

Revista del Ministerio Fiscal

nº 3, 2017



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

La prueba en el proceso penal

Revista del Ministerio Fiscal, año 2017, número 3

Directora de este número: María Ángeles Garrido Lorenzo, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

José Manuel Maza Martín , Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Francisco Moreno Carrasco, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Miguel de la Rosa Cortina, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

1. PRESENTACIÓN	6
MARÍA ÁNGELES GARRIDO LORENZO	
2. LA PRUEBA ILÍCITA PENAL Y SU EFECTO REFLEJO	8
ANTONIO PABLO RIVES SEVA	
1. Antecedentes en la jurisprudencia norteamericana	8
2. Evolución en España. El artículo 11.1 LOPJ	11
3. La excepción de buena fe	15
4. La violación de derechos fundamentales por un particular	16
5. La prueba ilícita originada en el extranjero	22
6. El efecto reflejo. La doctrina de los frutos del árbol envenenado	24
7. Excepciones	26
7.1. El hallazgo inevitable	26
7.2. La conexión de antijuridicidad	27
7.2.1. La confesión del acusado precedida de prueba ilícita	33
7.3. Crítica a la doctrina de la conexión de antijuridicidad	36
8. Conclusiones	38
3. LA «SENTENCIA FALCIANI»: ¿HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA ENTRE PARTICULARES?	43
MANUEL MARCHENA GÓMEZ	
1. Introducción y delimitación metódica	43
2. Disponibilidad de los archivos informáticos clandestinos por las autoridades financieras españolas	44
3. Línea argumental del tribunal supremo	46
3.1. La inspiración ofrecida por otros tribunales europeos	46
3.2. Algunos de los precedentes de la jurisprudencia española	48
4. Hacia un concepto de prueba ilícita coherente con el propio fundamento de las reglas de exclusión	54
5. Los matices a la formulación de una regla general	56
4. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS: ALGUNAS CUESTIONES CLAVES Y OTRAS DISCUTIBLES	58
PABLO LANZAROTE MARTÍNEZ	
1. Acotación	58
2. El contenido fundamental del derecho al secreto de las comunicaciones	59
3. La interceptación: medio de investigación y medio de prueba	62
4. Mora legislatoris y génesis de la reforma	63
5. La audiencia previa al Ministerio Fiscal y las consecuencias de su inobservancia ...	64

6. Ámbito temporal de la intervención: la duración de la medida y el secreto de las actuaciones	67
6.1. El plazo inicial	67
6.2. Cómputo del plazo	68
6.3. Prórrogas	68
6.4. Cese de la medida y efectos	70
6.5. Notificación del cese de la medida	70
6.6. La declaración del secreto de la causa	71
7. Ámbito subjetivo de la medida: sujetos destinatarios y sujeto obligado	72
7.1. El investigado y la falta de su inicial identificación	72
7.2. Intervenciones de terminales de terceros y de la propia víctima	72
7.3. Identificación del titular del terminal	73
7.4. Identificación de la unidad policial encargada de la intervención	74
7.5. El sujeto obligado a la ejecución de la medida	74
8. Ámbito objetivo: delitos que pueden ser objeto de investigación a través de la intervención de las comunicaciones	75
8.1. La gravedad del delito como fuente legitimadora de la medida. El principio de proporcionalidad	75
8.2. La nueva regulación tras la reforma de la LO 13/2015: catálogo de delitos susceptibles de la medida	77
8.2.1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión	78
8.2.2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal	78
8.2.3. Delitos de terrorismo	79
8.2.4. Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación	79
8.3. Los delitos leves como objeto de la interceptación	80
8.4. La extensión de la medida a delitos no incluidos en el catálogo legal: los hallazgos casuales y el principio de especialidad	81
9. El acceso a los datos de tráfico generados durante el proceso de comunicación ...	82
5. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ART. 18 CE	86
M^a ÁNGELES MONTES ÁLVARO	
1. Introducción	86
2. Regulación de los medios de investigación a partir de las nuevas tecnologías	86
3. Captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos	93
4. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización	100
4.1. Captación de imágenes en lugares o espacios públicos	102
4.2. Utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización ...	104
5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información	107
5.1. Consideración de este tipo de dispositivos de almacenamiento masivo de información y su incidencia constitucional	107
5.2. Normativa aplicable	110
5.2.1. Necesidad de motivación individualizada. (588 sexies.a.)	112
6. Registros remotos sobre equipos informáticos	114

6. INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ESTATUTO PROCESAL DEL INVESTIGADO	117
ALEJANDRO ABASCAL JUNQUERA	
1. La transposición de la Directiva 2010/64/UE del parlamento europeo y del consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales	118
1.1. El derecho a la traducción e interpretación en los procesos penales. La Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre	118
1.2. Transposición a Derecho interno mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril	119
1.2.1. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	119
1.2.2. El derecho a la asistencia de intérprete	119
1.2.3. El derecho a los servicios de traducción	120
1.2.4. La designación de traductores e intérpretes. El Registro Oficial de traductores e intérpretes	121
1.2.5 La renuncia a los derechos a la interpretación y traducción	123
2. Transposición de la directiva 2012/13, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales	123
2.1. La directiva 2012/13, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales	123
2.2. Transposición a Derecho interno mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril	124
2.2.1 Los derechos básicos de información	124
2.2.2 El derecho de acceso al expediente	125
3. La Directiva (UE) 2016/343, del parlamento y del consejo, de 9 de marzo. Presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio	129
3.1. La Presunción de inocencia	132
3.1.1. La regulación en la Directiva 2016/343	132
3.1.2. La situación interna	136
3.2. Derecho a estar presente en el juicio	137
3.2.1. Antecedentes y regulación de la Directiva 2016/343	137
3.2.2. La situación interna	139

Presentación

María Ángeles Garrido Lorenzo.
Fiscal

Me cumple el honor de presentar el número 3 de la Revista del Ministerio Fiscal, que ve puntualmente la luz, consolidando la periodicidad y los objetivos con que se impulsó esta segunda etapa. He de comenzar agradeciendo al Consejo Editorial de la Revista la confianza que depositó en mí, al encargarme la dirección de este número. Auspiciada su reaparición en el año 2015 por la entonces Fiscal General del Estado, se concibió como un acicate para la puesta en común de opiniones, interpretaciones, fruto del estudio de los numerosos temas de interés que suscita el diario desempeño de nuestras funciones. Ya como consecuencia directa de las frecuentes reformas que nos prodiga el Legislador, bien por el propio devenir de la evolución interpretativa de muchas instituciones, surgen posiciones diversas y enriquecedores debates que se han de mantener en búsqueda de la conclusión más acertada. Ello justifica y precisa un sosegado estudio para la mejor aplicación de la norma, conforme a la voluntad del legislador y la realidad social del momento. Prescindir del análisis crítico de la norma supondría una imperdonable dejación de la tarea que compete al jurista. Su detenido estudio, posibles interpretaciones, detección de carencias o contradicciones, es labor obligada para la aplicación. De ahí que la Revista del Ministerio Fiscal tenga por finalidad servir de tribuna para permitir que se puedan compartir las reflexiones de aquellos fiscales, magistrados, juristas en general que, generosamente, ponen en común su trabajo, resultado de horas de estudio, sustraídas de su tiempo libre, bien tanpreciado como escaso. Es de justicia, no obstante, dejar constancia, en este momento, de la buena disposición para participar que he encontrado en todos aquellos a los que me he dirigido, requiriendo su colaboración con los artículos que han permitido conformar este número. De ahí también mi agradecimiento a los que han puesto su pluma a producir con tal motivo. Me complace en haber tenido tan buena respuesta al postular en nombre de la Revista, en la convicción que se evidencia de este modo la alta estima en que los autores tienen al Ministerio Fiscal, como institución, a los principios que encarna y los intereses constitucionales que defiende.

Siguiendo la idea inicial apuntada ya en el número 0, se pretende que cada edición de la Revista tenga un carácter monográfico. El que ahora se publica está dedicado a la Prueba en el Proceso Penal. Obviamente, solo cabe tratar algunos temas dentro de los numerosísimos que tan amplio epígrafe abarca. Los cinco artículos que ahora se presentan, no pueden agotar cuantas cuestiones se suscitan, pero sí aportan un análisis riguroso y concienzudo de áreas muy importantes. Sirva, en todo caso, este número 3 de la Revista del Ministerio Fiscal como un eslabón de los sucesivos que podrán completar la materia.

El examen de la prueba ilícita en el proceso penal es objeto de la primera ponencia. En un planteamiento general que, partiendo de su origen en el mundo anglosajón, aborda los más novedosos cuestionamientos en nuestra doctrina jurisprudencial y científica. La validez y legalidad en la obtención de la prueba constituye piedra angular del proceso, para culminarlo con éxito de la mano de los principios y derechos fundamentales de consagración constitucional.

Estrechamente ligado a la licitud de la prueba se publica un segundo trabajo, que partiendo de la llamada “Sentencia Falciani”, cuestiona si con ella se dirige nuestra jurisprudencia hacia una nueva concepción de la prueba ilícita entre particulares, sin duda, de gran trascendencia en diversos procedimientos. También aquí nuestra doctrina es en cierto modo tributaria del derecho anglosajón. Contamos con el *intérprete auténtico* de la sentencia, quien comparte sus agudas reflexiones con los lectores y fija el alcance real de la resolución en cuestión.

El gran calado de la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la protección de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, a raíz de la reforma por LO 13/2015 de nuestra ley de ritos, es objeto de estudio en un encomiable esfuerzo de síntesis en la tercera de las ponencias. Desde la declarada perspectiva de la propia Exposición de Motivos *“encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros”*.

El elocuente título de *“La nueva regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas: algunas cuestiones claves y otras discutibles el propósito del presente trabajo”*, encabeza el cuarto artículo, que con agudeza y gran rigor se centra en el examen de aquellos puntos precisados de interpretación para la determinación de la voluntad del legislador, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre sobre medidas de investigación tecnológica y fortalecimiento de las garantías procesales.

Como digno colofón a este número, se aborda el Estatuto del Investigado desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y a la acomodación de nuestro vigente marco normativo a las exigencias que contiene. Enfatiza el trabajo las modificaciones en nuestro ordenamiento con la publicación de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, así como las Directivas europeas y la doctrina jurisprudencial del TEDH. El derecho a la traducción e interpretación, el derecho a la información en los procesos penales, el derecho a la presunción de inocencia y a estar presente en el juicio, constituyen los tres temas sometidos a detallado análisis.

Con la expresión de gratitud en nombre del Consejo Editorial de la Revista a los autores de los trabajos, va también mi felicitación por el excelente trabajo realizado, que colman las expectativas que interesaron su participación. Constituyen una valiosa aportación, que, a buen seguro, será recibida y apreciada con satisfacción por magistrados, letrados, fiscales...juristas y quienes accedan a su lectura, en busca de una opinión autorizada, dentro del siempre fructífero ámbito del debate doctrinal.

María Ángeles Garrido Lorenzo.
Fiscal del Tribunal Supremo.

La prueba ilícita penal y su efecto reflejo

Autor: Antonio Pablo Rives Seva
Fiscal del Tribunal Supremo

La determinación de los efectos de la prueba ilícita es un problema de permanente presencia en la práctica de los Tribunales, que en la actualidad no ha encontrado una solución definitiva. Nos hallamos en un terreno de arenas movedizas en continuo avance y retroceso en la pugna entre el respeto a los derechos del acusado y la búsqueda de la verdad material para dar protección a la víctima del delito.

La mira de este trabajo es la somera exposición de la evolución de ese conflicto, partiendo de los referentes marcados por la jurisprudencia norteamericana, donde encuentran su fuente de inspiración las doctrinas elaboradas por los tribunales españoles en la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ. Primero partiendo de la determinación de lo que es la prueba ilícita, distinguiéndola de la irregular; y luego reflexionando sobre las consecuencias de aquélla, desde un inicial periodo de expansión de los efectos de la prueba prohibida, mantenida a ultranza en la doctrina de los frutos del árbol envenenado, hasta llegar a encontrar las inevitables excepciones a ese efecto extensivo de la prohibición con la formulación de las doctrinas del hallazgo inevitable, la conexión de antijuridicidad, el nexo causal atenuado y la ponderación de intereses en juego; analizando especialmente la problemática que presenta la confesión del acusado precedida de prueba ilícita; finalizando con una propuesta de reformulación del artículo 11.1 LOPJ, y la conclusión que de nuevo estamos en un punto donde todo queda por hacer.

The determination of the effects of illegal evidence is a permanently present problem in the practice of the courts, to which no definitive solution has yet to be found. We find ourselves in the shifting sands of continuous advance and retreat in the struggle between respect for the rights of the accused and the pursuit of the material truth to provide protection to the crime victim.

The aim of this work is a brief explanation of the evolution of this conflict, based on the guides set by American case law, which find their inspiration in the doctrines developed by the Spanish courts in the application of Article 11.1 of the LOPJ (Fundamental Law of Judicial Power). Starting from the determination of what is illegal evidence, as distinguished from irregular evidence; and then reflecting on the consequences of that, from an initial period of expansion of what is prohibited by the doctrine of the fruit of the poisonous tree until one finds the inevitable exceptions to this expansionary effect of the prohibition with the formulation of the doctrines of inevitable discovery, the wrongfulness connection and others of less interest, such as attenuated causal nexus and the balance of the interests at stake; especially considering the issues presented by a defendant's confession which was preceded by illegal evidence; and ending with a proposed reformulation of Article 11.1 of the LOPJ, to conclude that once again we are at a point where everything remains to be done.

1. Antecedentes en la jurisprudencia norteamericana

El tema de la prueba ilícita es en la actualidad uno de los más importantes y debatidos del proceso penal. Determinar en qué consiste la ilicitud probatoria, sus causas y efectos, son cuestiones básicas y esenciales, resueltas muchas veces por los Tribunales de forma insatisfactoria y lo que es peor, contradictoria.

Como excepción a la regla imperante en la época, en 1903 se publicó la obra precursora de Beling: *“las prohibiciones probatorias como límite de la investigación de la verdad en Derecho*

Penal”, que inspirada en el ideal garantista de los derechos del acusado, concluía que el medio de prueba prohibido no puede ser utilizado en absoluto; así, el objeto de inspección ocular prohibido no puede contemplarse, el documento prohibido no puede leerse y el testigo o perito prohibidos no pueden ser oídos.

Pero en el Derecho Penal en esos tiempos prevalecía el principio de búsqueda de la verdad material, formulado en el aforismo “*male captum, bene retentum*”, en virtud del cual, la prueba ilegítimamente obtenida puede servir para formar la convicción judicial, si es regularmente incorporada al proceso. En 1861, al resolver el caso LEATHAM, el juez inglés Crompton, desestimó la queja del recurrente de haberse utilizado en su contra una carta cuyo contenido era reservado para los funcionarios que la aportaron al proceso violando el secreto profesional. La respuesta fue tajante: “No importa cómo se ha conseguido la carta, aunque hubiera sido robada habría sido admisible como prueba”.

Ésta era también la solución que imperaba en Norteamérica, como en todos los países del *common law*. La evolución de la jurisprudencia española tiene gran paralelismo con la que tuvo la jurisprudencia norteamericana a lo largo del siglo XX, por lo que su estudio, aunque sea a grandes rasgos, se hace imprescindible para comprender el verdadero significado de los conceptos y doctrinas formuladas como novedosas por los Tribunales españoles, pero que en realidad son importación tardía de la acuñada en EE UU. Pues bien, en su evolución pueden distinguirse dos períodos bien delimitados.

El inicial de expansión de la doctrina de la regla de exclusión, que prohíbe la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, y llega en el año 1961 a constituir una prohibición absoluta. En este período la pugna se dio entre los jueces partidarios de la doctrina de la exclusión y los de la doctrina tradicional, cuyo principal valedor es el Juez Benjamín NATHAM CARDOZO, conforme a la cual cuando se acredita la existencia y autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deben castigarse los dos ilícitos: tanto el crimen descubierto como la ilegal obtención de la prueba que condujo a su descubrimiento. Así, en 1926, al resolver el caso DEFOE, se escandalizaba ante la posibilidad de que la integridad, a ultranza, de la inviolabilidad del domicilio, pudiera conducir a la absolución de quien se sabe culpable.

Ésta fue también la tesis que siguió la sentencia del caso OLMSTEAD en 1928, que consideró que la interceptación telefónica hecha sin aprobación judicial, y que constituyó la principal prueba de cargo en un caso de tráfico de alcohol, no vulneraba la IV Enmienda Constitucional sobre el secreto de las comunicaciones, pronunciando sentencia de condena.

La importancia de la sentencia está en los dos votos particulares emitidos por los jueces Louis BRANDEIS y Oliver WENDELL HOLMES, que escriben: “Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos y paguen por otros delitos, ni que sean delictivos los medios empleados para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno”.

Esta perspectiva del mal menor terminó imponiéndose en la jurisprudencia norteamericana, en concurrencia con el avance del liberalismo económico y político, alcanzando su apogeo en 1961 a raíz de la sentencia dictada en el caso MAPP vs. Ohio. En el domicilio de Miss Mapp se había encontrado material obsceno cuya simple tenencia estaba penalizada por la legislación del Estado de Ohio; pero la ocupación no estaba respaldada por mandamiento judicial de entrada y registro, por lo que la obtención de la prueba fue ilegal. El Tribunal acaba absolviendo, consolidando el criterio de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda.

La prohibición de valorar pruebas ilegales alcanza también a las pruebas que se deriven de aquéllas, acogiendo la doctrina de los frutos del árbol envenenado, acuñada en 1939 por el

Juez FRANKFURTER al resolver el caso NARDONE. En éste se trataba de discernir si la prueba, regularmente propuesta por la acusación, se fundaba en las informaciones procedentes de una intervención telefónica ilegal. El Juez razonó que “prohibir el uso directo de los métodos ilegales, pero no poner freno al indirecto, constituiría una incitación a estas mismas artimañas, tenidas por incompatibles con los standards éticos, y destructoras de la libertad personal”.

Como vemos, el argumento tópico sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente, se centra en el propósito de disuadir a la policía de acudir a métodos investigadores prohibidos, so pena de ver abocados sus esfuerzos al fracaso, y al margen de las responsabilidades: penal, civil o administrativa, en que pueda incurrir. Este es el efecto disuasorio. Ya en 1964, el Tribunal Supremo Federal, en el caso ELKINS, reconoció que “la prohibición de aprovechar el resultado de una prueba ilegítima constituye el único modo efectivo de controlar a la policía”; y en 1974, en el caso CALABRA declaró que “la regla excluyente no es un derecho constitucional del acusado, sino un remedio judicial creado para salvaguardar los derechos de la IV Enmienda, a través de su efecto preventivo de posibles futuras irregularidades policiales”.

Y los jueces BRANDEIS y HOLMES, disidentes en el caso OLMSTEAD, fundamentaron su discrepancia en “un imperativo de integridad de la jurisdicción”, argumentando que “un Juez digno de tal nombre no puede, en el momento de condenar al autor de un delito, basarse, por una parte, en la ley para condenarlo y, por otra, en la prueba de cargo obtenida en contra de la ley”.

Por tanto si el fundamento de la prohibición de valoración de la prueba ilícita es el control de la actuación de los agentes policiales, es lógico que la jurisprudencia norteamericana encontrara ahí sus propios límites, abriéndose así una etapa, que podemos situar a partir de 1961, de progresivo reconocimiento de excepciones o elementos correctores que flexibilizan la rigidez de la regla de exclusión de la prueba ilícita, reduciendo su alcance.

Así, la regla de la exclusión no se aplica a la prueba obtenida de forma ilícita por particulares (no aludidos, por lo demás, por la IV Enmienda), según la sentencia del caso JACOBSEN de 1984; siendo el supuesto típico el de piezas de convicción obtenidas mediante registros privados, supuesto de los casos BLANTON y OGDEN, ambos de 1973. También se considera admisible la prueba obtenida de forma ilícita por oficiales de policía extranjeros; así, en la sentencia del caso BRUALY de 1967, en el que fue la policía mexicana quien puso la prueba ilegal a disposición de la policía americana.

Tampoco pesa la prohibición de aprovechamiento sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos por otras vías, en el curso de la investigación. Esta es la doctrina del hallazgo inevitable, consagrada por la sentencia NIX vs. WILLIAMS en 1984, cuya aplicación práctica puede obligar a hacer complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos; esto es, de lo que pudo haber pasado pero no pasó en la realidad. Resumidamente los hechos analizados en la sentencia eran los siguientes: durante un interrogatorio ilegal el acusado confesó ser el culpable de un homicidio y llevó a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver. El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo unas pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona.

A partir de 1979 se introduce en la jurisprudencia otro correctivo: la excepción de buena fe, que admite la validez procesal de la prueba ilegal obtenida por los agentes de policía, siempre

que su actuación haya sido razonable y en la creencia de obrar de forma legal; doctrina que si se aplica en todas sus posibilidades puede dejar sin sentido la regla de exclusión de la prueba ilícita. Así, en la sentencia del caso MICHIGAN vs. DE FILIPPO de 1979 se admitió la prueba resultante de un registro domiciliario porque los funcionarios policiales actuaron en la confianza de estar legitimados por una ley que, finalmente, fue declarada inconstitucional. En otras ocasiones pruebas conseguidas en registros irregulares; bien por omisión de la determinación de los objetos a localizar –en el caso MASSACHUSETTS vs. SHEPPARD–, o falta de motivación de la resolución judicial –en el caso LEON–, ambas de 1984, fueron admitidas porque los funcionarios policiales habían obrado de buena fe, en la creencia de estar suficientemente respaldados por un mandamiento judicial.

Otra excepción importante, ahora referida al efecto reflejo de la prueba ilícita; esto es, a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, es la del nexo causal atenuado, que aparece como una de las probables fuentes de inspiración de la teoría de la conexión de antijuricidad de nuestro Tribunal Constitucional. Tal excepción se predica, a partir de la sentencia recaída en el caso WONG SUN en 1963, de la confesión voluntaria, que la independiza jurídicamente de la prueba obtenida con lesión de un derecho fundamental. El caso es el siguiente: la policía de narcóticos registró ilícitamente la lavandería de Toy, en cuyo registro Toy indicó que Yee estaba vendiendo narcóticos. Los agentes registraron a continuación el domicilio de Yee y encontraron la droga. Yee hizo un trato para denunciador a su proveedor Wong Sun, que resultó ser un importante empresario, al que se le recibió declaración, negando los hechos. Tras abandonar la Comisaría Wong Sun regresó voluntariamente para hacer un trato con la policía, confesando la infracción. En el juicio la declaración de Toy y el descubrimiento de las drogas fueron excluidos como frutos del árbol envenenado, porque el registro fue hecho sin mandamiento judicial. El Abogado de Wong Sun argumentó que su confesión también debería ser excluida por tal razón, pero el Tribunal afirmó que en este caso la regla de exclusión tenía una excepción, porque Wong Sun había regresado voluntariamente a la Comisaría de Policía para hacer su confesión, un acto que atenuaba o rompía la cadena de evidencia, por lo que tal confesión era admisible como prueba.

En definitiva, justificando todas estas excepciones, la sentencia que decidió el caso STONE vs. POWELL de 1976, advirtió “que no es posible cerrar los ojos a las exigencias de la realidad y a los costos sociales de la regla de la exclusión obligada”; enfatizando en “las chocantes desviaciones del ideal de Justicia que se han experimentado cuando se excluye una prueba porque la policía mete la pata”. En esta sentencia el juez WHITE introdujo en voto disidente, otros nuevos factores a tener en cuenta a la hora de decidir si procede o no la exclusión de la prueba ilícita: la intensidad de la infracción apreciada en la obtención de la fuente de prueba; la intensidad de la intromisión en la esfera de la intimidad; y la conciencia de la violación.

La doctrina de esta sentencia emplea la metodología de la *balancing approach* o equilibrio de intereses en juego, que en definitiva, confía en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar en cada caso los supuestos en los que se debe aplicar la regla de la exclusión, y que con la anterior del nexo causal atenuado nos lleva la doctrina de la conexión de antijuricidad acuñada por el Tribunal Constitucional español.

En suma, la progresiva evolución de la doctrina jurisprudencial americana, encontrando excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, es indicativa del temor a sus consecuencias, porque con ella se paga un precio demasiado caro cuando notorios culpables no han podido ser castigados. Así se expresaba la sentencia del caso BIVENS de 1971.

2. Evolución en España. el artículo 11.1 LOPJ

Por lo que a España se refiere, ya hemos dicho que nuestra jurisprudencia experimentó una evolución similar, aunque ciertamente en época mucho más tardía. Su posición en el siglo pasado estuvo marcada por un precedente sentado en 1952 por el Tribunal de *Basel-Land* en Alemania. El Tribunal estimó una demanda de divorcio, basada en el adulterio del cónyuge

demandado. Como prueba se presentaron unas comprometedoras cartas dirigidas a la esposa supuestamente infiel, que el marido había conseguido registrando la correspondencia personal de su consorte. El Tribunal salió al paso de la protesta de la demandada, afirmando: "es inevitable, en el juicio de divorcio, que la mayor parte de los hechos y medios de prueba provengan de la esfera privada de las partes. El Juez no tiene por qué averiguar la forma en que una de ellas ha conseguido el conocimiento de un hecho, un documento o cualquiera otra prueba, pues, aun cuando los manejos ilícitos sean notorios, el interés general en el descubrimiento de la verdad es más digno de protección que el interés de la parte lesionada en la defensa de los derechos de su esfera privada; ya que la injusticia que se cometería en el caso que se hubiesen rechazado importantes hechos que ahora se conocen y están probados, sería mayor que la injusticia que se cometería al lesionar totalmente los secretos privados de una de las partes".

Esta sentencia fue conocida en España, merced a un trabajo de Schönke publicado en 1955 en la Revista de Derecho Procesal con el título "*Límites de la prueba en el Derecho Procesal*"; y significó entonces el triunfo de la tesis de *James Goldschmidt*, partidario de la doble valoración jurídica de la obtención ilegítima de material probatorio, que conduce a su admisibilidad procesal, sin perjuicio de depurar las responsabilidades derivadas de la ilicitud del acto adquisitivo de la fuente de prueba.

Tal doctrina se mantuvo hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, que sin apoyatura en precepto legal concreto, sino en referencia a los derechos fundamentales que la Constitución había proclamado en 1978, consideró que "la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción de su artículo 24.2, porque una prueba así conseguida no es una *prueba pertinente*"; aunque ya en la sentencia 55/1982, de 26 de julio, el Tribunal Constitucional había anticipado "que el derecho a la presunción de inocencia consagrado por el artículo 24.2 sólo puede ser enervado por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso".

Aquella sentencia 114/84 distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales, anudando la sanción de nulidad sólo a este último caso; solución que se deriva "de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables, conforme al artículo 10.1 de la Constitución".

Esta posición de radical rechazo a los medios de prueba obtenidos con violación de los derechos o libertades fundamentales obtuvo su consagración legal en la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, cuyo artículo 11.1 determina que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales".

Se ha formado así en nuestro ordenamiento un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, de manera que por definición, se concibe otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba del artículo 24.2 CE (*STS 6/2010, de 27 de enero*). Para las *SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre, 53/2011, de 10 de febrero y 115/2015, de 5 de marzo*, «las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (artículo 238.1 LOPJ). La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (*the tainted fruit*) o, genéricamente, doctrina de los *frutos del árbol envenenado* (*The fruit of the poisonous tree doctrine*)-, mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, en base a lo dispuesto en el artículo 242 LOPJ y nada

obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia». Conforme a la STS 1140/2010, de 29 de diciembre, los defectos originales de las pruebas irregulares pueden ser subsanados a lo largo del proceso y pueden por ello ser utilizados para formar la convicción de la Sala sobre el hecho a que se refieren.

Aquél es el efecto reflejo de la prueba ilícita al que se refiere el artículo 11.1 de la LOPJ, pues la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, «contaminando las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes» (STS 157/1994, de 5 de febrero); produciéndose así lo que las SSTS 2258/1994, de 15 de diciembre, 811/2012, de 30 de octubre, 662/2014, de 20 de octubre y 183/2015, de 26 de marzo han llamado «efecto dominó».

La distinción aparece con claridad meridiana en la STS 688/1994, de 24 de marzo: «En los casos del artículo 11.1 de la LOPJ... ni la prueba nula ni las otras pruebas posteriores que en la misma se apoyaran podrán ser tenidas en cuenta a la hora de estimar acreditados *los hechos constitutivos del delito o de una circunstancia de agravación de la responsabilidad*, a diferencia de lo que ocurre cuando la violación en el procedimiento de prueba sólo afecta a la legalidad ordinaria, y no a tales derechos fundamentales o libertades públicas, en que *el hecho acreditado por la diligencia nula* puede ser probado por otras pruebas distintas...».

Así pues, en el caso enjuiciado hubo nulidad absoluta, por aplicación del citado artículo 11.1 de la LOPJ, de la diligencia de entrada y registro y de todas cuantas pruebas posteriores se pudieran referir a los resultados de dicha diligencia nula, concretamente las declaraciones de los acusados y de los testigos, así como los análisis efectuados en cuanto a las sustancias allí encontradas, ahora bien «tal nulidad no puede afectar a las declaraciones testificales referidas a *hechos diferentes ocurridos con anterioridad al citado registro...*», por lo que desestima el recurso dado que existió prueba totalmente independiente del mencionado registro inconstitucional, y por tanto incontaminada, acreditativa de la dedicación del acusado al tráfico de heroína.

Por tanto, la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria implica que *el hecho que se trata de acreditar con la diligencia* puede quedar acreditado por otros medios, si éstos son legítimos y advienen al proceso por cauces también legítimos.

Así, en relación con la diligencia de entrada y registro domiciliario sin la asistencia del Secretario Judicial, se formó antiguamente un cuerpo de doctrina expresivo de que la nulidad de tal diligencia no es óbice para que *el hecho que se trataba de acreditar con la misma* pueda ser probado por otras vías, de las que en cierto modo han de excluirse las declaraciones de los agentes de la autoridad protagonistas del registro ineficaz, aunque no los testigos neutrales asistentes al mismo, los miembros de las Fuerzas de Seguridad no comprendidos en el supuesto anterior, o la propia confesión de los inculpados (SSTS 64/1993, de 21 de enero, 1579/1993, de 24 de junio, 1992/1993, de 15 de septiembre, 2626/1993, de 23 de noviembre, 427/1994, de 1 de marzo, 632/1995, de 29 de abril, 1286/1995, de 20 de diciembre y 1064/1996, de 16 de diciembre, y otras muchas posteriores).

Y en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones la STS 115/2015, de 5 de marzo, con cita de la STS 999/2004, de 19 de septiembre, señala que «si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas. No trascienden de la condición de meras infracciones procesales, con el alcance y efectos ya señalados, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan sólo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar

de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción, más al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido, en este caso gracias a la apertura del paquete, puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido. Y desde luego lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral». La sentencia considera que la no constancia por escrito de la autorización del administrador de aduanas, sería una mera irregularidad administrativa que no implica su inexistencia.

