

ACTUACIONES DEL JUZGADO DE GUARDIA EN RELACIÓN CON ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Rafael Escobar Jiménez
Fiscal del Tribunal Supremo

RESUMEN

Esta ponencia abordará algunos de los problemas que pueden plantearse, en el ámbito de la investigación de los hechos constitutivos de delito, con relación a la injerencia de ciertos derechos fundamentales. Obviamente no pueden tratarse todos ellos pero, sin duda, cabe aludir a los que son de más frecuente planteamiento en la praxis. Así, las autorizaciones judiciales, pese a la escueta regulación procesal con la que cuentan, han de ser acordadas sin prescindir de todo un elenco de presupuestos y prevenciones que han ido implantando la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Y lo mismo cabe decir de las entradas en domicilios y las llamadas entregas controladas. En toda esta temática no ha de perderse de vista un aspecto esencial: en el servicio de guardia nos encontramos en los momentos iniciales de la instrucción judicial. Ignoramos con qué acervo probatorio vamos a contar en las siguientes fases procesales. En consecuencia, han de tratarse las diligencias restrictivas de derechos fundamentales con el cuidado procesal que exigen en todos sus aspectos. No hace falta recordar que en materia de derechos fundamentales cualquier desliz conduce a una más que probable declaración de nulidad de la diligencia efectuada y, en gran parte de los supuestos, al fracaso de la acción penal ejercitada. Los temas a tratar en la presente ponencia se muestra en el siguiente sumario:

INTRODUCCIÓN. I. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. 1. Indicios y Motivación. 2. Obtención del IMSI y del IMEI. 3. Autorizaciones en diligencias indeterminadas 4. Autorizaciones provenientes de otro procedimiento. 5. Descubrimientos casuales. 6. Interlocutores escuchados por azar. 7. Escucha de la conversación mantenida entre los interlocutores. 8. Acceso a los datos del teléfono. 9. Rellamada desde el teléfono intervenido. 10. Otras cuestiones en relación con las intervenciones telefónicas. 10.1. Control judicial. 10.2. Acerca de la transcripción de las conversaciones. 10.3. Reconocimiento de voces. 10.4. Falta de identificación de los funcionarios que realizaron las escuchas. 10.5. Falta de identidad del usuario del teléfono. 10.6. Presupuestos para la utilización en el juicio oral de las comunicaciones intervenidas. II. ENTRADAS Y REGISTROS EN DOMICILIOS. 1. Indicios y Motivación. 2. Formas posibles de la injerencia. 3. Presencia del interesado 4. Supuesto excepcional. 5. Extensión de la autorización judicial. 6. Cuestión acerca de las medidas de aseguramiento. 7. Registro del ordenador y operaciones de volcado con ocasión del registro domiciliario. III. ENTREGAS CONTROLADAS. 1. Tipos de envío. 2. Motivación de la resolución.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no pretende ofrecer un tratamiento dogmático sobre las diferentes injerencias de derechos fundamentales. Son múltiples las publicaciones que existen sobre todo ello. Dada la actividad a la que se dedica el presente Curso, creo que resulta más útil aludir a algunos de los problemas que nos podemos encontrar en los servicios de guardia y las soluciones que pueden adoptarse. Obviamente, su estudio tampoco puede abarcar todas las cuestiones que se suscitan en este ámbito. Me limitaré a tratar algunas de las más importantes.

En cualquier caso, en toda esta temática no ha de perderse de vista un aspecto esencial: en el servicio de guardia nos encontramos en los momentos iniciales de la instrucción judicial. Ignoramos con qué acervo probatorio vamos a contar en las siguientes fases procesales. En consecuencia, han de tratarse estas diligencias restrictivas de derechos fundamentales con el cuidado procesal que exigen en todos sus aspectos. No hace falta recordar que en materia de derechos fundamentales cualquier desliz conduce a una más que probable declaración de nulidad de la diligencia efectuada y, en gran parte de los supuestos, al fracaso de la acción penal ejercitada.

Y, en este campo de diligencias que afectan a derechos fundamentales, pese a lo que sucede en muchos partidos judiciales, el Fiscal tiene mucho que decir. En mi opinión, no solo es necesario que el Fiscal intervenga con carácter previo a su adopción informando en el sentido que proceda, sino que también es lo correcto, en términos procesales, que el Ministerio Fiscal inste directamente la diligencia de que se trate a la vista de los oficios o investigaciones policiales presentadas¹. La Circular FGE 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. que incorpora los criterios recogidos en la Circular 1/1999, de 29 de diciembre, referente a la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales, reclama, en general, del Fiscal que vele por la observancia de todas las garantías exigidas por nuestros Tribunales en las intervenciones de las comunicaciones telefónicas acordadas en el seno un proceso penal. La cuestión relativa a su intervención será tratada posteriormente.

Sin más preámbulos, tal y como exige el programa trazado por la Dirección del curso, analicemos algunas de estas medidas.

I. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica a esta materia el art. 579, en el Título VIII del Libro II que establece en su párrafo 2º, según redacción dada por LO 4/1988 de 25 mayo: “Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

Obviamente, la disposición es escueta (*perturbadora* según la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal) y, por ello, es frecuente la cita de otras

¹ El anteproyecto del Código Procesal prevé en el art. 297 que la intervención de las comunicaciones sea autorizada por el Tribunal de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal

disposiciones legales que la completan². El anteproyecto del Código Procesal dedica a la intervención de las comunicaciones una detallada regulación que se acompaña, como Anexo, al presente trabajo.

En el momento actual, como es sabido, esta diligencia plantea muchas cuestiones. Por ello, ya se adelantó, es preciso estar alerta para que lo investigado o descubierto a través de ellas pueda alcanzar el propósito procesal que se pretende.

Para empezar, podemos ofrecer varios referentes que nos muestran los contornos de las llamadas intervenciones telefónicas:

1º) La diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional (SSTS 56/2009 de 3-2, 834/2009 de 16-7; 901/2009 de 24-9 y 924/2009 de 7-10).

2º) La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos, exclusivamente, del poder judicial de conformidad con el art. 18.3 CE (ver STS 248/2012, de 12 de abril).

3º) Es al Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la legitimidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá desprenderse de una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal. Esta exigencia de motivación conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada, de tal modo que, teniendo en cuenta las características del caso concreto, puedan conocerse las razones del acuerdo adoptado por el órgano jurisdiccional (STS 290/2010, de 31-3).

Ahora, se va hacer alusión a algunos de los aspectos más relevantes, extremos que podemos encontrarnos en el servicio de guardia, advirtiendo que la enumeración no puede ser exhaustiva dado los numerosos que son.

² Citadas por la Circular 1/2013: la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. El delito de escuchas telefónicas clandestinas está tipificado en los art 197 y 198 y 536 CP. En el ámbito de la Unión Europea deben tenerse especialmente presentes las Directivas 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico y la 2002/58/CE, sobre comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE. En el ámbito militar el art. 188 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar dispone que podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención. Deben tenerse también en cuenta los Convenios Internacionales que regulan la cooperación judicial penal. Entre ellos debe destacarse el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, que dedica sus arts. 17 a 22 a cómo debe practicarse esta diligencia mediante la asistencia judicial internacional.

1. Indicios y Motivación

He unido estos dos puntos porque sobre ellos giran muchas de las nulidades que se postulan en los juicios orales y, posteriormente, en sede de recurso de casación. Y, obvio es, que el Fiscal tiene que comprobar el contenido de las exigencias que se reclaman de ellos para determinar si la prueba se está gestando con regularidad. Es muy frecuente que se apunte, en los informes que se acompañan a la preparación del recurso de casación por el Ministerio Fiscal, la sorpresa del Fiscal de la instancia ante la declaración de nulidad de unas intervenciones por el Tribunal. Y esto, al menos, no debiera ser la tónica general.

Las SSTS 55/2006 de 3-2, con cita de la 530/2004 de 29-4 y 988/2003 de 4-7, y STC 167/2002 de 18-9, nos dicen, respecto de la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el secreto de las comunicaciones, que tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida.

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. (Ver STS 25/2008, de 29-1-2008 y la doctrina del TS y TC en ella citada)

Señala, por ejemplo, la STS 433/2012, de 1-6, que para la validez constitucional de esta medida de intervención telefónica es necesario que concurren los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su proporcionalidad, f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica. Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de 1990; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998, caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003, entre otras muchas).

Repite la Sala II hasta la saciedad (ver, por ejemplo STS 722/2012, de 2-10) que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo 1240/98, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre, 1060/2003, de 21 de julio y 248/2012, de 12 de abril, entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio, 165/2005, de 20 de junio, 26/2006, de 30 de enero,

146/2006, de 8 de mayo, SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, 19 de mayo del 2000, 11 de mayo de 2001, 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004, 13 y 20 de junio de 2006, 9 de abril de 2007, y 248/2012, de 12 de abril, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado (STS 248/2012, de 12 de abril).

Llegados a este punto, la incógnita a despejar es saber cuándo existe una base fáctica suficiente para que el Juez alcance una motivación satisfactoria. Y son varios los referentes para orientarnos.

1º) Se habla de base fáctica porque lo que la policía ha de presentar al Juez de instrucción son unos hechos. Y que estos hechos sean resultado de investigaciones. Pero, claro, dichos hechos, en la fase inicial de investigación no es menester que se encuentren acreditados de forma absoluta.

Es por ello que una pacífica jurisprudencia los denomina indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (cfr. STS 362/2011, de 6-5). No es necesario que lleguen a reputarse indicios racionales como los requeridos para dictar el auto de procesamiento o pruebas que determinen la culpabilidad. Esto es, matiza la STS 209/2013, de 6-3: “sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3; y 202/2001, de 15 de octubre, F. 4). Puntualiza la STC 197/2009, 28 de septiembre, que la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999, de 5 de abril F. 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3; 202/2001, de 15 de octubre, F. 4; 167/2002, de 18 de septiembre, F. 2; 184/2003, de 23 de octubre, F. 11; 261/2005, de 24 de octubre, F. 2; 220/2006, de 3 de julio, F. 3)”.

Y se establece así porque la valoración de aquéllos ha de realizarse en el momento en que se descubren, esto es, en un momento anterior a la incoación del procedimiento, atendido que las intervenciones telefónicas suelen darse de ordinario al inicio de la investigación. Por tanto, la valoración de tales indicios por el Juez de instrucción (o cuando se examina la regularidad de la medida) ha de hacerse ex ante, no ex post. Por tanto lo relevante es el hecho que aparece indicado en el momento de la

adopción de la diligencia. La insuficiencia de indicios no queda subsanada por el posterior hallazgo delictivo que se produjera con la intervención telefónica.

Es obvio que si el oficio policial de solicitud de la intervención tuviese que aportar pruebas concluyentes, y no meros indicios que al Juez corresponde valorar en el ejercicio de su función constitucional, sería absolutamente innecesario e inútil utilizar este medio de investigación.

2º) Junto con tales datos objetivos, debe determinarse con precisión el número o números de teléfonos que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse al Juez cuenta de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo; 49/1999, de 5 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; STC 184/2003, de 23 de octubre; 259/2005, de 24 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo).

3º) Y lo que ha de hacer el auto que decreta la intervención telefónica es valorar los elementos y datos disponibles en el momento mismo de su adopción. Sin embargo, la insuficiencia de los resultados obtenidos a consecuencia de la intervención decretada o la existencia posterior de otras pruebas que desvirtúen su contenido incriminador o incluso su misma relevancia jurídica, no afectan a la legitimidad inicial de la medida restrictiva del derecho fundamental (STS83/2013, de 13-2).

