar o daño para la salud es un plus de afectación pero no significa que exista intromisión en el derecho a la integridad física.

Por su parte el TS ha señalado como requisitos necesarios para la validez, a efectos de prueba, de la intervención realizada:

1.- El consentimiento del afectado o resolución judicial motivada con respeto al principio de proporcionalidad, si bien en la anterior citada STS de 207/1996 afirma que la ley puede “autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

2.- Y la práctica de la intervención con respeto a la dignidad humana y evitando, por supuesto, cualquier trato inhumano o degradante, debiendo practicarse por los profesionales competentes ( facultativos o sanitarios, forenses, agentes de policia....)

## **5.2. ANÁLISIS DE ALGUNOS TIPOS DE INTERVENCIONES CORPORALES**

### **5.2.1. EXÁMENES GINECOLÓGICOS Y EN OTRAS CAVIDADES CORPORALES**

Tanto la Instrucción 6/88 de la FGE como después el TC han considerado que la práctica de los mismos tiene cobertura legal en el art 478 de la LECrim en relación con el art 399, señalando que estas previsiones legales no dan cobertura a una actuación policial, pero sí a una resolución judicial en que se acuerde esta afectación al derecho a la intimidad corporal del imputado o procesado.

Para este tipo de intervenciones el borrador de CPP, acogiendo la tesis jurisprudencial, no admite la validez del consentimiento del afectado exigiendo en todo caso autorización judicial al igual que para extraer objetos o sustancias del interior del cuerpo que requieran sedación o anestésicos ( arts 283 y 284)

### **5.2.2. EXAMENES RADIOLÓGICOS**

Sobre este tipo de pruebas el Acuerdo del Plenario de 5-2-99 estableció que *“cuando una persona -normalmente un pasajero que llega a un Aeropuerto procedente*

*del extranjero- se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no esta realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos.*

El TS ha reiterado que esta prueba puede lesionar el derecho fundamental a la intimidad corporal por lo que sólo mediante autorización judicial, podrá decretarse un examen radiológico en el supuesto de negativa a dejarse examinar por el sospechoso. Sin embargo, contando con la anuencia y autorización del propio indagado, nada obstaculiza o debe obstaculizar a la Policía el que, por razones de urgencia y necesidad, pueda practicar simples inspecciones, registros o reconocimientos -entre los que deben incluirse los exámenes radiológicos- en la medida en que comportan una intervención corporal leve, siempre y cuando, se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En el borrador de CPP ( art 282 ) exige para su práctica consentimiento, en su defecto, autorización judicial pudiendo adoptarse las medidas necesarias para su ejecución forzosa. Estas mismas previsiones se contienen para la obtención de las huellas dactilares

### 5.2.3 CACHEOS

La doctrina jurisprudencial sobre los cacheos, siguiendo a HUETE NOGUERAS,<sup>26</sup> la podemos sintetizar de la siguiente forma

1.-La diligencia de cacheo no vulnera ningún derecho fundamental siempre que la actuación policial cuente con amparo legal que, en este caso, es el art. 19.2 de la L.O. 1/1992 de 21 de febrero, que autoriza su realización por la policía judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos. Será necesario, además, que esté racionalmente justificado, y se mantenga en los límites de la proporcionalidad. El derecho a la integridad física no está afectado tampoco por la mínima intervención corporal que el cacheo supone y el derecho a la intimidad hay que preservarlo extremando cuidadosamente el respeto a la persona haciéndolo en lugar reservado, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes. Las diligencias de cacheo suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad.

2.- No es preceptiva la presencia de letrado y demás garantías inherentes a la detención. Y aún tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada

---

<sup>26</sup> HUETE NOGUERAS, JOSE JAVIER. *Ponencia "Actualización jurisprudencial en materia de intervenciones corporales"*,

*Curso: actualización de la doctrina del TS en relación con el orden penal, CEJ,2006.*

3.- El Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a la libertad y a la libre deambulaci3n por el territorio espa3ol no se ven afectados por las diligencias de cacheo e identificaci3n pues aunque 3stas comporten inevitablemente molestias, su realizaci3n y consecuente inmovilizaci3n del ciudadano, o ciudadana, durante el tiempo imprescindible para su pr3ctica, supone para el afectado un sometimiento leg3timo a las normas de la Polic3a.