En este sentido la *Circular 1/2013, de 11 de enero*, sobre «pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas», determina que «la nulidad de los actos por los que las escuchas se incorporan al proceso, como regla general no contamina a las derivadas porque infringen exclusivamente la legalidad ordinaria. Las irregularidades posteriores a la intervención como regla general no impiden su introducción por otros medios de prueba (v.gr. testifical de los funcionarios policiales, *STC 228/1997, de 16 de diciembre*). No existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado -entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido- pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización (vid. *STC 121/1998, de 15 de junio*). La concurrencia de infracción procesal sin afectación constitucional puede impedir la valoración de la prueba pero no afecta al resto de lo actuado (*STS 647/2010, de 22 de junio*)».

De igual modo se pronuncia la *Circular 5/2015, de 13 de noviembre*, de la FGE, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, indicando que «las diligencias que sean acordadas fuera del plazo del artículo 324 LECrim no deben asimilarse en su tratamiento a la prueba ilícita, en tanto no han sido obtenidas violentando derechos y libertades fundamentales (*SSTS 53/2011, de 10 de febrero y 999/2004, de 19 de septiembre*). Por consiguiente, tales diligencias mantendrán su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas».

En cambio, la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Resulta de interés reseñar aquí el *ATS de 18 de junio de 1992* (Aranzadi 6102) que, circunscrito al tema de las intervenciones telefónicas, nada impide que la doctrina que sienta se haga extensiva a toda la actividad de obtención de pruebas que afecte a los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo, que conocía en única instancia en el llamado «Caso Naseiro», en el trámite de debate previo, decretó la nulidad de las intervenciones telefónicas, «con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, así el que no haya lugar a la práctica de la prueba solicitada consistente en la audición de las cintas magnetofónicas soporte de las conversaciones intervenidas, ni a la práctica de la prueba pericial propuesta, que carece ya de objeto. Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (artículos 11.1; 238 y 240 de la LOPJ).

Otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia... En todo caso, no procede decretar el sobreseimiento libre ni el archivo como se ha pedido, porque la exclusión de la prueba de interceptación telefónica que se declara nula no significa, sin más, carencia de prueba o vacío total probatorio. Si existe o no otra prueba

será algo a decidir, desde las respectivas posiciones de las acusaciones y en el trámite procesal adecuado, por esta Sala».

Yendo mucho más lejos, la *STS 1286/1995, de 20 de diciembre*, que consideró nula, por vulneración de derechos fundamentales, la diligencia de registro del domicilio en el que se encontró la droga, rechaza el relato de hechos de la sentencia de la Audiencia que había sido condenatoria, y lo sustituye con la afirmación de que «no se encontraron drogas estupefacientes ni sustancias psicotrópicas»; solución censurada por la doctrina, pues mal cabe dar como probado que no se encontraron unas drogas que el juzgador tiene sobre su mesa, por lo que hubiera sido más certero anular la prueba como inconstitucional y absolver, sin pronunciarse sobre el resultado objetivo de la diligencia, ya que la diligencia nula que no sirve para probar algo, tampoco puede servir para acreditar lo contrario. Como señala la *STS 205/2004, de 18 de febrero*, «la prueba nula no hace desaparecer el hecho, objeto del proceso, sino que impide que pueda ser empleado en la reconstrucción de ese hecho». En este sentido, la *STC 161/1999, de 27 de septiembre*, declara que «el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que “no fue hallada la droga” o que la misma “no existe, porque no está en los autos”. Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos... Dicho de otro modo, que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parta de su existencia». También la *STC 239/1999, de 20 de diciembre*, sostiene que «no puede negarse el hecho mismo de que el arma existe y fue hallada, a pesar de la ilicitud constitucional del registro, cuya única consecuencia a estos efectos es que no puede traerse a la vista oral como prueba de cargo dicha existencia y hallazgo al ser una prueba obtenida con infracción del artículo 18.2 CE, pero no que deba eludirse el hecho mismo de que ese arma efectivamente se halló y existe».

3. La excepción de buena fe

Ya se ha dicho que la jurisprudencia norteamericana admite el correctivo de la buena fe, reconociendo validez procesal a la prueba ilegal obtenida por los agentes de policía, siempre que su actuación haya sido razonable y en la creencia de obrar de forma legal; doctrina que se aplicó en el caso *MICHIGAN vs. DE FILIPPO* de 1979, que admitió la prueba resultante de un registro domiciliario porque los funcionarios policiales actuaron en la confianza de estar legitimados por una ley que, finalmente, fue declarada inconstitucional.

En nuestro Derecho se ha reconocido esa excepción en la *STC 22/2003, de 10 de octubre*, que aun declarando que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE, admitió la valoración del resultado del registro en el que se encontró un arma de fuego, sin aplicar la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales que efectuaron el registro en la creencia de contar con el consentimiento del interesado, que en el caso no existió, por entender el Tribunal Constitucional que no bastaba el de la esposa denunciante en un caso de violencia de género, sino que era preciso el del marido imputado. “El consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del artículo 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar ligada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido”.

Por ello la sentencia considera que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 CE... A partir de esta declaración debemos cuestionarnos cuáles son los efectos que tal vulneración tiene en el proceso...

...Desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

Ese rechazo determina que hayan de desestimarse las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En efecto, no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia”.

4. La violación de derechos fundamentales por un particular

Ya quedó dicho que la jurisprudencia norteamericana no aplica la regla de exclusión de la prueba ilícita a la obtenida por particulares (sentencias de los casos JACOBSEN de 1984, BLANTON y OGDEN, ambas de 1973). Por el contrario, por regla general, nuestra jurisprudencia considera que la ilicitud de la prueba se produce aunque la violación de derechos fundamentales los haya producido un particular y no la Autoridad. Así, la *STS 206/1995, de 10 de febrero*, en un supuesto en que la carta que contenía la droga fue abierta por una persona que obró de buena fe, creyendo erróneamente que iba a ella dirigida, el Tribunal Supremo determinó que "la intervención de la droga contenida en el sobre ha de producir nulos efectos pues se prescindió total y absolutamente de normas esenciales del proceso, con lo cual resultó patente la vulneración de derechos fundamentales. El contenido de la carta formó parte del acervo probatorio de manera irregular. Por las razones que fueren. La carta fue recogida y abierta por quien se creyó su destinatario, error que si puede ser disculpable desde el punto de vista penal, no impide en cambio la infracción del derecho al acusado atinente. Lo decisivo es señalar que la recepción de la cocaína se hizo sin la garantía legal que la presencia del interesado o del propio Juez, cuando la apertura de la carta, comportan. No se trata de desconfianza en cuanto a la labor vigilante del Benemérito Instituto, sino de velar por la

escrupulosidad de toda aquella actividad, incluso judicial, que suponga una merma de los derechos constitucionales”.

En el mismo sentido se pronuncia la *STS 569/2013, de 26 de junio*, que considera ilícito el apoderamiento de los CDs y DVDs del marido, que contenían fotogramas y vídeos de contenido sexual, por parte de su esposa, de la que estaba separado de hecho desde hacía tiempo, a consecuencia de algunas infidelidades, al haber accedido ella al vehículo donde se encontraban usando un juego de llaves que no le pertenecía, considerando la sentencia que “esta invasión no autorizada del marco propio de una cierta privacidad de aquél (el auto), llevó consigo alguna carga de ilegitimidad, la deliberada injerencia en un espacio (el contenido de los CDs o DVDs), éste sí, de sabida rigurosa intimidad, hizo que la actuación de Esther H, dotada, al menos en principio, de las connotaciones antijurídicas que señala la Audiencia, fuera, en efecto, constitucionalmente ilegítima. De una ilegitimidad que no puede neutralizarse, en modo alguno, con el argumento de que lo obtenido por ese medio pudiera (luego) haber informado de la eventual existencia de un delito; del que, en el momento de la acción de Esther H no existían indicios. Y, cuando además, ni siquiera la sospecha de la presencia de estos (y solo contando con que cupiera atribuirles un contenido incriminatorio) habría podido justificar otra cosa que la denuncia. Por tanto, es una primera obligada conclusión, Esther H realizó una acción que, en principio, podría ser típica, ilegítimamente invasiva de la intimidad de Salvador B, y carente de justificación. Y es por lo que, lo obtenido de este modo, no pudo ser tomado en consideración por la Audiencia... Abona esta afirmación lo previsto en el art. 11.1 LOPJ en términos de un rigor que, en la lectura más obvia del precepto, excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo”.

La sentencia contiene un interesante Voto Particular que formula el Magistrado Antonio del Moral García, que entiende que la prueba no debió declararse inutilizable pues se trata de una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares, lo que la sustrae del ámbito del artículo 11.1 LOPJ. Y escribe: “No hay duda de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*drittwirkung*), aunque no se puede desconocer que su construcción teórica y su fortificación legal y práctica ha surgido y crecido sobre todo en tensión frente a los poderes estatales. Por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable -con algún matiz-, y en general, y esto no es baladí a los efectos que aquí se discuten, derecho a un proceso con todas las garantías). Es verdad que el artículo 11.1 LOPJ no introduce distinción alguna en este sentido. La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o sólo un particular. También en el proceso civil (vid. artículo 287 LECiv) rige la previsión. Pero, admitido eso, no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: USA, Francia, Holanda, México, Bélgica con matices)...

En las crónicas de nuestros Tribunales e incluso en los repertorios de jurisprudencia no es tan complicado encontrar supuestos ontológicamente similares que han de merecer igual respuesta en mi opinión y que han sido objeto de soluciones desiguales por los tribunales que se han enfrentado a ellos.

Las notas definitorias son las siguientes: i) Se conoce lo que puede constituir una prueba esencial mediante una “objetiva” afectación de un derecho fundamental; ii) la actuación vulneradora no proviene de agentes del Estado o personas vinculadas, sino de particulares que actúan como tales; iii) El propósito que les guía puede ser lícito o ilícito; pueden actuar de buena o mala fe; con dolo, con imprudencia, o sin el más mínimo atisbo de culpa; pero, en todo caso, no está presente directa ni indirectamente un ánimo de recabar pruebas para un proceso, o de investigar para averiguar cuestiones que pudieran hacerse valer procesalmente.

Nos enfrentamos al descubrimiento casual de la prueba de un presunto delito (abusos sexuales) con motivo de un ilegítimo escudriñar en ámbitos de privacidad del denunciado con curiosidad despechada indigna de protección, pero sin horizonte procesal alguno: sin el más mínimo afán de obtener medios probatorios. No hay referencia a un proceso ni incoado ni de posible o hipotética incoación.

Son esencialmente idénticos otros casos no inéditos en nuestros tribunales: el particular que abre descuidadamente la carta, destinada al vecino y depositada por el cartero por error en su buzón, y en la que aparece droga; el robo en una vivienda donde los autores (luego detenidos por la policía) descubren cocaína que se llevan; el empleado que sin contar con consentimiento para ello se adentra con inocente propósito en las dependencias del domicilio de su principal y encuentra el cadáver allí escondido; el hurto de un ordenador en el que se descubre pornografía infantil. Ninguno es puramente imaginario. En todos un particular, -actuando a veces de buena fe-, vulnera objetivamente (otra cosa es que en algún caso existiendo antijuricidad no haya culpabilidad) un derecho fundamental (privacidad, en el supuesto del ordenador; inviolabilidad del domicilio, en la entrada en las viviendas; secreto de las comunicaciones, al abrir la carta sin advertir el error). Pero lo hace sin perspectiva procesal alguna: actuando sin dolo en algún caso; en otros movido por ánimo de lucro o por otros propósitos ilegítimos o delictivos, pero sin horizonte procesal alguno... ¿En todos esos casos hay que acudir al expediente del artículo 11.1 LOPJ?

Creo que no: de hecho el examen de algunos antecedentes extraídos de nuestra praxis judicial pone de manifiesto que no se hace así necesariamente...

El Tribunal Constitucional ha confirmado la operatividad del artículo 11.1 LOPJ, en supuestos en los que el infractor es un particular pero sin dejar de apostillar que la finalidad ha de ser la obtención ilícita de evidencias o fuentes probatorias (*SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, ó 56/2003, de 29 de marzo, así como ATC 115/2008, de 28 de abril*). Si partimos de dicha funcionalidad protectora, deberá concluirse la inaplicación cuando la lesión del derecho fundamental por particulares aparece desconectada de dicha finalidad. Activar en esos supuestos la regla de exclusión genera consecuencias desproporcionadas con respecto a la entidad y naturaleza de la infracción y las necesidades objetivas de salvaguarda sistemática del modelo constitucional. La ya vulnerada intimidad del particular infractor no debe llevar a desproteger la intimidad y libertad de otro particular. Máxime cuando la supuesta víctima no fue la primigenia infractora. No es ella la que se "apodera" del material del acusado.

La supuesta víctima que ha visto "arrebatada" su intimidad no puede ahora restablecerla en aras precisamente de ese mismo derecho que se dice querer salvaguardar. Aunque con algunas gotas de la "emotividad no racional" que antes se trataba de eludir, en alguna resolución judicial se lee esta retórica pregunta: "¿No podría perseguirse el asesinato de varias personas porque los cadáveres fueran descubiertos por un ladrón que accede al domicilio para robar?".

Ello no significa que la infracción de la intimidad no active el sistema de garantías sino, simplemente, que éste no debe desplegar todos sus efectos. La protección penal o civil sería una garantía reactiva y preventiva suficiente".

Especialmente clarificadora es la *STS 116/2017, de 23 de febrero*, que confirma la condena de la Audiencia Provincial de Madrid, por dos delitos contra la hacienda pública. El recurso de casación de la defensa pone su esfuerzo en demostrar que la presente causa tiene su origen en un acto ilícito, a saber, el apoderamiento de la información sustraída por *Falciani*, que fue intervenida por las autoridades francesas con ocasión de un registro judicial practicado en su domicilio. Esa documentación fue después remitida a la AEAT, como autoridad fiscal española, mediante un DVD que fue creado a partir de los archivos informáticos aprehendidos en poder de *Falciani*, en los que se contenían las fichas de los clientes que tenían un domicilio fiscal en España y que no constituía documentación oficial, sino que era el resultado de una manipulación informática de las autoridades francesas.

Para la sentencia resulta evidente que “la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas inculpativas. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribió el artículo 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas...”). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales.

La necesidad de un tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular cometiendo un delito o vulnerando derechos fundamentales no es, desde luego, una originalidad sugerida por la Sala. En el ámbito del derecho comparado, por ejemplo, el Tribunal Supremo americano, en acusado contraste con los orígenes históricos de la regla de exclusión, ha admitido las pruebas obtenidas por particulares (*Burdeau vs. McDowel*, 256, US, 465, 1921), ampliando de forma considerable el ámbito de las excepciones valorables.

De manera expresa el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 matizaba el alcance de la regla de exclusión cuando la violación del derecho fundamental tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin voluntad de obtener pruebas (artículo 13 CPP). Y el anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011 admitía la validez de las pruebas derivadas o reflejas “...si no guardan una conexión jurídica relevante con la infracción originaria” (artículo 129).

Pues bien, la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del artículo 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior. Piénsese, por ejemplo, en el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales –incluida la información bancaria– de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor. Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidad domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública.

La jurisprudencia de esta Sala ofrece precedentes que no siempre actúan en la misma dirección. Son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, *SSTS 239/2014, de 1 de abril; 569/2013, 26 de junio; 1066/2009, 4 de noviembre*, entre las más recientes).

Pero no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada. Es el caso, por ejemplo, de la *STS 793/2013, 28 de octubre*, en la que la Sala no hizo valer la regla de exclusión porque "... no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro". Aunque con matices, esta idea está también presente en el desenlace de la *STS 45/2014, 7 de febrero*, en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores.

7º.- El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto. La vulneración de la intimidad de las personas -si éste es el derecho afectado por el particular- no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud. Entre el núcleo duro de la intimidad y otros contenidos del círculo de exclusión que cada persona dibuja frente a los poderes públicos y frente a los demás ciudadanos, existen diferencias que no pueden ser orilladas en el momento de la decisión acerca de la validez probatoria. No pueden recibir el mismo tratamiento, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio. Tampoco pueden ser valorados con artificial simetría unos documentos obtenidos por un particular mediante la entrada subrepticia en el domicilio de otro y la información obtenida de forma casual por un error en la identificación del destinatario. Por la misma razón, tampoco pueden asimilarse en el plano valorativo los contenidos de un DVD en el que se reflejan actos de explícito contenido sexual y los datos referidos, pongamos por caso, a la información contable de una empresa. En definitiva, no pueden recibir el mismo tratamiento, una vez han sido debidamente contextualizadas, las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan al núcleo mismo del contenido material de un derecho fundamental.

Decisivos resultan, por tanto, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado. Pero también lo es atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio. Sólo así la decisión sobre la regla de exclusión no correrá el riesgo de apartarse de su genuino fundamento. Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, con-

virtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del *ius puniendi*. Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego.

Fuera de ese espacio valorativo, la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. No se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos. Quien se hace con una documentación bancaria con el objetivo inicial de difundirla y provocar así unos titulares mediáticos de gran impacto, puede cambiar de opinión y poner esos contenidos a disposición de las autoridades fiscales. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal. La prohibición de valorar esos documentos en un proceso penal se apoyaría en las mismas razones que ya hemos señalado para la prueba ilícita obtenida por agentes de policía. Y es que, en este caso, los funcionarios del Estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio.

8º.- Conforme a lo ya razonado, la valoración del criterio proclamado por la Audiencia Provincial de Madrid que ha admitido la validez probatoria de la Lista *Falciani*, exige ponderar las circunstancias que llevaron a *H.D.M Falciani* al apoderamiento de los datos personales custodiados en la entidad bancaria para la que prestaba sus servicios como informático... No existe dato indiciario alguno que explique la obtención de esos ficheros como el resultado de una colaboración *-ad hoc o sobrevenida-* de *H. Falciani* con servicios policiales, españoles o extranjeros. Tampoco hay dato alguno que fundamente la hipótesis de que, una vez ofrecida esa información, los servicios fiscales españoles se hicieran con ella en virtud de un pacto con el infractor...

En consecuencia, los ficheros bancarios que se correspondían con personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad suiza HSBC, fueron correctamente incluidos en el material probatorio valorable por el Tribunal de instancia. No estaban afectados por la regla de exclusión. Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles. La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a *H. Falciani*, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso. La incorporación a la causa penal abierta en el Juzgado de instrucción núm. 4 de Alcobendas de esos archivos comprometedores para los afectados, no guarda conexión alguna *-ni directa ni remota-* con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales. Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado”.

5. La prueba ilícita originada en el extranjero

También se ha anticipado que la jurisprudencia americana admite la prueba obtenida de forma ilícita por oficiales de policía extranjeros, así en la sentencia del caso BRUALY de 1967, en el que fue la policía mexicana quien puso la prueba ilegal a disposición de la policía americana.

En nuestra jurisprudencia la citada *STS 116/2017, de 23 de febrero*, considera valorable la documentación sustraída por *Falciani*, intervenida por las autoridades francesas en un registro judicial practicado en su domicilio y remitida por éstas a las autoridades españolas.

La sentencia recuerda que el Tribunal Supremo americano ha admitido la validez de las pruebas ofrecidas por agentes policiales extranjeros que actuaban fuera del territorio estadounidense. Esa fue la respuesta del caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990. La regla de exclusión -completada por el principio de buena fe- no operó frente a la actuación de la policía mexicana en territorio mexicano.

En la jurisdicción española no faltan resoluciones que, con uno u otro enfoque y sin acceso al recurso de casación, han rechazado la alegación de ilicitud probatoria. El Abogado del Estado da cuenta de una prolija numeración de sentencias condenatorias que han admitido la licitud de la obtención de la prueba, dictadas tanto por órganos unipersonales como colegiados. Es el caso, por ejemplo, de las *sentencias 28 de noviembre de 2014*, Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo de apelación 61/2014; *23 de junio de 2015*, Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo de apelación 1288/2014; y *852/2015, de 9 de diciembre*, Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo de apelación 1465/2015.

La coincidencia interpretativa en la licitud probatoria de la denominada *Lista Falciani*, reconocida como tal por varios Tribunales Supremos europeos, el Tribunal Constitucional alemán y el propio TEDH, representa un dato que no puede ser obviado por esta Sala en el momento de ponderar las alegaciones del recurrente. Pese a todo, somos conscientes de que cuando se trata de fijar los límites de la licitud probatoria y de definir las reglas de exclusión, no puede operarse con soluciones miméticas, pese a que el supuesto de hecho enjuiciado por otras jurisdicciones presente notas de extraordinaria similitud con el que es ahora objeto de nuestra atención. Los sistemas procesales europeos, por más que estén contruidos a partir de principios estructurales compartidos, no siempre convergen en la definición de lo que por ilicitud probatoria deba entenderse. De ahí la necesidad de atender a las singularidades de cada sistema. Se da la circunstancia de que la doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática, antes al contrario, ha experimentado una más que apreciable evolución desde su formulación inicial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Esta doctrina, con enunciado normativo propio en el artículo 11 de la LOPJ (“...no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”) aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido.

De ahí la necesidad de moderar el alcance de la afirmación contenida en algunos de los pasajes de la sentencia recurrida al referirse al valor preponderante del *principio de no indagación*.

Es cierto que algunos precedentes de esta Sala sugieren su vigencia. Así en la *STS 456/2013, 9 de junio*, recordábamos que “...la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de “supervisión”. Y en la *STS 1521/2002 de 25 de septiembre*, apuntábamos

que "...en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial (...), no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal". En la misma línea, la *STS 340/2000, 3 de marzo*, precisaba que "... la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas"; mientras que la *STS 947/2001, 18 de mayo*, concluía que "... no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...". Esa no indagación por las autoridades jurisdiccionales españolas del grado de cumplimiento en otro Estado de las garantías propias de nuestro sistema, está también presente en la *STS 556/2006, 31 de mayo*. En el apartado 2º de su FJ 7º puede leerse lo siguiente: "...la posible existencia de irregularidades en la detención y ejecución de la misma en el extranjero no tendría consecuencias respecto de la validez de las actuaciones policiales y procesales desarrolladas en España, pues el control de legalidad constitucional y ordinaria que efectúa este Tribunal ha de referirse a la actuación de las autoridades españolas dentro del marco del proceso penal, en sentido amplio, seguido en nuestro país. Y ello no supone la aplicación del principio "*male captus bene detentus*", según el cual, cuando la detención está acordada en legal forma, las irregularidades en la ejecución de la misma no constituyen una excepción procesal que pueda afectar a la validez del proceso en su conjunto. Pues, aunque de alguna forma se alegue, no se ha acreditado ninguna infracción cometida en el apresamiento del recurrente. Y por otra parte, como se ha dicho, esta regla no exige una excepción cuando la infracción no ha sido cometida por las autoridades españolas".

Sin embargo, el principio de no indagación no puede convertirse en la pieza maestra con la que resolver las dudas de ilicitud cuando los documentos bancarios ofrecidos por las autoridades policiales de un Estado extranjero han podido obtenerse con vulneración de algún derecho fundamental. De entrada, porque las citas jurisprudenciales a que hemos hecho referencia tienen en común el venir referidas a sentencias dictadas cuando la queja sobre su validez constitucional se produce en el marco de un acto de cooperación jurídica internacional y lo que se cuestiona es la falta de semejanza entre los requisitos que en uno y otro sistema disciplinan la práctica de ese acto probatorio. Es lógico que la validez en el proceso penal español de actos procesales practicados en el extranjero no se condicione al grado de similitud entre las reglas formales que, en uno y otro Estado, singularizan la práctica de esa prueba. Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras. Pero la histórica vigencia del principio *locus regit actum*, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación, si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta idea tampoco es ajena a la jurisprudencia de esta Sala. De hecho, en la *STS 829/2006, de 20 de julio*, en una causa incoada por delito de terrorismo, negábamos validez a la valoración de una "entrevista policial" de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo, cuyo testimonio fue recuperado como indicio probatorio de refuerzo de la declaración prestada por el acusado. Decíamos entonces que "...la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en

la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica”. La cita de este fragmento sugiere una doble reflexión. De una parte, se opone de manera frontal a la proclamación del principio de no indagación como una regla de valor apodíctico en nuestra jurisprudencia. La Sala indagó y lo hizo para concluir la falta de virtualidad probatoria de un testimonio de referencia, por más que procedía de agentes de la autoridad españoles expresamente desplazados a territorio estadounidense para la práctica de un interrogatorio que fue ajeno a los principios estructurales de contradicción y defensa y que, por si fuera poco, se practicó en el entorno de coacción moral que es imaginable en un centro de reclusión concebido en los términos en los que aquél fue diseñado. De otra parte, la lectura de ese razonamiento es bien expresiva de la necesidad de no fijar reglas generales que en su inflexibilidad no tomen en consideración la rica variedad de supuestos que nos ofrece la práctica. La intensidad de la vulneración de derechos denunciada admite matices de los que no puede prescindirse en el momento de fijar el alcance de la regla de exclusión.

En definitiva, el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Su invocación debería operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional. De tal forma que la flexibilidad admisible en los principios del procedimiento –adecuados por su propia naturaleza a cada sistema procesal– no se extienda a la obligada indagación de la vigencia de los principios estructurales del proceso, sin cuya realidad y constatación la tarea jurisdiccional se aparta de sus principios legitimadores...”.

6. El efecto reflejo. La doctrina de los frutos del árbol envenenado

Como vemos, al igual que en la jurisprudencia norteamericana, también en la nuestra el fundamento de la prohibición de la prueba ilícita es ejercer un efecto disuasorio de conductas anti-constitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal. Y también nuestra jurisprudencia, a partir de 1992 con el referido Auto del caso Naseiro, se remite a aquélla en la determinación de su efecto reflejo, adoptando la doctrina, de los frutos del árbol envenenado, equivalente en el ámbito anglosajón de la doctrina del fruto podrido o manchado: “La prohibición –se lee en la *STS 290/1999, de 17 de febrero*– alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto”. En el mismo sentido las *SSTS 1203/2002, de 18 de julio, 1451/2003, de 26 de noviembre, 43/2013, de 22 de enero, 44/2013, de 24 de enero y 721/2014, de 15 de octubre*.

En el repertorio jurisprudencial encontramos multitud de ejemplos referidos a intervenciones telefónicas nulas por falta de motivación o de otros presupuestos, en los que el Tribunal Constitucional declara que “una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución, se ha de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, anulando la sentencia de condena. En este sentido la *STC 86/1995, de 6 de junio*, encuentra relación de causalidad entre la ocupación de la droga y el resultado de la intervención telefónica ilícita, porque “ésta fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo de droga que fue hallado en su poder al ser interceptado por los agentes encargados de vigilarle”, por lo que “la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga”; y la *STC 54/1996, de 26 de marzo*, hace un esfuerzo por determinar el alcance de la prueba ilícita, extendiendo la nulidad a varias declaraciones testificales, concretamente a las declaraciones de los policías que presenciaron la entrevista mantenida por el intermediario de la familia del secuestrado, al que previamente

habían seguido, y el interlocutor de la banda terrorista, dado que las escuchas telefónicas fueron el medio por el que la policía se enteró que se iba a celebrar tal entrevista.

Igual ejemplos pueden encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en cuanto a intervenciones telefónicas declaradas nulas la *STS 647/1996, de 4 de octubre* estimó el recurso del condenado porque la identidad del único testigo que depuso contra él fue conocida por medio de tal intervención telefónica, "prueba que estaba vinculada con la obtenida irregularmente y por tal razón invalidada por la prohibición de valoración que surge del artículo 11.1 de la LOPJ"; la *STS 1191/2004, de 21 de octubre* decreta la absolución porque el único elemento de corroboración de la declaración del coimputado en que se basó la condena, era el contenido de unas conversaciones telefónicas interceptadas, cuya nulidad fue declarada en la misma sentencia de casación, no quedando por tanto ningún elemento que avalara la versión del coimputado respecto a la participación del recurrente en el hecho delictivo; la *STS 137/1999, de 8 de febrero*, absuelve también a los acusados porque la aprehensión del alijo de hachís se hizo posible gracias a la interceptación mediante un scanner, sin autorización judicial, de las conversaciones emitidas a través de teléfonos portátiles, careciendo de efecto probatorio todo lo acontecido con posterioridad, incluida la prueba que se deriva de la ocupación de la sustancia estupefaciente. Y también la *STS 1259/1998, de 27 de octubre*, que confirmó la absolución de la Audiencia al considerar que la intervención telefónica que fue declarada nula guardaba una directa relación, como inicial causalización, con la autoinculpación de uno de los acusados o con la imputación que se hizo al otro, pues "tales declaraciones tuvieron lugar ya bajo la presión o conmoción psíquica que supone conocer los resultados de tales grabaciones".

En el mismo sentido se pronunció la *STS 887/1994, de 16 mayo*, para la que "los efectos de la teoría de los frutos del árbol envenenado se extienden, sin duda, a las declaraciones inculpatorias que sólo existen por mor de la intervención telefónica ilícitamente obtenida, eliminando, por contaminación, esas pruebas de cargo, que el Tribunal de instancia ya no puede tener en cuenta.

En cuanto a la correspondencia postal la *STS 409/1999, de 8 de marzo*, una vez que anula la diligencia policial de apertura del paquete por vulneración de derechos fundamentales, determina también "la invalidez de las pruebas posteriores que traen causa de aquélla. La nulidad refleja afectará a las declaraciones de los implicados en el envío y en la recogida del paquete, la del propio acusado y de los guardias civiles. Al no poderse contar ni con la diligencia de apertura del paquete, ni con las declaraciones de los propios implicados en tal envío, quedan huérfanas de sustento probatorio las imputaciones contra el acusado, por lo que deberá prevalecer su derecho a la presunción de inocencia". De igual modo se pronuncia la *STS 1484/1999, de 14 octubre*: "las declaraciones de los acusados no pueden ser tenidas en cuenta como prueba de cargo por ser declaraciones derivadas del hecho del hallazgo de la droga en el interior de los bultos, y por tanto consecuencia directa de una diligencia declarada nula, nulidad que se extiende a todas aquellas otras pruebas relacionadas con aquella apertura".

Respecto de la diligencia de entrada y registro en el domicilio, para la *STS 1284/1994, de 17 junio*, confirmado que la correspondiente diligencia se llevó a cabo con vulneración del artículo 18.1 de la Constitución, es preciso reconocer que, por el efecto dominó -conforme a lo especialmente prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ- «carecen de validez y eficacia probatorias cuantas pruebas traigan causa de dicha diligencia. Y, en este sentido, debe reconocerse la misma ineficacia a las posibles confesiones o reconocimiento de los acusados como al testimonio de los posibles testigos, sin distinguir el momento procesal en que se practiquen, por tratarse de defectos insubsanables, de tal modo que la ineficacia probatoria debe alcanzar a las pruebas practicadas en el juicio oral».

7. Excepciones

Pues bien, al igual que ocurrió en Norteamérica, con la mira de corregir clamorosos excesos, e integrar en sus justos términos la prohibición del artículo 11.1 LOPJ de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y la búsqueda de la eficacia, en términos de estricta justicia para el proceso penal, se ha abierto una interpretación correctora, reconociendo importantes excepciones.

En primer lugar exigiendo la existencia de una conexión natural entre la prueba ilícita y la derivada, pues la nulidad constitucional de una prueba no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada. Y así, el Tribunal Supremo defiende ahora la aplicación restrictiva de ese artículo 11.1, limitando la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita, invocando el principio de conservación de los actos procesales del artículo 242 LOPJ, que al regular la nulidad de los actos judiciales mantiene la sanidad de los sucesivos al acto nulo cuando fueren independientes del mismo; siendo obligado atenerse a las circunstancias concretas de cada caso para concretar el alcance de la declaración de nulidad, valorando si existen o no pruebas autónomas e independientes no contaminadas por la diligencia viciada.