Este punto ofrece importancia porque es frecuente oír en cuestiones previas, o en los propios recursos, como argumento de la nulidad, que si los teléfonos inicialmente investigados no pertenecen a los acusados ni a personas que luego fueron detenidas, que si aquellos indicios de los oficios no llegaron a ningún dato relevante, etc. Nada de esto afecta a la legitimidad de las intervenciones. Señala al respecto la STS 209/2013, de 6-3: “Y lo propio puede decirse respecto de la censura basada en el hecho de que algunos de los que eran citados en los distintos oficios policiales luego no resultaron ni siquiera imputados. El objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias. Esta idea la expresa con absoluta claridad, en el ámbito de la fase de investigación, el art. 299 de la LECrim, cuando recuerda que durante esa etapa del proceso se practican las actuaciones encaminadas a “...averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”. Ninguna vulneración de derechos constitucionales puede asociarse a una actuación jurisdiccional que entronca con la esencia misma del proceso penal. El hecho de que algunas de las personas que, durante la fase de instrucción de la causa sufrieron una medida de imputación material, cual fue la intervención de sus comunicaciones, no resultaran luego acusadas, lejos de expresar el fracaso de las garantías de nuestro sistema constitucional, es la mejor evidencia de que el proceso penal del que trae causa el presente recurso se ajustó a sus principios legitimadores. Nuestro sistema constitucional se reafirma cuando el juicio de acusación o fase intermedia ajusta su funcionalidad a lo que constituye su esencia, esto es, la selección de aquellos imputados que, a la vista de las investigaciones practicadas han de asumir la condición de acusados. La idea de que toda imputación –sea ésta material o formal- convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene acogida en nuestro sistema (cfr. STS 385/2011, 5 de mayo)”.

En cuanto a la alusión de las pruebas de las que se han servido los agentes policiales para determinar los indicios, hay que decir: unos, por tratarse de hechos realizados de manera subrepticia, estarán necesitados de referencia sobre su descubrimiento (observaciones de entregas, de traslados etc.); otros, bastará su referencia por no estar necesitados de una explicación especial (información que puede encontrarse en puntos de acceso por cualquier ciudadano). Sobre este particular también

se ha pronunciado la Sala II, entre otras, en STS 48/2013, de 23-1: “De entrada, la validez constitucional de una medida de injerencia como la adoptada en el presente procedimiento, no puede hacerse depender de que la policía explique el origen de todas y cada una de las informaciones que los agentes ofrecen al Juez instructor. Es indudable que éste podría haber exigido esas explicaciones para el caso en que abrigara la sospecha de su ilegitimidad. Sin embargo, nada existe en la causa que sugiera la inobservancia de las reglas para el acopio de esos datos ni, por supuesto, para la obtención de las averiguaciones ofrecidas a la consideración del órgano jurisdiccional. Los números de teléfono usados por los imputados pueden ser obtenidos de muy distintas fuentes. Y no necesariamente ilícitas. Esta Sala ha señalado, es cierto, que cuando se acredita la injerencia de los poderes públicos en el ámbito protegido por un derecho fundamental, aquellos deben estar en condiciones de acreditar la legitimidad de su actuación, pues la regla general es la vigencia del derecho, y constituyendo su restricción una excepción, ésta debe estar debidamente justificada (cfr. STS 130/2007, 19 de febrero). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no existe ningún indicio que permita afirmar razonadamente que tal injerencia se haya producido, habida cuenta que, pudiendo haberse obtenido el número de teléfono del sospechoso por múltiples vías legítimas, nada indica que la utilizada no lo haya sido. Y así como no es posible presumir la legalidad de la injerencia, obligando al afectado a demostrar que su derecho ha sido restringido indebidamente, tampoco es posible presumir la ilegalidad de dicha injerencia, si caben otras opciones respetuosas con la Constitución y la ley, como pueden ser las noticias recibidas de confidentes, agentes infiltrados, colaboradores, u otras intervenciones telefónicas. Dicho de otra forma, es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (cfr. SSTs 751/2012, 28 de septiembre; 596/2012, 6 de julio; 412/2011, 11 de mayo, 309/2010, 31 de marzo y 509/2009, 13 de mayo)”.

Por otro lado, afortunadamente, la Sala II y el propio TC han reaccionado frente a los alegatos de presunción de ilegitimidad con que, según la mayoría de las estrategias de las defensas, actúa la policía judicial con ocasión de estas diligencias. Apunta la STS 1224/2011, de 3-11, que ante el planteamiento de tacha de ilegitimidad en la obtención de tal dato, esta Sala, en varias sentencias SSTs 509/2009; 309/2010; 85/2011 ó 1078/2011, tiene declarado que no es admisible extender una presunción de ilegitimidad en toda actividad judicial, y que siendo posible una vulneración de la legalidad en el curso de una investigación policial, no basta la mera alegación de ilegitimidad, sino el aporte de alguna razón suficiente que justifique el deber de acreditar la legitimidad puesta en entredicho. En análogo sentido, STC 25/2011. Explica, por su parte, la STS 83/2013, de 13-2, que ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad (art. 29.2 CE), a los Jueces y Tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las Leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que en el derecho a la presunción de inocencia ni el principio “in dubio pro reo”, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las Autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos.

Por lo demás, es sabido, como ya se ha adelantado, que aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra

jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 259/2005, de 24 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo, SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001, entre otras). Se ha estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial o, en su caso, del Ministerio Fiscal, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica.

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

Asimismo el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación “lacónica” e incluso cuando se extiende el auto sobre impresos estereotipados, mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular, siempre que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional (ATC 145/99 y SSTC 239/99 y 8/2000), y recogiendo esta misma doctrina constitucional, la Sala II del Tribunal Supremo ha venido a sostener que esta exigencia motivadora no es incompatible con una economía de razonamientos ni con una motivación concisa, escueta y sucinta, porque la suficiencia del razonamiento no conlleva necesariamente una determinada extensión, ni determinado vigor lógico o una determinada elegancia retórica (STS 4-3-99).

Y el interrogante que surge es qué hacer si nos encontramos de guardia y lo presentado por la policía judicial es insuficiente. Es claro que la respuesta es ordenar a la policía judicial que continúe investigando. La autorización de una intervención telefónica emitida sobre la base de unos datos o indicios insuficientes está abocada a la declaración de nulidad. La propia Circular FGE 1/2013 distingue:

-En los casos en los que se dé traslado a tales efectos el Fiscal habrá de evacuar el dictamen dentro del servicio de guardia, conforme al principio de celeridad y cumplimentando las exigencias que en cuanto a motivación le impone la Instrucción nº 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

-En caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de la exigencia legal de aportación de indicios es improcedente denegar sin más la diligencia solicitada por la Policía. Los Sres. Fiscales promoverán en estos casos que por el Juez de Instrucción se oficie a la Policía a fin de que proceda a una ampliación de los datos. La mayoría de las veces, un defecto semejante podrá resolverse mediante la realización de una simple comparecencia. Esta atinada solución práctica es expresamente propuesta por el TS (vid. STS nº 926/2007, de 13 de noviembre)

-En caso de que el Fiscal estuviera tramitando unas diligencias de investigación y considerase necesario solicitar una diligencia de intervención telefónica, lo que deberá hacer es interesar tal intervención, judicializando simultáneamente y sin solución de continuidad sus diligencias.

En el mismo sentido se pronuncia la Sala II. La STS 722/2012, de 2-10, dice al respecto: “Cuestión distinta es que el modo procesalmente más correcto de actuar en estos procedimientos sea que el Instructor, reforzando su imparcialidad, interese dictamen del Ministerio Público antes de acordar directamente, por la mera solicitud policial, una resolución que afecta de un modo muy relevante a los derechos constitucionales del imputado, dada la condición del Ministerio Fiscal como parte acusadora en el procedimiento y por analogía con lo que sucede con las medidas cautelares restrictivas de libertad, que solo pueden acordarse a instancia de una parte acusadora. Como ya hemos señalado en la STS 248/2012, de 12 de abril, la Constitución sitúa al Juez en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el ejercicio de esta función constitucional, atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales, por lo que en lugar de decidir *per saltum* acordando la intervención telefónica directamente a instancia de las fuerzas actuantes, debe hacerlo preferentemente previo informe debidamente motivado del Ministerio Fiscal, que ejercita la acción pública en el proceso, lo que facilitaría la decisión judicial y evitaría resultados negativos tanto para la validez de las intervenciones como para la propia responsabilidad judicial, según se ha constatado lamentablemente en algún proceso reciente. Pero este dictamen previo no está expresamente prevenido como preceptivo por la LECrim., por lo que su ausencia no determina la nulidad de la intervención”.

2. Obtención del IMSI y del IMEI

La Circular 1/2013 y la jurisprudencia (por todas, STS 83/2013, de 13-2) nos ofrecen la información necesaria sobre estos acrónimos y lo que representan.

1º) El término IMSI (International Mobile Subscriber Identity), como el similar IMEI (International Mobile Equipment Identity) designan 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, el cual está formado por el código del país concernido -que se compone de tres dígitos-, el código de la red móvil -compuesto de dos dígitos-, y un número de diez dígitos que contiene la identificación de la estación móvil, pero que no contiene el número concreto del teléfono del abonado. Tanto el IMEI como el IMSI carecen de capacidad de información sobre la identidad del usuario, teniendo valor probatorio únicamente si se asocia a otros datos en poder de las operadoras.

2º) La captación de tales números a efectos de investigación penal es posible mediante un escaneado o barrido realizado a través de instrumentos electrónicos que detectan aquellos siempre que se actúe en un determinado radio de acción en el que se encuentra el terminal telefónico. Su captación se realiza, por tanto, como consecuencia de un seguimiento dirigido específicamente frente a un individuo o individuos determinados.

Con posterioridad a la captación, una vez obtenido el correspondiente código identificativo, es necesaria la obtención del número comercial del teléfono, en posesión de la prestadora del servicio de telecomunicación.

3º) Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

4º) 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 la misma regla impuesta para el resto de los datos a los que se refiere, esto es, la preceptiva autorización judicial. En estos casos habrá de solicitarse mandamiento judicial. Es precisa, pues, autorización judicial para la cesión del IMSI y del IMEI por las operadoras, no porque se integren dentro del arco protector del secreto de las comunicaciones sino porque la Ley 25/2007, de 18 de octubre así lo exige.

5º) Sin embargo, su obtención por la policía judicial, no por cesión de las operadoras, no invalida la intervención. Dice la STS 83/2013, de 13-2: “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. La primera idea que sugiere la lectura de la Ley 25/2007 es que sus preceptos se centran en ofrecer un casuístico régimen jurídico de la conservación y cesión por las operadoras de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas –en nuestro caso, del IMSI-, pero no aborda la regulación de su recogida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no desde los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio, sino desde el propio teléfono celular. Cobra todo su significado el régimen jurídico del acceso a los ficheros contemplado por la LO 15/1999, 13 de diciembre, de protección de datos. Y es que frente al silencio de la nueva regulación, esta ley dispone que “la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2). Además, “la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales” (art. 22.3). Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal –nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999). 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. Como ya se razonó supra, ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada. Para que la numeración IMSI brinde a los

investigadores toda la información que alberga, es preciso que esa serie numérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder del operador. Y es entonces cuando las garantías propias del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, del derecho a controlar la información que sobre cada uno de nosotros obra en poder de terceros, adquieren pleno significado. Los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del IMSI en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación. 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”.