4.-Es suficiente la presencia de indicios reveladores de la comisi3n de un hecho delictivo, al menos, con la intensidad suficiente para adoptar la injerencia.

5.- No es necesario que la realizaci3n del cacheo vaya precedida de una previa informaci3n de derechos, exigencia que carece de base jur3dica en la que apoyarse

El borrador de CPP en el art 281 se refiere a esta medida y preve la necesidad del consentimiento y, en su defecto, se puede practicar contra su voluntad

#### 5.2.4. ESPECIALIDADES EN MENORES

Como tales podemos se3alar las siguientes:

1.- En materia de cacheos el art 2.5 del RTo de la LORPM establece que *el cacheo y aseguramiento f3sico de los menores detenidos se llevar3 a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contenci3n f3sica del menor*

Por su parte la Instrucci3n 11/07 de la Secretaria de Estado de Seguridad por la que se aprueba el Protocolo de Actuaci3n Policial con Menores lo recoge en el apartado 4.2.3 <sup>27</sup>

2.- En relaci3n al consentimiento decir que en los casos de intervenciones corporales ser3 suficiente el consentimiento del menor sin necesidad de asistencia de sus representantes legales, si bien entendemos que, como en las anteriores diligencias que hemos analizado, ser3 preceptiva la asistencia letrada para prestarlo desde la incoaci3n del expediente de reforma

3.- En defecto de consentimiento del menor a su realizaci3n deberemos solicitar autorizaci3n judicial motivada, siendo competente el Fiscal para el control de su ejecuci3n para que esta se realice en las circunstancias exigidas por la Jurisprudencia anteriormente analizadas

### 5.3 TOMA DE RESTOS Y MUESTRAS Y AN3LISIS DE ADN

---

<sup>27</sup> 4.2.3El cacheo de los menores detenidos se realizar3 con respeto absoluto a sus derechos fundamentales y siempre como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contenci3n f3sica del menor

La normativa aplicable viene constituida por :

El art. 326.3º de la LECrim que sobre la recogida de vestigios se pronuncia en los siguientes términos: *“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.*,

Por su parte el art 363.2 del mismo texto legal señala que *“siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen , el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*

Esta normativa se complementa con la Disposición Adicional tercera, donde se habilitó al Gobierno para regular la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, lo que realizó por Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, *por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.*

Y finalmente por la LO 10/2007, de 8 octubre, reguladora de *la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.*

La aplicación supletoria de la LECrim al procedimiento de menores en todo lo no previsto expresamente en la LORPM determina, al no resultar incompatibles con las especialidades propias de la jurisdicción de menores, que los trascritos preceptos resultan plenamente aplicables a esta jurisdicción.

Por lo que respecta a la Ley 10/2007, en el informe emitido por la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores<sup>28</sup> en al año 2010 a la Comisión Nacional para el uso forense del ADN se considera esta ley plenamente aplicables al proceso penal de menores.

Analicemos algunos aspectos

### 5.3.1.TOMA DE MUESTRAS

El anteriormente citado art 326 LECrim y el artículo 282 que establece que la Policía Judicial tiene como obligación *recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial...*, se refieren a este tema y se completan con la Disposición

---

<sup>28</sup> Informe de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores a la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (11 de octubre de 2010) sobre determinados extremos de la investigación del ADN en el marco del proceso penal de menores

---

Adicional Tercera de la LO 10/2007 que establece la facultad de la policía judicial para la *toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito*

Por su parte el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 31 de enero de 2006 declaró que *“la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.”*

Habrà que preguntarse si en la Jurisdicción de menores podrá el Fiscal Instructor acordar la práctica de la diligencia o ha de recurrir al Juez de Menores para que lo haga. Siguiendo a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores “ esta duda ha sido despejada por la LO 10/2007. Frente a la exclusividad jurisdiccional que parece derivar del art.326 LECr, la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/07 establece que *para la investigación de los delitos...la policía judicial procederà a la toma de muestras y fluidos... del lugar del delito*. Si la Policía está legitimada para recoger tales restos sin autorización judicial, también y con mayor motivo, lo estará el Fiscal, como autoridad encargada de la Instructor del expediente de reforma de menores para ordenar su recogida.