En definitiva, la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar las restantes si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas"; y la jurisprudencia entiende que esa desconexión se da siempre en los casos conocidos en la doctrina norteamericana como "el hallazgo inevitable", acuñada en la sentencia del caso NIX vs. WILLIAMS en 1984.

7.1. El hallazgo inevitable

En la jurisprudencia constitucional encontramos manifestaciones del descubrimiento inevitable. Por ejemplo la *STC 238/1999, de 20 de diciembre*, que deniega el amparo, pues la ilegal intervención telefónica no fue la causa única de la detención del acusado en el taxi que ocupaba, y donde fue aprehendida la cocaína; pudo haber sido aquella prueba una línea de investigación ilegítima y así fue decretada por la Audiencia, pero ni influyó en el hecho del transporte, ni en el trayecto del vehículo, ni en la detención del acusado. Al igual que en la *STC 26/2006, de 30 de enero*, en cuyo supuesto "la detención de los recurrentes trae causa de las tareas de vigilancia a que estaban sometidos desde días antes, siendo dicho dispositivo el que provoca la detención de diversas personas y la incautación de una importante cantidad de droga, por lo que no existe conexión alguna entre las intervenciones que carecen de cobertura judicial y las principales pruebas de cargo". Y en la *STC 261/2005, de 24 de octubre*, en cuyo caso "la condena por delito de contrabando se sustentó exclusivamente en las declaraciones de los funcionarios que efectuaron el seguimiento de los acusados e intervinieron el tabaco, así como en sus propias declaraciones autoinculpatorias, excluyéndose el resultado de las escuchas practicadas, motivo por el cual la prueba tomada en consideración en el juicio oral no incurre en ninguna prohibición de valoración desde la perspectiva constitucional.

También la *STC 70/2007, de 16 de abril*, que deniega el amparo al Sr. Prado Bugallo, el cual invocó la *STEDH de 18 de febrero de 2003* que había estimado su demanda contra el Estado español, por vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo, porque "la sentencia que le condena, no sólo, ni principalmente se basaba en las escuchas telefónicas, pues el descubrimiento de la nave donde se encontraba la droga no se produce por las escuchas telefónicas, sino, de forma paralela, también por los seguimientos policiales a los que eran sometidos los sospechosos, seguimientos que no aparecen dependientes de aquéllas. Por otro lado, los sospechosos ya lo eran antes y con independencia de las mismas, y el descubrimiento de las operaciones de entrega y la aprehensión de la droga tiene lugar a causa precisamente de la vigilancia policial a la que la nave fue sometida. Por lo tanto existen otras pruebas de cargo independientes de las escuchas telefónicas".

También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos ejemplos del hallazgo inevitable. La primera sentencia que lo admitió es la *STS 974/1997, de 4 de julio* (anterior en realidad a la doctrina constitucional sobre la conexión de antijuridicidad establecida en la *STC 81/1998, de 2 de abril*); y en ella se hace referencia a que la aplicación de este supuesto de desconexión solo es factible cuando “inevitablemente” y por métodos regulares, existían cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de los hechos, es decir cuando las pruebas cuestionadas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, y siempre en supuestos de actuaciones policiales realizadas de buena fe, según recuerda la *STS 43/2013, de 22 de enero*, que confirma la absolución decretada por la Audiencia porque al margen de la información obtenida de las escuchas ilegales, la policía solo pudo observar que el acusado acudió con su esposa a un Centro Comercial y desde su aparcamiento realizó varias llamadas telefónicas, cuyos destinatarios y contenido se ignoran, conducta que, por sí misma, no puede determinar indicio alguno de dedicación al tráfico de estupefacientes, no concurriendo dato alguno que hubiese llevado inevitablemente a la detención del recurrente.

Al descubrimiento inevitable se han referido también las *SSTS 927/2012, de 27 de noviembre; 912/2013, de 4 de diciembre y 747/2015, de 19 de noviembre*, observando que “la llamada doctrina del *fruit of the poisonous tree* (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del *inevitable discovery* (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuridicidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición”. Así, la *STS 927/2012, de 27 de noviembre*, confirma la condena porque la aprehensión de la droga se produjo por medio de extracción quirúrgica del cuerpo del sospechoso, fundado en una decisión médica, por más que se produzca en el contexto de la detención policial motivada por una intervención telefónica ilícita, lo que implica un suceso que por un conducto ajeno a la propia actuación investigadora previa, habría llevado también a la aprehensión de la droga.

El mismo criterio sigue la citada *STS 747/2015, de 19 de noviembre* (caso «sustracción del Código Calixtino»), «atendiendo a la irrelevancia e inanidad de los datos obtenidos mediante la diligencia de captación y grabación de las conversaciones familiares en el domicilio mediante la instalación de dispositivos electrónicos, puede aseverarse incluso que la desvinculación entre esta diligencia y los registros domiciliarios ha de encuadrarse más en el plano de la causalidad natural u ontológica que en el de la antijuridicidad. Pues al no hallarse dato relevante alguno en las escuchas del interior de la vivienda que determinara la decisión de registrarla, difícilmente puede decirse que desde la perspectiva de la causalidad natural fuera la diligencia anulada el factor desencadenante de los registros. Y si a ello le unimos el juicio hipotético sólidamente asentado de que en todo caso se iban a acabar registrando las viviendas, parece que lo razonable es concluir que se aprecia una desconexión causal entre las fuentes de prueba obtenidas en los registros con respecto a las que pudieran haber emergido en el curso de las grabaciones de conversaciones previas en el domicilio, ya que en este segundo caso las fuentes de prueba resultaron prácticamente inexistentes».

7.2. La conexión de antijuridicidad

En definitiva, el Tribunal Supremo ha advertido de los abusos a que puede conducir la doctrina del árbol podrido que todo lo contamina, pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera Justicia

material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo espurio o ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas.

Así, en una importante *STS 667/1996, de 8 de octubre*, pese a declarar nulo, por ilegal, el registro domiciliario, estima que esa nulidad no se extiende a la declaración de la coimputada, que reconoció que la droga aprehendida, su clase y cantidad era la que poseía en el momento de llevarse a cabo la diligencia; prueba que entiende "desgajada e independiente de la ilegalmente obtenida, con una relación lógica en sus efectos inculpatórios, pero con la diferencia esencial de su procedencia y de las garantías que la acogen, pues las declaraciones de la coimputada fueron obtenidas dentro del marco de la estricta legalidad y se produjeron tanto en fase de instrucción como en trámite de juicio oral".

Esta sentencia marcó un precedente de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, que constituye el principal correctivo del efecto expansivo de la prueba ilícita, y fue formulada por primera vez por el Tribunal Constitucional en su sentencia *81/1998, de 2 de abril*.

Para el Fiscal, que solicitó el amparo, la prueba que sirvió como fuente de convicción de la Audiencia -la testifical de los Guardias Civiles sobre su intervención en la detención del acusado y la aprehensión de la droga-, derivaba causalmente de la intervención telefónica, a través de la cual pudo saberse que se iba a producir un encuentro del investigado con otra persona. Sin embargo el Tribunal Constitucional considera que "esas pruebas testifical y de ocupación de la droga, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías.

Y dice: "El problema surge cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

Pues bien: en tales casos la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex artículo 24.2 de la Constitución.

Sin embargo, en supuestos excepcionales se admite que, pese a que las pruebas de cargo se hallan naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, se las reconoce como válidas y aptas para enervar la presunción de inocencia.

Tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas, esto es, la conexión de antijuridicidad.

"Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no se ha de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también se ha de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades

esenciales de tutela del mismo su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

Así, la sentencia pasa a analizar las vulneraciones que se denunciaban en el recurso; y señala, con respecto a la falta de expresión del presupuesto habilitante de la intervención (que era uno de los motivos), que no puede afirmarse que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por tanto, la intervención telefónica podría haberse efectuado lícitamente. Entra a valorar también la ausencia de mala fe en la actuación de los funcionarios encargados de la investigación penal. En el caso se excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Y tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida, dado que en definitiva había una resolución judicial, hacen pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho. En conclusión desestima el recurso del condenado.

Como vemos, esta doctrina tiene similitudes con la *balancing approach* del voto disidente del Juez WHITE a la sentencia del caso STONE vs. POWELL de 1976, que hemos citado anteriormente.

A raíz de aquella sentencia se ha consolidado en la jurisprudencia constitucional y ordinaria la doctrina de la conexión de antijuridicidad, cuya razón para afirmar la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras, reside en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un juicio con todas las garantías.

Tal doctrina sintetizan las SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre y 513/2010, de 2 de junio, diciendo: "no basta con que el material probatorio derivado de la fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuridicidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuridicidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración". De interés también las SSTS 249/2014, de 14 de marzo y 511/2015, de 21 de julio.

Y la STS del Pleno 2/2011, de 15 de febrero "ratifica la plena legalidad constitucional y ordinaria de la teoría de la conexión de antijuridicidad en los términos acuñados por el Tribunal Constitucional y este Tribunal Supremo, a cuya validez nada obsta ni supone impedimento alguno el artículo 11.1 LOPJ", si bien resuelve el caso tratado precisamente en la ausencia del requisito

fundamental que exige la dicha teoría para que la confesión pueda ser declarada prueba válida y autónoma de la prueba ilícita de la que proviene, esto es, que esa confesión sea considerada auténticamente libre y voluntaria.

Y es que, como afirma la *STS 43/2013, de 22 de enero*, “ha de estimarse que los supuestos de desconexión jurídica constituyen excepciones a la regla general de exclusión. La regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a través del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias constitucionales es reconocida por el Tribunal Constitucional en la propia Sentencia del Pleno que estableció la doctrina de la conexión de antijuridicidad (*STC 81/1998, de 2 de abril*).

Así en esta sentencia el Tribunal Constitucional proclama enfáticamente que “la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (*SSTC 851/1994; 861/1995; 181/1995; 49/1996*) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex artículo 24.2 CE”.

En consecuencia son erróneas las interpretaciones de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” en el sentido de convertir la excepción en regla. La regla general, en los supuestos de pruebas derivadas de una infracción constitucional, sigue siendo la prohibición de valoración...”.

La sentencia sigue diciendo que “esa regla general solo cabe exceptuarla cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización”. No concurría en este caso ruptura alguna de la conexión de antijuridicidad, por lo que la ocupación del bolso con droga constituye una prueba ilícita indirectamente derivada de la intervención telefónica inconstitucional y lo mismo puede afirmarse respecto de las pruebas subsiguientes (registro domiciliario y declaración policial del recurrente).

Aplicando la regla general de prohibición de valoración de la prueba indirecta la *STS 73/2014, de 12 de febrero*, desestima el recurso del Ministerio Fiscal y confirma la absolución decretada por la Audiencia al haberse vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas desde la intervención inicial, lo que determinó la imposibilidad de valorar todos los datos probatorios obtenidos mediante las mismas; al igual que la *STS 471/2014, de 2 de junio*, que también desestima el recurso del Fiscal y confirma la absolución, pues «no se dan los presupuestos habilitantes de la “desconexión”, toda vez que en el contenido de las declaraciones prestadas por los acusados en el acto del Juicio oral, únicas verdaderamente evaluables a los efectos que en este momento interesan, si bien se hace referencia y reconoce la posesión por los declarantes de sustancias de tráfico prohibido, no ofrecen realmente carácter de “autoincriminatorias” al incluirse en ellas la negativa en orden al destino de dicha droga, es decir, a la finalidad de su distribución a terceras personas, elemento imprescindible en la integración del tipo delictivo objeto de acusación (ex artículo 368 CP). Y otro tanto acontece con las declaraciones del coimputado, pues... aunque en ellas se dé cumplimiento a los requisitos necesarios para que, con carácter general, puedan ser tenidas en cuenta tales declaraciones como prueba de cargo en Juicio... ello es por completo independiente de la posibilidad de generar los efectos de “desconexión de la antijuridicidad” pretendida, que sólo pueden ser atribuidos a la propia voluntad de aquel a quien tales pruebas afectan, exclusivamente a través de su expreso y libre reconocimiento de los hechos que le incriminan». Y la *STS 44/2013, de 24 de enero*, tampoco aprecia ningún supuesto de desconexión que pudiese dar validez al resto de las pruebas que derivan directa o indirectamente del resultado de las escuchas. La propia detención de la condenada no recurrente, en el aeropuerto de Manises, deriva de las escuchas... por lo que estima el recurso y absuelve a los acusados. También la *STS 511/2015, de 21 de julio*, que estima el recurso del condenado y le absuelve, pues no concurría el supuesto de desconexión aplicado por el Tribunal de Instancia, dado que «el acusado se ha limitado a admitir su presencia en el lugar de los hechos (que difícilmente puede negar, pues fue detenido en el lugar), pero sin confesar su participación en delito alguno, por lo que su declaración no puede ser utilizada como prueba en

su contra. Lo que realiza el Tribunal sentenciador es una valoración de la declaración del acusado en el juicio, para contrastarla con otros datos manifiestamente derivados de la prueba ilícita, como el hecho del desembarco del hachís, conocido por la policía precisamente a través de las intervenciones telefónicas anuladas, y concluir de dicho contraste que sus declaraciones no son creíbles, fundando la condena en dicha conclusión», lo que es calificado de maquiavelismo probatorio.

Y es que, como resalta la *STS 44/2013, de 24 de enero*, «el análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural. En primer lugar es necesario un análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa. Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente, como sucede en el caso actual, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas. Es solo en estos supuestos, por tanto, cuando cabe la posibilidad de analizar la prohibición desde el punto de vista interno para constatar si puede concurrir algún supuesto específico de desconexión». De igual modo se pronuncia la *STS 721/2014, de 15 de octubre*, que considera que en el caso de vulneración policial flagrante del derecho de defensa del imputado tampoco cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en la perspectiva externa, determinando la nulidad de toda la prueba derivada; procediendo a la absolución toda vez que suprimida la autoincriminación inicial del acusado sin información de derechos, ni asistencia Letrada, en la que confirmó que el dinero ocupado procedía de la venta de droga, queda la acusación huérfana de prueba de cargo, pues el consentimiento para el registro de su domicilio donde se encontró la droga -prueba que la Audiencia consideró independiente- trae causa de su declaración anterior, es decir constituye una prueba directamente conectada con la vulneración constitucional.

Por otro lado, las *SSTS 811/2012, de 30 de octubre, 927/2012, de 27 de noviembre, 912/2013, de 4 de diciembre, 113/2014, de 17 de febrero y 511/2015, de 21 de julio*, hacen un estudio de derecho comparado, constatando que en el espacio judicial europeo la regla de la eficacia indirecta de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se aplica de forma matizada conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. «Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (artículo 32), el denominado "*efeito-a-distancia*", o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la "*inutilizzabilità*" de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al artículo 191 del *Código di Procedura Penale* de 1988, la polémica figura de la "*inutilizzabilità derivata*" se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (*Ley 3 de Agosto de 2007*) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec. VI, de *27 de marzo de 2009*.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "principio de lealtad en la aportación de la prueba", en la alemana, en la que se aplica la "teoría de la ponderación de intereses" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("*fernwirkung des Beweisverbots*"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el artículo 359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina ("*fruits of the poisonous tree*"), es indudable que resoluciones como *Hudson vs. Michigan*, o *Herring vs. United States*, han atenuado mucho los efectos de la "*exclusionary rule*". Aun sin compartir, en absoluto, esta regresión de la doctrina jurisprudencial norteamericana, lo que resulta claro es que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno".

Finalmente la *STS 811/2012, de 30 de octubre*, constata la desvinculación de las pruebas utilizadas para enjuiciar un delito de blanqueo de capitales, que eran muy remotas a la intervención telefónica anulada, conclusión a la que llega desde la perspectiva de la doctrina del nexo causal atenuando; y también desde la doctrina de la ponderación de intereses, aplicada en el sistema procesal alemán, en el que ha de tenerse en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción probatoria. La *STS 747/2015, de 19 de noviembre* (caso «sustracción del *Códice Calixtino*»), se refiere también a los supuestos de conexión especialmente atenuada por la escasa significación del dato obtenido o por otras razones atendibles, con cita de la *STS 73/2014, de 12 de marzo*.

Recapitulando, la *Circular 1/2013, de 11 de enero*, de la Fiscalía General del Estado, sobre «pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas», recuerda los tres parámetros aportados por la doctrina para ponderar si concurre conexión de antijuridicidad: «1) la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*) supone analizar si la prueba procede de una fuente probatoria distinta de aquella otra que vulnera un derecho fundamental; 2) la doctrina de la conexión atenuada (*attenuated connection doctrine*) implica valorar si pese a la relación causal entre la prueba originaria y la derivada se aprecia alguna circunstancia que la atenúe, como el transcurso de un período de tiempo suficiente o la concurrencia de actos libres interpuestos; 3) La doctrina del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*) que analiza si la prueba obtenida con infracción de algún derecho constitucional, hubiera sido, en todo caso, descubierta, de manera que el resultado de la prueba ilícita fuese irrelevante. Cuando la prueba tachada de ilícitamente obtenida hubiera llegado en todo caso».

En todo caso, señala la Circular, «la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre la prueba declarada ilícita y el resto de material probatorio debe examinarse por el Tribunal expresamente en los fundamentos de la resolución (*STC 197/2009, de 21 de octubre*)».

Finalmente, la posición del Ministerio Fiscal sobre la doctrina de la conexión de antijuridicidad, viene marcada por el *Oficio de 21 de octubre de 2014* del FGE, que con cita de esta *Circular 1/2013*, subraya «la necesaria prudencia que debe presidir la toma de decisiones sobre nulidad, prudencia que -si cabe- aún debe reforzarse cuando es el Fiscal el que toma posición, pues lo usual será que si opta por considerar nula la prueba, el órgano de enjuiciamiento no podrá ya pronunciarse. En este contexto, los Sres. Fiscales, en principio, deberán defender la tesis de la desconexión de antijuridicidad en los supuestos de ulterior autoincriminación del sujeto investigado».

7.2.1. La confesión del acusado precedida de prueba ilícita

El supuesto típico que plantea el problema de la conexión de antijuridicidad es la confesión del acusado precedida de prueba ilícita; y acabamos de ver que conforme a ese *Oficio de 21 de octubre de 2014* del FGE, los Fiscales, en principio, deben defender la tesis de la desconexión. Profundizando en el tema, se trata de determinar si las declaraciones del acusado que son consecuencia de una prueba ilícita, quedan afectadas por la ilicitud por guardar con ellas relación de causalidad (no se hubiesen efectuado nunca si no hubiese existido esa inicial actividad investigadora viciada de nulidad), o pueden aislarse y salvarse en virtud de la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

El problema viene centrado y resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional *161/1999, de 27 de septiembre*, de la siguiente manera: "el recurrente mantiene que su declaración está en relación de dependencia respecto de la violación de su domicilio. Para justificarlo utiliza un razonamiento puramente causal: de no haberse registrado la vivienda, no se habría hallado la droga; de no haberse hallado la droga, no se le habría detenido ni recibido declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la pertenencia de la droga". Ante este razonamiento casuístico puramente material, de suerte que cada conclusión es consecuencia de la anterior y base de la siguiente, la postura jurisprudencial es clara: "este razonamiento es insuficiente en términos jurídicos; es la conexión de antijuridicidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras tienen una causa real diferente y totalmente ajena a la vulneración del derecho fundamental, su validez es indiscutible". Doctrina que constituye un solo cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las *SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 154/1999, 299/2000 y 138/2001*.

Para la jurisprudencia constitucional la falta de conexión de antijuridicidad es especialmente predicable de las declaraciones realizadas por el imputado, con todas las garantías, una vez que ha sido informado de sus derechos, y con asistencia de Letrado. De manera singular puede proclamarse esa desconexión de las manifestaciones efectuadas mucho después de la detención (por ejemplo en la declaración indagatoria), cuando se conocen plenamente todas las actuaciones y se cuenta con una asistencia jurídica sin condicionante alguno que permite una defensa eficaz. Si el imputado renuncia a hacer valer una eventual o hipotética causa de nulidad o, pese a su constancia, desea asumir sus responsabilidades y declarar sobre los hechos de los que tiene conocimiento, no por las pruebas ilícitas (intervenciones telefónicas o registros) obviamente, sino por conocimiento propio, tal material probatorio estará incontaminado y será susceptible de ser plenamente valorado.

Así, por ejemplo, la *STC 239/1999, de 20 de diciembre*, considera que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la confesión del acusado en el acto del juicio sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, y la nulidad del registro domiciliario en que fue hallada; no debiéndose indagar las razones del porqué el recurrente en el Plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma, cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio. También la *STC 86/1995, de 6 de junio*, que mucho antes ya había declarado que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

Incluso esa jurisprudencia constitucional ha llegado a conceder igual valor a las declaraciones iniciales que siguen a la detención, aunque en esos momentos no conste la eventual nulidad de la prueba que ha conducido a la detención. Así, la *STC 136/2006, de 8 de mayo*, que pese a estimar vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, reitera la autonomía de la prueba de confesión de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada son garantías que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de la confesión puede ser valorado siempre como prueba válida. "La libre decisión

del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental". Sobre la autonomía de la confesión, en el mismo sentido la *STC 184/2003, de 23 de octubre*.

Recapitulando, la *STC 128/2011, de 18 de julio*, recuerda con la *STC 66/2009*, que "hemos mantenido la desconexión de antijuridicidad, por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración autoincriminatoria, no sólo de acusado en plenario (*SSTC 136/2006, de 8 de mayo y 49/2007, de 12 de marzo*), sino incluso de imputado en instrucción (*SSTC 167/2002, de 18 de septiembre y 184/2003, de 23 de octubre*), y entre la declaración de imputado y la entrada y registro (*STC 136/2000, de 29 de mayo*) "en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones, que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas", y porque "la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental" (*SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, 8/2000, de 17 de enero y 136/2000, de 29 de mayo*)".

Como puede verse, la línea de razonamiento que prevalece en la doctrina constitucional tiene su referente en la jurisprudencia americana, donde está arraigada la excepción del nexo causal atenuado, al que se refería la sentencia recaída en el caso WONG SUN de 1963, anteriormente analizada.

Por lo que se refiere a nuestro Tribunal Supremo predomina también la tesis de su admisibilidad, de la que es exponente la *STS 431/2001, de 19 de marzo*, que pese a la posible ilicitud de las intervenciones telefónicas que pudieron contaminar el posterior registro domiciliario, considera válida la declaración del propio acusado admitiendo la posesión de la droga; "posesión que se presenta como una realidad fáctica acreditada por sus propias declaraciones, en una actuación que hemos de considerar eficaz como prueba de cargo por hallarse jurídicamente desconectada de aquellas posibles vulneraciones constitucionales producidas en las mencionadas intervenciones telefónicas".

En este sentido se pronuncia también la *STS 556/2006, de 31 de mayo*, en el caso "Al Qaeda", que "no aprecia ninguna razón para sostener que las declaraciones del recurrente hayan venido condicionadas de modo directo o indirecto, pero en cualquier caso relevante, por las pruebas obtenidas con la intervención telefónica o por las derivadas de ella, sino que, por el contrario, sus declaraciones confesando los hechos fueron prestadas de forma libre y con conciencia de las consecuencias de sus manifestaciones". De igual modo la *STS 829/2006, de 20 de julio*, en el caso del "talibán español", que tras declarar la nulidad de todas las actuaciones con origen en Guantánamo, considera que la declaración prestada por el acusado en el Juzgado Central de Instrucción y en el Plenario, con las debidas garantías procesales, es prueba autónoma no afectada de nulidad por conexión con otras pruebas.

También la *STS 82/2002, de 28 de enero*, considera que la confesión del acusado es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria y por ello, pese a declarar nulo el registro domiciliario por falta de motivación, considera probada la posesión por el acusado de la cocaína hallada en el registro, atendiendo a la declaración prestada ante la Guardia Civil inmediatamente después del registro.

Y otra *STS 624/2002, de 10 de abril* en la que se lee: "Aún en el caso en que se aceptara la nulidad del registro, subsistiría la prueba consistente en el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, pues esa declaración, que nada tiene que ver con el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, fue prestada en un momento tan posterior al hecho inicial de la aprehensión de la droga que puede considerarse jurídicamente desvinculada

del mismo. La declaración efectuada por el acusado en el acto del juicio oral, suficientemente informado de sus derechos, es un acto libre que, aunque tenga relación con las diligencias de investigación anteriormente practicadas durante la instrucción de la causa, ha de considerarse jurídicamente independiente de ellas”.

En línea con esta última sentencia, la *STS 357/2007, de 30 de abril* entiende que es posible valorar la confesión cuando esté desvinculada temporalmente de la prueba ilícita, pero no cuando se trate de declaraciones sumariales temporalmente cercanas a la misma. “En estos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto o dato obtenido ilícitamente condiciona inevitablemente la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, puede decirse que en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporada su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente, pues si tal condicionamiento hubiera existido, la utilización de tal prueba supondría un aprovechamiento de la ilegítima vulneración del derecho fundamental que debe ser rechazado al exigirle la necesidad de protección de aquél”.

Éste es el supuesto de la *STS del Pleno 2/2011, de 15 de febrero*, que estima el recurso y absuelve al acusado porque no existe la seguridad de que la confesión fuera prestada libre y voluntariamente, sin coacciones o compulsiones; y además “tampoco la confesión fue «informada», al no haber tenido el declarante conocimiento de la probabilidad de una eventual nulidad de las observaciones telefónicas y de los elementos probatorios obtenidos de ellas, que dejaría como única prueba de cargo esa confesión. Información ésta esencial, que no le fue proporcionada por el Juez ni por el Letrado defensor del detenido al estar el sumario declarado secreto y tratándose de un delito de terrorismo, lo que imposibilitó al defensor examinar las actuaciones practicadas y verificar la inexistencia de la resolución judicial habilitante que legitimara las escuchas efectuadas, y que, de haberle sido posible, y visto el comportamiento procesal subsiguiente del «confesante», sin duda hubiera abortado el «suicidio procesal» que aquellas declaraciones suponían, a falta de otras pruebas de cargo”.

Las *SSTS 529/2010, de 24 de mayo, 91/2011, de 18 de febrero, 286/2011, de 15 de abril, 730/2012, de 26 de septiembre, 821/2012, de 31 de octubre, 870/2012, de 30 de octubre, 255/2014, de 19 de marzo, 321/2014, de 3 de abril y 499/2014, de 17 de junio*, fijan los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la doctrina de la “desconexión de antijuridicidad”:

a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse o, en el caso de ser sumarial, ratificarse en el acto del Juicio oral, debidamente asistido el declarante de Letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el Juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión, además de plenamente voluntaria y libre por supuesto, completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable.

Y las *SSTS 245/2011, de 21 de marzo, 316/2011, de 6 de abril, 808/2011, de 15 de julio, 1432/2011, de 16 de diciembre, 870/2012, de 30 de octubre, 255/2014, de 19 de marzo, 448/2014, de 20 de mayo*, inciden en los requisitos para admitir esa desconexión añadiendo alguno más a los anteriores:

- a) La eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional.
- b) La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.
- c) El imputado ha de estar debidamente asistido del letrado.
- d) Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa.
- e) Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.
- f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir por tanto cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración.

Con otro matiz la *STS 205/2004, de 18 de febrero*, hace la siguiente distinción: «la valoración de una confesión no será posible, por prohibición expresa del artículo 11.1 de la LOPJ, cuando la fuente de la investigación sea diligencias que vulneran el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario, para los supuestos en los que la irregularidad no compromete el contenido esencial del derecho fundamental sustantivo y se refieren a la forma jurisdiccional de actuar, las pruebas legítimamente practicadas posteriores son, en principio, legítimas y susceptibles de ser valoradas para conformar una convicción condenatoria». En el caso enjuiciado tanto por la conexión de la confesión con la prueba nula, como porque esa confesión sumarial no fue llevada al enjuiciamiento, no existió prueba regularmente obtenida contra el condenado, por lo que estima el recurso del mismo.

7.3. Crítica a la doctrina de la conexión de antijuridicidad

Hemos visto que la más reciente doctrina jurisprudencial considera que la eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional; e incluso existe también una línea de interpretación, que ciertamente es aceptada minoritariamente, que prohíbe en todo caso la utilización de cualquier información obtenida al hilo de una prueba ilícita, cuya inexistencia debe operar no sólo en el mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpatória del acusado en el Plenario, no obstante estar prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba, no produciría efectos; pero es que, incluso, resultaría improcedente dirigir pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, al ser una pregunta capciosa por inducir a error.

Exponente de esta tesis es el voto particular a la *STS 1/2006, de 9 de enero*, del caso Operación Pontevedra, formulado por el magistrado Andrés Ibáñez, que considera que la ilegitimidad de la intervención telefónica debió transmitir sus efectos a la confesión, que es consecuencia de la misma y no puede ser valorada como medio de prueba autónomo.

Y escribe: “fue derivación directa de la prueba declarada ilegítima el conocimiento de la existencia de actividades relacionadas con la droga obtenido a través del control del teléfono, y la incautación de ésta. Mientras que el adquirido mediante la confesión del que recurre -obvia-

mente, gracias a que se le pudo interrogar sobre tal sustancia merced a lo previamente sabido por vía de la interceptación inconstitucional- si no fue directo, sólo pudo haber sido indirecto.

La idea de que la confesión autoinculpatoria, que es mera aceptación de lo conocido a través de una intervención connotada de ilegitimidad constitucional, carece de relación con la intervención telefónica declarada nula, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formales y legales de la declaración del imputado en el juicio, es argumentalmente falaz, por varias razones:

1ª. Porque la observancia de las exigencias de tutela judicial del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúan sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.

2ª. Porque no está al alcance del declarante -ni de nadie- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo.

3ª. Porque visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que fue claramente capciosa en el marco en que se hizo.

Con este planteamiento -sigue diciendo- no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso. Incluso, ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, diré que, ciertamente, estaría errando de Tribunal, al usar a uno de los del Estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Y conviene reparar en que aquí lo legal y constitucionalmente improcedente no es sólo la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables”.

El Voto Particular que comentamos critica severamente la teoría de la conexión de antijuridicidad, que supone una reformulación del artículo 11.1 de la LOPJ, pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: “Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que ...”. De donde se sigue, como bien ilustra la práctica actual de los tribunales, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial. Algo que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable.

A su juicio no es posible operar con una artificiosa distinción de dos planos y otros tantos cursos causales, el jurídico y el natural o real. Los efectos jurídicos no pueden ser denotados como irreales, puesto que han acontecido y originado consecuencias de orden práctico.

La conclusión necesaria es que el artículo 11.1 de la LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos “naturales” de aquéllas, ya que “donde la ley no distingue no se debe distinguir”. En definitiva, vigente el artículo 11.1, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoleador en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.

Es por lo que entiende que de la valoración como ilegítimas de las intervenciones telefónicas debió seguirse la constatación de un vacío probatorio que determinara la absolución de los recurrentes”.

8. Conclusiones

De todo lo que llevamos dicho podemos sacar las siguientes conclusiones:

Que en el momento actual nos encontramos en la misma encrucijada de hace muchos años: elegir entre el descubrimiento de la verdad material a costa de la relajación de las garantías procesales, o la defensa a ultranza de los derechos fundamentales del acusado con el coste social que puede generar la impunidad de delitos comprobados.