Por su parte, el número de un teléfono se puede obtener por medios ajenos a un listado de operadora. Dice la STS 197/2012, de 23-1-2013: <<Primeramente se ponen en entredicho las facultades de la policía para recabar de la compañía aérea el número de teléfono. La STS 130/2007, de 19 de febrero que se invoca contempla un supuesto de hecho esencialmente diferente: la obtención del número de teléfono a través de medios técnicos. Ninguna posibilidad existe de asimilar a ese sistema, el tradicional, ajeno a cualquier moderna tecnología y muy prosaico método de preguntar a los empleados de una oficina de reclamaciones de una aerolínea el teléfono que acaba de facilitar una persona que está siendo investigada pues se sospecha fundadamente que está gestionando la llegada por vía aérea de una cantidad de cocaína. Siendo muy importantes y trascendentes tanto el derecho a la autodeterminación informativa, como la intimidad no llegan hasta el punto de reclamar previa intervención judicial para ese tipo de actuaciones (petición de una información muy concreta por parte de la policía judicial a un particular). Facilitar sin más un número de teléfono del que se dispone legítimamente y que no está integrado en un archivo a requerimiento de funcionarios policiales es no solo actuación permitida, sino obligada, aunque no se cuente con el consentimiento del titular. Es absurdo lo que sugiere el recurrente. Si los arts. 1 y 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicación obliga a las operadoras de esos servicios a ceder esos y otros datos mucho más sensibles a la policía judicial, sería ilógico introducir aquí la exigencia de una intervención judicial. Por otra parte ya se ha rebatido la alegación del recurrente de que los teléfonos mencionados en el oficio inicial como pertenecientes a Ángel Cristo Negrín hubiesen sido obtenidos de forma irregular. Nada hay de peculiar, ni de extraño, ni de sospechoso en que el propio confidente u otras “fuentes vivas” que presumiblemente han de estar relacionados con el investigado, proporcionen esa información. Hablar de una “investigación cuando menos de muy dudosa legalidad” es una afirmación gratuita del recurrente. El principio in dubio que se acaba invocando no tiene ninguna operatividad en esta materia. Tal principio obedece al más general pro libertate que busca impedir a toda costa que un inocente pueda llegar a ser condenado. Pero no significa que en la duda (o sin la duda: que aquí no existe) haya que presumir la ilegalidad de cuantas actividades desarrolla la autoridad o sus agentes>>.

Un supuesto peculiar viene constituido por la intervención de comunicaciones que se produce respecto de un terminal sustraído y que se identifica por su correspondiente número IMEI. La jurisprudencia entiende que la misma no vulnera garantías constitucionales con independencia de la tarjeta que se le hubiere insertado (ver SSTS 745/2010, de 26-7 y 826/2012, de 30-10).

3. Autorizaciones en diligencias indeterminadas

Ha de procederse con especial cautela respecto del procedimiento incoado o que se va a incoar con motivo del oficio policial que reclama una intervención telefónica. Aunque la Sala II y el TC han admitido que las autorizaciones judiciales puedan darse en las llamadas diligencias indeterminadas, ya con ello podemos introducirnos en un terreno que nos conduzca a la declaración de nulidad de la intervención. La Circular 1/2013 considera irregular semejante práctica. Por su parte, la STS 301/2013, de 18-4, recoge declaraciones jurisprudencias anteriores y el actuar sentir de la Sala II: <<...Por tanto, lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal

al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese. (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). En el mismo sentido, la reciente Sentencia de esta Sala 722/2012, de 2 de octubre, refiriéndose a la doctrina constitucional recuerda que “En definitiva, la doctrina constitucional no establece que el mero hecho de que no conste la notificación expresa al Ministerio Fiscal del auto de intervención, cuando se dicta dentro de un procedimiento en que el Ministerio Fiscal está personado por expresa disposición legal, vicie la intervención, sino que lo que proscribiera es la defectuosa práctica de adoptar este tipo de decisiones en diligencias indeterminadas, pues en tal caso no solo se adoptan en secreto respecto del afectado sino también privando de su conocimiento y garantía al Ministerio Público, ya que éste tipo irregular de diligencias se incoan, tramitan y archivan sin intervención del Ministerio Fiscal”. Es cierto que una doctrina tradicional de esta Sala ha considerado que aunque la adopción de una intervención telefónica en diligencias indeterminadas constituye una grave irregularidad procesal, no necesariamente determina la nulidad de la medida (SSTS núm. 20/1996, de 28 de marzo, y núm. 467/1998, de 3 de abril, entre otras). Esta Sala viene recordando reiteradamente a los Instructores, desde hace más de quince años, (STS núm. 273/1997, de 24 de febrero, entre otras), que lo ortodoxo es dictar el auto habilitante de la intervención en diligencias previas, al no estar previstas específicamente en nuestra Legislación las llamadas indeterminadas, y que, por ello, estas diligencias no constituyen un proceso legal hábil para adoptar una medida de esta naturaleza. Es, por tanto, procesalmente incorrecto adoptar medidas tan relevantes para los derechos fundamentales como la intervención de comunicaciones en “diligencias indeterminadas”, que deben ser desterradas a estos efectos de la práctica judicial, aun cuando esta irregularidad, por sí sola, no necesariamente determina la nulidad de las intervenciones. Asimismo el Tribunal Constitucional estimó inicialmente que el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, per se, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control, tanto de un control inicial (ya que, aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE), como de otro posterior (esto es, cuando se alza la medida, control por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla) (SSTC núm. 49/1999, de 5 de abril; 126/2000, de 16 de mayo). Pero ha de tenerse en cuenta que el problema de las diligencias indeterminadas es, precisamente, que su incoación no se notifica necesariamente al Ministerio Fiscal, a diferencia de las diligencias previas, lo que impide el ejercicio por éste de la relevante función de control que le corresponde desempeñar, y a la que específicamente se refiere el Tribunal Constitucional, por lo que en aquellos casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman de inmediato en diligencias previas, o se incorporan a un proceso legal ya incoado, notificándose la intervención telefónica al Ministerio Público para posibilitar el eventual recurso y el control externo de la medida, y por el contrario se continúa practicando el desarrollo de la intervención en absoluto secreto, se está vulnerando el derecho constitucional y se impone necesariamente la nulidad de la prueba. La reciente STS 69/2013, de 31 de enero, insiste como requisito esencial para la constitucionalidad de la intervención telefónica en que la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas. De

forma expresa la STS 35/2013, de 18 de enero, reitera, que la intervención telefónica, como fuente de prueba y medio de investigación, debe respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas. En este sentido los requisitos son tres: 1) Judicialidad de la medida. 2) Excepcionalidad de la medida. 3) Proporcionalidad de la medida. Y de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes: a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad. b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas. Este criterio se reitera expresa y literalmente en numerosas sentencias de esta Sala, como las números 639/2012, de 18 de julio, 726/2012, de 2 de octubre, 776/2012, de 9 de octubre o 69/2013, de 31 de enero, entre las más recientes. De forma aún más contundente, la reciente STS 934/2012, de 28 de noviembre, considera "proscritas" las diligencias indeterminadas, al señalar que el Tribunal Constitucional exige la notificación del auto habilitante al Fiscal con valor de exigencia fundamental para entender limitado legítimamente el derecho al secreto de las comunicaciones, en procesos irregularmente iniciados por las proscritas "Diligencias indeterminadas". En efecto estima el TC que no se quiebra la garantía constitucional cuando las diligencias indeterminadas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control a través, obviamente, de la notificación al Ministerio Fiscal, que es preceptiva en la incoación de las diligencias previas, pero que no se realiza en las indeterminadas. En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional, en esta materia (STC 197/2009, de 28 de septiembre y STC 72/2010, de 18 de octubre, entre otras), se puede concretar: 1º.- El auto de intervención telefónica ha de ser dictado en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. 2º.- Las diligencias indeterminadas no constituyen en rigor un proceso legalmente existente. 3º.- La falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, vulnera el art. 18.3º en la medida en que dicha ausencia impida el control inicial de la adopción, desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos. 4º.- Esta vulneración constitucional no se produce cuando la medida se adopta en diligencias previas, pues con independencia de la notificación formal, el Ministerio Público está personado y tiene conocimiento de las actuaciones. 5º.- Pero si se produce la vulneración constitucional cuando la intervención se ha adoptado en diligencias indeterminadas, pues la incoación de estas diligencias no se ponen en conocimiento del Fiscal, por lo que la medida se acuerda, se ejecuta y se mantiene en un secreto constitucionalmente inaceptable, ya que no se realiza en el seno de un auténtico proceso que permita el control de su adopción, desarrollo y cese. De todo ello se deriva, necesariamente, que, por imposibilidad de recurso y control externo, la adopción de una intervención telefónica en diligencias indeterminadas es inconstitucional, a no ser que de manera inmediata y previa al desarrollo o ejecución de la medida, se incorpore a unas diligencias previas o a otro proceso legalmente admitido, del que necesariamente se tiene que dar cuenta al Ministerio Público para posibilitar el recurso y el control. La ejecución, desarrollo y cese de la intervención en diligencias indeterminadas, con

absoluto secreto incluso para el Fiscal, determina en todo caso la nulidad de la prueba>>.

4. Autorizaciones provenientes de otro procedimiento

En este punto, ha de ponerse de manifiesto la existencia del Acuerdo plenario de la Sala II del TS de 26-5-2009:

“En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.

Sin, embargo, el mencionado Acuerdo ha de ser tenido en cuenta con muchas cautelas pues debe advertirse que la propia Sala II, posteriormente, ha introducido relevantes matizaciones a los términos de dicho Acuerdo, las cuales, determinan que la actuación del Ministerio Fiscal deba estar presidida de la máxima precaución (cfr. SSTS 223/2011, de 31-3 y 1064/2012, de 12-11³): “Cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa de la que se ha desgajado, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio "in dubio pro reo" autoriza a cuestionar, y sospechar de ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en otros procesos, bien es verdad que el cuestionamiento ha de ponderar que se trata de una causa diferente a la original en la que el testimonio remitido se refiere a los elementos sustanciales que permiten ese control. Y se concluye: En la presente causa el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por las defensas y frente a esa intención, legítima y procedente desde el derecho de defensa que ejercita, no reaccionó quien podía realizarlo, la acusación pública, dado el momento procesal en que la pretensión de revisión se produjo y en el que el tribunal de instancia no debiera actuar aportando de oficio medios de prueba que interesen a una de la parte. Esa inacción de la acusación ha propiciado que el debate planteado por la defensa de los recurrentes no haya podido resolverse y quede sin respuesta la pretensión de la defensa de análisis de la injerencia. Consecuentemente, procede estimar esta impugnación presentada por las defensas de los recurrentes y apartar del acervo probatorio las diligencias que traen causa, directa o indirecta, conforme al art. 11 de la LOPJ, de la intervención telefónica, cuya depuración ha sido cuestionada por la defensa de los

³ Esta Sentencia expone, igualmente, las consecuencias que se derivan de un alegato extemporáneo de la defensa en cuanto a la invocación de las irregularidades.

recurrentes en el momento del enjuiciamiento y que no ha podido ser controlada jurisdiccionalmente pues quien intentó valerse de la prueba no la introdujo en el enjuiciamiento para el análisis de su regularidad. El acuerdo citado fue asumido también por las Sentencias de esta misma Sala de 26 de julio de 2010 y num. 1138/2010 de 16 de diciembre en la que se recuerda que "en definitiva, la legitimidad de la intervención telefónica no ha de presumirse, sino que debe acreditarse, y no es la defensa la que tiene la obligación de llevar a la nueva causa los antecedentes y las Resoluciones que se refieren a la intervención telefónica. Lo que es compatible con la advertencia de que, solo si el interesado (defensa) impugnara en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso (en este caso el Ministerio Fiscal) debe justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada...".

5. Descubrimientos casuales

Se trata de hechos nuevos, no buscados por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen, bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y a terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido.

La solución jurídica relativa a estos descubrimientos ocasionales no es uniforme en la doctrina y así en la STS 25/2008 de 29.1, distinguimos:

1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim.) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente, de prueba.

2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.

Por tanto rige el principio de especialidad que justifica la intervención solo al delito investigado (STS 3-10-96) pero los hallazgos delictivos ocasionales son *notitia criminis*, sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito (SSTS 31-10-96, 26-5-97, 19-1 y 23-11-98). En este sentido la STS 792/2007, de 30-5, recuerda que como señaló la sentencia 276/96, de 2-4, en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría por ejemplo, la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado o en una intervención telefónica acordada para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación. Así dice la referida resolución: "Especialidad; principio que significa que "no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos y que "no es coneccto extender autorización prácticamente en blanco", exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado,

sino una adición o suma (SSTS 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994); así como que no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquella sea mero punto de arranque (STS. 15 de julio de 1993).

Véanse también las SSTS 940/2011, de 27-9-11 y 818/2011, de 21-7-11y SSTC 47/98, de 24-2, 239/99, de 20-12 y ATC 400/2004, de 27-10.