En tal sentido, se han pronunciado en el àmbito de esa jurisdicción algunas resoluciones como la SAP de Barcelona (Sección 3<sup>a</sup>), 791/2008, de 8 de octubre, al determinar que no se causa indefensión ni se rompe la cadena de custodia si las muestras o vestigios son recogidos por la policía, para ser enviados posteriormente a la Fiscalía de Menores, siendo esta última quien ha de remitirlos al laboratorio”<sup>29</sup>.

En relación a la toma de muestras del sospechoso la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 establece *“ Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a/ del apartado 1 del art 3 la policía judicial procederà a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*

Los delitos a los que se refiere este precepto son “delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados”.

¿ Es necesaria autorización judicial para la toma de muestras?

---

<sup>29</sup> MADRIGAM MARTINEZ-PEREDA, CONSUELO intervenciones corporales: la toma de muestras biológicas y prueba de ADN en el proceso penal de menores.



A tenor de la legislación vigente y la jurisprudencia interpretativa es necesario el consentimiento informado y, a falta de este, autorización judicial

Tratándose de detenidos ¿ será necesaria la asistencia letrada? El Acuerdo de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2005 estableció : “*El art. 778.3 de la LECr constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia*”. Por tanto considera suficiente la autorización judicial para la extracción de una muestra para análisis de ADN sin necesidad de asistencia letrada ni información de derechos

No obstante en algunas STS se ha declarado, si bien “ *obiter dicta* ”<sup>30</sup> que cuando para obtener muestras se requiera intervención corporal es necesario el consentimiento del imputado y si se hallare detenido precisará la asistencia letrada; en caso de falta de consentimiento, será imprescindible la autorización judicial

Por lo que respecta a la toma de muestras de saliva mediante frotis bucal para posterior análisis de ADN, el TS ha señalado (STS 949/2006, 179/2006, entre otras) que no afecta a ningún derecho fundamental salvo levemente al derecho a la intimidad el cual, “según conocida jurisprudencia, puede verse limitado en aras a la investigación penal incluso sin autorización judicial ”<sup>31</sup>

En cuanto a la toma de muestras por la policía a efectos de reseña requiere que exista una investigación penal por alguno de los delitos del art 3.a/ 1º de la LO 10/2007 y el consentimiento ( debidamente informado) o autorización judicial.

Tratándose de menores y dado que la citada disposición adicional tercera no habla de sospechoso, detenido o imputado mayor de edad y teniendo en cuenta las disposiciones del Rto de la LORPM en cuanto a la reseña de los menores de edad contenidas en el art 2 , podemos afirmar que la Policía puede proceder a la toma de muestras y fluidos del menor sospechoso, detenido o imputado.

Por su parte el borrador de CPP establece que la recogida de huellas o vestigios se hará por la Policía Judicial y que esta podrá intervenir las muestras abandonadas por el sospechoso pero no se podrán obtener mediante engaño, que el encausado puede voluntariamente ofrecer una muestra, y que si fuera necesaria una intervención corporal se exigirán los mismos requisitos vistos anteriormente para las intervenciones corporales, esto es, dependiendo del grado de ingerencia bastará el consentimiento (no siendo este suficiente el algunos supuestos en que es exige la autorización judicial) y a falta de este, autorización judicial y que será precisa la asistencia letrada si se hallare detenido.

### 5.3.2. ESPECIALIDADES EN EL PROCESO DE MENORES

Siguiendo a la Fiscal de Sala de Menores <sup>32</sup>cuando en el proceso penal de menores se proceda por ejemplo, al registro de la correspondencia, habitación, ordenador personal, móvil,...se requerirá el consentimiento personal del menor y no el

---

<sup>30</sup> STS 68572010 de 7 de julio y STS 827/2011 de 25 de octubre, Ponente en ambas Marchena

<sup>31</sup> DOLZ LAGO, MJ, ADN y derechos fundamentales Diario la Ley nº 7774, 12 de enero de 2012

<sup>32</sup> MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA, C, Ponencia cit

de sus representantes legales, precisándose la autorización judicial cuando no exista este consentimiento del menor, por lo que de la misma manera, ha de ser el menor quien preste el consentimiento debidamente informado para la toma de muestras al tener capacidad legal para ello .