Ahora bien, la prohibición de valoración de la prueba obtenida ilegalmente es una necesidad inevitable, al haber una razón de legitimidad, pues -como enfatiza aquel Voto Particular-, en un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, el Estado sólo puede intervenir legítimamente para limitar derechos fundamentales, si respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia. Por eso, cualquier actuación del *ius puniendi* llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima.

Como se lee en la *STS 116/2017, de 23 de febrero*, “la exclusión de prueba ilícita del material valorable por el órgano decisorio forma parte del patrimonio jurídico de los sistemas democráticos. Y es que como proclamara esta Sala mediante un brocardo de obligada cita cuando se aborda esta materia, la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio (*ATS 18 de junio de 1992*). La necesidad de hacer eficaz esa regla de exclusión viene impuesta incluso por una exigencia ética ligada a la fuente legitimante de la función jurisdiccional. La incorporación de un acto lesivo de los derechos fundamentales al conjunto probatorio que ha de ser apreciado por el órgano sentenciador acarrea el riesgo de lo que la *STS 195/2014, 3 de marzo*, ha denominado una metástasis procesal”.

Pues bien, está doctrinalmente aceptado que el artículo 11.1 de la LOPJ consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del artículo 24.2 de la Constitución: el derecho del presunto inocente a no ser condenado sino es en virtud de prueba válidamente obtenida; y en ambas normas se configura esa garantía procesal con rango de derecho fundamental del acusado. A diferencia de lo que sucede en EE UU en que se concibe la garantía procesal no como derecho fundamental con autonomía propia, sino como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, encaminado a prevenir abusos policiales; esto es, el efecto disuasorio, como ya vimos declaró la sentencia del caso CALABRA. Aunque a mi juicio esta distinción es artificiosa, pues también el derecho a un juicio justo está expresamente reconocido como un derecho fundamental autónomo en la V Enmienda, y de ella no pueden extraerse consecuencias importantes, como hace el Voto Particular de la sentencia del caso Pontevedra en su crítica a la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

Efectivamente, la tesis de ese Voto Particular es que el artículo 24.2 de la Constitución proporciona un elemento de interpretación del alcance del artículo 11.1 de la LOPJ, conforme al cual en ningún caso sería posible el aprovechamiento de los efectos de la prueba ilícita, porque se verían comprometidos no solo el derecho fundamental sustantivo (la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, en los ejemplos más clásicos), sino también el derecho fundamental procesal del juicio justo.

En mi opinión, no podemos detenernos ahí, pues la Constitución proporciona otro elemento interpretativo de mayor relevancia, el valor Justicia proclamado en su artículo primero, que lleva a considerar legítimas desde la perspectiva constitucional las excepciones reconocidas en la jurisprudencia: la doctrina del hallazgo inevitable, o la conexión de antijuridicidad; que autorizan en algunos casos, el aprovechamiento de la noticia proporcionada por la prueba ilícita.

cita, limitando las consecuencias extremas de aquella rígida y literal interpretación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica, que ha conducido en muchos casos a absoluciones que no se avienen con la razón, con el interés social y la Justicia.

En esta línea se mueve la *STS 987/2016, de 11 de enero de 2017*, sin llegar a consecuencias extremas, al conceder valor a los datos objetivos de una declaración nula, declarando que “si bien no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, con el exclusivo apoyo de una declaración policial en la que el imputado reconozca su participación en los hechos, eso no significa que dicha declaración carezca de valor alguno, por cuanto que... la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos -los mencionados en su declaración policial y los acreditados por las pruebas procesales- que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la Policía y luego negada en confesión judicial.

La relevancia demostrativa de la declaración auto inculpatória policial descansaría, pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos luego acreditados por pruebas verdaderas. Es al valorar estas pruebas, practicadas en el ámbito del proceso, cuando el hecho personal de su pre procesal narración válida ante la Policía, puede integrarse en el total juicio valorativo, como un dato objetivo más entre otros, para construir la inferencia razonable de que la participación del sujeto fue verdaderamente la de su inicial autoinculpatória policial (*SSTS 487/2015 de 20 de julio o 447/2015 de 29 de junio*).

En el caso presente, descartando la existencia de malos tratos o amenazas, o no conocer el idioma, razones que dio el acusado, para justificar su plena confesión de los hechos ante la Policía, y que el Tribunal motivadamente descarta, resulta que en su manifestación, dio datos objetivos sobre hechos, que sólo el autor podía conocer; datos que fueron objeto de prueba procesal válida. Tales fueron: 1ª) Las circunstancias en que se encontraba la puerta de la casa de la víctima; 2ª) la desaparición de las llaves propiedad de la misma; 3ª) la ausencia en el lugar de los hechos del objeto contundente con el que el autor había golpeado hasta causar la muerte a su víctima; 4ª) la limpieza del objeto con la cortina. Y si a todo ello añadimos, que la referida joya sustraída fue vendida por el acusado escaso tiempo después, circunstancia ésta reconocida por él mismo, el *iter* discursivo, deviene irreprochable.

Precisa el tribunal de instancia que “los datos que proporcionó el procesado en esta declaración sólo podían ser conocidos por el autor de los hechos, máxime si se tiene en consideración que las actuaciones fueron decretadas secretas por tiempo de un mes, aún no constaba en la causa el revelado de las huellas, ni el informe de autopsia (con independencia del de levantamiento de cadáver). De hecho... en esa fecha existían otras líneas de investigación diferentes a las que apuntaban a A. que anteriormente no había suscitado ninguna sospecha hasta que se tuvo conocimiento que fue la persona que vendió el colgante, como se pone de manifiesto por el hecho incontestable de que hasta su declaración en dependencias policiales existían intervenciones de comunicaciones respeto de otras personas...

Así a ninguna otra conclusión podía llegar el tribunal *a quo*, con el elenco de pruebas de las que dispuso. Hubo pues, prueba plural, válida y suficientemente explicitada, sin que pueda predicarse vulneración alguna del principio de presunción de inocencia, ni del derecho a un proceso con todas las garantías”.

Y la *STS 98/2017, de 20 de febrero*, concreta más: “Por estos datos objetivos nos referimos, por ejemplo, al reconocimiento de un homicidio, indicando donde se encuentra el cadáver, que efectivamente es hallado en el lugar señalado, o bien el arma, que también es encontrada en el lugar indicado, o un alijo de droga, es decir a elementos de carácter claramente objetivo. Pero no a supuestos en los que el investigado se auto inculpa policialmente sin que los agentes que presenciaron la declaración aporten ningún elemento manifiestamente objetivo que, desconociendo previamente su existencia o localización, haya sido encontrado por la manifesta-

ción del investigado, limitándose la declaración de los policías en el juicio a dar cuenta de la inculpación. Si esta técnica se acogiese estaríamos nuevamente ante la reproducción del problema, admitiendo veladamente la validez probatoria de la declaración policial”.

Retomando nuestro discurso, ciertamente, la práctica enseña que es difícil preestablecer un esquema para determinar el efecto reflejo de la prueba ilícita, por eso la fórmula del artículo 11.1 LOPJ ha dado tantos quebraderos de cabeza, pues cada caso ha de ser decidido particularmente. En mi opinión no se debe descartar *a priori* el reconocimiento de efectos jurídicos a los conocimientos adquiridos a raíz de una prueba ilícita, pues cuando menos, será la fuente que proporcione la *noticia criminis*, que genere en el Juez Instructor la obligación de proceder a la comprobación del hecho denunciado; obligación que surge con indiferencia de la naturaleza de esa fuente, bastando incluso la delación anónima.

Los ejemplos extraídos del repertorio jurisprudencial son innumerables; pensemos en una intervención telefónica ilegal de la policía que suministra el dato de la fecha y lugar donde se va a proceder a la transacción de la droga, o del lugar de ocultación del cuerpo del asesinado; en los casos, que han motivado tantas absoluciones, de ocupación de droga en registros domiciliarios efectuados sin mandamiento, por la errónea creencia del agente de darse una situación de flagrancia; o el caso extremo del ladrón que entra en una vivienda a robar, se encuentra por casualidad con un cadáver o con la persona secuestrada y lo comunica anónimamente a la Autoridad, y pongo este ejemplo en el que la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio procede de un particular. ¿Debe hacer el Juez Instructor caso omiso de la noticia por el hecho de proceder de una fuente ilegal?

Creo que no. El Juez está obligado a la comprobación del hecho denunciado, y todas las pruebas practicadas a partir de ahí, con las debidas garantías procesales, para investigar el hecho conocido por la fuente ilícita serían por sí mismas legítimas. Como reflexiona la sentencia 161/1999 del Tribunal Constitucional, “que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada”. Y concluye que “no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga”.

En definitiva, comparto la postura de la jurisprudencia constitucional cuando afirma que el derecho a un juicio justo no se ve comprometido por el hecho de aprovechar información obtenida de una fuente ilegítima, si la presunción de inocencia logra desvirtuarse en virtud de pruebas válidas realizadas con todas las garantías, sin conexión de antijuridicidad con la fuente de prueba.

Ciertamente, la fórmula del artículo 11.1 de la Ley Orgánica, al referirse al efecto indirecto de la prueba ilícita, ha dado tantos problemas que quizá la solución sea suprimir esa expresión. Resulta significativo que en los trabajos parlamentarios de la LOPJ, el Senado modificó el texto inicialmente aprobado en el Congreso de los Diputados, en el que la ineficacia se extendía a la prueba obtenida «de modo contrario a la ética o al Derecho».

Esa solución vemos que está acogida en el Derecho comparado, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita, en muchos casos es solo una construcción jurisprudencial que admite importantes excepciones; y en los países donde se consagra legalmente no se llega a consecuencias tan exageradas; así, en Italia el artículo 191.1 del Código de Procedimiento Penal de 1988 dispone que “las pruebas adquiridas con violación de prohibiciones establecidas por las leyes no pueden ser utilizadas”, sin referirse al efecto reflejo.

En el Derecho francés, a tenor del artículo 172.2 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal decide si la anulación de actos lesivos de determinados principios fundamentales o del derecho de defensa, se limita al acto viciado, se extiende a todo o parte del procedimiento ulterior; entendiendo la doctrina que la exclusión no afecta a las pruebas descubiertas merced a la fuente espuria.

En Alemania se aplica la "teoría de la ponderación de intereses" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada, en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta.

En Portugal la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución en su artículo 32, y el denominado "*efeito-a-distancia*", o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, la clase de prueba vulnerada, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Holanda la doctrina de la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el artículo 359 del Código de Procedimiento Procesal, en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

En Canadá, el artículo 24.2 de su Constitución de 1982 dice: "Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que una prueba fue obtenida de manera que infrinja o niegue derechos o libertades garantizados por esta Carta, la prueba será excluida si se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento produciría un desprestigio a la Administración de Justicia".

Finalmente en el Reino Unido la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 establece que "el Tribunal podrá rechazar una prueba de cargo cuando teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquellas en que fue obtenida, su admisión produciría un efecto tan negativo sobre la limpieza del procedimiento, que el Tribunal no debería admitirla". Y en este país la Corte de Apelación ha tenido especial cuidado en no proporcionar guía alguna sobre cómo ejercitar el poder de inadmisión conferido a los Tribunales.

En definitiva, quizá sea ésta la mejor solución, porque como reflexiona la sentencia de 1988 del caso SAMUEL, "no es deseable intentar construir un criterio general porque las circunstancias pueden variar hasta el infinito". Por tanto, a mi juicio el artículo 11.1 de la LOPJ debería quedar redactado simplemente así: "no surtirán efecto las pruebas obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales".

Soy consciente de que ésta es una opinión que no es compartida por la mayoría de la doctrina y no tiene visos de prosperar, pues la tendencia es a resaltar la prohibición de valoración de las pruebas reflejas, y así se expresa el artículo 13 del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, a cuyo tenor "1.- No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida.

2.- Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean: a) favorables al encausado; o b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

3.- La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula".

Vemos que al tiempo que resalta la proclamación del efecto indirecto, a continuación se establecen excepciones, acogiendo la del descubrimiento inevitable y estableciendo los requisitos

para que no se produzca conexión de antijuridicidad con la confesión. El precepto no aporta un ápice de luz, limitándose a sancionar por vía legal lo que era construcción jurisprudencial, con lo que, en definitiva, los tribunales deberán enfrentarse de nuevo con iguales problemas ya que la encrucijada en la que nos encontramos es la misma de hace años.

La «Sentencia Falciani»: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?

Autor: Manuel Marchena Gómez
Magistrado del Tribunal Supremo
Presidente Sala Segunda
Doctor en Derecho

Resumen

La idea de que no todo vale cuando se trata de investigar la comisión de un delito, encierra una afirmación no cuestionable. Sin embargo, la riqueza de matices que ofrece la realidad ha obligado al Tribunal Supremo a introducir gradaciones a ese enunciado general. Se trata de precisiones que no aspiran a debilitar la vigencia del principio proclamado en el art. 11 de la LOPJ, pero que vienen impuestas por la necesidad de modular aquello que necesita ser modulado. La reciente sentencia 116/2017, 23 de febrero, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el recurso de casación promovido a raíz de la condena de un ciudadano, cuyos datos personales habían sido obtenidos por un informático con acceso a cuentas opacas suizas, ha suscitado el debate acerca de la conveniencia de un tratamiento singularizado de aquellos casos en los que la prueba cuya licitud se cuestiona, ha sido obtenida con absoluta desconexión de toda actividad del Estado en la investigación de hechos ilícitos.

1. Introducción y delimitación metódica

La convergencia de derechos de tan distinto significado en el proceso penal y la tentación del Estado de obtener, siempre y en todo caso, el castigo del ciudadano a quien se impute un hecho punible, obligan a arbitrar mecanismos de limitación en el ejercicio del *ius puniendi*. No todo vale cuando se trata de investigar la comisión de un delito. El derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) es algo más que un enunciado programático. Actúa como un verdadero límite al poder del Estado que investiga y enjuicia. Ese derecho, sin cuya vigencia el principio de contradicción y el derecho de defensa se hacen ilusorios, no es ajeno a una verdadera dimensión ética, que opera como presupuesto de legitimación del ejercicio mismo de la función jurisdiccional.

La claridad de esa idea se hace menos evidente, sin embargo, cuando se trata de proyectar sobre el caso concreto ese compartido punto de vista. Basta constatar la evolución que el concepto de prueba ilícita ha experimentado desde su formulación inicial por el derecho anglosajón para percibir que todo ha cambiado, que la operatividad de las reglas de exclusión no ha permanecido invariable con el paso del tiempo. La frustración colectiva generada por la impunidad de determinados delitos -alimentada por una mentalidad inquisitorial cada vez más extendida- y la reivindicación de seguridad frente a amenazas hasta ahora inéditas, han contribuido a que esas reglas de exclusión sean cada vez más restringidas.

Que no todo vale en la búsqueda de la verdad es una idea que difícilmente admite censura. Así fue proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un epigrama de obligada cita: *«la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio (cfr. ATS 18 de junio de 1992 -rec. 610/1990-)*. Y así fue introducido por la LO 6/1985, 1 de julio (en adelante, LOPJ), en su art. 11, según el cual, *«no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»*.

Sin embargo, la riqueza de matices que ofrece la realidad ha obligado al Tribunal Supremo a introducir gradaciones a ese enunciado general. Se trata de precisiones que no aspiran a debilitar la vigencia del principio proclamado en el art. 11 de la LOPJ, pero que vienen impuestas por la necesidad de modular aquello que necesita ser modulado. Estamos obligados a resolver

si la ilicitud probatoria generada por un acto de investigación ejecutado por agentes del Estado puede ser equiparada a la aportación probatoria obtenida por un particular que no sólo es ajeno a la estructura estatal, sino que nunca imaginó que ese documento o archivo que se ha procurado por afán económico o por venganza, podía resultar decisivo en un proceso penal posterior. Tenemos que decidir, en fin, si la entrega por un tercero al Juez de instrucción de un vídeo, tan vinculado a la intimidad de su protagonista como comprometedor para su reivindicada inocencia, puede o no ser validado como prueba de cargo en el proceso ya iniciado.

La reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 116/2017, 23 de febrero, concede la oportunidad de reflexionar acerca de algunas de las cuestiones que ya han sido apuntadas. Su lectura invita al debate acerca de si esa resolución ha de interpretarse como un golpe de timón en la jurisprudencia ya consolidada sobre el concepto y efectos de la prueba ilícita o si, por el contrario, se limita a introducir un matiz de alcance puramente contextual, sin pretensión alguna de sentar una regla general.

Nuestro análisis no persigue un recorrido casuístico acerca de los distintos precedentes que, con mayor o menor similitud, han abordado el problema suscitado. Tampoco aspira a enriquecer el texto con valiosas citas doctrinales que apoyen o se distancien de lo que aquí se sostiene. Se trata tan solo de dar la oportunidad para valorar la respuesta dada por el Tribunal Supremo a un supuesto de hecho muy concreto, cuya particularidad no será obstáculo para reflexiones de alcance más general.

2. Disponibilidad de los archivos informáticos clandestinos por las autoridades financieras españolas

El día 24 de mayo de 2010, en aplicación del convenio de colaboración entre España y Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995, el agregado fiscal de la embajada francesa puso a disposición de un responsable de la Agencia Española de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) un CD-rom en el que se contenía una importante información acerca de personas y entidades que disponían de activos y valores en la entidad bancaria HSBC, con sede en Ginebra. Las personas físicas o jurídicas eran identificadas por medio de un código numérico, llamado código BUP, que asociaba a esa serie los datos de identidad de los clientes de ese banco.

Esa información –aunque este hecho no se proclama expresamente en el juicio histórico de la sentencia dictada en la instancia por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid– había sido obtenida por las autoridades francesas a raíz de un registro practicado en el domicilio en el que se alojaba en suelo francés el ciudadano Hervé Falciani. Este era un ingeniero de sistemas que, aprovechando su acceso a los archivos informáticos de la entidad bancaria para la que trabajaba, obtuvo copias que luego ofreció clandestinamente a responsables del Banco Audi (Suisse) S.A, con sede en Beirut. La finalidad perseguida por Falciani no era otra que negociar la venta de una base de datos de clientes de diferentes bancos suizos. El 22 de diciembre de 2008, Hervé Falciani –que actuaba con identidad falsa– y su compañera Georgina Mikhael fueron detenidos e interrogados.

A raíz del registro de su domicilio practicado por las autoridades policiales francesas, con fecha 24 de mayo de 2010, la ingente información obtenida fue proporcionada selectivamente a los responsables financieros de los distintos países de la Unión Europea. De ahí que, como ha quedado apuntado *supra*, el entonces Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT instara de la Dirección General de Finanzas públicas de la República francesa, la entrega de cuanta información se dispusiera en relación con los contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española.

Fueron entregados distintos ficheros que, una vez examinados con la premura impuesta por los plazos de prescripción, permitieron identificar y requerir a 558 obligados tributarios, al

tiempo que se solicitaba de ellos la presentación de una declaración complementaria. Así lo hicieron 293 contribuyentes. Quienes desatendieron ese requerimiento fueron incluidos en un plan de inspección para la comprobación del impuesto.

Ramiro Páez -nombre ficticio con el que nos referiremos al recurrente- era un jubilado que compartía domicilio tributario en Madrid y en Gran Canaria. Hasta el año 2000 había desempeñado su actividad laboral como ingeniero. En su declaración del IRPF correspondiente al año 2005 -presentada conjuntamente con su esposa, contra quien no se dirigió el procedimiento- había declarado unos ingresos de 15.054,89 euros, resultando una cantidad a ingresar a la Hacienda Pública, de 722,28 euros. En la declaración correspondiente al año 2006, en la modalidad de tributación individual, declaró unos ingresos de 41.297,54 euros, resultando una cantidad a ingresar por IRPF de 3.460,20 euros. Ambos importes fueron abonados a la Agencia Tributaria a plazos.

El importe económico al que ascendían los activos que fueron detectados en el proceso de inspección alcanzaba las siguientes cantidades: a) saldo a 31/12/2005: 5.802.137,96 dólares USA (4.918.316,49 euros); b) saldo a 31/12/2006: 6.950.482,05 Dólares USA (5.277.511,05 euros). Ramiro Páez no había declarado jamás a la Hacienda ni a las autoridades fiscales españolas la posesión de estas cuentas, ni sus fondos o activos. Nunca pagó impuesto alguno por ellos. Tampoco tributó por esas cuantías en Suiza. La cuota tributaria que tendría que haber pagado en España y dejó de abonar alcanzaba la cantidad de 2.265.493,02 euros correspondientes al ejercicio 2005; y 576.811,06 euros correspondientes al ejercicio 2006.

La Audiencia Provincial de Madrid le condenó, mediante sentencia fechada el 29 de abril de 2016, como autor de dos delitos contra la Hacienda pública, previstos en el artículo 305 del CP vigente en la fecha de los hechos. Le impuso la pena de 3 años de prisión por cada uno de ellos. Fue también condenado a la pena de multa del cuádruplo de la cantidad defraudada, esto es, de 11.369.216,32 euros. La pena también se extendió a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cinco años. Se le impuso, además de un pronunciamiento indemnizatorio a favor de la AEAT, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La defensa del acusado hizo valer cuatro motivos de casación. Nuestro interés se va a centrar de modo exclusivo en aquellos que, desde una u otra perspectiva, alegaban la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Entendía la defensa del recurrente que la condena de Ramiro Páez había tenido como base una prueba teñida de ilicitud, a saber, los ficheros informáticos que Hervé Falciani había sustraído ilegítimamente de los archivos del banco suizo para el que trabajaba como informático.

Además de las dudas acerca de la autenticidad del soporte informático que las autoridades francesas habían entregado a los inspectores españoles -cuestión que desborda el objeto del presente trabajo y que fue desestimada por el Tribunal Supremo-, el argumento nuclear que daba vida al recurso se centraba en que Hervé Falciani «...ha realizado una intromisión ilegítima (...). No tenía autorización, ni siquiera por su profesión, para acceder y proceder a la recopilación y ulterior difusión de datos relativos a la intimidad económica de los clientes; se prevaleció de sus conocimientos informáticos para burlar las barreras de protección de intimidad de los clientes. Esta intimidad existe, aunque su titular pueda ampararse en el secreto bancario para buscar opacidad. La inexistencia de resolución judicial previa que pondere el conflicto, ni siquiera la existencia de una decisión de autoridad o poder público autorizado por la Ley, determina que el acceso realizado por el Sr. Falciani es un acceso ilegítimo y no autorizado a los datos de clientes de la entidad bancaria, siendo ilícita su recopilación y ulterior tratamiento con fines de difusión, lo que basta para considerar obtenida la prueba ilícitamente, con independencia de que la obtención constituya o no una acción criminal tipificada en España».

Estaríamos en presencia, por tanto, de un acto de apoderamiento ilegítimo que despliega una eficacia contaminante de la principal actividad probatoria de cargo sobre la que la Audiencia Provincial había sustentado el juicio de autoría.

3. Línea argumental del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo rechaza esa argumentación y apoya su criterio desestimatorio en una batería argumental ofrecida por el derecho comparado, a su vez completada con el examen de otros precedentes de la propia jurisprudencia española. La combinación de uno y otro material permite en la sentencia dictada, tanto la matización de los principios ponderados por la Audiencia Provincial de Madrid, como la alternativa formulación de otros enunciados generales.

Las soluciones ofrecidas por los Tribunales Supremos italiano, belga, francés y alemán, son anotadas en la resolución de la que tratamos. Su doctrina se completa con la respuesta dictada por el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y el Tribunal Supremo americano, en un precedente ya histórico, aunque plenamente aplicable al caso controvertido.

3.1. La inspiración ofrecida por otros Tribunales europeos

La cuestión suscitada en relación con la *Lista Falciani* y el valor jurídico atribuible a los archivos informáticos que aquella incorporaba no es una cuestión exclusiva de la jurisdicción española. Con anterioridad otros Tribunales Supremos tuvieron que pronunciarse sobre la validez probatoria de una información –llámese *Lista Falciani* o se identifique con otra referencia- que se había incorporado al material probatorio ofrecido en un proceso penal, información obtenida después de un acto ejecutado con abuso de las facultades de acceso que todo informático ha de contar para el normal desarrollo de su trabajo.

Y un dato es común a todas esas resoluciones, a saber, el rechazo de la virtualidad contaminante de la prueba contenida en esos archivos. No obstante, esa unanimidad en el desenlace no excluye la existencia de un criterio divergente por parte de órganos jurisdiccionales inferiores, que se pronunciaron en algunos casos a favor de la ilicitud probatoria. Mención especial merece el caso francés, en el que la divergencia entre dos de las salas del Tribunal Supremo ha sido zanjada con la aprobación de una ley que, acogiendo el criterio del orden jurisdiccional penal, ha autorizado legalmente la valoración por los órganos de inspección tributaria de información obtenida en otros países por acciones que hayan dado lugar a un proceso penal.

No es objeto de este trabajo hacer una glosa crítica acerca de las circunstancias que singularizaban cada uno de aquellos pronunciamientos de tribunales europeos. Del mismo modo, carecería de sentido prescindir de los datos definitorios de los distintos sistemas jurídicos. El concepto de prueba ilícita y, sobre todo, su alcance, es objeto de un tratamiento jurídico que no presenta definitivos puntos de coincidencia, más allá de su común enlace con la necesidad de preservar el derecho a un proceso con todas las garantías. Sin embargo, sí puede resultar de interés recordar algunos de los ejes argumentales sobre los que aquellos tribunales proclamaron la licitud probatoria de tales archivos.

A) El Tribunal Supremo belga (cfr. sentencia 22 de mayo de 2015, *caso KB Luz*), si bien no ha llegado a proclamar sin ambages, como regla general, la *utilizabilidad* de los documentos sustraídos por un particular, alcanzó esa conclusión a partir de un ejercicio ponderativo de los valores en juego. El derecho a un proceso con todas las garantías no se opone a la valoración probatoria de esos documentos cuando su obtención puede decirse que no ha exigido un distanciamiento estatal de las reglas definitorias de un gobierno respetuoso con las normas procesales. El *principio de buena gobernanza* se convierte así en el contrapeso determinante de la validez o la ilicitud probatoria.

Como puede apreciarse, se trata de un enunciado con la suficiente flexibilidad como para valorar en cada caso la intensidad de la eficacia contaminante que el hecho inicial de la obtención

del documento puede llegar a propagar. Esta línea argumental permitió al Tribunal Supremo belga dejar sin efecto el pronunciamiento recaído en la instancia, que había declarado la ilicitud probatoria de la información proporcionada por medios de cuestionable legalidad.

B) Como ya hemos anticipado, el tratamiento del problema en Francia llegó a hacerse más complicado a raíz de la existencia de sendos pronunciamientos de la Sala Mercantil y la Sala Penal del Tribunal Supremo que, en abierta contradicción, dictaron resoluciones distintas.

La primera de las Salas estimó que los documentos que habían sido ilegítimamente sustraídos no podían incorporarse al acervo probatorio (cfr. sentencia 31 de enero de 2012, recurso núm. 11-13097). Meses después, sin embargo, la Sala Penal concluyó la validez de una fuente de prueba que, no obstante su origen ilícito, había sido saneada en el desarrollo del plenario (cfr. sentencia 27 de noviembre de 2013, recurso núm. 13-85042). En efecto, el principio de contradicción que había presidido el desarrollo de las pruebas ante el órgano de enjuiciamiento y la falta de toda conexión entre las autoridades financieras francesas y el origen del delito, respaldaban la posibilidad de incorporar a la apreciación probatoria los documentos en los que se contenían las claves probatorias del fraude.

Pocos días después de esa resolución, el Parlamento francés aprobó la Ley 2013-1117, 6 de diciembre, relativa a la lucha contra el fraude fiscal y la gran delincuencia económica y financiera. En su texto incorpora la tesis permisiva que acababa de ser proclamada por el Tribunal Supremo, descartando que el origen de una prueba puesta a disposición de las autoridades francesas pueda desplegar alguna eficacia contaminante.

Es cierto que la publicación de esa norma ha alimentado la polémica, por lo que tiene de rígida conversión de un caso concreto en un enunciado legislativo de aplicación general.

C) Dos sentencias del Tribunal Supremo italiano han optado también por la virtualidad probatoria de los archivos bancarios ofrecidos, también en este caso, por Hervé Falciani. Se trata de las sentencias 26 de septiembre de 2012 -núm. 38753- y 17 de abril de 2013 -núm. 29433-, ambas pronunciadas por la Sección Tercera.

El rechazo de la pretensión anulatoria se ha apoyado en dos ideas básicas. La primera, la falta de datos concretos acerca de las circunstancias de la sustracción de esos archivos. Recordemos que en el caso español buena parte de esa información la proporcionaba el procedimiento de extradición instado por las autoridades suizas ante la Audiencia Nacional. La segunda, la calificación de la entrega de los documentos por las autoridades francesas como un genuino acto de cooperación judicial internacional, ajeno por definición a todo significado antijurídica.

D) La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán con fecha 9 de noviembre de 2010, presenta unas notas que refuerzan su indudable interés. De entrada, es la respuesta a un recurso promovido por dos ciudadanos alemanes que habían resultado condenados con el apoyo probatorio proporcionado por una documentación secreta, cuyo detentador llegó a ofrecer con carácter previo a los servicios de seguridad del Estado. Para el Tribunal Constitucional la información incorporada a los ficheros no es sino el presupuesto para la incoación de un verdadero proceso. Es en ese marco genuinamente procesal en el que se generan los verdaderos actos de prueba que van a fundamentar la valoración jurisdiccional. El derecho a un proceso con todas las garantías sólo obliga de forma imperativa a anular las pruebas en aquellos casos en los que se haya desarrollado una actividad que, de forma deliberada y arbitraria, haya desembocado en el sistemático olvido de las garantías constitucionales. La regla de exclusión despliega todo su efecto en aquellos casos en los que la vulneración del derecho se refiere al llamado núcleo duro de la intimidad. El razonamiento del Tribunal Constitucional huye también de la fijación de reglas estereotipadas que pierdan de vista la necesaria ponderación de la intensidad de la afectación al derecho cuya vulneración se reivindica.

E) Ya en el TEDH, la reclamación tampoco obtuvo acogida favorable. En efecto, la sentencia 6 de octubre de 2016 (*K.S y M.S. v. Alemania*, asunto núm. 33696/11), no prosperó al entender

que las autoridades germanas no habían violado el derecho a la intimidad domiciliaria reconocido por el art. 8 del Convenio de Roma. Las razones expuestas fueron varias, algunas de mayor interés y consistencia que otras. En primer lugar, porque la legislación alemana y la jurisprudencia que la desarrolla proporcionan salvaguardas eficaces contra todo abuso frente al derecho a la intimidad domiciliaria, sin que consten en el caso de que se trata, alguna desviación de ese marco legal. En segundo lugar, porque la evasión de impuestos constituye un delito grave, sin que exista constancia de que las autoridades alemanas hayan vulnerado de forma deliberada y sistemática la ley internacional para obtener la información que permitió la persecución del delito por el que se condenó a los recurrentes. De otra parte, porque la resolución habilitante era lo suficientemente explícita a la hora de explicar los detalles referidos a los datos buscados como prueba. Por último, porque la pareja de ciudadanos que alega la vulneración de su intimidad domiciliaria no ha hecho valer razonamiento alguno acerca de las posibles repercusiones que el registro domiciliario haya podido tener en su reputación.