6. Interlocutores escuchados por azar

Se examina aquí la legitimidad de las escuchas en relación a los terceros que realizan la comunicación con el teléfono intervenido, sea por mensajes SMS sea por conversación. La cuestión ya está resuelta en la jurisprudencia del TC y del TS. Señala, por ejemplo, la STS 457/2010, de 25-5: <<Por ello si el hoy recurrente llama a la titular del teléfono intervenido emite voluntariamente una opinión o un secreto a un contertuliano, sabiendo de antemano que se despoja de su intimidad, exponiéndose a que quienes le escuchan puedan usar su contenido sin incurrir en reproche jurídico, dado que tanto por el Tribunal Constitucional, sentencia 114/84 de 29.11, como por el Tribunal Supremo SS. 4.5.94, 30.5.95, 27.11.97, 28.10.98, se admite que si la grabación de conversación telefónica de otro, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho del secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 CE, la grabación de una conversación telefónica sostenida con otro que es quien la recoge y graba por cualquier medio, no integra lesión del mencionado derecho fundamental. Siendo así, esta doctrina debe aplicarse analógicamente a casos como el presente en el que el interlocutor tiene el teléfono intervenido por orden judicial. Autorización judicial que vendría a sustituir la decisión del titular o usuario del teléfono de grabar la conversación ‘con otro’. A ello cabe añadir que, tal y como se señala en la STDEH de 25.9.2001 (caso P.G. y S.H. contra Reino Unido) "la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al periodo de tiempo de las llamadas telefónicas". Consecuentemente la afirmación del recurrente de que al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública mediante la intervención de los teléfonos de determinadas personas, se estuvo investigando al recurrente mediante la intervención de las conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica, los nuevos hechos descubiertos lo que constituye además del derecho de secreto de las comunicaciones una violación del derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE, no puede ser compartida por la Sala, por la imposibilidad que podría producirse en algunos supuestos para intervenir las llamadas telefónicas de ese tercero, al que le bastaría comunicar desde un teléfono público con la persona cuyo teléfono estuviera intervenido, para evitar que esas conversaciones grabadas, que si podrían utilizarse contra su interlocutor, no pudieran serlo contra el mismo>>.

Precisa más, si cabe, la STS 433/2012, de 1-6: <<En efecto, la intervención se produce respecto de las comunicaciones de aquellas personas frente a las que en un primer momento existen indicios de implicación en un hecho delictivo, pero dado que las conversaciones son bilaterales, la autorización judicial abarca la posibilidad de utilizar como prueba de cargo tanto las manifestaciones que realicen a través de dichos

teléfonos las personas investigadas, cuyas comunicaciones están intervenidas, como las manifestaciones de quienes se comuniquen con ellos, sin que la prueba así obtenida sea ilícita aunque las comunicaciones de éstos terceros no hayan sido intervenidas, siempre que se refiera al mismo hecho delictivo objeto de investigación, como sucede en este caso con el tráfico de heroína y cocaína que realizaban los interlocutores de las recurrentes y en el que éstas colaboraban. Cuando se autoriza la intervención de las comunicaciones que se realicen desde un teléfono determinado se legitima la grabación de las manifestaciones de los investigados con sus interlocutores, que en principio son desconocidos, pues en otro caso carecería de sentido alguno la medida, dado que los teléfonos se utilizan siempre para hablar con otras personas>>.

Ya señaló la Sala II, en STS 1715/1999, de 3-12, que: “si la intervención jurisdiccional de las comunicaciones telefónicas realizada desde un determinado aparato se efectúa cumpliendo debidamente las exigencias legales y constitucionales, su resultado puede ser utilizado como prueba de cargo contra todos los interlocutores, incluidos aquellos otros intervinientes en las operaciones delictivas con quienes se mantengan conversaciones desde el referido teléfono, aún cuando no figuren identificados como afectados directamente por la medida en la resolución judicial, pues la propia naturaleza de la intervención determina que afecte no sólo al titular del aparato sino también a sus interlocutores y no puede exigirse al órgano jurisdiccional visión profética para anticipar e identificar a éstos con anterioridad a que las propias conversaciones hayan tenido lugar”.

7. Escucha de la conversación mantenida entre los interlocutores

No es infrecuente este supuesto en el que los agentes policiales se encuentran presentes mientras que se está manteniendo una comunicación telefónica entre dos personas. La STS 218/2007, de 5-3, nos dice: “...habida cuenta de que ni se llegaron a grabar conversaciones telefónicas, y la conversación descubierta por la Policía lo fue mediante escucha directa de uno de los conversadores, gracias a la proximidad a él de una funcionaria en la vía pública, lo que excluye cualquier consideración de atentado al derecho a la intimidad del comunicante, ni tampoco el registro del domicilio de R. facilitó elementos realmente esenciales o definitivos de su participación en los Hechos, habiéndose llevado a efecto, además, mediando la oportuna autorización judicial, plenamente justificada, puesto que recordemos que se produjo una vez hallada ya la sustancia objeto del delito”.

8. Acceso a los datos del teléfono

Nos ocupamos ahora del acceso, por los agentes policiales, a los datos del teléfono. La respuesta es distinta dependiendo de los datos a los que se accede y de la situación del denunciado o investigado. En cuanto a los datos, nos vamos a ocupar del registro de llamadas, los mensajes, la agenda, block de notas o guía de números de teléfonos que están grabados en un terminal telefónico. En el fondo, lo que se está examinando es el problema de la delimitación de las facultades policiales para la investigación del delito, antes de la intervención judicial, desde la perspectiva de las garantías de las libertades constitucionales.

También toda esta temática está resuelta por la Sala II y el TC que han resaltado una serie de aseveraciones (véase STS 321/2011, de 26-4):

1º) El punto de partida es afirmar que la función principal del aparato sea posibilitar la comunicación telefónica no trasladada a toda aquella información la garantía establecida en el artículo 18.3 de la Constitución.

2º) Ya sabemos que un axioma básico en nuestro Ordenamiento con relación a este materia es que el secreto de una comunicación no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación (ver STC 114/1984, de 29-11). La protección se despliega únicamente frente a terceros ajenos a la comunicación.

Por consiguiente, el permiso de uno de los interlocutores a los agentes policiales para grabar la comunicación no afecta al derecho protegido en el art. 18.1 CE (ver STC 56/2003, de 24-3).

3º) La protección del secreto de la comunicación, implícita en la protección de la libertad de ésta, implica la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. Por ello se protege no solamente el proceso de comunicación sino el mensaje que se materialice en algún tipo de soporte. Alcanza a la identidad de los interlocutores y proscribte prácticas como la denominada ‘comptage’ (Caso Malone del TEDH, S. 8691/79, de 2-8-1984). Ver STC 114/1984, de 29 de noviembre.

4º) Uno de los aspectos que destacó la STC 230/2007, de 5-11, es que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de ahí que se haya afirmado que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas, SSTC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4, ó 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2, y SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43).

Y concluye el TC que el acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, no resulta conforme a la doctrina constitucional. En el mismo sentido, puede verse la STS 203/2010, de 11-3, que consideró que el examen del listado de llamadas que aparecía en el teléfono móvil del detenido, sin consentimiento del titular y sin autorización judicial, produjo una vulneración del derecho del titular de la línea al secreto de sus comunicaciones telefónicas, en cuanto que, sin autorización judicial, se accedió a datos obtenidos durante el proceso de comunicación relativos a la identidad de los comunicantes y al momento y duración temporal de la llamada.

No existe vulneración de derecho fundamental en el examen de los mensajes realizado por la policía con el consentimiento del detenido asistido de letrado (STS 791/2012, de 18-10. Ver también STS 41/2010, de 26-1). Si no hay tal consentimiento, el examen es nulo (465/2010, de 13-5 y 51/2010, de 5-2). En cualquier caso, si la persona no está detenida será suficiente con el consentimiento. Mas si lo está bien es

necesario que el consentimiento lo preste asistido de letrado o bien será precisa la autorización judicial.

Igual consideraciones han de realizarse respecto del registro de llamadas que contiene el celular telefónico. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 230/2007, de 5 de noviembre, otorgó amparo al titular del teléfono móvil a cuyo registro de llamadas había accedido la policía directamente, es decir, sin autorización judicial y sin consentimiento del propio interesado; modo de operar atentatorio contra el derecho fundamental del art. 18.3 CE. En el mismo sentido, STS 156/2008, de 8-4.

5º) En cuanto al examen de la guía de un teléfono por los agentes de policía no conculca garantía constitucional alguna (cfr. SSTS 1273/2009, de 17-12 y 321/2011, de 26-4, por ejemplo). Así se ha dicho en sentencias de 1 de marzo de 2011 y 12 de diciembre de 2010. En esta última se lee: La doctrina de esta Sala de Casación, según las reiteradas sentencias que ha dictado sobre casos similares relativos al conocimiento por los agentes policiales de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles (SSTS 316/2000, de 3-3; 1235/2002, de 27-6; 1086/2003, de 25-7; 1231/2003, de 25-9; 449/2006, de 17-4; y 1315/2009, de 18-12), afirma que la agenda de un teléfono móvil, entendiéndolo por agenda, en este caso, el archivo de dicho aparato en el que consta un listado de números identificados normalmente por un nombre, es equiparable a una agenda en soporte de papel o electrónica con el mismo contenido de direcciones y números de teléfono. Por ello su registro u observación no supone la inmisión o injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la intimidad, con las importantes consecuencias que de ello se derivan. Pues así como la injerencia en el primero de tales derechos requeriría, sin duda ni excepción, la previa autorización judicial, por venir así expresamente dispuesto en el artículo 18.3 de nuestra Constitución, la diligencia que afecta a la intimidad del investigado se encuentra, en cambio, legalmente autorizada a las fuerzas del orden, siempre por supuesto que la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto.

En cuanto a las facultades de los agentes policiales, además de lo dispuesto en alguna otra norma, como la LOSE 1/1992 o en las disposiciones reglamentarias, en la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986 (artículo 11) le atribuye entre otras funciones la de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, (Artículo 549) en referencia a la denominada policía judicial se establece que Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones: a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 282 dispone La Policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial. Y más detalladamente en el ámbito del procedimiento abreviado el artículo 770 se establece que La Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará (entre otras) las siguientes diligencias: Acompañará al acta de constancia fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba. Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial. Conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986 debe someterse en su actuación a las exigencias derivadas de la Constitución.

6º) Supuesto que, hay que entender, es diferente, lo constituye el visionado directo por el agente de policía de los datos que la pantalla muestra en el momento en que se produce la actuación policial. La STS 1040/2005, de 20-9, descartó vulneración de derecho fundamental alguno: <<Del propio modo que en un registro domiciliario (o de un vehículo o de una maleta), no se invade el ámbito del secreto de las comunicaciones porque se hallen varias cartas cerradas, en donde se haga constar, en lugar visible del sobre, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del matasellos, por poner solamente un ejemplo. Si no se abre la carta, no hay invasión en el secreto de las comunicaciones, que es lo que protege el art. 18.3 de la CE. Distinto será el indicio probatorio razonado que se podrá construir con tales elementos, que es lo que ha llevado a cabo la Sala sentenciadora de instancia. Como ha dicho la Sentencia de esta Sala, número 316/2000, de 3 de marzo, “es indudable que en este caso, no habiendo conversación ni manifestación de hechos por el interlocutor, no se interfirió en el ámbito propio que el secreto de las comunicaciones protege. La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación; ni tampoco lo es la previa comprobación de la memoria del aparato, que tiene a tal efecto el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración de un teléfono en funciones de transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación entre dos personas”>>.