Asimismo se entiende que no se precisará la asistencia letrada por las mismas razones que se han expuesto anteriormente en cuanto a la no exigencia de esta asistencia tratándose de mayores de edad

A salvo el supuesto, como apuntábamos anteriormente para otras diligencias, que se haya ya incoado expediente de reforma en Fiscalía

Por supuesto, a falta de consentimiento, la autorización judicial sólo podrá instarla el Fiscal y no la Policía judicial directamente

#### **5.4.- IMPOSICIÓN COACTIVA DE ESTAS MEDIDAS**

¿Es posible el empleo de fuerza física sobre el sujeto para poder practicar una intervención corporal autorizada judicialmente?

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tal cuestión; textualmente la STC 37/1989 de 15 de febrero dice “en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física podrá llevarse a efecto la ejecución de la medida de investigación personal , que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la CE”, cabe, no obstante, el compelimiento “mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa, o de la valoración de que ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes”.

Por su parte el TS en la sentencia 107/2003, de 4 de febrero, dispone: *según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado*

Otra cosa es el valor probatorio indiciario de la negativa a someterse a la prueba ya que algunas STS, p.ej STS nº 107/2003, de 4 de febrero, afirma expresamente ese valor probatorio indiciario de la negativa a someterse, en este caso, a la prueba de ADN al señalar: *Como señala el Ministerio Fiscal tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia 8 de febrero de 1996, Caso Murray) y alguna referencia indirecta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1989 mantienen que, cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las*

*conclusiones obtenidas por el órgano juzgador*”. Asimismo STS 151/2010 de 22 de febrero

Por su parte la Instrucción de la FGE 6/1988 establece la posibilidad de apereibir al sujeto que se niega a la práctica de una diligencia de la posible perpetración de un delito de desobediencia

## **BIBLIOGRAFÍA**

DE URBANO CASTRILLO,EDUARDO. y DE LA ROSA CORTINA, JOSE MIGUEL

*La Responsabilidad Penal de los Menores*, ed. Thomson-Aranzadi, 2007

DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS

*Ponencia “Análisis de la última jurisprudencia penal del Tribunal Supremo en materia de intervención de comunicaciones ante las nuevas tecnologías informáticas, en especial, problemática de SITEL”,CEJ, Madrid 7 mayo 2010*

*Ponencia “ La prueba en el proceso penal de menores: entrada y registro e intervenciones postales, telegráficas y telefónicas” en el Curso: “La prueba en el proceso penal de menores” CEJ, Madrid, 28 de febrero , 1 y 2 de marzo 2011.*

*Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN a detenidos e imputados. Diario La Ley nº 7774, 12 de enero de 2012*

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO

*.Ponencia “Intervenciones corporales: Jurisprudencia Constitucional”, curso Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN, CEJ, 2004*

HUETE NOGUERAS, JOSE JAVIER.

*Ponencia “Actualización jurisprudencial en materia de intervenciones corporales”, Curso: actualización de la doctrina del TS en relación con el orden penal, CEJ, 2006.*

MORENO VERDEJO , JAIME

*Ponencia “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre” en el curso Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN, CEJ, Madrid 2004*

MADRIGAL MARTÍNEZ- PEREDA, CONSUELO

*Ponencia “ Intervenciones corporales: la toma de muestras biológicas y prueba de ADN en el proceso penal de menores”, en el curso La prueba en el proceso penal de menores, CEJ 2011*

*Informe a la Comisión Nacional para el uso forense del ADN sobre determinados extremos de la investigación de ADN en el marco del proceso penal de menores*

POLO RODRÍGUEZ, JOSE JAVIER y HUÉLAMO BUENDÍA, ANTONIO JESÚS.

*La nueva Ley Penal del Menor, ed. Colex, 3ª edición, 2007*

SORIANO IBÁÑEZ, BENITO. *La fase de instrucción en el Procedimiento de Responsabilidad penal del Menor. Especial referencia al principio de oportunidad.*