En definitiva, la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo, cual es la contribución de todos al sostenimiento de las cargas públicas mediante el pago de impuestos y un elemental juicio de proporcionalidad, llevan al TEDH a excluir toda vulneración del Convenio, con el consiguiente rechazo de la demanda.

F) Fuera ya del ámbito europeo, el Tribunal Supremo americano, en un viejo precedente fechado en 1921 (*Burdeau v. McDowel*, 256, US, 465l, 1921), admitió la validez de las pruebas obtenidas por particulares. Se trataba de la utilización como prueba de unos documentos que habían sido obtenidos a raíz de un registro ilegal practicado por particulares en la mesa del despacho del dueño de una oficina, sin participación alguna ni conocimiento oficial por cualquier autoridad pública.

El Tribunal Supremo americano proclama que la Cuarta Enmienda, cuando protege la intimidad del domicilio frente a entradas arbitrarias o injustificadas, extiende su tutela frente a irrupciones protagonizadas por los poderes públicos. Ese es el origen histórico de la protección constitucional y así debe ser interpretada, como una restricción frente a toda actuación de autoridades públicas carentes de justificación: «...*gives protection against unlawful searches and seizures, and, as shown in the previous cases, its protection applies to governmental action. Its origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority, and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies; as against such authority, it was the purpose of the Fourth Amendment to secure the citizen in the right of unmolested occupation of his dwelling and the possession of his property, subject to the right of seizure by process duly issued*».

No existe, por tanto, obstáculo alguno para que aquellos documentos que han llegado a poder del gobierno sin violar los derechos de la persona a la que perjudican, puedan ser luego utilizados en un proceso penal: «...*the papers having come into the possession of the government without a violation of petitioner's rights by governmental authority, we see no reason why the fact that individuals, unconnected with the government, may have wrongfully taken them should prevent them from being held for use in prosecuting an offense where the documents are of an incriminatory character*».

Tampoco formuló el Tribunal Supremo americano objeción alguna para valorar pruebas ofrecidas por la policía mexicana cuando actuaba fuera del territorio americano (cfr. *US v. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990).

3.2. Algunos de los precedentes de la jurisprudencia española

Los pasajes de la sentencia 116/2017, 23 de febrero, no pueden ser entendidos sin la referencia que proporcionan otros precedentes en los que el Tribunal Supremo verificó un esfuerzo de contextualización en supuestos en los que la prueba cuya licitud se cuestionaba no estaba originada por una actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Se trataba nor-

malmente de un particular que, con anterioridad a la incoación del proceso penal, se había valido de una u otra estrategia para la obtención de un testimonio de indudable relevancia para el esclarecimiento del hecho denunciado con posterioridad.

A) En la sentencia que comentamos se transcriben fragmentos de la STS 793/2013, 28 de octubre. En aquella ocasión el supuesto de hecho estaba relacionado con la decisión del órgano jurisdiccional de instancia de rechazar como prueba las imágenes y el sonido que habían sido obtenidos subrepticamente por una periodista de la televisión noruega que fingió su propio embarazo para obtener información acerca de la posibilidad de abortar fuera de los presupuestos legales exigidos por nuestra legislación. La Audiencia de Barcelona había estimado que esa información –que fue luego divulgada por la televisión noruega- no podía ser válidamente utilizada, en la medida en que su obtención clandestina había vulnerado el derecho a la intimidad de las personas entrevistadas. La Sala Segunda, sin embargo, casó la sentencia absolutoria y ordenó la repetición del juicio con la obligada valoración de la prueba que había sido inicialmente descartada.

Razonaba entonces la Sala Segunda que la declaración de impertinencia y consiguiente rechazo de esas grabaciones había sido proclamada a partir de una jurisprudencia constitucional en la que el conflicto de derechos se planteaba en términos distintos a los que son propios del proceso penal. La controversia suscitada en las resoluciones del Tribunal Constitucional, cuya doctrina se citaba como respaldo de la nulidad probatoria acordada en la instancia, atañía al conflicto civil entre la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen de la persona afectada por unas grabaciones mediante cámara oculta. Cuestión ajena, por tanto, al verdadero conflicto que late en el proceso penal y que no puede ser resuelto con automatismos que desenfocan el análisis. Decíamos entonces que *«...que ese desenlace, favorable a la prevalencia del derecho a la intimidad cuando colisiona con el derecho a la libre difusión de información, no tiene por qué imponerse miméticamente cuando el conflicto entre los derechos concurrentes tiene una naturaleza diferente. En efecto, en el proceso penal convergen bienes y derechos de distinto rango axiológico. Y la jurisprudencia constitucional anotada supra sólo ofrece la regla de ponderación para un conflicto que, si bien se mira, no se presenta en esos mismos términos durante la investigación penal. La Audiencia Provincial de Barcelona no tenía que pronunciarse acerca de si la difusión en la televisión pública noruega de un reportaje grabado con cámara oculta en una clínica abortiva había implicado una lesión constitucionalmente injustificada de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de las personas entrevistadas. No era eso lo que se pedía de los Jueces de instancia. Lo que se instaba de ellos era que el juicio de pertinencia acerca de la prueba propuesta tomara como elementos de ponderación, no los que han venido siendo objeto de tratamiento en la jurisprudencia constitucional -intimidación versus derecho de información-, sino los que singularizan el proceso penal, cuya naturaleza, por definición, es indisociable de los propios fines que justifican la existencia de la jurisdicción penal»*.

Esa idea se completa con otro fragmento de esa misma sentencia –incorporado en su literalidad a la dictada en el Caso Falciani- en el que puede leerse lo siguiente: *«...no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro. Resulta ineludible, además, el análisis del entorno físico en el que las imágenes fueron grabadas, la actitud de los protagonistas y la naturaleza de la información -confidencial o no- que fue proporcionada. En un segundo momento valorativo, habrá de pon-*

derarse si concurre un fin legítimo que justifique la utilización en el proceso penal de esas imágenes y si su incorporación al proceso como prueba viene autorizada por los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad».

Si bien se mira, en esta cita se sugieren tres aspectos de especial trascendencia. El primero, la necesidad de no perder de vista el diferente fundamento entre las reglas de exclusión, cuando de lo que se trata es de poner límites a la capacidad del Estado para investigar y enjuiciar a sus ciudadanos, frente a aquellos otros casos en los que hablamos de un soporte probatorio aportado por un particular. El segundo, la importancia de contextualizar la respuesta jurisdiccional en función de las singularidades de cada caso concreto. Por último, la necesidad de no descartar un ejercicio ponderativo ulterior que atienda a los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en el momento de optar por la prevalencia de alguno de los valores o derechos en conflicto.

Esta última exigencia, referida a lo que hemos llamado *un segundo momento ponderativo*, enlaza con un presupuesto del que se vale con frecuencia el TEDH para otorgar preferencia al *fin constitucionalmente legítimo*, que justificaría el rechazo de la alegación de ilicitud. Sin embargo, el actual estado de la doctrina de la Sala Segunda en esta materia no permite afirmar que la jurisprudencia se haya adentrado en el fecundo terreno en el que otros órganos jurisdiccionales europeos transitan con absoluta normalidad.

B) También se refuerza la fundamentación jurídica de la sentencia 116/2017, 23 de febrero, con la cita de la STS 45/2012, 7 de febrero, dictada en el recurso de casación promovido contra una sentencia condenatoria de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se condenó por un delito de cohecho a un concejal que había sido grabado por su interlocutor en el momento de solicitar la dádiva. El recurrente alegaba la ilicitud probatoria de esa grabación, en la medida en que estimaba vulnerado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

La Sala Segunda, por aplicación de su propia jurisprudencia y de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del valor probatorio de esos soportes, descarta que la grabación por uno de los interlocutores de las frases emitidas por el otro, llegue a manchar de ilicitud probatoria lo libremente comunicado. Encierra ya un epigrama de plena consolidación jurisprudencial que el derecho al *«secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial»* no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida.

Pero lo verdaderamente interesante de esta sentencia no es tanto la aplicación de una doctrina constitucional ya asentada (cfr. SSTS 298/2013, 13 de marzo; 2008/2006, 2 de febrero o 682/2011, 24 de junio, entre otras muchas), sino la incorporación de algunos matices a la idea general de validez. Matices que son el resultado, una vez más, de la necesidad de no perder de vista el contexto en el que la obtención de la prueba se verifica. La alegación por parte del recurrente de que aportación al proceso de las grabaciones implicaba una vulneración del derecho a no confesarse contra uno mismo y a no declararse culpable, recibió la siguiente respuesta del Tribunal Supremo: *«... una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría del hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás. En el primero de los casos, no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión. En el segundo, lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido, lo que, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación, podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple notitia criminis, necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso».*

También ahora las ideas de contextualización y ponderación de intereses, fluyen de ese fragmento que somete a un tratamiento procesal singularizado los supuestos de aportación por particulares de conversaciones de signo incriminatorio.

C) De forma reciente la Sala Segunda ha tenido ocasión de abordar supuestos en los que la duda sobre la licitud de la prueba aportada por un particular ha sido resuelta conforme a un criterio favorable a su utilizabilidad. Y lo ha sido a partir de una razonable y fundada matización de postulados de aceptación generalizada.

Es el caso, por ejemplo, de la STS 786/2015, 4 de diciembre. Esta resolución –de llamativa similitud con el supuesto de hecho que culminó con la conocida STC 173/2001, 7 de noviembre– puso término al recurso de casación promovido por quien había logrado convencer a través de *Facebook* a una mujer para que exhibiera a sus dos hijas menores de edad en actos de inequívoca significación sexual. Los vídeos grabados por aquella fueron descubiertos casualmente por el técnico informático a quien la acusada llevó su ordenador con el fin de arreglar la tarjeta de imagen. Una vez denunciadas esas imágenes ante agentes de policía, éstos accedieron al disco duro sin autorización judicial, con el consentimiento de la denunciada, que no sólo ofreció las claves de acceso, sino que permitió la localización informática de su desconocido interlocutor. La alegación de prueba ilícita se hizo valer, de modo especial, por el principal acusado, quien sostuvo la vulneración de su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, tanto por el acceso in consentido del técnico informático, como por la entrega de las claves de acceso por la madre de las niñas que habían sido expuestas a las sevicias del acusado.

El Tribunal Supremo razonó en los siguientes términos: *“...mal puede hablarse de prueba ilícita a partir del análisis de la forma en que las imágenes y demás contenidos accedieron a la causa. No deben incluirse en ese concepto los descubrimientos efectuados de forma casual por un ciudadano -en este caso, el hallazgo del técnico al que fue encargada la reparación del ordenador- que, en el momento de su obtención, carece de toda voluntad de hacerse con una fuente de prueba. Es evidente que no puede obtener el mismo tratamiento jurídico la accidental apertura de un sobre introducido por error en un buzón que no es el de su destinatario -equivocación que permite el descubrimiento de un hecho de relieve penal-, frente a la fractura intencionada del buzón de un vecino con la finalidad de acceder a su correspondencia y vulnerar así su intimidad. [...] Tampoco puede predicarse la ilicitud probatoria del hecho de que los agentes de Policía accedieran sin autorización judicial a las imágenes y diálogos generados mediante la utilización de los programas de mensajería instantánea a los que se refiere el factum. Y no sólo porque los citados agentes no se inmiscuían en un proceso de comunicación en marcha, además de contar con el consentimiento de la titular, sino porque su propia intimidad debía quedar desplazada ante la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, en este caso, la investigación y descubrimiento de delitos de incuestionable gravedad, que tenían en este caso como víctimas a dos niñas de cinco y ocho años de edad. La simple posibilidad de que esas imágenes pudieran llegar a convertirse, de una u otra forma, en contenidos difundibles en la red, intensificando de forma irreparable el daño ocasionado a las dos menores, era un riesgo que había de ser ponderado en el momento del juicio de necesidad y proporcionalidad».*

Una vez más, hace acto de presencia en la fundamentación jurídica de esta sentencia la unánime reivindicación de un tratamiento singularizado para aquellos casos en los que la prueba ha sido aportada por un particular totalmente desvinculado de las estructuras del Estado. Y una vez más, la ponderación de los valores en juego vuelve a erigirse como pauta decisiva en el momento de resolver acerca de la prevalencia de uno u otro de los valores y principios que convergen en el proceso.

En la misma línea, la STS **/2017, rec 1893-2016, abordó el supuesto de un padre que al tiempo que sometía a tocamientos lujuriosos a su hija menor de edad, decidió grabarlos en su ordenador portátil. La madre de la menor, pareja del acusado, descubrió de forma absolutamente casual los archivos comprometedores. Con ocasión de la necesidad de remitir un mensaje de correo electrónico de carácter urgente, el acusado cedió a aquella su contraseña. El impacto

generado por ese descubrimiento llevó a la madre a grabar, antes de que el acusado pudiera borrarlas, las imágenes de contenido sexual protagonizadas por padre e hija. En el momento en que los hechos fueron denunciados, el acusado ya había desinstalado el disco duro de su portátil. La entrega por la madre a los agentes de policía de una memoria *flash* fue impugnada por el recurrente, quien denunció, además de la falta de autenticidad de esas imágenes, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por valoración de prueba ilícita.

Esta resolución –de fecha bien reciente– incorpora consideraciones de interés acerca de los límites a la protección de la intimidad en aquellos casos en los que de lo que se trata es de un ordenador de uso familiar con contraseña compartida. Pero lo verdaderamente relevante es la línea argumental con la que la Sala Segunda rechaza la reivindicada nulidad probatoria. En efecto, con una cita textual de la sentencia que está en el origen del presente trabajo, se afirma en el FJ 2.4 lo siguiente: «... *tampoco puede derivarse la reivindicada ilicitud probatoria -con la correlativa afectación del derecho a la presunción de inocencia- de la entrega por parte de la denunciante en comisaría del ordenador y la memoria flash en la que se contienen las imágenes de los abusos. Como hemos apuntado supra, esa alegación carece de fundamento, en la medida en que se trataba de un ordenador familiar de uso compartido y que su examen pericial no permitió obtener imagen alguna, al carecer el dispositivo de disco duro.*

Con independencia de ello, se trata de una prueba proporcionada por un particular a los agentes de la autoridad sin que esa entrega haya sido concebida como un mecanismo de elusión de las garantías que el sistema constitucional reconoce para la protección de los derechos a la intimidad y al entorno virtual. Hemos dicho que «... las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego». (cfr. SSTC 116/2017, 23 de febrero; 793/2013, 28 de octubre; 45/2014, 7 de febrero)».

D) Que los contornos de la prueba ilícita no pueden definirse con el rigor de una abstracción llamada a imponerse, siempre y en todo caso, por encima de los perfiles del caso concreto, es algo evidente. Todos los sistemas europeos sobre esta materia han evolucionado desde el entendimiento inicial. La distancia recorrida en el derecho norteamericano –verdadero origen de la formulación jurisprudencial sobre las reglas de exclusión– hace difícilmente reconocibles los pronunciamientos históricos que abrieron el debate sobre el mismo tema. La jurisprudencia constitucional española no ha podido sustraerse a una evolución integradora, de forma que el mandato del art. 11 de la LOPJ se interpreta conforme a una pauta metodológica de desconexión de antijuridicidad (cfr. SSTC 9/1984, 30 de enero; 114/1984, 29 de noviembre; 60/1988, 8 de abril y, de modo especial, las SSTC 81/1998, 2 de abril; 121/1998, 15 de junio y 49/1999, 5 de abril). Que esa forma de operar puede estar en abierta contradicción con el efecto contaminante indirecto de las pruebas ilícitas, es algo que ha sido reiteradamente criticado por la doctrina.

Pese a todo, no faltan síntomas en la jurisprudencia de la Sala Segunda en los que parece detectarse la compartida necesidad de ahondar en las claves teóricas que harían posible, con respeto a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, un renovado entendimiento de una materia tan necesitada de reflexión. Algunas de las sentencias que hemos glosado en este mismo apartado son ejemplos unánimes del esfuerzo de adaptación al caso concreto. La necesidad de no asimilar en un mismo tratamiento supuestos no identificables entre sí ya ha sido puesta de manifiesto supra. Como expresión de una opinión disidente, varios votos particulares, vienen llamando la atención acerca de la necesidad de «...una reflexión sobre los objetivos a al-

canzar con ese mecanismo de expulsión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, de la que tantos beneficios se han derivado para nuestro sistema procesal y práctica policial y judicial, para discriminar entre los mecanismos aptos para esos fines, y los que no aportan nada y solo retorcidamente y apartándonos de un sano realismo resultan medianamente inteligibles”. Precisamente por ello, se ha llamado la atención acerca de la necesidad de un tratamiento distinto cuando el problema suscitado enlaza con “...una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares. No hay duda de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*drittwirkung*), aunque no se puede desconocer que su construcción teórica y su fortificación legal y práctica ha surgido y crecido sobre todo en tensión frente a los poderes estatales. Por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable -con algún matiz-, y en general, y esto no es baladí a los efectos que aquí se discuten, derecho a un proceso con todas las garantías). Es verdad que el art. 11.1 LOPJ no introduce distinción alguna en este sentido. La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o sólo un particular. También en el proceso civil (vid. art. 287 LEC) rige la previsión. Pero, admitido eso, no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: U.S.A., Francia, Holanda, México, Bélgica con matices)” (vid votos particulares formulados por el Magistrado Antonio del Moral en las sentencias 385/2013, 18 de abril y 569/2013, 26 de junio; con un razonamiento más extenso, vid voto particular formalizado a la STS 293/2014, 1 de abril).

E) Con independencia de lo expuesto, son muchas las sentencias que no han acogido la reivindicada necesidad de modular el efecto excluyente de la prueba ilícita en aquellos casos en los que su obtención procede de un particular que no actúa como agente del Estado que luego se vale de ella.

Desbordaría el objeto del presente trabajo hacer un recorrido detenido por todas ellas. Su carácter mayoritario explica la incontrovertible presencia estadística de resoluciones que proclaman la ilicitud de pruebas que han sido obtenidas, en ocasiones, en el marco de un conflicto familiar que luego desemboca en un proceso penal.

Baste la cita de algunas relativamente recientes.

Así, la STS 239/2014, 1 de abril, excluyó la valoración de las pruebas obtenidas a partir de unas cámaras que grababan el interior del despacho de un empleado que se hizo con importantes cantidades de dinero de la empresa para la que trabajaba. La STS 569/2013, 26 de junio, declaró la ilicitud de las pruebas ofrecidas por la pareja del acusado, que incriminaban a éste de hacer objeto de tocamientos sexuales a una menor. Los soportes físicos en que habían sido grabadas esas imágenes fueron hallados por la mujer después de registrar el vehículo de su pareja sin su consentimiento.

En la STS 1066/2009, 4 de noviembre, el Tribunal Supremo declaró la ilicitud de las grabaciones obtenidas por una joven que, para prefabricar pruebas en contra de su abuelo, al que atribuía tocamientos impúdicos acaecidos años atrás, mantuvo una conversación con aquél, mediante la que logró frases de admisión del hecho. Razona la Sala en los siguientes términos: «... la grabación (...) de conversaciones entre particulares puede tener una inicial licitud si el encuentro es voluntario y libre. La cuestión varía cuando la persona grabada, de alguna manera, ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra. [...] Para su validez se debe tratar de un encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamientos de ninguna clase. Así se desprende de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. La espontaneidad y la buena fe son requisitos condicio-

nantes de su valoración. Cuando se fuerza y provoca una conversación ya no es posible situarse en el mismo plano. El interlocutor grabado no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero [...] La propia parte recurrente admite espontáneamente que cuando la menor contó a su madre la versión de los hechos, ésta le aconsejó que procediera a grabar una conversación con él acusado, con el fin predeterminado de conseguir las pruebas necesarias, ya que, en caso contrario, sería su palabra contra la de él. La conversación tiene lugar en la calle, después de ser abordado el acusado por la denunciante. Sea cuales sean las circunstancias que llevaron a tener en la conversación en la vía pública, lo cierto es que se trata de un ardid que vicia la prueba y el método empleado».

4. Hacia un concepto de prueba ilícita coherente con el propio fundamento de las reglas de exclusión

Como hemos puesto de manifiesto, la respuesta jurisdiccional del Tribunal Supremo acerca de la validez de los datos obtenidos subrepticamente por Hervé Falciani, no se limitó a importar los argumentos hechos valer por otras cortes supremas europeas, el Tribunal Constitucional alemán o el TEDH. En el FJ 6º de la sentencia que comentamos se concluye la validez probatoria de aquellos archivos a partir del concepto mismo de prueba ilícita.

La idea de que toda prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales desencadena un efecto invalidante que erosiona los principios estructurales del proceso, actúa como presupuesto del análisis. Pero ello no es obstáculo para propugnar por un tratamiento jurídico singularizado de aquellos casos en los que la fuente de prueba no está conectada a los poderes públicos llamados al ejercicio del *ius puniendi*. Esta idea opera como obligado presupuesto analítico a la hora de resolver el problema suscitado e impregna toda la línea argumental que da vida a la sentencia y está en el núcleo de la decisión convalidante.

En efecto, en el FJ 6º de la STS 116/2017 puede leerse lo siguiente: «... el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Estos principios, a los que no falta una verdadera dimensión ética, actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal. La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez».

Ese inicial punto de partida, sin embargo, no puede actuar como un obstáculo para admitir – sin adentrarnos en el terreno reservado por la dogmática a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales– que entre la aportación al proceso de elementos de prueba por parte de los aparatos del Estado y la actividad de un particular desconectada de toda labor investigadora, existe un matiz que no puede ser despreciado en el momento de pronunciarse acerca de la licitud probatoria.

En palabras de la Sala Segunda, «...está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ. Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define

la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas...”). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal –entendido éste en su acepción más flexible– lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales».

Esta concepción de la prueba ilícita, alejada de aquellos casos en los que no existe una actuación ventajista por parte del Estado que, de forma directa o indirecta, se prevale de una situación que menoscaba el círculo de derechos fundamentales del investigado, fue ya dibujada en el *non nato* proyecto de Código Procesal Penal. En su art. 13 excluía la ilicitud probatoria cuando la violación del derecho fundamental tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin la voluntad de obtener pruebas.

La Sala da respuesta expresa a quienes ven en el enunciado del art. 11 de la LOPJ un obstáculo a la admisión de la licitud probatoria de los archivos obtenidos por un particular quebrantando su deber de lealtad respecto de los responsables de su custodia: *«...la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito».*

La concepción de la prueba ilícita como muralla defensora de los derechos del investigado frente a los excesos del Estado, se reproduce, una y otra vez, en el hilo argumental de la STS 116/2017: *«...esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior».*

En el mismo fundamento jurídico que centra nuestro interés, se incluye un pasaje de clara voluntad propedéutica: *«...piénsese, por ejemplo, en el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales –incluida la información bancaria– de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor. Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidad domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública».*

5. Los matices a la formulación de una regla general

Es evidente que la conclusión acerca de la necesidad de no valorar con arreglo a los mismos parámetros situaciones que merecen ser diferenciadas, no puede convertirse, sin más, en una afirmación axiomática, conforme a la cual el Estado no debería adentrarse en el examen de la forma de obtención de un material probatorio por el particular. Nada de ello se desprende de la lectura de la sentencia que comentamos.

Antes al contrario, la lectura del FJ 7º pone de manifiesto la conveniencia de no perder de vista dos ideas clave.

La primera, que la solución jurisprudencial ofrecida por la Sala no autoriza una conclusión conforme a la cual toda prueba obtenida por un particular e incorporada luego al proceso tiene que ser aceptada como potencialmente válida para destruir la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara al acusado: *«...el razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto»*

Se impone, por tanto, una llamada a la necesidad de ponderar, en función del caso concreto, las circunstancias en las que esa fuente de prueba ha sido obtenida y, al propio tiempo, la intensidad de la afectación del derecho fundamental que ha podido verse erosionado. No se trata, desde luego, de propugnar una fórmula de balanceo de los derechos e intereses en juego como solución sanadora de hipotéticas vulneraciones que hayan podido ocasionarse: *«...la vulneración de la intimidad de las personas -si éste es el derecho afectado por el particular- no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud. Entre el núcleo duro de la intimidad y otros contenidos del círculo de exclusión que cada persona dibuja frente a los poderes públicos y frente a los demás ciudadanos, existen diferencias que no pueden ser orilladas en el momento de la decisión acerca de la validez probatoria. No pueden recibir el mismo tratamiento, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio. Tampoco pueden ser valorados con artificial simetría unos documentos obtenidos por un particular mediante la entrada subrepticia en el domicilio de otro y la información obtenida de forma casual por un error en la identificación del destinatario. Por la misma razón, tampoco pueden asimilarse en el plano valorativo los contenidos de un DVD en el que se reflejan actos de explícito contenido sexual y los datos referidos, pongamos por caso, a la información contable de una empresa. En definitiva, no pueden recibir el mismo tratamiento, una vez han sido debidamente contextualizadas, las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan al núcleo mismo del contenido material de un derecho fundamental»*.

Tras esta llamada a la relevancia de una metodología que no prescinda de consideraciones axiológicas acerca de los valores constitucionales convergentes, la sentencia que nos ocupa vuelve a insistir en la importancia de no desconectar el tratamiento de la ilicitud probatoria de lo que históricamente ha sido su genuino fundamento: *«...decisivos resultan, por tanto, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado. Pero también lo es atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio. Sólo así la decisión sobre la regla de exclusión no correrá el riesgo de apartarse de su genuino fundamento. Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar*

la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del ius puniendi. Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego»

De nuevo adquiere todo su significado el origen histórico de la teoría sobre la ilicitud probatoria como instrumento para disuadir al Estado de estrategias de investigación ventajista que, mediante atajos, busquen el descubrimiento de la una verdad manchada por la vulneración de derechos fundamentales: *«...fuera de ese espacio valorativo, la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. No se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos. Quien se hace con una documentación bancaria con el objetivo inicial de difundirla y provocar así unos titulares mediáticos de gran impacto, puede cambiar de opinión y poner esos contenidos a disposición de las autoridades fiscales. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal. La prohibición de valorar esos documentos en un proceso penal se apoyaría en las mismas razones que ya hemos señalado para la prueba ilícita obtenida por agentes de policía. Y es que, en este caso, los funcionarios del Estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio»*.

En definitiva, el interés de la sentencia *Falciani* se deriva del importante paso que representa en la idea de que la doctrina general sobre licitud probatoria no puede ser entendida si se desvincula de su origen histórico y de su fundamento. La STS 116/2017, 23 de febrero, no es, desde luego, una resolución de ruptura. Se limita a recordar que sólo los perfiles que definen el caso concreto pueden alumbrar una solución acomodada a los principios constitucionales que legitiman el proceso penal. Que la aportación de una determinada fuente de prueba por un particular aconseja, cuando menos, una valoración de las circunstancias que explican esa disponibilidad. Y que cualquier tribunal que haya de pronunciarse acerca de la legitimidad de esa prueba no puede perder de vista una perspectiva axiológica que pondere los valores en juego.

La nueva regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas: algunas cuestiones claves y otras discutibles

Autor: Pablo Lanzarote Martínez
Fiscal de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Doctor en Derecho

1. Acotación

El propósito del presente trabajo, como expresa su rúbrica con claridad, es analizar aspectos muy concretos y al tiempo intentar despejar algunos de los interrogantes que suscita la nueva regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) por la Ley Orgánica (LO) 13/2015, de 5 de octubre sobre medidas de investigación tecnológica y fortalecimiento de las garantías procesales.

No se trata, consecuentemente, de examinar la variada problemática que sin duda suscita esta medida de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. Ni tampoco acometer un estudio siquiera superficial de las nuevas disposiciones legales introducidas en la reciente reforma procesal. Estos objetivos desbordarían la limitada extensión de estas páginas, siendo su propósito mucho más concreto y bastante menos ambicioso¹.

Y ello por dos razones: primero, porque son muy numerosas y han sido muy debatidas las distintas cuestiones que durante años ha venido planteando la medida limitativa del derecho fundamental que nos va a ocupar, tanto en su vertiente de medio de investigación como de medio de prueba, dando lugar a una jurisprudencia ya abundantísima. Y, en segundo lugar, porque, como expresan las SSTs nº 774/2016 de 19 octubre y nº 693/2016 de 27 julio, las nuevas disposiciones legales “lo que han venido a consagrar normativamente no es otra cosa que los principios básicos y demás requisitos ya adelantados en su día y a lo largo de más de dos décadas por la doctrina constitucional y la Jurisprudencia al respecto”.

Por tanto, siendo suficientemente conocida la doctrina jurisprudencial elaborada casuísticamente sobre esta materia en estos últimos treinta años por el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Constitucional (TC), puede resultar más conveniente y práctico analizar, a la luz de esa misma jurisprudencia, aquellas disposiciones introducidas por la LO 13/2015 cuya aplicación y alcance pueden suscitar más interés y que probablemente obligarán a los tribunales en los próximos años a pronunciarse sobre algunas de ellas.

Quizás resulte también oportuno previamente recordar en breve síntesis las principales declaraciones efectuadas por el TC y el TS en torno al contenido y extensión del derecho fundamental que resulta limitado con la medida de interceptación por cuanto la nueva regulación es en gran parte, como acabamos de decir, plasmación de aquella doctrina.

Igualmente pertinente a nuestro propósito puede resultar remarcar la nítida distinción que existe entre el régimen de la intervención telefónica como medio de prueba en el acto del juicio oral y el de esta misma medida como diligencia de investigación a la que puede acudir durante la instrucción de la causa, a la vista de las distintas consecuencias anudadas al incumplimiento de los requisitos y presupuestos que vienen exigiéndose para su legitimidad.

¹ Con el rubor propio de la autocita, un análisis más detallado de todos estos temas puede verse, además de en otras muchas publicaciones más autorizadas, en la ponencia del autor “La intervención telefónica como medio de investigación y de prueba en el proceso penal tras la reforma de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre” que fue presentada en el curso de formación de la Carrera Fiscal “La prueba en el proceso penal. Especial referencia a la segunda instancia y al recurso de casación” celebrado los días 8 a 10 de junio de 2016 en el CEJ (Madrid) y que se encuentra publicada en la web fiscal.es. De interés y fácil acceso (publicada en la misma página web) resulta la ponencia de URIARTE VALIENTE, *Algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la intervención de comunicaciones telefónicas*. Curso de formación de la Carrera Fiscal de su dirección “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” celebrado en el CEJ (Madrid) en abril de 2016.

Por último, debe subrayarse que la reforma de 2015, siguiendo las orientaciones jurisprudenciales, ha sometido a una misma regulación la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Ambos tipos o modelos de comunicación están amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones y el régimen jurídico a que han sido sometidas por el legislador es idéntico en cuanto a los requisitos que legitiman su interceptación. Resulta fácil comprender, a la vista del estado de la tecnología de entonces, que la LECrim antes de la expresada reforma se refiriera sólo a la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Los avances técnicos en este ámbito han convertido a los teléfonos móviles, antes limitados a las comunicaciones por voz, en terminales con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, vídeos, etc.), susceptibles de afectar a través de su acceso in consentido no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE). La complejidad y variedad de los datos que pueden ser almacenados en los instrumentos de comunicación telefónica o telemática requieren, como ya vislumbró la STS nº 342/2013, de 17 de abril, de un mismo régimen jurídico para una adecuada protección del usuario. Por ello, como expresa la STS nº 204/2016 de 10 marzo, el legislador ha otorgado “un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual”.