9. Rellamada desde el teléfono intervenido

En este supuesto, la intervención policial no se detiene en el número que aparece en la pantalla del terminal intervenido sino que, aprovechando el mismo, se efectúa una rellamada. La STS 266/2010, de 31-3, no apreció vulneración alguna de derecho fundamental: “La llamada que hizo la policía con el teléfono incautado no interfería comunicación ajena alguna; era la propia comunicación de la policía, como ardid legítimo y elemental para descubrir a los responsables de un delito castigado con penas que van de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses aunque, como sagaz medida de prudencia y aseguramiento del éxito de la investigación, utilizaran el teléfono del acusado para efectuarla... El presunto ardid o estrategia policial constituye un procedimiento legítimo no contrario a derechos fundamentales de terceros, tendente a descubrir o perseguir delitos graves, como es el que nos ocupa. El principio de proporcionalidad y un mínimo de oficio profesional así lo imponían. Abstenerse los agentes de usar de los medios legítimos que tienen a su alcance para descubrir el delito y perseguir a los delincuentes, quizá les hubiera puesto en la tesitura de responder por un delito de "omisión de perseguir delitos" que el art. 408 del Código Penal le impone”.

10. Otras cuestiones en relación con las intervenciones telefónicas

Además de lo ya visto hay otros aspectos igualmente importantes que han de tenerse en cuenta. Además, es frecuente en la praxis la exposición por el letrado de la defensa, con ocasión del planteamiento de cuestiones previas o de la interposición de un recurso contra la sentencia, de un protocolo muy particular de cómo han de ser los datos que permitan la autorización de una intervención telefónica y cuál ha de ser el contenido de la resolución judicial, el control y, en definitiva, todos los actos procesales o diligencias que pueden practicarse una vez se acordó aquélla.

Seguidamente, se hace alusión a alguna de ellas.

10.1. Control judicial. Es necesario poseer un concepto adecuado del llamado judicial en las intervenciones telefónicas para determinar en qué consiste y qué no significa.

Son muchas las Sentencias de la Sala II (cfr., por ejemplo, STS 197/2012, de 23-1-2013) que nos dicen que no puede equipararse control judicial con audición y transcripción previa de todas las grabaciones, conocimiento puntual de todas y recepción inmediata de las cintas originales. Pues, señala la Sentencia apuntada, “control judicial no implica inmediata transcripción en sede judicial de las escuchas o audición de todas las grabaciones por parte del juez”. En el mismo sentido, la STC 26/2010 de 27 de abril: “Denuncia también la demandante la falta de control judicial en el seguimiento de la intervención. Al respecto, hemos afirmado 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 (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 6), que sin lugar a dudas es lo que acontece en el presente supuesto, en el que, como ya se ha afirmado, el oficio policial en el que se solicita la prórroga, además de contener la información referida a los resultados de la investigación, se acompaña de las transcripciones de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos. Por ello, puede afirmarse que por el órgano judicial se ha efectuado el pertinente seguimiento de la medida”. 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 adverbada 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. 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 exigir nuevas explicaciones o concreciones (vid. SSTC 82/2002, de 22 de abril o 205/2.005, de 13 de Julio).

Por consiguiente, el aludido “control” de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que basta con que, antes de las decisiones ulteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de cintas, transcripciones e informes. A este respecto, ha recordado la Sala II en STS 745/2008, de 25-11, que ningún precepto legal impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas, siendo patente que el Juez puede formar criterio de tales efectos por medio de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención (STS 1368/2004 de 15.12). Y así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28-1-2004, 2-2-2004, 18-4-2006 y 7-2-2007, precisando que: “Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal

Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. En nuestro caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado el informe policial petitorio, en el que se le instruíra verazmente del resultado de la medida injerencial y de la necesidad de ampliarla, así como de la marcha de las investigaciones....”.

Y si hay algo que destaca en el seguimiento y examen de toda la secuencia de las intervenciones y las prórrogas o nuevas intervenciones es la cuidada y prolija argumentación de cada auto; y la información puntual que se va recibiendo y analizando justificándose cada nuevo paso. Para acordar la prórroga de una intervención telefónica no es necesario contar ya con la transcripción exacta de las previas conversaciones, sino tan solo con datos que pueden expresarse mediante un informe que sean indicativos de la procedencia de esa prolongación.

10.2. Acerca de la transcripción de las conversaciones. Por otro lado, ha de recordarse que no existe precepto procesal alguno que exija la transcripción completa, o de los pasajes más relevantes, de las conversaciones telefónicas interceptadas. El material probatorio que, en su caso, será objeto de valoración se encuentra en el soporte material que grabó o recogió las conversaciones cuya interceptación fue autorizada. En este sentido, recuerda la STS 220/2008, de 28-5, entre otras muchas (STS 1.356/2004, de 18-11 y las en ella citadas), que “...las transcripciones y cotejos sólo constituyen unas medidas facilitadoras del manejo de las cintas y su validez descansa, como más de una vez ha tenido oportunidad de declarar esta Sala (Cfr. STS de 27-11-2007, nº 982/2007), en la existencia de la totalidad de las grabaciones originales en sede judicial y a disposición de las partes para que puedan solicitar la audición, pruebas sobre voz y demás que estimen oportuno respecto a las mismas, porque el material probatorio son las cintas grabadas y no sus transcripciones. Las transcripciones puede hacerlas la Policía judicial o el Secretario, según ordene el Juez...”. La disponibilidad para todas las partes de las grabaciones en las cintas originales consta en la causa y la parte recurrente y el resto de ellas pudieron proponer su audición.

Nos ofrece más datos sobre las transcripciones la STS 290/2010, de 31-3: <<Por último en lo referente a las transcripciones de las cintas, solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes mas relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario judicial (SSTS. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9). De lo expuesto se deriva que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor del medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole. En efecto es necesario dejar claro que el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir su más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo por lo tanto, es que las cintas originales están a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe publica del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y

valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en SSTS. 960/99 de 15.6, 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4 que expresamente dice: “La transcripción de las conversaciones y la verificación de su contenido con el original o cotejo no dejan de ser funciones instrumentales, ordenadas a un mejor "confort" y economía procesal. Sólo si se prescinde de la audición de las cintas originales en la vista oral y se sustituye por el contenido escrito de las transcripciones, debe preconstituirse la prueba con absoluta regularidad procesal, con intervención del Secretario y de las partes, aunque la contradicción siempre puede salvarse en el plenario, siendo una cuestión atinente a las normas que rigen la práctica de la prueba. Otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones). Como dice la STS 1.112/2.002, “su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas”. Situación que sería la del presente caso en el que las sesiones del juicio oral se procedió a la audición de las cintas en los pasajes interesados por el Ministerio Fiscal – subsanándose así cualquier deficiencia en las transcripciones- sin que por las defensas de los acusados se efectuara manifestación alguna>>.

10.3. En cuanto al reconocimiento de voces, debe recordarse que la Sala II no considera necesaria o imprescindible la pericial de reconocimiento de voces. Pero se han precisado más aspectos. Así la STS 77/2007, de 7-2, proclamó: “...La doctrina de esta Sala en orden a que el negar la autoría de las llamadas telefónicas y alegar el no ofrecimiento de la posibilidad de practicar una prueba pericial que pudiera dilucidar la situación, no resulta atendible, pues bien pudo en momento procesal oportuna solicitar aquella prueba y no lo hizo, siendo la parte la que debe instar su realización, de modo que si no lo hizo reconoció implícitamente su autenticidad (SSTS. 31-1-.92, 26-2-2000, 6-6-2005, y 22-3-2006), sin olvidar que habiendo sido oídas en el plenario las conversaciones grabadas que las partes interesaron, la identificación de la voz como la de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificado realizado por los acusados, pero la STS 17-4-89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, sentencia 190/93, de 26-1 y por el Tribunal Supremo, STS 23-11-94, que admitió la autenticación por el Tribunal mediante la audición de las cintas en el juicio. En igual dirección, la STS 163/2003, de 7-2, con cita en la STS 1102/2002, en relación al reconocimiento de voces, señaló que el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia o de la prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones. En síntesis, a falta de reconocimiento la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea

conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado...”. Puede verse también la STS 15-2-2008 con cita de la STS nº 1301/2003, de 14 de octubre.

10.4. Falta de identificación de los funcionarios que realizaron las escuchas.

Matiza la STS 197/2012, de 23-1-2013, que “La falta de determinación de los funcionarios que realizaron las escuchas y grabaciones así como la de los que han realizado las transcripciones no es motivo de nulidad. Como tampoco lo es que no se detalle el minuto en que se establece la conexión Ni siquiera es aquélla una exigencia legal que el recurrente quiere extraer por aplicación analógica del art. 558 LECrim, lo que supondría una burocratización de la investigación penal sin incremento alguno de garantías. Si el recurrente duda de la corrección de las transcripciones puede reclamar su audición y su contraste. No se alcanza a comprender qué añade al derecho de defensa conocer los números de identificación de los agentes que en cada caso concreto se hayan ocupado de la transcripción, dato que, por otra parte, podría recabar si acreditase su necesidad para interrogarlos sobre cuestiones pertinentes y útiles. Las transcripciones son asumidas por el agente policial responsable de la investigación que firma el oficio. En el oficio inicial se refleja la forma en que se va a realizar la intervención (SITEL) especificándose que las escuchas se llevarán a cabo por los agentes de la unidad policial que desarrolla la investigación (STS 44/2005 de 24 de enero).

10.5. Falta de identidad del usuario del teléfono. La jurisprudencia exige solamente la certeza de que ese teléfono está siendo usado por quien puede ser responsable de un delito grave para cuyo esclarecimiento aparece como muy conveniente y razonablemente necesaria esa intervención. Como ha declarado el TC en sus SS 219 y 220/2009, de 21 de diciembre “el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas -como consta en la parte dispositiva- no supone indeterminación subjetiva alguna. Como advertíamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3, de nuestra jurisprudencia ‘no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir’, pues tales exigencias ‘resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas’. Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es ‘la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas’, lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes”.

Y la misma respuesta ha de ofrecerse en caso de **error en la identidad del usuario**. La STS 1.151/2010, 17-12, cita al Tribunal Constitucional sobre esta cuestión que declaró que el nombre de los titulares y de los usuarios reales de los teléfonos no

resulta siempre imprescindible para que el auto pueda ser estimado conforme a derecho, ni tampoco ha de considerarse en todo caso relevante el error sobre el titular del teléfono o el usuario del mismo cuando la línea telefónica intervenida resulta correctamente identificada (SSTC 104/2006, 150/2006 y 220/2009).

10.6. Presupuestos para la utilización en el juicio oral de las comunicaciones intervenidas. No deben confundirse los requisitos necesarios para que el Instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba en el juicio.

Parece obvio decirlo pero todavía se observa en algunos escritos de acusación que no ha sido propuesta como prueba. Para evitar equívocos que puedan basar cuestiones previas de las defensas o motivos de recursos, es necesario que se proponga directamente, como documental, la audición del soporte donde aparezcan grabadas las comunicaciones interceptadas. Nótese que es dicho soporte, y no otro, en el que consta la conversación correspondiente y, por tanto, su prueba. De semejante proposición es conveniente no prescindir en ningún caso sin perjuicio de que también en la documental se hagan constar los folios de las transcripciones en los que se encuentran los extremos que interesan.

La STS 290/2010, de 31-3, se refiere al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso, que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada: <<Tales requisitos son: 1) La aportación de las cintas. 2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas. 3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales. 4) La disponibilidad de este material para las partes. 5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional>>.

No obstante, la cuestión de la audición de las cintas en el acto del juicio oral merece ser matizada pues no resulta imprescindible por lo que tampoco deviene forzoso para el Tribunal. En la STC núm. 128/1988, de 27 de junio, se admitió la validez probatoria de unas transcripciones de conversaciones telefónicas que no habían sido impugnadas y que habían sido propuestas como documental que en el juicio oral se dio por reproducida. Se dice en esta sentencia: "No habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones. No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

Y en la STC núm. 233/2005, de 26 de septiembre, se insistía en la misma doctrina, señalando que "el hecho de dar por reproducida en el acto del juicio oral la prueba documental sin darse lectura de cada uno de los documentos que la integran tampoco vulnera el derecho constitucional alegado, no sólo porque la propia representación procesal del recurrente no se opuso a ello, sino, además, porque, dado que tuvo acceso a todos y a cada uno de esos documentos, y la oportunidad de impugnarlos, "no se aprecia qué indefensión material ha podido provocar que no (se) diera lectura a los distintos documentos aportados en la causa" (por todas, STC 12/2004, de 9 de febrero, F. 2), cuando, conforme a nuestra doctrina, para que "una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie" (por todas, STC 130/2002, de 3 de junio, F. 4).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala II, por ejemplo, en SSTS 813/2007, de 10-10, y las que cita, y 187/2009, de 3-3. Señala esta última: <<El dar por reproducida una prueba, no es de recibo para las que deben vaciarse del sumario al plenario a fin de someterlas a la debida contradicción. En la prueba documental la contradicción se asegura, proponiéndola como tal el Fiscal y dando oportunidad plena a las partes de atacarla y contradecirla exigiendo la lectura de las aspectos que tuvieran por conveniente o proceder a la audición de las grabaciones que estimaran precisas. No lo han hecho así, quizás porque conocido su contenido ningún reproche tenían que hacer, pero en todo caso la inmutabilidad y fijeza de las grabaciones, propia de un documento, hace que éste se mantenga inalterado, se oiga o no se oiga, se lea o no se lea, y el Tribunal sentenciador, siendo prueba de documentos, está imperativamente obligado a tenerlo en cuenta por mor del art. 726 LECrim. Consecuentemente la prueba practicada es perfectamente válida y así lo respalda una inequívoca jurisprudencia constitucional que declara que la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez, si ninguna de las partes lo solicita (véase, por todas, STC núm. 76/2000 de 27-3)>>.

Más completa, si cabe, es la STS 315/2012, de 22-3 que, por la importancia del tema, se incorpora: <<Conviene recordar, como expone la reciente STS 112/2012, "que ni la jurisprudencia constitucional ni esta misma Sala han exigido como presupuesto de validez ni de suficiencia probatoria que las cintas hayan sido objeto de audición en el plenario. Con carácter general, la escuchas, debidamente autorizadas, sometidas a control judicial e inspiradas en los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, serán susceptibles de valoración jurisdiccional siempre que puedan convertirse en verdadera prueba. En efecto, las SSTS 363/2008, 23 de junio, 1778/2001, 3 de octubre y 807/2001, 11 de mayo, precisan que el contenido de esas escuchas, como medio de prueba plena en el juicio deberá ser introducido en el mismo regularmente, bien mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba, mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas, criterio también reiterado en las SSTS 1070/2003, 22 de julio y 112/2002, 17 de junio". En el presente caso, como en el de la sentencia que acabamos de acotar, además las conversaciones no se habían desarrollado en español, por lo que estaba justificada la lectura de su transcripción ya traducida a nuestra lengua.

No obstante queda por resolver qué sucede en los casos en que la prueba documental se ha dado por reproducida y no se ha procedido a su lectura en el juicio oral. A este respecto nuestra jurisprudencia, recogiendo nuestros precedentes y las del Tribunal Constitucional, también muy recientemente (STS 141/2012), confirma la validez de la prueba así incorporada siempre que concurren las condiciones establecidas en la misma. En primer lugar, citando nuestra sentencia 1151/2010 “recuerda la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con los efectos del consenso de las partes para la omisión de la lectura de las transcripciones de intervenciones telefónicas a través de la utilización de la fórmula, ‘por reproducidas’”, citando expresamente la STC 26/2010 que establece “que para la incorporación al juicio del resultado de las intervenciones telefónicas por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, “siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa”. En el mismo sentido, ATC 196/1992, de 1 de julio y STC 128/1988, de 27 de junio, señalando esta última que “no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones”. Igualmente la STS citada 141/2012 extiende esta doctrina cuando se trata del acta que recoge el resultado de un registro domiciliario bajo la fe del Secretario Judicial, a través del examen directo prevenido en el artículo 726 LECrim., no siendo “requisito absolutamente imprescindible, según nuestra doctrina constitucional, su reproducción por lectura en el acto del juicio. Siendo admisible (aunque no sea lo más recomendado por la merma de publicidad) que por consenso entre las partes se prescindiera de la reproducción verbal y se acuerde dar el acta por reproducida, al ser su contenido perfectamente conocido, siempre que la prueba se haya conformado con las debidas garantías legales y constitucionales y que se haya podido someter a contradicción, sin que tal proceder conlleve una merma del derecho de defensa, pues lo relevante no es la formalidad de la lectura, sino la posibilidad efectiva de su impugnación”.

Naturalmente debemos hacer la salvedad de que esta doctrina no es aplicable a las pruebas personales, salvo los supuestos extraordinarios de imposibilidad ex artículo 730 LECrim., pues la documentación de un testimonio no cambia su naturaleza de prueba personal, mientras que la transcripción de las conversaciones debidamente cotejadas constituyen una prueba documental. El principio de contradicción no tiene el mismo alcance en cuanto a su efectividad cuando se trata de la declaración de un testigo o de un perito que cuando tiene lugar respecto de un documento>>>.

No obstante, el expuesto cuerpo de doctrina jurisprudencial, en mi opinión es deseable interesar la audición de las cintas cuando se está cuestionando por las defensas la identidad de los interlocutores pues, como se ha dicho, el propio Tribunal puede valorar que el interlocutor y el acusado presente en el juicio oral es la misma persona una vez los ha oído. Normalmente, este aspecto suele quedar acreditado por las declaraciones de los agentes que intervinieron en las interceptaciones o en las investigaciones. Igualmente, es procedente interesar la audición de las cintas o, en caso de que las transcripciones estén aceptadas por todas las partes y no hayan sido impugnadas, la lectura de las mismas, cuando haya sido combatida o impugnada la intervención de la comunicación telefónica.

II. ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO.

Obviamente, la extensión y acierto con el que ha sido estudiada esta diligencia en los múltiples tratados publicados dispensa el análisis en este trabajo, de la alusión de los conceptos básicos de la misma. Por tanto, dado el fin que se persigue el presente curso, la intervención se limitará, siempre sin pretensiones exhaustivas, a aquellos aspectos que en la práctica puedan plantearnos problemas en el servicio de guardia.

1. Indicios y Motivación.

A la hora de detenerse en los datos necesarios para autorizar una entrada y registro en un domicilio, no existe un apartado diferente respecto de los exigidos para las intervenciones telefónicas. Paralelamente, la resolución judicial que acuerde la entrada y registro ha de llenar unos extremos similares a los que se plasman en el auto autorizante de la intervención.

Lo que sí es evidente es que la insuficiencia o carencia de aquellos datos o la ausencia de una motivación en el auto provocarán la declaración *ad limine* de nulidad de la diligencia. En términos generales, desde la STC 49/99, de 5-4, el Tribunal Constitucional viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre; 167/2002, de 18 de septiembre).

Más específicamente, enseña la STS 860/2012, de 5-11: <<La autorización judicial exigida por el art. 18.2 de la CE para que ceda la inviolabilidad domiciliar es algo más que un requisito formal. Se está imponiendo no solo un placet rituario emanado de la autoridad judicial, sino la necesidad de que un Juez, como garante de los derechos fundamentales, realice una valoración propia sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida que se le pide y la suficiencia de los indicios que sustentan esa petición. Solo cuando el Instructor constate la presencia de indicios razonables de que mediante esa medida se van a encontrar instrumentos o efectos del delito que pueden servir para su descubrimiento y comprobación (art. 546 LECrim.) y no aparezcan otras vías alternativas menos gravosas para alcanzar igual fin, estará legitimada constitucionalmente la injerencia en ese derecho fundamental. Como dice el recurrente, eso es sustancialmente diferente a un acto de fe o confianza ciega en la legitimidad de la petición policial. La decisión corresponde al Juez en un juicio de ponderación que es indelegable y para el que resulta imprescindible contar con los indicios objetivos obtenidos y no sólo con la interpretación que de los mismos hace la policía.

Esta idea básica es compatible con que el auto judicial autorizante no tenga que reproducir íntegramente todo el contenido de la investigación policial aportada y pueda remitirse a ella, sin necesidad de reiterar todos y cada uno de los datos, vigilancias, investigaciones o conversaciones de los que han surgido los elementos indiciarios. El Auto se dicta en el seno de unas actuaciones con un contexto, lo que permite complementarlo con esos antecedentes que sería superfluo copiar y leerlo a la luz de ellos. Si está consentida constitucionalmente la motivación por remisión al oficio

policial (SSTC 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio o 56/2003, de 24 de marzo), aunque diste mucho de lo deseable, más lo estarán aquellos casos en que existiendo en el auto judicial una motivación autónoma expresa y propia, se parte como presupuesto de los datos recogidos en las previas actuaciones e investigaciones. Esto es sustancialmente distinto de esa motivación "por remisión" que se situaría en el dintel mínimo de lo permitido... La procedencia de la medida ha de efectuarse en un juicio ex ante. El éxito posterior no justifica la injerencia. Del mismo modo, la ausencia de resultados tampoco la deslegitima>>.

Respecto de los datos o hechos que puedan basar una autorización judicial y las noticias confidenciales, señala la STS 362/2011, de 6-5, en relación a las noticias o informaciones confidenciales que, <<como hemos dicho en SSTC 1047/2007, de 7-12, 534/2009, de 1-6, 834/2009, 457/2010, de 25-5, que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990). Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionales de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas. En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación... Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido, STC 8/2000, de 17-1)... Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida. Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas

policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002- cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación>>.

2. Formas posibles de injerencia

Nos recuerda el Tribunal Constitucional que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su «inviolabilidad» en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial; de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 136/2000, de 29 de mayo).

Sobre el consentimiento, ha de recordarse su concepto, pues recuerda la Sala II (ver, por ejemplo, STS 362/2011, de 6-5, que se trata de <<“un estado de animo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le permitan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenía lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental” (SSTS. 618/2002 de 12.4, 1061/99 de 29.6, 340/2007 de 7.3, 951/2007 de 12.11, y 922/2010 de 28.10), que recuerda que ese consentimiento como verdadera fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado, se deriva del propio enunciado constitucional, así como de lo previsto en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio de Roma y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos>>.

3. Presencia del interesado

La STS 143/2013, de 28-2, recoge la afirmación de la STS 27-1-2009 y dice que <<el interesado al que se refiere el art. 569 LECrim. es el titular del derecho a la intimidad afectado por la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos; y en caso de no estar presente el interesado, siendo posible, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de un resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Afirma no obstante que desde el punto de vista del derecho de contradicción, interesado es también el imputado, pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina su nulidad, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. En el mismo sentido STC. 219/2006.

Por tanto, de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del art. 569 LECrim. (SSTS. 833/97 de 20-6, 40/99 de 19-1, 163/2000, de 11-2, 1944/2002 de 9-4-2003).

La ausencia del interesado que se encuentra detenido en el momento de realizar el registro, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo determina la nulidad absoluta radical e insubsanable de la prueba practicada (SSTS. 711/2003 de 16.5, 94/2005 de 4.2, 550/2005 de 28.3), al tratarse de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, salvo que en el registro estuviera presente la titular del piso, en cualquier caso no está legitimado un tercero para hacer esta alegación de nulidad (STS. 18.2.97).

Asimismo la presencia del interesado no será precisa si la instrucción se ha declarado secreta (SSTC. 44/85 de 31-1, 66/89 de 17-4, y STS. 8-3-94), y por supuesto ninguna normativa ni jurisprudencia relacionada con la entrada y registro domiciliario puede aplicarse al caso de la búsqueda de efectos del delito efectuada en lugar público (STS 1143/2006, de 22-11).