2. El contenido fundamental del derecho al secreto de las comunicaciones

El TC y el TS han elaborado una doctrina ya muy consolidada sobre el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de nuestra Constitución (CE), de la que resulta de interés subrayar los siguientes aspectos que conviene no perder de vista:

1º. El secreto de las comunicaciones es garantizado por la CE como un factor decisivo para proteger el bien supremo de la intimidad de la persona que forma parte inseparable de su dignidad (STS de 20 de febrero de 1999). La tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado (STS de 1 de marzo de 1996).

2º. El derecho al secreto de las comunicaciones es, por tanto, un derecho autónomo, aunque en conexión con valores como la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (STS nº 246/1995, de 20 de febrero).

Sin embargo, superando el contenido estricto de la intimidad, la protección se extiende a la libertad de comunicación en general, y, además, de modo expreso, a su secreto (STC 70/2002). Es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado (STC nº 123/2002, de 20 de mayo).

3º. Los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) tienen, no obstante esa conexión, ámbitos propios y diferenciados, lo que se proyecta sobre el distinto régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si bien la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente ha sido admitida la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC nº 37/1989, de 15 de febrero; nº 207/1996, de 16 de diciembre; y nº 70/2002, de 3 de abril), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (STC nº 70/2002, de 3 de abril).

4º. La protección constitucional se dispensa con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir –conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc.– pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC nº 114/1984). El derecho analizado es un derecho de carácter formal, pues no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver la protección del secreto con el hecho de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la privacidad (SSTC nº 70/2002, de 3 de abril; nº 114/1984, de 29 de noviembre). Por ello, la protección que la Constitución otorga a la comunicación telefónica subsiste aun cuando el objeto de la comunicación no entre en la esfera de la intimidad de la persona.

5º. El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados (STC 114/1984); frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar (STC nº 137/2002, de 3 de junio), siempre que sea apta para desvelar, bien la existencia misma de la comunicación, bien los elementos externos del proceso de comunicación, bien su propio contenido (SSTC nº 114/1984, de 29 de noviembre; nº 123/2002, de 20 de mayo).

6º. La tutela es dispensada cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada (STC nº 70/2002), con independencia del formato en el que aquéllas se desarrollen y del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –eléctrico, electromagnético u óptico, etc.– de la misma (STC nº 123/2002, 20 de mayo).

No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas se encuentran bajo la tutela judicial" (STS nº 137/1999, 8 de febrero). Como espacio de intimidad garantizado al máximo nivel normativo, no podría quedar, y no queda, a expensas de la evolución de los avances de la técnica (STS nº 130/2007, 19 de febrero).

La protección constitucional abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS nº 367/2001, de 22 de marzo y nº 1377/1999, de 8 de febrero). El Constituyente, consciente de que los sistemas de telecomunicaciones se encontraban en un proceso de evolución acelerada con las nuevas tecnologías, estableció un sistema de *numerus apertus* de los soportes técnicos y de las formas de llevar a cabo la comunicación.

7º. En principio, es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que en puridad este derecho no protege la conversación directa entre dos personas. El medio utilizado debe ser apto para permitir una comunicación secreta entre varias personas. Ello lleva a la exclusión en su radio protector de los medios de comunicación de masas.

El art. 18.3º CE, inspirado en el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, se refiere exclusivamente a las comunicaciones privadas, quedando fuera del mismo las que se hacen por medio de la radio, imprenta, televisión u otro procedimiento destinado a la difusión del pensamiento a un número indeterminado de personas. Ello se deduce así de la relación que las comunicaciones aludidas en el art. 18 tienen con el derecho a la intimidad, y que las otras comunicaciones no privadas, y los derechos fundamentales relativos a las mismas aparecen específicamente regulados en el art. 20 CE (STS de 15 de marzo de 1996).

La protección del art. 18.3 CE no alcanza a las conversaciones radiofónicas a través de frecuencias de uso público (SSTS nº 695/2013, de 22 de julio; nº 1397/2011, de 22 de diciembre y nº 209/2007, de 9 de marzo) pues precisamente por ser de uso público ha de partirse por los usuarios de una implícita posibilidad de captación. Tampoco en el caso de la intervención de las conversaciones en una frecuencia de radio reservada (por ejemplo, la asignada para el Ser-

vicio de Navegación Marítima) puede invocarse el secreto, exigiendo autorización judicial, ya que la utilización de esas frecuencias sería ilegal.

Tampoco afectaría al derecho al secreto de las comunicaciones el acceso a las conversaciones mantenidas en chats o foros de Internet, que permiten comunicarse a varias personas simultánea y públicamente en tiempo real, al tratarse de comunicaciones accesibles para cualquier usuario de Internet, salvo que se use la opción de comunicación bidireccional cerrada entre dos usuarios, pues en estos casos, conforme a la propia naturaleza del acto comunicativo, deben activarse de nuevo las garantías del art. 18.3 CE.

Pueden no obstante entenderse incluidos, como expresa la Circular FGE 1/2013, de 11 de enero, *sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, medios que permiten una conversación entre más de dos personas, pero "cerrada" o con disponibilidad para aceptar nuevos interlocutores (v. gr. videoconferencia).

8º. El derecho comprendido en el art. 18.3 CE alcanza frente a terceros ajenos a los propios comunicantes (por todos, STC nº 114/1984, de 29 de noviembre; nº 56/ 2003, de 24 de marzo), debiendo ser respetado no sólo por el Estado o los agentes públicos, sino también los particulares. Es un derecho público subjetivo, exigible ante los poderes públicos.

Sin embargo, el secreto no afecta a los propios partícipes de la comunicación, sin perjuicio de que en ciertos supuestos éstos podrían llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de su comunicante. No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje... Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución (STS nº 239/2010, de 24 de marzo; STC nº 114/1984, de 29 de noviembre).

La grabación de la conversación efectuada por uno de los intervinientes de forma subrepticia no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones ni tampoco el derecho a la intimidad. Otra cosa es la afectación del derecho fundamental a no prestar declaración y a no confesarse culpable cuando se trata de una grabación preparada mediante cierto ardid (SSTS nº 423/2015 de 26 junio; nº 421/2014 de 16 mayo; nº 45/2014, de 7 de febrero; nº 1014/2012 de 31 mayo; nº 682/2011 de 24 de junio; nº 239/2010 de 24 marzo). La garantía del secreto de las comunicaciones sólo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma. Sólo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro.

9º. Del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares «las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad» (SSTS de 20 de febrero de 1995, 19 de octubre de 1996, 4 de febrero de 1997, 26 de mayo de 1997, 2 de diciembre de 1997 y 22 de abril de 1998). Respecto de estos últimos, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, les reconoce en su art. 4 este derecho y encomienda a los padres o tutores y a los poderes públicos respetarlo y protegerlo frente a ataques de terceros, todo ello sin perjuicio de las modulaciones derivadas del ejercicio legítimo de la patria potestad o de la tutela.

En todo caso, las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos (STC nº 281/2006, de 9 de octubre y STS nº 766/2008, de 27 de noviembre).

10º. Por último, el derecho al secreto de las comunicaciones no está reconocido de un modo absoluto, sino que expresamente la propia norma constitucional prevé su limitación (dejando a salvo su suspensión en los casos del art. 55 de la Constitución), cuando hubiere recaído una resolución judicial que permita levantarlo, desvelarlo o conocerlo, resultando entonces legítima la intromisión. Como consecuencia de su rango de derecho fundamental, nuestro Texto constitucional solamente autoriza invasiones en esta parcela inseparable de la personalidad, cuando gozan de refrendo judicial (STS de 20 de febrero de 1999).

3. La interceptación: medio de investigación y medio de prueba

La medida cumple o puede cumplir dos funciones básicas en el proceso penal: cabe recurrir a ella para su utilización, bien como medio de investigación o fuente de prueba, o bien como prueba directa en sí misma (SSTS nº 841/2014, de 9 diciembre; nº 88/2013, de 17 de enero y nº 514/2013, de 12 de junio).

Por un lado desempeña una función probatoria, en cuyo caso ha de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo quedan garantizadas con el respeto a las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo: el contenido de las conversaciones deberá ser introducido en el juicio oral regularmente, bien mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, (fuente original de la prueba), bien mediante la lectura (directa o reproducida) en el juicio de las transcripciones, (diligencia sumarial documentada), previamente cotejadas con sus originales, o incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas (SSTS nº 26/2011, de 27 de abril; nº 575/2014, de 17 julio y nº 423/2015, de 26 junio).

De otra parte, la medida limitadora del derecho fundamental cumple también una importante función investigadora en cuanto que constituye una herramienta muy útil para obtener otros elementos de prueba y para decidir sobre sucesivos actos de investigación, orientando las pesquisas policiales.

Como medio de investigación debe respetar exigencias constitucionales que determinan la validez de la intromisión. Estas exigencias son básicamente la judicialidad, la excepcionalidad y la proporcionalidad de la medida. La falta de respeto de estas exigencias derivan en nulidad insubsanable por vulneración del art. 18.3 CE, con la correlativa nulidad de todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie la conexión de antijuridicidad (SSTS nº 441/2010, de 13 de mayo; nº 457/2010, de 25 de mayo; nº 616/2010, de 3 de junio).

En cuanto medio de prueba, las irregularidades en que se incurra en momentos posteriores a la ejecución de la medida, esto es, en la incorporación de su resultado al proceso, no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones sino en su caso al derecho a un proceso con todas las garantías. Entrarían en este grupo, a título de ejemplo, las irregularidades relativas a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido (STS nº 1191/2004, de 21 de octubre).

Es preciso así distinguir entre la invalidez total de las escuchas telefónicas por aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) al violentar un derecho fundamental reconocido constitucionalmente (art. 18.3) por no haberse adoptado con los requisitos precisos para acordarlas (que exige verificar si la misma se acordó por un órgano judicial, en el curso de un proceso, a través de una resolución suficientemente motivada y con observancia de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, idónea y necesidad) y la no validez del resultado de las escuchas cuando por la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías suficientes como para convertir la grabaciones en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC nº 165/2005, de 20 de junio; nº 184/2003, de 23 de octubre; nº 219/2006, de 3 de julio). Una mera irregularidad procesal sin

afectación del contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no puede afectar a la validez del resto de las pruebas.

4. Mora legislatoris y génesis de la reforma

A modo introductorio, un primer interrogante a despejar, aunque desprovisto de alcance práctico, sería el referido a las razones por las que el legislador español ha demorado durante tanto tiempo una regulación detallada de las medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18 CE, a la vista de la reiteradas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la insistencia con que la doctrina y la jurisprudencia han venido demandando esa regulación, especialmente teniendo en cuenta que ese vacío normativo ha motivado en ocasiones la impunidad de delitos de extrema gravedad. Tanto el TC como el TS han puesto de manifiesto durante todos estos años en numerosas ocasiones la insuficiencia del ordenamiento jurídico español para legitimar las intervenciones telefónicas como medio de investigación de hechos delictivos dentro del proceso penal.

La falta de previsión en la LECrim de los requisitos necesarios para poder acordar esta medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones constituía, como expresaron, las SSTS nº 487/2007, de 29 de mayo y nº 363/2008, de 23 de junio, entre otras muchas, “el más clamoroso ejemplo de mora *legislatoris* en que vienen incurriendo los poderes públicos encargados de promover los procesos legislativos. Ni las condenas del TEDH, ni las reiteradas admoniciones del Tribunal Constitucional llamando a poner término a esta singular forma de anomia, ni los esfuerzos de la Sala Segunda por integrar las insuficiencias del actual art. 579 de la LECrim, han sido suficientes para superar el actual estado de cosas. También la Fiscalía General del Estado (FGE), en las Memorias correspondientes a los últimos años, ha incluido entre sus propuestas de reforma legislativa, la solicitud de una regulación más detallada del incompleto art. 579 de la LECrim, insistiendo en la inaplazable necesidad de abordar una reforma del vigente marco jurídico en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas”.

Más recientemente y de forma no menos contundente la STS 31 de marzo de 2010 afirmó que “es un lugar común entre los constitucionalistas, el raquitismo o insuficiencia regulativa del desarrollo de tal derecho fundamental (art. 18.3 CE y 579 LECrim), especialmente este segundo precepto que deja en el aire ciertas cuestiones que gravitan alrededor del derecho y pueden afectarle directa o indirectamente. En efecto, quedan huérfanos de regulación algunos puntos como: definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escuchas telefónicas; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a la interceptación de la comunicación; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para conservar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez o por la defensa; las circunstancias en las que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas en determinados casos, especialmente en supuestos de sobreseimiento, etc”.

Un último aviso al legislador -y éste ya definitivo- sobre la insuficiencia de la regulación existente lo constituye sin duda la STC nº 45/2014 de 22 septiembre que declaró nula por falta de cobertura legal la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales, anulando la STS nº 513/2010, de 2 de junio, pues “ni el art. 579.2 LECrim que citan las resoluciones judiciales impugnadas ni tampoco la normativa penitenciaria a la que igualmente aluden habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales”. Doctrina seguida en la STS nº 747/2015, de 19 de noviembre que confirma la declaración de nulidad por falta de cobertura legal de la prueba consistente en instalar dispositivos electrónicos para captar y grabar las conversaciones familiares en el domicilio del acusado efectuada por la Audiencia aplicando la doctrina de la STC nº 145/2014, de 22 de septiembre en la que, como acabamos de ver, se decretó la nulidad de las escuchas practicadas mediante micrófonos instalados en unos calabozos policiales por falta de la habilitación legal para realizarlas.

Este pronunciamiento del TC precipitó posiblemente la necesidad de abordar con carácter urgente la regulación de los diversos medios tecnológicos que venían empleándose en la investigación de hechos delictivos y entre ellos la colocación de aparatos de escucha en lugar cerrado ante el serio riesgo que corrían de verse truncadas muchas investigaciones en curso de permanecer durante más tiempo el vacío legislativo. Renuncia de este modo el legislador a llevar a cabo la regulación de toda esta materia en el marco de una nuevo Código Procesal Penal por la demora que ello supondría ante el inacabado debate sobre el modelo de investigación penal y resuelve hacerlo a través de una nueva reforma parcial de la LECrim.

Sea como fuere, lo cierto es que después de varios intentos fallidos, plasmados en algunos anteproyectos de reforma de la LECrim (como el del año 2011 que regulaba estas medidas bajo la rúbrica de “la interceptación de las telecomunicaciones” en los arts. 273 y siguientes) y más recientemente en el borrador de Código Procesal Penal (arts. 294 a 311), el legislador español ha decidido abordar la regulación de una materia abandonada a la creación jurisprudencial a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, donde se disciplina con detalle las intervenciones telefónicas y telemáticas junto con otros medios de investigación tecnológica: la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

El capítulo V (art. 588 ter a - art. 588 ter m) regula ahora “la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, a las que son de aplicación, como a las demás medidas de investigación tecnológica reguladas en los capítulos VI a IX, las disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV (art 588 bis a - art. 588 bis k). Como expresa la exposición de motivos de la LO 13/2015 “el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas -en su propia y diferenciada instrumentalidad- a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional”.

5. La audiencia previa al Ministerio Fiscal y las consecuencias de su inobservancia

Impone el nuevo art. 588 bis c) LECrim, con carácter previo a resolver sobre la procedencia de la intervención telefónica, la audiencia al Ministerio Fiscal (MF). En efecto, dispone el citado precepto que “el juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal”.

Previendo la Ley (art. 588 bis b) que el juez pueda acordar la medida de oficio o a instancia del MF o de la Policía Judicial², resulta evidente que no será necesario este trámite preceptivo de audiencia con carácter previo a la resolución por el juez sobre la procedencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones cuando haya sido el propio fiscal quien haya interesado la adopción de la medida de injerencia en el derecho fundamental.

² Se excluye así la posibilidad de adoptarla a iniciativa de una acusación particular o popular, sin que exista una causa iniciada. Nada impide sin embargo que pudiendo adoptarla el juez de oficio lo acuerde así una vez en curso el procedimiento acogiendo las razones que le haya podido aportar una parte privada proponente ya personada. En todo caso, ésta quedaría excluida del seguimiento de la ejecución de la medida al llevar consigo su adopción, como veremos, *ope legis* el secreto de la pieza separada en que debe tramitarse.

Este trámite, con anterioridad a la reforma de la LO 13/2015, de 5 de octubre, no estaba expresamente previsto en la ley, lo que no significaba que fuera improcedente. Antes al contrario, como expresa la Circular 1/2013 FGE, “es pertinente y conforme con el papel que la LECrim asigna al Fiscal como garante y protector de los derechos fundamentales. En los casos en los que se dé traslado a tales efectos los Sres. Fiscales habrán 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.”

La STS nº 722/2012, de 2 octubre declaró que el modo procesalmente más correcto de actuar en estos procedimientos es el de 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”. Igualmente la STS nº 248/2012, de 12 de abril señaló que el juez en lugar de acordar “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”. Doctrina que reitera, entre otras, la STS nº 19/2013, de 17 enero.

A sensu contrario de lo concluido en la última de las sentencias citadas, podría mantenerse que la omisión de este trámite de audiencia, ahora expresamente previsto en la LECrim, conllevaría la nulidad de la intervención acordada. Fácil sería llegar a esta conclusión a la vista de las tareas constitucionalmente encomendadas al MF en la protección de los derechos fundamentales y el carácter preceptivo que a este trámite atribuye el art. 588 bis c) LECrim, aun cuando también es de reconocer las dificultades de integrar el informe del MF en el contenido esencial del derecho fundamental que permitiera atribuir a su falta un efecto de invalidez de la interceptación acordada.

Como apunta MARCHENA GOMEZ³, el “enlace entre la tarea constitucionalmente atribuida al Fiscal en defensa de los derechos fundamentales y el nuevo enunciado del art. 588 bis c), facilitaría la tesis del carácter imperativo de esa audiencia sin la cual la diligencia de interceptación quedaría afectada en su validez constitucional”, si bien rechaza que la ausencia del informe del MF “pueda ser vista, siempre y en todo caso, como una afectación de la validez de la diligencia de investigación”. Ahora bien, ante la falta del preceptivo informe del fiscal, concluye el citado autor que deberá llevarse a cabo de una forma más detenida y exigente la valoración de los demás requisitos justificadores de la legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental.

En sentido parecido RODRIGUEZ LAINZ⁴, concibe el trámite de la audiencia al MF como un cauce procesal que pretende remarcar su posición de garante, “pero cuya desatención por el órgano judicial no tendría necesariamente por qué afectar a la constitucionalidad de una resolución habilitante que se mostrara suficientemente respetuosa de los derechos constitucionales de las personas afectadas”.

En todo caso siempre quedaría la posibilidad, tras su notificación, de que el fiscal recurriera la medida de estimarla infundada⁵. Como dijo la STS de 7 mayo de 2007, siendo el fiscal inspector

³ *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid 2015; pág. 255.

⁴ *El secreto de las comunicaciones y su interceptación legal*. Sepín, Madrid 2016; pág. 133.

⁵ Ésta es la única consecuencia que anuda VELASCO NÚÑEZ a la falta de informe del MF previo al dictado de la resolución judicial limitativa del secreto de las comunicaciones: la posibilidad de recurso contra la medida si se discrepa de ella. *Intervención tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas*. Ponencia presentada en las Jornadas de fiscales especialistas en Criminalidad Informática celebradas en el CEJ (Madrid) en el mes de marzo de 2016, pág. 7.

de cualquier causa penal incoada o en tramitación conforme al art. 306 LECrim y teniendo la oportunidad de intervenir en todo momento, aunque en el instante de dictarse no se haya notificado alguna diligencia, no le priva del derecho a recurrirla en cualquier momento una vez hecha la notificación.

La relevancia que sin duda ha querido otorgar el legislador a la intervención del MF en el momento inicial de la decisión sobre el sacrificio del derecho fundamental, exigiendo que emita su parecer, no hace otra cosa que subrayar la función tuitiva y garante de los derechos fundamentales, constitucionalmente consagrada (art. 124 C), que aquél corresponde y de lo que existen numerosas manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico. Ninguna consecuencia de alcance invalidante cabe anudar a la falta de este trámite preceptivo porque sin duda alguna esa previa audiencia es un requisito de legalidad ordinaria que no forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones a la vista de la redacción del art. 18.3 CE que lo limita a la exigencia de la judicialidad de la medida y a todo lo que de ello deriva. Y más aún cuando dicho trámite es fácilmente subsanable con la notificación posterior de la resolución adoptada, frente a la que el fiscal podrá, o bien consentirla si está de acuerdo con ella o bien, en caso contrario, entablar frente a la misma los recursos que fueran procedentes⁶.

Lo que en todo caso nunca podrá es quedar la medida limitativa del derecho fundamental en un “secreto constitucionalmente inaceptable”.

Inicialmente el TC (SSTC nº 259/2005, de 24 de octubre y nº 165/2005, de 20 de junio) anudó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones a la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas referidas, al impedirle a aquél “ejercer la función de promoción de la defensa de los derechos de los ciudadanos -art. 124.1 CE-”.

Sin embargo la STC nº 197/2009, de 28 de septiembre matizó la anterior doctrina en el sentido de que lo contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al MF de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, lo que ocurre cuando no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese, como en el caso de las llamadas diligencias indeterminadas, pero no cuando las intervenciones telefónicas se acuerdan en el seno de unas diligencias previas, que sí constituyen un auténtico proceso judicial, de cuya existencia tiene conocimiento el MF desde el primer momento. Siendo, así la ausencia de dicho acto formal de notificación no constituye un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no ha impedido el control inicial de su desarrollo y cese y no consagra, por tanto, un “secreto constitucionalmente inaceptable”. Doctrina que se reitera en las SSTC 27 de abril, 10 de octubre y 4 de noviembre de 2010 y 14 de marzo de 2011.

Por su parte, como expresan entre otros muchas, las SSTS nº 575/2013, de 28 junio; nº 841/2014, de 9 diciembre y nº 746/2014, de 13 noviembre, es doctrina de la Sala Segunda que la falta de notificación al MF solo constituye, en su caso, una irregularidad procesal sin trascendencia respecto del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE.

Ahora bien, no cabe perder de vista la doctrina recordada en la STS nº 301/2013, de 18 abril donde se concluyó que la ejecución, desarrollo y cese de la intervención telefónica con absoluto secreto para el fiscal determina en todo caso la nulidad de la prueba, puesto que “en aquellos casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman de inmediato en dili-

⁶ En el mismo sentido, RIOS PINTADO: “la ausencia de dictamen previo del Ministerio Fiscal no está concebida como invalidadora de la diligencia, sino como una irregularidad de índole procesal, susceptible de convalidación posterior con el conocimiento por el Ministerio Fiscal de la medida adoptada y del contenido de la resolución habilitante, aceptándola por considerarla conforme a la legalidad”. *La reforma procesal. Incorporación al proceso de datos de tráfico; preservación específica de datos informáticos (arts. 588 ter j y 588 octies de la ley de enjuiciamiento criminal)*. Ponencia presentada en las Jornadas de fiscales especialistas en Criminalidad Informática celebradas en el CEJ (Madrid) en el mes de marzo de 2016, pág. 12.

gencias 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”.

Por último, discutible también será si el MF debe ser oído con carácter previo al mantenimiento de la medida cuando se trate de conceder la oportuna prórroga que haya sido solicitada por los agentes policiales encargados de la investigación. La ley no lo prevé expresamente pero los mismos fundamentos que justifican su audiencia en la adopción inicial de la medida limitadora del derecho fundamental están presentes en la prolongación de su sacrificio. En todo caso, la falta del informe del fiscal para la prórroga no tendrá otros efectos diferentes a los de la omisión de ese trámite en el dictado del primer auto: se trataría de una mera irregularidad procesal sin trascendencia en la validez de la medida.

6. Ámbito temporal de la intervención: la duración de la medida y el secreto de las actuaciones

El juez debe de dictar la resolución en el término de veinticuatro horas a contar desde que se presente la solicitud, si bien cabe la interrupción de ese plazo cuando el órgano judicial requiera una ampliación o aclaración de los términos de aquella solicitud (párrafo 2º art. 588 bis c). Este plazo perentorio en que ha de dictarse la resolución habilitante de la medida de injerencia en el derecho fundamental no tiene otra finalidad que la de subrayar la importancia de una rápida respuesta jurisdiccional a la solicitud policial de la intervención y evitar demoras que seguramente provocarían la ineficacia de la medida. Por eso, el pronunciamiento de la respuesta judicial más allá de ese plazo no puede afectar a la validez de la interceptación al no poder integrarse este requisito de mera legalidad ordinaria en el contenido esencial del derecho fundamental. Cuestión distinta serán las consecuencias que para el éxito de la investigación pueda tener una demora excesiva en la resolución por el juez de la solicitud deducida. Mayores dificultades surgen a la hora de concretar los efectos que puedan derivar de la inobservancia del plazo de las cuarenta y ocho horas previsto para la prórroga de la intervención [(art. 588 bis f), 2º)], como en seguida veremos.

6.1 El plazo inicial

Tanto la solicitud como la resolución judicial han de expresar la duración de la medida (art. 588 bis b, 7º y art. 588 bis c), 3º letra 6).

Como norma aplicable a todas las medidas de investigación tecnológica, dispone el art. 588 bis e) LECrim que “tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos”. Y con relación a la duración de las intervenciones telefónicas y telemáticas se dispone en el art. 588 ter g) LECrim que “la duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses”.

Ya había señalado la jurisprudencia que “la medida no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría inexorablemente en desproporcionada e ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado” (STS de 9 de mayo de 1994). La STS de 11 de mayo de 2006 consideró que la determinación del plazo inicial de duración de la intervención telefónica es elemento fundamental para la validez constitucional del auto habilitante, “pues debe precisarse en la resolución judicial el plazo de duración inicial, y los momentos y la forma en que el Juez debe ser informado del estado y resultados de la investigación (STC nº 184/2003, de 23 de octubre)”.

También la Circular 1/1999 FGE, de 29 de diciembre, *sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales*, entendió que “no es suficiente que el auto en que se acuerda la intervención señale un plazo de duración dentro de los límites permitidos por la LECrim, sino que se necesario que ese plazo no sea abusivo ni desproporcionado...”. En consecuencia, “el Fiscal deberá vigilar que la medida de intervención de las comunicaciones no sobrepase el plazo de tiempo fijado en el auto en el que inicialmente se autorizó o en el que se decretó su prórroga, lo cual exige por su parte un control efectivo de las intervenciones acordadas por el Juez de Instrucción, cerciorándose del cese de la medida una vez vencido el plazo, pudiendo instar, en su caso, una prórroga de la misma». En el mismo sentido se expresa la Circular 1/2013 FGE.

Por lo demás, interesante es subrayar la doctrina del TS que entiende que no es posible aceptar que mediante simple providencia se amplíe implícitamente el plazo de duración inicial de la intervención telefónica, pues para ello habría sido necesaria una resolución motivada, exigencia que la providencia no cumple, no solo con carácter general por sus propia naturaleza, sino en el caso concreto, en el que omite cualquier razonamiento y decisión expresas sobre el particular (STS de 27 febrero de 2007).

6.2 Cómputo del plazo

En cuanto al día inicial del plazo fijado en el auto de intervención telefónica, el TC mantuvo que “el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a desplegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que tiene lugar desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquél en el que la intervención telefónica empieza a producirse” (STC nº 205/2005, de 18 de julio). En suma, el plazo empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuando comience a hacerse efectiva (STC nº 68/2010, de 18 de octubre).

Por el contrario, la STS de 16 de junio de 2004 entendió que “acordada la intervención por el Juez, el plazo establecido debe comenzar a contarse desde el momento en que se hace efectiva, siempre que no exista una desconexión temporal relevante entre uno y otro momento. En el caso actual, no sólo no había transcurrido el plazo inicial, sino que además el oficio policial contiene nuevos datos sobre los sospechosos que, aunque no sean especialmente relevantes, sirven de complemento a los anteriormente aportados”. Por eso, la STS de 7 mayo de 2007 estimó que “carece de relevancia que la autorización de la intervención haya establecido como término de la misma un tiempo a partir del comienzo efectivo de la diligencia. No sólo que la Ley no excluye esta forma de determinar el plazo, sino que es una decisión compatible del principio de libre configuración de la instrucción que rige durante las diligencias de la misma”. Reiteraron las STSS nº 69/2013, de 31 de enero y nº 689/2014, de 21 octubre que el cómputo ha de realizarse desde su realización efectiva, es decir, desde la efectividad de la medida autorizada.

Zanja esta disparidad de interpretaciones el legislador al preverse expresamente ahora en el art. 588 ter g) LECrim que la duración máxima inicial de la intervención se computará desde la fecha de la autorización judicial.

6.3 Prórrogas

Las medidas de investigación tecnológica podrán ser prorrogadas, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron [(art. 588 bis e), párrafo 2º LECrim)]. Y tratándose de intervenciones telefónicas y telemáticas, el plazo inicial (de tres meses) puede prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses [(art. 588 ter g) LECrim)].

Las más recientes sentencias del TS mantienen que la prórroga de la intervención no precisa reproducir toda la motivación del auto habilitante, sino justificar la necesidad de la continuación de la medida y que no resulta exigible para acordar la prórroga de una intervención telefónica contar previamente con la integridad de las transcripciones de las conversaciones obtenidas durante la intervención, bastando un resumen de las mismas que posibilite la ponderación de la continuación de la injerencia concordé a las exigencias legales y jurisprudenciales (SSTS nº 309/2015, de 22 mayo, nº 118/2015, de 3 de marzo y nº 637/2014, de 23 septiembre). Y en casos de cómputo equivocado del tiempo de algunas de las prórrogas de la medida de intervención, prorrogándose una vez transcurrido el plazo mensual acordado en la resolución precedente, ello suele producirse como resultado de la complejidad derivada de la pluralidad de teléfonos intervenidos, cambio de teléfonos por sus titulares y multiplicidad de las personas como implicadas, ello sólo puede acarrear la ilicitud de lo actuado en dicho lapso y de lo que de ello se derive, pero en modo alguno de lo actuado bajo el amparo de la nueva resolución (STSS nº 69/2013, de 31 de enero y nº 689/2014, de 21 octubre).

Recapitulando con la Circular 1/2013 FGE y a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta sobre esta materia se puede concluir: 1) Las exigencias de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente obtenida; 2) Para acordar la prórroga es necesario que el Juez cuente con datos objetivos que aconsejen el mantenimiento de la medida, pero no es necesario ni la entrega de la totalidad de las grabaciones, ni su audición ni su transcripción. 3) Cabe, con respeto al principio de proporcionalidad, acordar prórrogas sucesivas. 4) Los efectos de la extralimitación en el plazo son los de que la interceptación telefónica realizada en ese concreto lapso temporal carece de cobertura judicial, debe entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios; 5) La prórroga ha de adoptarse antes del vencimiento del plazo; 6) La ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera.

Doctrina expuesta que ha sido acogida por la nueva regulación legal. En efecto, dispone el nuevo art. 588 bis f) que. “1. La solicitud de prórroga se dirigirá por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial al juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso: a) Un informe detallado del resultado de la medida. b) Las razones que justifiquen la continuación de la misma. 2. En el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado. Antes de dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información. 3. Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada”.

Y respecto de las intervenciones telefónicas y telemáticas el art. 588 ter h) establece: “Para la fundamentación de la solicitud de la prórroga, la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida. Antes de dictar la resolución, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas”.

Llama la atención que para resolver inicialmente sobre la procedencia de la medida se conceda al juez un plazo de veinticuatro horas cuando de ordinario, por exigencias de la motivación, mayor complejidad existirá para resolver sobre su adopción que sobre su continuación o prórroga, en cuanto prolongación de lo que ya ha sido objeto de decisión y para lo que la ley otorga un plazo más amplio (cuarenta y ocho horas). Quizás ello sea debido a las distintas consecuencias que puedan anudarse a la inobservancia de uno y otro plazo.

En todo caso, la prórroga de la medida ha de resolverse por el juez antes de vencer el plazo inicialmente concedido, razón por la que la ley exige que la solicitud se presente por el fiscal o la policía con la suficiente antelación. Si el juez no dicta el auto accediendo a la prórroga dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la solicitud la misma debe entenderse denegada y una vez llegado el término del plazo inicial deberá procederse automáticamente a la conclusión de la interceptación (art. 588 bis e), párrafo 3º), si bien, salvo que acuerde expresamente el cese, tendrá validez todo lo intervenido entre la expiración del plazo de las cuarenta y ocho horas sin acordar la prolongación y la finalización del periodo de tiempo para el que fue concedida la autorización. De la misma manera valdrá la prórroga si ésta se produce antes de llegar el vencimiento de ese plazo inicial, aunque el auto que la autorice se haya dictado una vez transcurridas las cuarenta y ocho horas desde la solicitud, manteniendo su validez todo lo hasta entonces intervenido. Conclusión distinta habrá de mantenerse si se dicta el auto de prórroga una vez concluido ese término. En cualquier caso, el plazo de la prolongación deberá computarse desde el vencimiento del término inicial o de la prórroga anterior y no desde la fecha del auto que la autorice.

6.4 Cese de la medida y efectos

No obstante el plazo de duración máxima de la intervención, ello no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal (SSTS nº 956/1994, de 9 de mayo, nº 467/1998, de 3 de abril, y nº 622/1998, de 11 de mayo).

El art. 588 bis j) LECrim dispone con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica que “el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada”.

Asimismo el art. 588 bis e), párrafo 3º LECrim dispone que “transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos”.

Finalmente, con arreglo al art. 588 ter i) LECrim: “1. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

2. Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa”.

6.5 Notificación del cese de la medida

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

Como ya mantuvo la Circular 1/2013 FGE, una vez que haya cesado la vigencia de la medida deberá comunicarse su adopción a la persona o personas afectadas en aras a que, a partir de entonces y en su caso, puedan ejercer las acciones legales que les correspondan y estimen pertinentes. De no ser así, se les privaría de obtener la tutela de sus derechos fundamentales (vid. ATS de 18 de junio de 1992). Tal obligación de notificar deriva de los derechos que le asisten al imputado en virtud de los arts. 118 y 302.2 LECrim (Circular 1/2013 FGE) y surge una vez que la ejecución de la medida ha concluido y se ha alzado el secreto de las actuaciones, con independencia de que entonces se acuerde su continuación o el sobreseimiento.

6.6 La declaración del secreto de la causa

La doctrina jurisprudencial entendió de forma constante que “la declaración de secreto de las actuaciones es consecuencia de este medio excepcional de investigación, y que su ausencia sólo tiene el alcance de una mera irregularidad procesal que no afecta a la validez de las intervenciones, de suerte que no puede proclamarse ni nulidad de la medida ni indefensión para el sujeto concernido” (SSTS de 3 de diciembre de 1999, 18 de julio de 2001, 7 de diciembre de 2001, 19 de enero de 2004, 23 de abril de 2004 y 16 de marzo de 2004, 4 de febrero de 2008 y 24 marzo de 2010).

Asimismo, en la STS nº 1044/2011, de 11 de octubre se declara que “la jurisprudencia de esta Sala en los supuestos de descuidos o inadvertencias en la adopción de la medida del secreto ha considerado en supuestos de intervenciones telefónicas, -que pueden asimilarse a las entradas y registros domiciliarios-, que, como elemento esencial implícito a la misma y presupuesto de su efectividad y utilidad, debe entenderse comprendido el secreto de la diligencia, y no sólo - como dice la STS nº 704/2009, de 29 de junio - por la necesidad inmanente de la propia diligencia, sino porque su notificación le privaría de practicidad a la misma, y uno de los condicionamientos de la medida injerencial es su utilidad”. Lo que reitera la STS nº 706/2014, de 22 octubre. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en idéntico sentido en la STC nº 100/1996, de 11 de junio.

Igualmente entiende la Circular 1/2013 FEG que “para que la diligencia de intervención telefónica sea eficaz ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones. De ello deriva la necesidad de cohonestar los plazos de una y otra medida, superando las aparentes discrepancias entre los plazos legales. La no declaración de secreto, pese a poder ser considerada irregular, no genera defectos insubsanables”.

Establece el nuevo art. 588 bis d) LECrim, introducido por la LO 13/2015, como disposición común que es aplicable a las intervenciones telefónicas y a las demás medidas de investigación tecnológica que “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”. También para la diligencia de detención y apertura de correspondencia, por ministerio de la Ley se dispone el secreto, sin necesidad de declaración expresa, tramitándose todo lo relativo a la diligencia acordada en pieza separada (párrafo 5º del art. 579 LECrim).

No obstante su tramitación en pieza separada conforme a lo previsto en la norma, el acuerdo de su práctica que implicará *ope legis* el secreto, determina, por efecto de lo dispuesto en el art. 324.3º LECrim la suspensión de los cómputos de los plazos de la instrucción. En efecto, el apartado tercero del art. 324 LECrim prevé la interrupción del cómputo de los plazos durante el tiempo en que las actuaciones estén declaradas secretas reanudándose el cómputo por el plazo que reste cuando se alce el secreto.

La Circular 5/2015 FGE, *sobre los plazos máximos de la fase de Instrucción* mantiene, en tanto no se consolide jurisprudencialmente otra interpretación, que el secreto ex lege derivado de la adopción y ejecución de tales medidas de investigación, también generará el efecto de suspender el cómputo de los plazos del art. 324, al compartir la misma naturaleza y concurrir idéntico fundamento.

7. Ámbito subjetivo de la medida: sujetos destinatarios y sujeto obligado

7.1 El investigado y la falta de su inicial identificación

Según la nueva regulación, tanto la solicitud de autorización judicial como la resolución han de precisar la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida (art. 588 bis b, 2, 3º y art. 588 bis c, 3, letra b), siempre que tales datos resulten conocidos. La falta de identificación del investigado en el momento inicial de resolver sobre la procedencia de la interceptación no será tacha de validez de la medida de injerencia. La ley no ofrece duda al respecto al exigir que consten en la solicitud y en la autorización los datos de identidad solo en el caso de que fueran conocidos.

Recoge así el precepto la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS 48/2013, de 23 de enero: “el hecho de que no se aporten otros datos de identidad no puede ser, en modo alguno, obstáculo para la legitimidad de la interceptación. La jurisprudencia constitucional ha ido más allá admitiendo incluso la validez de la medida en supuestos de falta de identificación, no ya del titular, sino incluso del usuario del terminal que luego resulta interceptado. Así lo ha hemos declarado en numerosas ocasiones (SSTS nº 712/2012, 26 de septiembre; nº 309/2010, 31 de marzo y nº 493/2011, 26 de mayo, entre otras)”.

En efecto, de la jurisprudencia constitucional 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 (STC nº 150/2006, de 22 de mayo). Por eso “el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas... no supone una indeterminación subjetiva que ponga en cuestión la legitimidad de la medida” (STC 35/2010, de 9 marzo). Estas 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. Doctrina que es asumida por las SSTS nº 712/2012, de 26 de septiembre, nº 751/2012, de 28 de septiembre, nº 493/2011, 26 de mayo y nº 309/2010, 31 de marzo.

Igualmente la jurisprudencia ha rechazado la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas respecto de personas cuya falta de participación en los hechos queda luego acreditada en el curso de las investigaciones afirmándose que “la legalidad constitucional del auto judicial habilitante no se encuentra comprometida por el hecho de que la persona sometida a la medida de intervención telefónica no fuera a la postre acusada ni condenada” (STS nº 64/2010 de 9 febrero).

7.2 Intervenciones de terminales de terceros y de la propia víctima

También admitió la jurisprudencia “la intervención del teléfono de persona no imputada, ni, en principio, objeto de sospecha de una intervención directa, cuando tal teléfono es el que utiliza o del que se sirve el sujeto sobre el que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos” (STS de 18 de marzo de 1994).

Acogiendo este criterio contempla con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica el art. 588 bis h) la posibilidad de afectación de terceras personas al decir que “podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas”. Y específicamente para la medida de intervención telefónica dispone el art.588 ter c) que “podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: 1º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o 2º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular”.

Difícil encaje en el concepto de tercero tiene el supuesto contemplado en el ordinal segundo del precepto transcrito cuando el titular de la línea intervenida colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad, pues concurriendo esos condicionantes adquirirá por sí mismo la condición de investigado o sospechoso o de partícipe aun cuando fuera a título lucrativo en el delito objeto de la medida, pero ya no como un tercero por completo ajeno a la investigación, que es el supuesto para el que parece está pensada la norma comentada.

Asimismo el párrafo 2º del art. 588 ter b) 1º dispone que “también podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad”. La STS nº 393/2015, de 12 junio contempló un caso en que la línea intervenida correspondía a persona no sospechosa sino víctima de los delitos investigados, lo que no supuso infracción de derecho fundamental alguno en este concreto supuesto, puesto que “la investigación comienza precisamente con la intervención de las comunicaciones telefónicas de la propia víctima, ya que ese era el camino más directo para intentar desvelar cuáles eran las verdaderas dimensiones de lo que en principio pareciera ser una simple agresión causante de unas lesiones de una gravedad relativa”.

En todo caso, presupuesto de aplicación del precepto es que no medie el consentimiento de la víctima, pues de contar con su anuencia no sería necesaria esa previa habilitación legal. Dudas de alcance de la medida se presenta por lo que hace a la extensión protectora limitada a los bienes jurídicos de la vida e integridad física que, en cuanto indisponibles para su titular, han de ser puestos en grave riesgo. ¿No cabría extenderla a la tutela de otros bienes diferentes, como, por ejemplo, la libertad personal para la investigación de un delito de detención ilegal?

Partiendo de esta finalidad de prevenir un riesgo surgen serias dudas en cuanto a la conciliación de la medida con las exigencias derivadas del principio de especialidad pues, como ya vimos, el nuevo art. 588 bis a) 2º prohíbe expresamente la autorización de “medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto (...) prevenir (...) delitos (...)”, siendo así que el objeto de la interceptación del teléfono de la víctima es, según se desprende de la redacción del precepto comentado, el de prevenir o evitar un riesgo para su vida o integridad física. Una recta interpretación de esta disposición obliga a convenir que en estos casos la finalidad de la adopción de la medida será proteger a la víctima de un riesgo que se detecta en el curso de la investigación de un delito ya iniciada⁷.

7.3 Identificación del titular del terminal

La previa identificación del titular de un número que luego resulta intervenido, no es indispensable para la legitimidad de la injerencia (SSTS nº 849/2013 de 12 noviembre, nº 493/2011, de 26 de mayo y nº 309/2010, de 31 de marzo). Tampoco que el terminal intervenido no sea de la titularidad del investigado. La STS nº 263/2015, de 4 mayo rechazó la vulneración del derecho en el caso de la intervención del móvil propiedad de un tercero pero con indicios suficientes para inferir que era usado por uno de los acusados.

Precisa el nuevo art. 588 ter b) 1º LECrim que “los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado”. La interceptación no se vincula, pues, a la titularidad del dispositivo sino a su utilización por quien recae la medida de injerencia.

Lo decisivo por tanto es la determinación de la persona que usa el teléfono, con independencia de que sea el titular formal de la línea. El criterio favorable a la posibilidad de que la persona investigada no sea la titular del terminal objeto de injerencia ha sido expresado en numerosos precedentes judiciales (SSTS nº 474/2012, 6 de junio, 23 de enero de 2013 y nº 242/2014 de 27

⁷ En este sentido, VALVERDE MEGÍAS. *Intervención de comunicaciones telemáticas y registro remoto*. Ponencia presentada en el curso de formación de la Carrera Fiscal “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” celebrado en el CEJ (Madrid) en abril de 2016, pág. 10.

marzo). Por ello, en todo caso, lo relevante es la determinación de la persona que utiliza el teléfono, siendo así que cabe la intervención del número utilizado por quien resulta sospechoso de la participación en el delito investigado, con independencia de que sea el titular formal de la línea.

7.4 Identificación de la unidad policial encargada de la intervención

Tanto la solicitud de autorización (art. 588 bis b, 2, 5º) como la resolución judicial que acuerde la práctica de la medida (art. 588 bis c, 3º d) han de precisar “la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención”. Dentro del concepto de Policía Judicial han de entenderse incluidos no solo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando desempeñen funciones de policía judicial de acuerdo con lo previsto en el art. 547 de la LOPJ sino también de los agentes de Vigilancia Aduanera que tienen la consideración de agentes facultados conforme al art. 6.2 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre en el desarrollo de sus competencias como policía judicial de acuerdo con el apartado 1 del art. 283 de la LECrim. Desde el Acuerdo Plenario de fecha 14 noviembre 2003 la Sala II del TS viene reconociendo al servicio de Vigilancia Aduanera funciones de Policía Judicial (cfr. SSTs 1426/2005, de 13 diciembre, 343/2007 de 20 abril y 664/2015 de 22 octubre, entre otras muchas).

Aunque también mencionados en el art. 6.2 c) como agentes facultados, el personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, no pueden entenderse incluidos en la expresión utilizada por el precepto de “unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención” a la vista de que sus funciones se cumplen en ámbitos distintos al proceso penal. Como expresa la STS nº 1094/2010 de 10 diciembre “las actividades de los agentes del CNI no están funcionalmente subordinadas al esclarecimiento de hechos aparentemente constitutivos de delito. Su cometido no es otro que facilitar al Gobierno «las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones» (art. 1 Ley 11/2002, 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia)”.

En todo caso, la STC nº 166/1999, de 27 de septiembre ya declaró que “a efectos de la determinación del alcance subjetivo de la medida, es suficiente que la autorización se efectúe para funcionarios del Grupo de Estupefacientes de la Policía Judicial, sin que sea necesario que se identifique por su número o nombre a quienes en particular habrán de llevarla a cabo”. En el mismo sentido, la STS de 24 de enero de 2005 reiteró que no es necesario identificar a los funcionarios policías que van a llevar a efecto la práctica de la diligencia, al decir que “en lo que se refiere a la identificación de quienes hayan de llevar a cabo la intervención, no es un requisito que figure en el art. 579 LECrim ni en el catálogo de exigencias constitucionales que debe observar la resolución judicial”.

7.5 El sujeto obligado a la ejecución de la medida

Expresamente se refiere ahora la nueva regulación como contenido de la solicitud de autorización judicial a la necesidad de concretar “el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse” (apartado 8º del art. 588 bis b 2 LECrim), previendo el art. 588 bis c) como contenido de la resolución judicial que acuerde la intervención la referencia al “sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia” (apartado 3º letra h).

Por sujeto obligado habrá de entenderse el proveedor o prestador de servicios de la sociedad de la información que a tenor de lo dispuesto en la definición contenida en el art. 2 b) de la Di-

rectiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 podrá ser “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”.

Finalmente, de forma expresa se refiere el art. 588 ter e) LECrim al deber de colaboración de los prestadores de servicios de la sociedad de información al decir que: “1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones. 2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades. 3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia”.

Extiende este precepto el círculo de posibles sujetos obligados al referirse, junto a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, a cualquier persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones, con la finalidad de “abarcar a los prestadores de redes que no llegaran a adquirir la condición de públicas pero también a particulares que de una forma u otra colaboran en estrategias que pretenden poner trabas al seguimiento de la trazabilidad de concretas comunicaciones, como sucede en concreto con las populares redes TOR”⁸.

8. Ámbito objetivo: delitos que pueden ser objeto de investigación a través de la intervención de las comunicaciones

8.1 La gravedad del delito como fuente legitimadora de la medida. El principio de proporcionalidad

Del principio de la proporcionalidad como requisito legitimador de la medida de injerencia, ahora expresamente recogido en el art. 588 bis a), 3º LECrim y desde antiguo exigido por la jurisprudencia, se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere también una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Por ello, “solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible” (STS nº 841/2014, de 9 diciembre).

A diferencia de otras legislaciones que establecen un listado de delitos para cuyo esclarecimiento está prevista la autorización de la interceptación de las comunicaciones, nuestro ordenamiento procesal hasta la reforma de 2015 ha guardado un silencio que fue interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir para la adopción de la medida que la investigación tuviera por objeto hechos delictivos graves. El art. 579 LECrim en su anterior redacción no especificaba los delitos susceptibles de ser investigados mediante esta diligencia y se refería solo a la necesidad de que “hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

En repetidas ocasiones la Sala II del TS declaró la conveniencia de que en la regulación normativa de esta materia largamente demandada se previera con claridad la clase de delitos que pudieran justificar la limitación del derecho fundamental, “bien estableciendo un catálogo seriado de delitos, bien atendiendo a la pena a imponer a los delitos susceptibles de ser investigados con este medio” (STS nº 746/2014, de 13 noviembre). En algunos casos incluso

⁸ RODRIGUEZ LAINZ, op.cit., pág. 123.

expresamente se refirió a la posibilidad de acudir por analogía para la delimitación del ámbito material de aplicación de la medida a los delitos reseñados en el art. 282 bis 4º previstos para la utilización de agentes encubiertos (STS nº 1022/2010 de 17 noviembre)⁹.

La ausencia de una concreción legal de los delitos susceptibles de ser investigados a través de la intervención de las comunicaciones obligó a la jurisprudencia a establecer casuísticamente, a la luz de la exigencia de la nota de la proporcionalidad, los hechos penalmente relevantes que por su trascendencia justificarían la restricción del derecho constitucional. Como premisa general, una doctrina reiterada del TS vino a establecer que “una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo puede encontrar su justificación, en el ámbito del proceso penal, cuando lo que se persiga sea un delito grave, en el bien entendido de que no sólo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social” (STS nº 740/2012, de 10 de octubre, por todas).

Así, fue admitido por la jurisprudencia sin dudas la concurrencia de la nota de proporcionalidad en los delitos de tráfico de drogas y en los cometidos por bandas armadas; pero también en los delitos violentos, entre ellos el robo con violencia en las personas (STS de 23 de noviembre de 1998). También se entendió que existe la necesaria proporcionalidad en los delitos relativos a la prostitución (STS de 3 de diciembre de 1993); así como en un delito de hurto en cantidad de especial y cualificada gravedad (100.000.000 de pesetas se afirmaba en el momento de solicitar de intervención telefónica) y continuado, con posible infidelidad de una parte de los empleados del almacén de la empresa denunciante (STC nº 126/2000, de 16 de mayo); así como “en un delito continuado de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, que debe ser calificado de grave y de importante trascendencia social y pública, cabiendo decir lo mismo respecto a los delitos de estafa y de cohecho” (STS de 7 de noviembre de 1997).

La intervención telefónica también se ha estimado proporcionada a la gravedad del delito de revelación de secretos “pues éste tiene como consecuencia la frustración de la actividad de seguridad pública del Estado” (STS de 12 de diciembre de 2000). La STS de 7 de diciembre de 2004 también estimó proporcional la intervención del teléfono móvil de un funcionario que vendía datos personales de ciudadanos al constituir una alteración en el funcionamiento de los órganos públicos que, independientemente de la entidad punitiva del hecho, debe ser considerada como grave a los efectos de estimar como proporcionada la decisión del juez. Igualmente el ATC 3/2007, de 15 enero estimó la proporcionalidad de la medida dada la gravedad de las conductas investigadas al tratarse de un delito de falsificación de documentos y de cobro de dinero por la legalización de ciudadanos extranjeros ilegales imputado a un policía. La STS de 2 de abril de 2009 estima que concurre este requisito en un delito de cohecho cometido por dos asesores fiscales por el intento de corromper a un Inspector de Hacienda para emitir un Acta de conformidad más favorable para sus clientes, pues “se trata de un delito cuya gravedad es incuestionable, porque no puede discutirse que la corrupción de funcionarios, cuya función consiste en asegurar la equitativa contribución fiscal, es de trascendencia incuestionable”. A la misma conclusión llegó la STC nº 104/2006, de 3 abril, tratándose de la investigación de hechos presuntamente constitutivos de delito contra la propiedad intelectual cometidos utilizando las tecnologías de la información tanto para la reproducción o grabación sin autorización de los discos compactos musicales como para la venta de estos y otros productos informáticos ofertados a través de una página web.

⁹ En el mismo sentido, SANCHEZ MELGAR. *La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su parte general*. Sepín, práctica penal nº 82; pág. 23.

8.2 La nueva regulación tras la reforma de la LO 13/2015: catálogo de delitos susceptibles de la medida

La LO 13/2015, de 5 de octubre acota el ámbito objetivo de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas aplicando el mismo criterio que el seguido para la medida de detención y apertura de la correspondencia, aunque se suman a la lista de delitos los cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

Ya claramente el art. 588 ter a) LECrim dispone que “la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.

Por tanto, tras la reforma de 2015, el ámbito objetivo de aplicación de la medida queda establecido para: 1º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3º Delitos de terrorismo (art. 579.1º LECrim) y 4º Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter a LECrim).

La reforma opta, como expresa la exposición de motivos de la LO 13/2015, frente a otros modelos comparados que acogen una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación, por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que se definen en el apartado 1 del art.579 y que servirán de referencia para fijar el ámbito de aplicación de otras medidas de investigación. El primero de ellos opera como una limitación genérica, de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión. Junto a este presupuesto se añaden otros dos de alcance cualitativo: que se esté en presencia de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, o que se trate de delitos de terrorismo. A éstos se suman los cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación. Se inclina así el legislador por un criterio delimitador del ámbito objetivo de la medida de carácter mixto: junto a una relación de delitos susceptibles de ser investigados por la intervención de las comunicaciones (terrorismo, criminalidad organizada y cometidos mediante instrumentos informáticos) acoge asimismo una formula amplia atendiendo a la naturaleza del delito -solo los dolosos-, y a la gravedad de la pena imponible -delitos castigados en abstracto con pena de prisión de al menos 3 años-.

Presupuesto necesario para acordar la medida es que el objeto de la interceptación telefónica o telemática sea la investigación de alguno de los delitos concretados en el art. 588 ter a) LECrim en relación con el art. 579.1º. Sin embargo, la presencia de alguna de estas tipicidades no será condición suficiente. No bastará que nos encontremos ante alguno de los expresados delitos para resolver en todo caso sobre la procedencia de la medida. Será además necesario que a la vista de las circunstancias del caso la justificación del sacrificio del derecho fundamental supere el juicio de proporcionalidad y necesidad. A partir de la descripción del hecho objeto de investigación que en todo caso ha de contener la solicitud de la intervención (art. 588 bs b, 2º), el juez habrá de examinar su acomodo típico en alguno de delitos referidos en los citados preceptos para a continuación tomando en consideración todas las circunstancias del caso valorar la proporcionalidad de su adopción o como ahora expresa el art. 588 bis a), 3º LECrim verificar que “el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”. Igualmente habrá de examinar la necesidad de la intromisión en el derecho fundamental, lo que ocurrirá

“cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida” (art. 588 bis a) 4º b).

La regulación exige en todo caso el control por parte del juez de la concurrencia de este presupuesto legitimador de la medida, en cuanto al delito a investigar, desde un principio, al disponer el art. 588 bis c), 3º, letra a) que “la resolución judicial que autorice la medida ha de concretar el hecho punible objeto de la investigación y su calificación jurídica”.

8.2.1 Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión

La formulación de este primer presupuesto excluye que puedan ser objeto de investigación a través de esta medida los delitos imprudentes y también los castigados con penas de multa o con penas de otra naturaleza no privativa de libertad. De esta forma, en cuanto a lo primero, se impediría la adopción de esta diligencia para investigar, por ejemplo, el posible tráfico de llamadas o de datos generados por un terminal durante la conducción por parte del conductor de un vehículo a quien se imputara un delito de homicidio imprudente, castigado con pena superior a tres años de prisión, siendo frecuentes en la práctica las solicitudes de esa información a la vista de la relevancia que para la calificación de la imprudencia pudiera tener esa conducta. En cuanto a lo segundo, la regulación excluye de su ámbito de aplicación la investigación de delitos que a pesar de estar castigados con pena no privativa de libertad, en atención a su trascendencia y repercusión social encajarían en el concepto de gravedad exigido como vimos por la jurisprudencia para la intromisión legítima en el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, ocurriría, por ejemplo, con el delito de prevaricación del art. 404 CP o con el delito de tráfico de influencias del art. 428 CP, ambos de especial e indudable relevancia social.

Contrariamente, este límite cuantitativo de la pena posibilita la interceptación de las comunicaciones para la investigación de un importante número de delitos menos graves, castigados con pena de hasta tres años de prisión (art. 33 CP). Esta circunstancia –como se ha apuntado¹⁰– obligaría en estos casos a observar un mayor rigor en el análisis de la concurrencia de los requisitos de la proporcionalidad y necesidad para la adopción de la medida de injerencia. Este límite punitivo no guarda simetría sin embargo con el régimen previsto en relación con el acceso a los datos externos generados por el proceso de comunicación para los que, aun suponiendo una menor intensidad en la intromisión en el derecho fundamental, el art 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre exige que el delito a investigar sea grave, definido en nuestro Código Penal (CP) como aquel que está castigado con penas graves (art. 13.1º CP), esto es, entre otras, con la de prisión de más de cinco años (art. 33.2º CP). No parece proporcional, como luego veremos, que para acceder al contenido de las conversaciones se exija mayor gravedad de la pena asociada al delito objeto de la medida que para conocer los datos que esa comunicación ha producido y que suponen una intromisión en la privacidad de bastante menor alcance.

8.2.2 Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal

El legislador acoge así el criterio jurisprudencial (STS nº 646/2014, 8 de octubre) que admitía la procedencia de este medio excepcional de investigación para los supuestos de delincuencia organizada, esencialmente en razón a la complejidad y opacidad en muchas ocasiones de los medios que suelen utilizarse por estos entramados delictivos para la consecución de sus fines ilícitos.

Presupuesto para la adopción de la medida será la acreditación indiciara de la existencia de un grupo u organización criminal en los términos que ahora, recogiendo precedentes jurispruden-

¹⁰ MARCHENA GÓMEZ, op.cit, pág. 218.

ciales, aparecen definidos, tras la reforma de la LO 5/2010, en los arts. 570 bis y 570 ter del CP. La comprobación posterior al avanzar la investigación de la inexistencia del grupo u organización inicialmente detectado no invalidaría lo hasta entonces obtenido por este medio pero haría decaer la posibilidad de prorrogar la medida e implicaría el cese de la intervención, salvo que encontrara el hecho cobertura en las previsiones del apartado 1º del art. 579,1º por tratarse de delitos dolosos castigados con pena de prisión de al menos tres años, lo que exigiría en todo caso una renovada motivación.

La expresa referencia recogida en este apartado permitirá la investigación de delitos cometidos en el seno de grupos y organizaciones criminales que sin embargo no superen el límite punitivo de, al menos, los tres años de prisión. Pero no autorizaría la injerencia para investigar la mera pertenencia, típica en sí, al grupo u organización por no respetarlo la literalidad del precepto comentado que se refiere exclusivamente a los delitos cometidos en su seno, esto es, cometidos por el grupo u organización criminal en el contexto de sus actividades. Ciertamente la mayoría de los supuestos de pertenencia caerían en el ámbito de aplicación de la medida en atención a las penas de prisión previstas para ellos en los citados preceptos punitivos, salvo los casos contemplados en el art. art. 570 ter b) y c), referidos a la finalidad de “cometer cualquier otro delito grave o cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves”. En todo caso, frecuentes serán los supuestos en los que no será fácil escindir la investigación de la mera pertenencia con la de los delitos cuya comisión es finalidad del grupo u organización criminal.

8.2.3 Delitos de terrorismo

Bastaría para incluir a estos delitos en el ámbito de aplicación de la medida invasiva en el derecho fundamental con la referencia a la exigencia prevista en el apartado 1º del art. 579,1º a la vista de las penas con que aquellos son castigados en los arts. 571 a 580 del CP reformados por la LO 2/2015. Su expreso acogimiento en la lista de delitos susceptibles de ser investigados a través la intervención de las comunicaciones desvela el propósito del legislador de recalcar la gravedad del fenómeno terrorista y sus perniciosos efectos en la convivencia democrática cuya persecución justifica la utilización de este medio excepcional de investigación.

En relación con investigaciones para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas prevé el art. 588 ter d), 3º LECrim, como excepción a la necesidad de resolución judicial previa, que en caso de urgencia, cuando existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida “podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida”.

Mayor rigor en la regulación de esta excepción a la judicialidad de la medida se observa en la nueva norma a la vista de la redacción anterior del art. 579 LECrim al exigirse ahora y a fin de reforzar su carácter excepcional que en la comunicación que se efectúe al juez tras la adopción de la intervención se expresen “las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado”.

8.2.4 Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación

Como ya vimos el TC en la sentencia antes citada nº 104/2006 de 3 abril justificó, en relación con delitos contra la propiedad intelectual, la procedencia de la injerencia para el esclarecimiento de delitos en los que para su comisión se hubieran utilizado medios tecnológicos pues el abuso de éstos facilita su perpetración y dificulta su persecución: “la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación

del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, pues no cabe duda de que la tecnología informática facilita la comisión de los delitos contra la propiedad intelectual, no sólo en cuanto a la grabación o reproducción no autorizada de los CD's, sino sobre todo en lo relativo a la distribución y venta de los productos sin autorización de los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual, de modo tal que el elevadísimo número de personas a quienes accede la publicidad contenida en la página web y su rápida difusión hace previsible, en el momento en que se adopta la medida, un hipotético perjuicio económico muy elevado”.

En todo caso, esta expresa inclusión en el catálogo legal de los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos autoriza extender la utilización de la medida a delitos castigados con penas de prisión inferior al límite de tres años contemplado en el apartado 1º del art. 579,1 LECrim, como lo sería, a título de ejemplo, cuando el delito objeto de investigación fuera el de difusión no autorizada, valiéndose de medios tecnológicos, de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento del art. 197.7 del CP (sexting) castigado con pena de prisión cuyo límite máximo es el de dos años. Sin embargo, conviene aquí reiterar que la concurrencia de un delito cometido a través de instrumentos informáticos o de la comunicación, no provocará automáticamente ni justificará por sí el recurso a la medida, debiendo la resolución habilitante ser especialmente cuidadosa y exigente en el juicio de proporcionalidad en los casos de una menor penalidad asociada al delito a investigar.