Un doble fondo del maletero de un vehículo aparcado en el garaje vinculado a un inmueble, en el que se encontraba la vivienda de uno de los acusados -no el recurrente-, sobre la que se llevó a cabo el registro, siendo destacable que éste no alegó vulneración alguna de sus derechos en la sentencia anterior condenatoria del mismo e incluso manifestó que el vehículo no era de su propiedad sino de una amiga suya que la había podido guardar en el garaje. Pues bien, en un garaje las dependencias propias del mismo destinadas a su uso característico y propio no presentan comunicación directa con los domicilios de cada propietario o titular, no reúnen las condiciones precisas para que sea considerado ámbito de privacidad. Se trata de un lugar cuyo uso se comparte con numerosas personas, todos los titulares de otras plazas y en el que solamente se dispone de un espacio para el aparcamiento de un vehículo, y aun en el caso de que se dispusiera de trastero, la jurisprudencia tiene declarado (SSTS 929/2009, de 7-10, 616/2005, de 12-5, 282/2004, de 1-3) que un trastero o almacén destinado a guardar objetos, sin comunicación directa con la vivienda, no puede considerarse domicilio al no tener relación con el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido, y por lo tanto no son aplicables a la entrada y registro en el mismo las reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Consecuentemente si no consta que en el registro de la plaza de garaje se desarrollara atisbo alguno de vida privada, no puede considerarse como un domicilio ni por lo tanto se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2. Así lo ha entendido, la jurisprudencia de esta Sala, como se refleja en la STS 282/2004, de 1-3, que recuerda que “abundantísima doctrina, siempre coincidente (SSTS. 143/99 de 13.10, 1234/97 de 10.10, 686/96 de 10.10, 824/95 de 30.6), define el concepto de domicilio a estos efectos y expresamente rechaza lo sean los trasteros y garajes por no albergar ámbitos en los que se desarrolle la vida privada de las personas”.

4. Supuesto excepcional

Existen hipótesis en las que la diligencia de registro no es nula pero debe reproducirse todo su contenido en el juicio oral. Se recoge en la STS 362/2011, de 6-5: <<Existiendo el consentimiento del morador la ausencia de secretario judicial y de la

correspondiente acta no afecta ni constituye violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, sin invalidar la diligencia ni generar su nulidad, priva del valor de prueba anticipada con plenos efectos en el juicio oral, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio (STS 183/2005, de 18-2), pero como diligencia policial puede incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho, por ejemplo, la declaración testifical de los agentes intervinientes o testigos presenciales debidamente practicada en el juicio con todas las garantías de la contradicción e inmediación (SSTS 63/2000, 726/2000 y STC 303/93), no impidiendo en nada que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización y consentimiento de su titular.

En este sentido el Tribunal Constitucional consideró que la ausencia de secretario no afectada a ningún derecho fundamental, al ser una mera irregularidad procesal (STC. 348/88, de 16-4, 228/97, de 16-12, 41/98, de 24-2, 239/99, 775/2002, de 17-6) y no traspasa el pleno de la legalidad ordinaria -más aun en los casos en que existe consentimiento del morador-, ni tampoco afecta a la efectividad de la tutela judicial en las diferentes manifestaciones (SSTC. 349/88, 184/93, 54/99, 171/99, 183/2005)>>.

5. Extensión de la autorización judicial

Respecto de la vivienda, recuerda la STS 122/2013, de 15-2, que <<El contenido de la resolución judicial lo era para la vivienda en su integridad, sin apartados ni dependencias, lo que permite su registro integral, sin que pueda detenerse la práctica del mismo ante tales invocaciones, ya que ello iría contra el principio de celeridad y podría producir la destrucción u ocultación de pruebas, razones que abundan sobre su legitimación y regularidad procesal. Cuando un mandamiento para registrar una vivienda no establece restricciones, la autorización comprende la totalidad de la misma, sin compartimentos estancos, y tanto desde el punto de vista de la flagrancia delictiva, como de la necesidad de realizar el registro con la celeridad que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide que pueda alegarse por los demás ocupantes de la vivienda la restricción de su derecho fundamental (art. 18.2 de nuestra Carta Magna)>>.

6. Cuestión acerca de las medidas de aseguramiento

Debe tenerse especial cuidado con las medidas que puede adoptar la policía actuante mientras espera la llegada de la autorización judicial para la entrada y registro en el domicilio. Recoge un supuesto particular, que representa un límite que no ha de traspasarse, la STS 264/2013, de 20-3: <<Cuestión distinta es la referida a la práctica de diligencias de aseguramiento cuando todavía no había sido judicialmente despachada la autorización judicial. La Audiencia Provincial opta por atribuir legitimidad a lo que considera medidas precautorias. En el FJ 3º de la sentencia recurrida se precisa –con respaldo en una de las diligencias extendidas en el atestado, folio 19- que cuatro agentes de policía se personaron en el domicilio, abriéndoles la puerta C. V., pareja del acusado, a la que se le pidió que abandonase la vivienda que iba a ser custodiada a la espera de practicarse la entrada y registro. No habría existido –razonan los Jueces de instancia-ninguna injerencia en la inviolabilidad del domicilio, pues “...lo único que sucedió es que la agente 1052 la acompañó mientras que se preparó para abandonar la vivienda haciendo acopio de lo necesario para estar unas horas fuera, evidentemente con la finalidad de evitar que pudiera llevarse de allí algo de interés para la investigación”. La

Sala no puede compartir ese razonamiento. La necesidad de practicar diligencias de aseguramiento con el fin de evitar la frustración de los fines del registro forma parte de la realidad de las cosas. De hecho, el art. 567 de la LECrim establece que “desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos efectos del delito, libros, papeles o cualquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro”. Sin embargo, la lectura de ese precepto deja bien a las claras que las medidas orientadas a garantizar la eficacia de la diligencia, sólo pueden ser adoptadas “...desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro”. Es decir, esa actuación preventiva, si conlleva un acto de intromisión o injerencia domiciliaria, por superficial que quiera luego calificarse, ya ha de contar con la cobertura de la autorización judicial que actúa como presupuesto habilitante. En el presente caso, cuando los agentes se personan en el domicilio de M. -basta para ello un contraste de las horas que se hacen constar en la diligencia de custodia de la vivienda y en el acta de entrada y registro-, todavía no cuentan con la autorización judicial. De hecho, el operativo de custodia se describe a las 9,00 horas y la petición de entrada y registro se encabeza a las 9,30 horas del mismo día. Quiere ello decir que la obligación impuesta a C. V. de que abandone su domicilio y, sobre todo, la presencia de la agente femenina que la acompañó por las dependencias de la vivienda mientras aquélla se cambiaba de ropa y se hacía con algunos enseres personales, implicó una actuación ajena a la cobertura constitucional requerida. Sostener que agentes de policía pueden desalojar al morador de una vivienda e introducirse en la misma para asegurar que no se destruyen pruebas, haciéndolo antes de que la autorización judicial esté formalmente concedida, supone erosionar de modo irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE). Es más, degrada el significado funcional del mandamiento de entrada y registro. Basta preguntarnos qué sucedería si el Juez de instrucción no hubiera considerado debidamente justificada la concesión de la autorización de entrada y registro. No puede convertirse el auto habilitante en una mera formalidad, en un trámite cuya existencia misma pueden anticipar los agentes de policía sin temor a equivocarse. No faltan precedentes de esta Sala en la misma dirección. Es el caso de la STS 227/2000, 22 de febrero, en la cual se razona que no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la Policía que no se ajusta a las previsiones legales. La adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del artículo 568 de la LECrim, en el que se dispone que, una vez practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior (medidas de vigilancia), se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes. En consecuencia, el desalojo de la moradora del inmueble, aun cuando se disface de medida precautoria para la práctica de un ulterior registro, no deja de encerrar una verdadera vía de hecho, al no haberse dictado en ese momento la habilitación judicial que habría autorizado el acto estatal de injerencia. Y, por supuesto, la presencia de una agente femenina en el interior

del domicilio, llamada a garantizar que no se iban a destruir efectos del delito investigado mientras la compañera del acusado se cambiaba de ropa, careció de cobertura constitucional. En ese momento el Juez de instrucción no había permitido la entrada y registro. La simple confianza de los agentes en que esa autorización va a ser obtenida horas más tarde no proporciona garantía alguna a la hora de justificar el menoscabo de la inviolabilidad domiciliaria. Por todo lo expuesto, procede la estimación del motivo, declarando que la entrada anticipada de los agentes en el domicilio de S. S., a la espera de la obtención de una habilitación judicial para el registro en su domicilio, vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la CE), generando por tanto una diligencia de investigación no susceptible de valoración probatoria>>.

7. Registro del ordenador y operaciones de volcado con ocasión del registro domiciliario

La autorización judicial para la entrada y registro en el domicilio no se extiende, según la Sala II, a todos los elementos, objetos u efectos que se encuentran en el mismo. En el caso de los ordenadores es necesario, a falta de los consentimientos correspondiente, un autorización judicial para entrar en sus carpetas y archivos.

Merece cita la STS 342/2013, de 17-4, que analizó las siguientes quejas del recurrente: a) el primer auto de entrada y registro al domicilio del interesado no especifica la autorización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para intervenir los ordenadores; b) Pese a ello, los agentes intervinieron el ordenador del acusado, en su presencia, siendo este material el que sirve de base al informe policial que ha sido clave para la condena; c) el volcado de todo ese material fue realizado sin presencia del secretario judicial ni, por supuesto, auto habilitante. Pese a la petición expresa de los agentes de la Brigada de Investigación Tecnológica de que el volcado de información se hiciera a presencia judicial, no intervino fedatario alguno; d) ese volcado ser verificó, además, sin presencia del interesado ni de su defensa; e) no consta la herramienta utilizada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para proceder a ese volcado.

Y, en apretada síntesis, los pronunciamientos que contiene la mencionada Sentencia sobre el particular son los siguientes:

<<El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez apprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es

opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal (...). Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.

La STC 173/2011, 7 de noviembre, recuerda la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación (...). El auto de fecha 20 de octubre de 2088, dictado por el Juez de instrucción de Madrid, es la respuesta jurisdiccional al oficio dirigido por la Brigada de Investigación de Delitos Tecnológicos, con la misma fecha, a fin de obtener autorización para la entrada y registro en las viviendas sitas en la calle T núm. X, 3º de S y en la calle E núm. X, bajo de C. En ese oficio se da cuenta de la denuncia interpuesta por la menor V, en la que se expresa que una o varias personas, utilizando las direcciones de correo electrónico @hotmail.com y @hotmail.com, había conseguido que la denunciante le enviase imágenes desnuda y que, una vez obtenidas, le había coaccionado para que continuase enviando este tipo de material, cada vez de naturaleza más explícita. El conocimiento de las direcciones IPs desde las que operaban aquellas cuentas de correo en el programa Messenger -obtenidas en virtud de autorización judicial precedente- había permitido conocer el domicilio del titular. De ahí que se instara de la autoridad judicial mandamiento de entrada y registro *“...para las viviendas que a continuación se relacionan, sus locales anejos, garajes y dependencias incluidas en su perímetro, como pudieran ser trasteros o almacenes, al objeto de inspeccionar y proceder a la intervención de todos aquellos elementos que tuvieran relación directa con las actividades investigadas, como pudieran ser equipos y soportes informáticos, cámaras, teléfonos móviles, documentación, anotaciones personales, fotografías, agendas, correspondencia postal y electrónica y cualquier otro que pudiera tener relación con los hechos”*.

Como puede observarse, en la petición cursada por los agentes se concreta la solicitud de *“...inspeccionar y proceder a la intervención”* de equipos y soportes

informáticos, correspondencia postal y electrónica que pudiera tener relación con los hechos. Pues bien, la autorización judicial que accede a autorizar la entrada y registro en los domicilios interesados, legitima a los agentes facultados –como puede leerse en la parte dispositiva- *“...para averiguar si en dichos domicilios, sus locales, anejos, garajes y dependencias incluidas en su perímetro (...) pudieran encontrarse objetos como pudieran ser equipos y soportes informáticos, cámaras teléfonos móviles, documentación, anotaciones personales y fotografías, agendas, correspondencia postal y electrónica o cualquier otro que pudiera tener relación con los hechos que están siendo investigados”*.

La necesidad de que toda resolución judicial llamada a legitimar un acto de injerencia en los derechos fundamentales del investigado sea interpretada conforme a su estricta literalidad, forma parte de las notas definitorias de nuestro sistema constitucional. En esta materia no caben las interpretaciones extensivas ni la elasticidad como fuente inspiradora a la hora de delimitar los exactos términos de la autorización concedida. Nuestro sistema no ampara autorizaciones implícitas, ni mandamientos de intromisión en el espacio de exclusión que definen los derechos fundamentales que no estén dibujados con la suficiencia e indispensable claridad. Sin embargo, este irrenunciable punto de partida no está reñido con la necesidad de relacionar el documento policial en el que se postula la concesión de la autorización y el acto jurisdiccional habilitante. Sólo así podrá concluirse si lo que se concede es lo mismo que lo que se pide o si, por el contrario, la decisión jurisdiccional restringe o pone límites a la petición cursada. (...).

Esta diligencia fue practicada en presencia del Secretario judicial, quien levantó el acta que obra al folio X de las actuaciones (tomo I). En este documento se da cuenta de la intervención, en el dormitorio usado por J, de tres ordenadores, dos de ellos portátiles. El acusado ofreció a los agentes la clave -trascrita en el acta- que permitió el encendido y una primera constatación de contenidos. Los agentes procedieron a la intervención de los tres ordenadores, debidamente precintados.

Ninguna objeción puede formularse a ese acceso inicial de prospección de los contenidos. El consentimiento inequívoco del interesado actúa en este caso como verdadera fuente de legitimación. Estamos en presencia, además, de un acto expresamente autorizado por el Juez de instrucción, durante cuyo desarrollo se produce la entrega voluntaria de la clave por parte de J. En la STC 173/2011, 7 de noviembre, se proclama que *“...corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado. En lo relativo a la forma de este consentimiento hemos puesto de relieve que puede manifestarse de forma expresa, prestándose entonces verbalmente, o bien tácita (...). Se conceptúan estas declaraciones como tácitas, porque resultan, no de expresiones, sino de hechos (actos concluyentes), siendo preciso, para conocer su verdadero significado, acudir a conjeturas o presunciones”*.

Con fecha 24 de octubre de 2008, el inspector jefe de sección de la Brigada de Investigación, dirigió oficio a la Jueza titular del Juzgado de instrucción *“...con el fin de identificar otras posibles víctimas de las coacciones del detenido, se solicita de V.I autorice volcado –copia- del material intervenido por parte de esta Brigada de Investigación Tecnológica, con el fin de realizar un informe de investigación sobre los*

hechos, posibles relaciones del detenido con otros usuarios para intercambio de archivos de menores y la identificación de otras víctimas. En caso de que V.I considere pertinente el volcado solicitado, se solicita que autorice expresamente a los funcionarios de esta Brigada el desprecinto de dicho material para la realización de la copia, sobre la cual se efectuará el informe, quedando el original intacto y nuevamente precintado” (folio X, tomo II). Mediante resolución dictada (fecha), el órgano judicial acordó autorizar “...el desprecinto del material intervenido en el domicilio de J a fin de proceder al volcado del material intervenido, a fin de realizar un informe de investigación sobre los hechos” (folio X, tomo II). Al amparo de esa autorización, los policías nacionales núms. X y Z, comparecieron ante el Juzgado de instrucción y, en presencia de la Secretaria del juzgado, procedieron al desprecinto de los discos duros de los tres ordenadores y al volcado de su contenido, con la excepción del ordenador portátil de la marca ACER, con núm. CCC... Una vez terminada la diligencia, el material intervenido quedó nuevamente precintado y en poder de los agentes de policía intervinientes....

La STS 15 noviembre 1999, rec. núm. 3831/1998, aborda una alegación referida a la nulidad de la diligencia practicada por ausencia del Secretario en los siguientes términos: “...en lo que se refiere a lo que se denomina «volcaje de datos», su práctica se llevó a cabo con todas las garantías exigidas por la ley. En primer lugar, la entrada y registro se realizó de forma correcta y con la intervención del secretario judicial que cumplió estrictamente con las previsiones procesales y ocupó los tres ordenadores, los disquetes y el ordenador personal. Lo que no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del funcionario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia.

De obligada cita resulta la STS 256/2008, 14 de mayo. Razonábamos entonces en los siguientes términos: “Por idéntico cauce procesal, se ha alegado vulneración de los derechos garantizados en los arts. 18,3, 18,4 y 18,1 CE, con el resultado de que debiera declararse nula la diligencia consistente en el volcado de datos del ordenador intervenido a este recurrente. Ello debido a que no existiría una resolución motivada ad hoc, y porque en la realización de esa diligencia se habrían conculcado normas esenciales de procedimiento. En idéntica línea se objeta un defecto en la identificación de los ordenadores; y también que la pericial realizada sobre el contenido de los mismos no contó con la fe del secretario judicial ni su resultado fue llevado a juicio como tal pericia; todo con el consiguiente perjuicio para el derecho de defensa. (...) La sala de la Audiencia se ocupó de esta misma objeción en el tercero de los fundamentos de derecho, para desestimarla. Y lo hizo en atención a que el auto de 21 de septiembre de 2005 (folio 894) acordando la entrada y registro en el domicilio del que ahora recurre habilitaba a la policía para la incautación, entre otras cosas, del material informático que allí pudiera encontrarse; y fue con esta cobertura como por providencia del día 23 del mismo mes se ordenó el análisis de la información de los ordenadores que ya estaba a disposición del juzgado. (...) Es cierto que esta última actividad no fue practicada ante el secretario judicial, sino por los técnicos policiales en su propia sede. Pero también lo es que, como razona la Audiencia, esa presencia que se reclama habría sido, de facto, tan inútil -y, por tanto, innecesaria- como la que pudiera darse en el desarrollo de

cualquier otra de las muchas imaginables en cuya técnica el fedatario judicial no fuera experto. Por eso, no habría nada que objetar a la intervención de los ordenadores y tampoco al modo en que fueron examinados”. Esta solución inspira también la STS 480/2009, 22 de mayo.

En definitiva, la presencia del fedatario judicial en el acto del volcado de datos no actúa como presupuesto de validez de su práctica. Lo decisivo es que, ya sea mediante la intervención de aquél durante el desarrollo de la diligencia de entrada y aprehensión de los ordenadores, ya mediante cualquier otro medio de prueba, queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto de intervención y la que se obtiene mediante el volcado...>>.

III. ENTREGAS CONTROLADAS

1. Tipos de envíos

Sobre los arts. 579 y ss. LECrim se ha establecido, igualmente, un cuerpo de doctrina en la Sala II. De nuevo, la finalidad práctica que se busca en estas jornadas determina que esbozemos los diversos pronunciamientos sobre la intervención de las comunicaciones postales y las entregas controladas.

En primer lugar, han de distinguirse los distintos tipos de envío (cfr. STS 960/2010, de 3-11). En cuanto a los paquetes postales, a partir del acuerdo de la Junta General de la Sala II de 9-4-1995, se ha seguido el criterio de considerarlos como correspondencia por la posibilidad de que puedan ser portadores de mensajes o efectos personales de carácter confidencial y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía del derecho fundamental y por las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia -aún a pesar de lo que pueda desprenderse del art. 20 del Convenio sobre paquetes postales, aprobado el 14-12-89, durante el vigésimo Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en Washington (ratificado por España el 1-6-92), cuando afirma la prohibición de “no incluir en los paquetes los documentos que tengan carácter de correspondencia actual y personal” - SSTS 14-9-2001, 8-3-2000, 14-10-99, 25-1-99, 13-10-98, 15-4-98, 14-4-97, 5-10-96, 1-12-95).

Ahora bien se excluyen de la salvaguardia de la intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo “etiqueta verde” (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington, que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SSTS 5-2-97, 18-6-97, 7-1-99, 24-5-99, 1-12-2000, 14-9-2001). En la misma línea se pronuncia la STS 103/2002, de 28-1, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS 18-6-97, 26-1-99, 24-5-99, 26-6-2000).

En cuanto al transporte de mercancías, la STS 404/2004, de 30-3 declaró que no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características

del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones. Por su parte, la STS 609/2004, de 24-5, expresó que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene, coincidente con la declaración de aduana "C2/P3", lo que es equivalente a etiqueta verde, a que se refiere el Reglamento del Convenio sobre Paquetes Postales, de 14-12-90, en el que se permite su sometimiento al control aduanero. Y la STS 1104/2005 de 23.9, que recogió el caso en el que aparecía en un su impreso adherido, en un recuadro verde, que su contenido eran 'hamacas'.

2. Motivación de la resolución

La resolución que autoriza la entrega vigilada debe encontrarse motivada por auto, lo que resulta de lo dispuesto en los arts. 263 bis 1) LECrim., y de los arts. 245.1 b y 248.2 LOPJ y art. 24 CE. Recordar que el art. 263 bis de la LECrim. fue introducido inicialmente por la Ley 8/92 de 23 de diciembre, en consonancia con la Convención de 20 de diciembre de 1988 de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena y ratificada por España el 30 de julio de 1990 y modificado posteriormente por de LO 5/1999, de 13 enero.

Los perfiles del contenido de dicha motivación vienen trazados, por ejemplo, en la STS 323/2006, de 22-3:

a) Ha de hacerse casos por caso. Al primer requisito se refiere el art. 263 bis, 3) cuando afirma que "el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso", sin que puedan permitirse, por tanto, entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas.

b) Individualización. En la resolución habrán de plasmarse la identificación, o, al menos, la determinación de los autores de la entrega. La resolución ha de ser individualizada y necesaria, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que trate".

c) Necesidad. El principio de necesidad se encuentra previsto en el segundo apartado del art. 263 bis 1, en relación con el último inciso del número segundo del mismo precepto. La adopción de esta medida ha de ser necesaria "a los fines de la investigación", teniendo en cuenta "la importancia del delito" y con la finalidad de "descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas". De la redacción de tales normas parece claro que la adopción de esta medida no se justifica ni para combatir el "menudeo" de la droga sino para descubrir organizaciones de narcotraficantes, ni es procedente cuando tales narcotraficantes han sido plenamente determinados o identificados.

d) Ha de obedecer a un motivo.. Este ultimo requisito, que se erige en primera exigencia formal del principio de proporcionalidad, ha sido incorporado en la LO. 5/99. La restricción del ejercicio de un derecho fundamental, se ha dicho, "necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito

indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/1995)”. (STC de 17 de febrero de 2000). De ahí que pueda afirmarse que si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (SSTC 26/1891, 27/1989, 37/1989, 8/1990, 160/1991, 3/19192, 28/1993, 12/19194, 13/19194, 160/1994, 50/1995, 86/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, 158/1996 o 170/1996).

Es suficiente, en general, con que puedan conocerse los motivos de la decisión, lo que permite comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental tanto al directamente afectado como a los demás ciudadanos, y, en su caso, controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Es cierto que el interesado no puede controlar la legalidad de la medida durante su ejecución pues lógicamente desconocerá su existencia, pero el contenido de la motivación le permitirá impugnarla con posterioridad y cuestionar así la legitimidad de la actividad probatoria desarrollada, lo cual podrá ser trascendente en orden a la vigencia de su presunción de inocencia.

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización, sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120 CE) sino que, además, permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de Recurso contra la misma.

Cabe la motivación por remisión: “Ahora bien, aunque lo deseable es que la expresión de indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva... Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

En cuanto a la detección del envío en otros países, recuerda la STS 960/2010, de 3-11: “...En el marco europeo, el sistema Schengen de 1985, cuyo Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, al que España se adhirió el 25 de junio de 1991 (BOE 5 abril 1994), establece en su art. 73 que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptándose en cada caso concreto con base en una autorización previa de la otra parte, disponiendo en concreto el párrafo 3 que cada parte contratante conocerá la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir. Estas intervenciones y autorizaciones se llevan a cabo conforme a la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos

procesales y garantías de otros Estados, por donde circule la mercancía controlada, por la autoridad que designe cada una de esas legislaciones”..