8.3 Los delitos leves como objeto de la interceptación

Uno de los temas más controvertidos en relación con el ámbito objetivo de las intervenciones telefónicas y telemáticas es el relativo a la posibilidad de la adopción de la medida para la investigación de los delitos leves a la vista de la nueva regulación introducida en la LECrim y de la última reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que reduce las infracciones penales a los delitos, al despenalizar las faltas, algunas de las cuales han pasado a ser delitos leves. ¿Sería factible, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones tratándose de delitos leves pero cometidos por un grupo u organización criminal? ¿Lo sería igualmente por la vía de los delitos cometidos a través de las tecnologías de la información? Sin duda, la redacción del precepto en los términos en que está redactado lo autoriza implícitamente¹¹. En efecto, no lo impediría su tenor literal que se limita a utilizar el término delitos sin añadir más exigencia en cuanto a su gravedad, pudiendo, por tanto, tratarse de delitos graves, menos graves o leves. Piénsese, por ejemplo, en delitos leves de estafa de cuantía inferior a 400 euros o de injurias o amenazas perpetrados a través de Internet¹². ¿Cabría acudir a este medio de investigación para su descubrimiento?

El principal obstáculo a la tesis afirmativa se encontraría sin duda en la exigencia general de la proporcionalidad de la medida prevista en el art. 588 bis a) que requiere para valorar el interés público en la ponderación de los intereses en conflicto atender a la gravedad del hecho, semánticamente opuesto a leve. Como vimos, la jurisprudencia expresamente excluyó la posibilidad de recurrir a la interceptación de las comunicaciones en caso de simples faltas (algunas transformadas ahora en delitos leves), en base a la exigencia de la necesidad de observar la proporcionalidad de la medida como fuente legitimadora.

Sin embargo, como también vimos, el secreto de las comunicaciones cubre, según una doctrina constitucional constante, no solo el contenido de lo comunicado sino igualmente lo datos

¹¹ En contra, RODRIGUEZ LAINZ, para quien “los delitos leves representan la última expresión del nivel represivo de nuestro ordenamiento punitivo y, como tales, aparte de ajenos a una fase previa de investigación, no pueden ser tenidos como motivo de interés público susceptible de hacerse prevalecer frente al interés de terceras personas de poderse verse afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales, y en concreto, el derecho al secreto de sus comunicaciones”, op. cit; pág. 94.

¹² Ejemplo utilizado por RIOS PINTADO en su razonamiento para concluir en sentido favorable a la posibilidad de la adopción de la diligencia invasiva en el derecho al secreto de las comunicaciones, pero limitada al acceso a los datos de tráfico y no a los contenidos propios de la comunicación. Op. cit, pág. 17.

externos generados durante el proceso de comunicación. Resulta evidente que el alcance de la intromisión en el derecho fundamental en uno y otro caso no sería la misma. Distinto grado de sacrificio en el derecho al secreto a las comunicaciones supondrá el acceso al contenido de las conversaciones que a los meros datos de tráfico generados en el curso de una comunicación ya concluida y que se encuentran almacenados en los servidores de las empresas operadoras.

Para sortear las exigencias de la proporcionalidad se abriría así la posibilidad de actuar una menor intensidad en la medida accediendo a esos datos externos al proceso de comunicación que permitirían, por ejemplo, conocer la identidad del autor o la identificación del terminal o del dominio utilizado. No lo impediría la proporcionalidad de una injerencia de tal alcance ni encontraría tampoco una barrera infranqueable en el requisito de que el delito a investigar sea grave previsto en el art. 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, en la interpretación acertada que de tal exigencia, como luego veremos, defiende la Circular 1/2013 de la FGE. Otro entendimiento en mi opinión podría dejar impunes estos delitos que cada vez con mayor frecuencia se cometen precisamente por medio de las nuevas tecnologías de la información y que solo pueden descubrirse a través de concretas medidas de investigación tecnológicas.

En todo caso, tratándose de la investigación de delitos leves, incluso el acceso a simples datos de tráfico exigirá un razonamiento más reforzado en el auto habilitante de la medida sobre los intereses en conflicto a fin de ajustarla al canon de la proporcionalidad. Especial significación cobrará aquí la referencia a los criterios que para el juicio de ponderación del interés público son ahora, tras la reforma, acogidos expresamente por el legislador, relativos a la trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción.

8.4 La extensión de la medida a delitos no incluidos en el catálogo legal: los hallazgos casuales y el principio de especialidad

La previsión de un listado de delitos que conforman el ámbito material de aplicación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas no deja de plantear dudas cuando en el curso de la ejecución de esta diligencia de investigación se tenga conocimiento de otro delito distinto para el que la medida no esté autorizada por no tener cabida en ninguno de los supuestos contemplados en los preceptos que venimos comentado. Nada se prevé en éstos en cuanto a la extensión de la medida respecto de los delitos conexos al que justificó la intervención y que no estén incluidos en el catálogo legal.

La nueva regulación del hallazgo casual contenida en el art.588 bis i) y el recurso a la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al principio de especialidad y estos descubrimientos casuales permiten dispar esas dudas. La doctrina de la Sala II del TS ha venido derivando del principio de especialidad, ahora expresamente recogido en el párrafo 2º del art. 588 bis a), la necesidad de solicitar al Juez la ampliación de la interceptación a otro delito del inicialmente investigado si así apareciese del resultado de la intervención (SSTS nº 841/2014, de 9 diciembre y nº 746/2014, de 13 noviembre). En este caso, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, si bien ello precisa de una renovada autorización judicial (SSTS nº 740/2012, de 10 de octubre y nº 291/2013, de 14 marzo). Esta doctrina ha tenido acogida en el art 579 bis 3º (al que se remite el art. 588 bis i) cuando dispone que “la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento”. Tanto el nuevo precepto como la jurisprudencia aludida están orientadas a los supuestos en los que el delito casual precisa para su esclarecimiento de continuar con la interceptación de las comunicaciones. De no ser necesaria la continuación de la medida será suficiente para la validez de la información obtenida con la referencia a la regularidad de la autorización judicial que fue inicialmente dictada,

siendo indiferente que el delito descubierto no esté incluido entre los que el legislador permite el sacrificio del derecho fundamental¹³.

A estos fines de ampliación de la investigación a otro delito distinto al que inicialmente justificó la adopción de la medida, se ha venido distinguiendo, como recuerda la Circular 1/2013 de la FGE, dos supuestos: a) cuando exista conexidad entre ambos, bastará una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica pudiendo proseguirse la investigación en la misma causa; b) si se trata de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior el juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque, de modo que siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.

Tras la nueva regulación derivada de la reforma de la LO 13/2015 el hallazgo en el curso de la ejecución de la medida de un delito distinto, que no guarde conexidad con el inicialmente investigado y que no tenga encaje en ninguno de los supuestos contemplados en el catálogo legal, impedirá, por falta del presupuesto habilitante, la continuación de la interceptación respecto de él, sin perjuicio de la validez de la información obtenida que justificará la deducción del oportuno testimonio para la continuación de la investigación en otro procedimiento distinto en el que ya no podrá utilizarse este medio excepcional de investigación. De tener el delito casual relación de conexidad con el que justificó inicialmente la adopción de la medida, aun cuando aquél no sea de los legalmente previstos, la prolongación del sacrificio del secreto de las comunicaciones exigirá de un pronunciamiento judicial expreso que deberá valorar especialmente la imposibilidad de haber sido incluido en la resolución primigenia¹⁴. Impone de esta manera el legislador al juez la obligación de verificar la observancia de principio de especialidad en la concesión de la autorización invasora del derecho fundamental a fin de impedir, como venía entendiendo la jurisprudencia, que pueda concederse para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales o para llevar a cabo intervenciones predelictuales o de prospección (SSTS nº 85/2011 de 7 de febrero, nº 334/2012 de 25 de abril y nº 85/2013 de 4 de febrero).

9. El acceso a los datos de tráfico generados durante el proceso de comunicación

En la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados puede resultar de una importancia decisiva. La digitalización genera datos almacenables que pueden encerrar información de alto interés para el proceso penal. El concepto de secreto incorporado al art. 18.3 CE, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma. La jurisprudencia constitucional ha venido insistiendo en que la protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar, ya sea la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los elementos externos del proceso de comunicación (cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 137/2002, de 3 de junio; 281/2006, 9 de octubre. También, SSTS 1231/2003, 25 de septiembre y 1219/2004, 10 de diciembre).

Todos estos datos electrónicos de tráfico o asociados que se generan como consecuencia del proceso de comunicación, aun cuando no afectan al contenido propiamente dicho de la con-

¹³ CAVERO FORRADELLAS. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la ley de enjuiciamiento criminal*. Ponencia presentada en el curso de formación de la Carrera Fiscal "La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas" celebrado en el CEJ (Madrid) en abril de 2016, pág. 52.

¹⁴ Como apunta SANCHEZ MELGAR, el juez "tendrá que llevar a cabo una comprobación acerca de si la Policía Judicial o el Fiscal que solicitaron la medida tendrían que haber previsto la posibilidad de la aparición de tal hallazgo, que no sería entonces casual, y por consiguiente denegarle tal carácter, o, por el contrario, entender que, vistas las circunstancias era imposible su previsión anticipada, y ha de otorgarse naturaleza de hallazgo casual". Op.cit., pág.31

versación, pueden ofrecer valiosa información para la investigación de hechos delictivos. Son datos, la mayor parte de ellos, que al mismo tiempo contienen informaciones personales que forman parte claramente del contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones y que no pueden ser relegados a la consideración de meros instrumentos o aspectos accesorios de carácter técnico del proceso de comunicación y sobre los que la resolución judicial habilitante ha de pronunciarse expresamente en cuanto a la oportunidad de su cesión.

Los datos que deben ser conservados por las operadoras y que pueden ser objeto de cesión a los agentes facultados se recogen en el art. 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones¹⁵ y en el art. 39 párrafos 5º, 6º y 7º de la Ley 9/2014, 9 de mayo General de Telecomunicaciones.

El problema está, como ya concluyó la STS nº 249/2008, de 20 de mayo “en determinar qué datos de los que afloran como consecuencia de una comunicación electrónica forman parte del contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y cuáles quedarían fuera de ese concepto y se aproximarían más en su naturaleza a la que sería predecible del derecho a la protección de datos o con otra terminología, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), con evidentes consecuencias en cuanto al régimen jurídico al que se encuentra sometida su restricción”.

En el mismo sentido concluye la Circular 1/2013 FGE al sostener que habrá que analizar “la funcionalidad de cada dato para ubicarlo bajo el manto protector del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), cada uno con su propio sustrato axiológico y, correlativamente, cada uno con una protección de intensidad variable”.

La reforma operada en la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007 e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados, siempre que se trate de datos vinculados a procesos de comunicación. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones.

El art. 588 ter b) LECrim introducido por la citada LO dispone que: “La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario.

A los efectos previstos en este art., se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así

¹⁵ Esta Ley tuvo por objeto la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. La citada Directiva ha sido declarada nula por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, dictada con fecha 8 de abril de 2014 a raíz de las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Tribunal Supremo de Irlanda y el Tribunal Constitucional austriaco al amparo del art. 267 del Tratado de la Unión al constatar en la regulación una insuficiencia de garantías encaminadas a una protección eficaz del derecho fundamental por desbordar especialmente las exigencias del principio de proporcionalidad.

La sentencia del Tribunal de Luxemburgo concluye en la invalidez de la Directiva al no establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. El impacto y alcance de dicha declaración sobre nuestra norma interna de desarrollo está por determinar y excede en mucho al ámbito de estas páginas. No obstante, nótese que el art. 42 de la nueva Ley General de Telecomunicaciones 9/2014, de 9 de mayo se remite en materia de conservación y cesión de datos de manera expresa a lo establecido en la Ley 25/2007 reafirmando así la vigencia de una regulación especialmente garantista tanto en cuanto a la exigencia de gravedad del delito investigado como en lo que hace al requisito en todo caso de la autorización judicial para la cesión de datos no previstos en la Directiva anulada.

como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”.

Y el art. 588 ter j) regula el acceso a los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios, al establecer que:

“1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión”.

Esta nueva regulación viene a suponer una excepción al régimen normativo contenido en el art. 6 de la Ley de 25/ 2007 donde la garantía de la previa autorización judicial rige sin excepciones para la cesión de los datos que han de ser de obligada conservación por las operadoras sin la añadida exigencia ahora contemplada de que se trate de datos vinculados a un proceso de comunicación. La yuxtaposición de normativas podrá plantear problemas de interpretación a la hora de concretar de entre los datos mencionados en el art. 3 de la citada Ley cuáles de ellos están vinculados a un proceso de comunicación y precisarán por tanto de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados y qué otros datos, al no estar asociados a ese proceso, estarán exentos de ese requisito. El criterio de distinción podría venir de la mano de la diferente naturaleza del dato en cuestión: dinámica o estática. Podrán entenderse como datos vinculados aquellos de carácter dinámico que son interceptados durante el proceso de comunicación que los está generando y desvinculados de ese proceso lo de naturaleza estática que se encuentran almacenados en las bases de datos de las operadoras de telefonía móvil una vez concluida la comunicación y que están obligados a conservar en cumplimiento de una obligación legal.

En todo caso, a la vista de la exposición de motivos de la LO 13/2015 y de la regulación contenida en el art. 588 ter m) se consideran expresamente datos desvinculados de los procesos de comunicación los concernientes a la identificación de la titularidad de un terminal o de los datos identificativos de cualquier medio de comunicación a los que podrán acceder directamente el Fiscal o la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones con un simple requerimiento a la entidad prestadora de servicios. A la vista de esta nueva previsión, podría así entenderse que todos los demás datos contemplados en el citado art. 3 de la Ley 25/2007, entre los que se encuentran la identificación del usuario y de los números de acceso de terminales o dispositivos de conectividad y que no han sido exceptuados expresamente del requisito de la previa autorización judicial continuarán sometidos a esa exigencia para su válida cesión a los agentes facultados, con independencia de que se pueda entender que tengan más o menos que ver con un proceso de comunicación y con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Nótese de todas formas que los reseñados en el citado art. 3 son datos generados en todo caso por un proceso de comunicación o relacionados con el mismo, al margen y con exclusión del contenido de lo comunicado. Y repárese además que según la propia exposición de motivos de la Ley 25/2007 los datos sobre los que pesa la obligación de conservación por las operadoras son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, por lo que todos los relacionados en el art. 3 de la Ley precisarán para su válida cesión a los agentes facultados de autorización judicial, pues por expresa disposición legal tiene esa condición de datos de tráfico, externos, asociados o relacionados con un proceso de comunicación, sin más excepción que la prevista ahora en el nuevo art. 588 ter m) LECrim.

En definitiva, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras impondrá de forma incuestionable, salvo la excepción referida, autorización del Juez de Instrucción que expresamente habrá de ponderar las razones que justifiquen la extensión de la medida de injerencia a esos otros datos. Debe en este punto recordarse que conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 “es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre”.

Sin embargo, y no obstante la previsión del art. 39,8º de la Ley 9/2014 y art. 7,2º de la Ley 25/2007 de facilitar al agente facultado, de entre los datos reseñados en las respectivas normas, sólo aquéllos que estén incluidos en la orden judicial de interceptación legal, buena parte de estos datos eran cedidos como consecuencia necesaria de esa orden de interceptación aun cuando no estuvieran especificados en ésta. Esto no era sino el resultado de una práctica judicial rutinaria que incluía en la autorización de la intervención telefónica una referencia genérica a los demás datos asociados a la comunicación que era objeto de interceptación y que llevaba a la cesión policial de todo un torrente de datos electrónicos incluidos en la regulación legal de incuestionable relación con el derecho fundamental y respecto de los cuales la orden habilitante no se había pronunciado.

La nueva regulación introducida por la Ley 13/2015 deja bien claro que el legislador quiere que el juez de instrucción concrete categóricamente los datos asociados que deben ser objeto de cesión por parte de las operadoras a los agentes facultados. Tanto la petición de éstos como la resolución judicial que la resuelva deberán indicar, de entre los datos mencionados en el art. 3 de la Ley 25/2007 o en el art. 39 de la Ley 9/2014, cuáles de ellos son de relieve para la investigación y tienen que ser objeto de cesión.

Por último, como vimos más arriba, la Ley 25/2007 en su art. 1 limita la posibilidad de cesión de los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación para la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Repárese en lo paradójico (cuando no absurdo) que resultaría con la nueva regulación a raíz de la reforma de la LECrim de 2015 que la posibilidad de acceso al contenido de lo comunicado tuviera como límite la investigación de delitos castigados con pena de prisión de al menos 3 años (art. 579.1) y se exigiera para acceder a los datos externos de tráfico o asociados generados por ese proceso de comunicación que el delito investigado estuviera castigado como delito grave con pena de prisión de más de 5 años (art. 33 CP) cuando, como vimos, el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones es de menor entidad.

Ya la Circular 1/2013 FGE defendió una interpretación superadora de la literalidad del precepto que de ser seguida supondría cortar de raíz la posibilidad de investigar conductas que, utilizando tecnologías de la información y la comunicación y teniendo gran trascendencia social, no alcanzan por la penalidad asignada el rango de delito grave.

La regulación de las medidas de investigación tecnológica y la protección de los derechos reconocidos en el art. 18 ce

Autor: M^a Ángeles Montes Álvaro
Fiscal del Tribunal Supremo

1. Introducción

El presente trabajo pretende analizar algunos de los aspectos que ha abordado la L.O 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En un primer momento, se pretendió abordar esta reforma, en el marco de un nuevo Código Procesal Penal, y aunque finalmente éste no llegó a ver la luz, sí puso de manifiesto que “la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 resulta tan obvia que el clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal, hace vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma”¹. Y en este mismo sentido, abandonada la tarea de abordar una reforma procesal de manera integral, esta L.O 13/2015, recogiendo aquel clamor, hace igualmente hincapié en la necesidad de dar respuesta a las deficiencias derivadas del paso del tiempo de las que la regulación existente no ha podido sustraerse². Analizaremos los Capítulos VI, VII, VIII y IX, del Título VIII, del Libro II de la citada Ley de ritos. Tales capítulos, integrados bajo el epígrafe común “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución” comprenden:

- *La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, Cap. VI, artículos 588 quater a) a 588 quater e);*
- *La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, Cap. VII, artículos 588 quinquies a) a 588 quinquies c);*
- *El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, Cap. VIII, artículos 588 sixies a) a 588 sixies c); y*
- *Los registros remotos sobre equipos informáticos, Cap. IX, artículos 588 septies a) a 588 septies c)*

2. Regulación de los medios de investigación a partir de las nuevas tecnologías

La LO 13/2015, ha supuesto la introducción en nuestra ley de ritos de una regulación largamente reclamada desde todos los ámbitos relacionados con la investigación de conductas que se

¹ Propuesta de Texto Articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Ministerio de Justicia-Secretaría Técnica.

² La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intrusiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal.

valen de la facilidad y el anonimato, que el uso de las nuevas tecnologías ofrecen, para cometer no solo algunas de las tradicionales infracciones delictivas sino también para crear otras nuevas. Ello ha requerido además el abordaje y tratamiento, a través de las correspondientes reformas sustantivas, de nuevos tipos penales y la adaptación de los ya existentes, a estas nuevas formas de delincuencia. Y de esta forma, al acometer la tarea de dar una regulación legal a la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la investigación criminal, ha respondido también a los requerimientos que desde el propio Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Derechos Humanos se venían haciendo, pues como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, *“solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal.*

Tradicionalmente, la interceptación de las comunicaciones telefónicas se constituyó en un método habitual de investigación criminal. Su habilitación legal se amparaba, en las previsiones, aunque deficientes, que la ley procesal contenía en su artículo 579. Y no era ajeno a la práctica procesal, que se pudieran acordar intervenciones de comunicaciones no telefónicas, al amparo del mismo precepto, en una interpretación analógica del mismo. Y es que no parece arbitrario que quien puede acordar legalmente una intervención de una conversación telefónica, no pueda hacerlo si no se utiliza un teléfono como mecanismo de transmisión. La STC 145/2014 puso fin a esta interpretación. El Tribunal Constitucional exige que la norma de aplicación justificativa de la injerencia prevea específicamente tal posibilidad. Solo desde esta premisa quedarían cubiertos los presupuestos de seguridad jurídica y certeza. Si a esta situación, unimos que en la actualidad, la revolución tecnológica ha supuesto una gran influencia en todos los aspectos de nuestra vida, habiendo llevado a la sociedad a una importante transformación, hasta el punto de hacerse indispensable la utilización de las nuevas tecnologías, concluiremos que el panorama al que tendríamos que enfrentarnos quienes de una manera u otra hemos hecho del mantenimiento del Estado de Derecho nuestro trabajo, se presentaba ciertamente desolador, pues, así como la utilización de las nuevas tecnologías ha influido positivamente, favoreciendo el desarrollo científico en áreas tan importantes como la medicina, la genética, la biotecnología...etc., y llevando a un clarísimo progreso económico y social, también han contribuido al desarrollo de una delincuencia más deslocalizada y con formas de actuación desconocidas e impensables hasta hace unos años. Se hacía, pues, absolutamente imprescindible, abordar legalmente los problemas que en el orden práctico venían poniéndose de manifiesto desde los diversos ámbitos jurídicos, constatando que la normativa vigente era ya totalmente incapaz de resolverlos con la debida solvencia. Las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado pretendían y necesitaban utilizar en sus investigaciones, estos nuevos avances tecnológicos, especialmente al abordar complejas formas de delincuencia, en las que, mediante su utilización, sus autores podían aumentar exponencialmente su desarrollo y resultados, al tiempo que obtenían mayores posibilidades de ocultación y en definitiva de impunidad. Había que dotar a los investigadores de medios que estuvieran a la altura de lo investigado y las soluciones legales que se les ofrecía para llevarlo a cabo no eran lo suficientemente ajustadas a los cánones constitucionales.

La L.O 13/2015 de 5 de octubre de modificación de la LECrim, aprovechó parte del trabajo que el Proyecto de Código Procesal Penal había realizado sobre el particular, y reconoce en su Exposición de Motivos, al igual que lo hacía también éste, las consecuencias a las que había abocado la situación anterior: Un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal³. La reforma, en todo caso, además de adaptar la legislación a nuevas formas de delincuencia, dota de reconocimiento legal a ciertas técnicas de investigación que no estaban expresamente previstas e introduce otras nuevas encaminadas todas ellas tanto a descubrir aquellas infrac-

³ *Exposición de Motivos de la L.O 13/2005 “por más meritorio que haya sido el esfuerzo de Jueces y Tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencia! de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales se han encargado de recordar”*

ciones penales cometidas a través de las nuevas tecnologías como a ofrecer unos resultados más fiables sin que ello suponga una arbitraria injerencia en los derechos constitucionales del investigado. Se trata, en definitiva, como señala la propia Exposición de Motivos de *“encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros”*.

El Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias (SSTC 61/1981, 86/1982, 183/1984, entre otras), ha afirmado que la reserva de ley no es una mera forma sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley y que aunque éstas serán distintas según el ámbito material de que se trate, el legislador debe hacer en todo caso el *«máximo esfuerzo posible»* para garantizar la seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, *«la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho»* Así y con relación al ámbito específico del secreto de las comunicaciones, diferentes resoluciones del T.C afirmaron que la injerencia estatal en tal derecho ha de estar presidida por el principio de legalidad y que tal principio requiere *«una ley de singular precisión»* (ente sentido la STC 49/1996, basándose en resoluciones anteriores).

La STC 85/1994, de 14 de marzo tuvo ocasión de examinar la constitucionalidad de la autorización judicial otorgada por un juzgado de instrucción en fecha 5 de agosto de 1987, para intervenir unas conversaciones telefónicas en el marco de una investigación criminal. Al margen de algunas de las cuestiones que se plantearon en el recurso en torno al tipo de resolución a través de la cual el juez de instrucción autorizó la medida, su motivación, o la inexistencia de disposición legal que pusiera límites al periodo por el que la misma se autorizó, lo que creo importante resaltar en este momento, es que la autorización se amparó directamente en el artículo 18.3 CE como norma habilitante. Tanto el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de enero de 1992, como el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional entendieron, a falta de disposición legal específica sobre la materia, que la habilitación mediante la norma constitucional era suficiente y adecuada. Ciertamente el Tribunal Constitucional concedió el amparo, pero éste se basó fundamentalmente en la inexistencia de motivación de la resolución autorizante⁴ y no entró a examinar si el contenido del art. 18.3 de la C.E, que desde luego no puede negarse que constituye norma habilitante de la injerencia llevada a cabo, cumple también las exigencias de certeza que debe sujetarse toda afectación de un derecho fundamental, o lo que es lo mismo, si es suficiente para valorar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador, como después analizaremos.

En sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional ahonda aún más en el examen de esta materia, elaborando una detalladísima doctrina sobre el artículo 18.3 CE y sobre si la injerencia sobre el derecho al secreto de las comunicaciones contenido en él, requiere, además, la existencia de una ley específica que defina con la suficiente claridad las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado, con el fin dotar a toda persona de una protección adecuada contra la arbitrariedad. En este sentido, mencionaremos las SSTC nº 49/1999 de 5 de abril (referidas a injerencias en el secreto de las comunicaciones que habrían tenido lugar entre diciembre de 1986 y abril de 1987), y la nº 169/2001, 16 de julio (referida a Autos de abril y mayo de 1999 y en este caso, respecto a la prohibición de abandonar el territorio español y la retirada

⁴ Para la Sentencia impugnada, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 16 de enero de 1992, no se ha producido dicha vulneración porque al tiempo de solicitarse y otorgarse la autorización (providencia de 5 de agosto de 1987) no se había modificado el art. 579 de la L.E.Crim. (L.O. 4/1988, de 25 de mayo) y, por tanto, no había más regulación positiva "que la que genéricamente aparecía en dicho art. 18.3, pues lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, sólo era aplicable a ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes". Concluye por ello la Sala en el fundamento de Derecho Tercero que estamos examinando, que al no haber "disposición alguna que pusiera límite a la vigencia en el tiempo de esta clase de autorizaciones judiciales, y como, por otro lado, tampoco ha de estimarse excesivo el tiempo transcurrido desde la providencia inicial hasta el cese de esta medida procesal (algo más de tres meses), entiende esta Sala que tal autorización fue válida y que bajo el amparo de la misma se produjo de modo lícito la actuación judicial en relación con la intervención del teléfono y la grabación de las cintas de autos." No puede considerarse ajustada a la Constitución la argumentación transcrita. Se omite en ella toda referencia a la carencia de motivación de la providencia que otorgó la autorización limitativa o excluyente, diríamos mejor, del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E.

del pasaporte) que no sólo examinan la cuestión, con iguales argumentos, sino que hacen, nuevamente, un expreso llamamiento al legislador para hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar tal seguridad jurídica o, en otras palabras, para garantizar *«la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho»* En ellas se pone de manifiesto que la literalidad del art. 18.3 CE puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución, en materia de intervenciones telefónicas, es la exigencia de autorización judicial, pero de un análisis más detenido de la cuestión se puede derivar que ello no es así, que por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal. Así, esta reserva de ley respecto de la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas desempeña una doble función: - por una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, - por otra, que en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos *«únicamente al imperio de la Ley»* constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Esta doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, una doble perspectiva de análisis. Desde el primer punto de vista, es decir, desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación, y desde esta perspectiva, los Jueces y Tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurran, además, los presupuestos materiales pertinentes, (motivación, necesidad, proporcionalidad), sin embargo desde las exigencias de certeza que debe presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art. 18.3 C.E., al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador (STC 131/1997).

En todo caso y con relación a la injerencia en el derecho que examinamos, la STS 49/1999 de 5 de abril, constatando que la misma habría tenido lugar entre diciembre de 1986 y abril de 1987, y por tanto con total ausencia de regulación específica habilitante, concluyó que la misma habría de considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 18.3 de la C.E. Pero a renglón seguido aclara y concreta el alcance de la estimación de tal vulneración, para concluir que *“sí, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Y por ello, para dar respuesta a la pretensión de amparo, pasa a analizarlas.*

Esta línea jurisprudencial del TC, compartida por las múltiples resoluciones de la Sala II del TS, se ha ido manteniendo a lo largo de los años, y ampliando con citas de sentencias posteriores tanto nacionales como del TEDH, dejando así constancia clara de la dejadez de los poderes públicos para abordar de una manera decidida las correspondientes reformas legislativas. Y en este sentido, la STS 487/2007, de 29 de mayo que resolvía un supuesto similar de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por insuficiencia de la norma legal habilitante, el art. 579 LECrim., fue aprovechada por el TS para dejar igualmente constancia de que su invocación *“permite reiterar una vez más el clamoroso ejemplo de mora legislatoris en que vienen incurriendo los poderes públicos encargados de promover los procesos legislativos. Ni las condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni las reiteradas admoniciones del Tribunal Constitucional llamando a poner término a esta singular forma de anomia, ni los es-*

fuerzas de la Sala Segunda por integrar las insuficiencias del actual art. 579 de la LECrim, han sido suficientes para superar el actual estado de cosas. También la Fiscalía General del Estado, en las Memorias correspondientes a los últimos años, ha incluido entre sus propuestas de reforma legislativa, la solicitud de una regulación más detallada del incompleto art. 579 de la LECrim, insistiendo en la inaplazable necesidad de abordar una reforma del vigente marco jurídico en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas”.

Por su parte, el TEDH, en las diferentes ocasiones en las que ha debido examinar injerencias en diferentes derechos fundamentales, se ha hecho eco de esta necesidad de habilitación legal. En lo que se refiere a España, y en el marco del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, pueden citarse las SSTEDH de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela contra España, y de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España, referidas ambas a intervenciones telefónicas adoptadas en el marco de una investigación criminal y en la que se plantearon entre otras infracciones, la posible vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar contenido en el art. 8 del CEDH. Lo destacado a los efectos que examinamos, es que ambas señalan que la injerencia sería contraria al artículo 8 del Convenio, salvo si existe previsión legal que lo autorice y se persiga alguno de los fines legítimos que se contiene en el párrafo segundo del referido artículo⁵. En el primero de ellos, asunto Valenzuela Contreras c. España (TEDH 1998\ 31), el Tribunal declaró la violación del artículo 8 del CEDH porque el Derecho Español, escrito y no escrito, no indicaba con la suficiente claridad, en el momento de los hechos, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado. Y en el caso Prado Bugallo c. España, a pesar de constatar la vigencia de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 que modificó el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que precisó, en sus apartados 2 y 3, las modalidades de control de la intervención de las conversaciones telefónicas, sin embargo, consideró también que las garantías introducidas no responden a todas las condiciones exigidas por su propia jurisprudencia, especialmente en las sentencias Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia, para evitar abusos. Reitera que tal vacío no se puede validar mediante aportes jurisprudenciales, *suponiendo que puedan llenar las lagunas de la Ley en el sentido formal*, y concluye que, en todo caso, habiéndose producido éste aporte con posterioridad a los autos del Juez Instructor ordenando la intervención de los teléfonos, la vulneración del art. 8 del CEDH se habría producido. En definitiva la referida sentencia insiste en la necesidad de previsión legal para el establecimiento de medidas limitativas de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En este estado de nuestra legislación, se dictó la STC 145/2014 de 22 de septiembre, que, a diferencia de pronunciamientos anteriores en los que el tema objeto de examen lo habían constituido autorizaciones de intervenciones telefónicas, en ésta el objeto de examen fue una autorización de intervención de comunicaciones no telefónicas. En ella se entra a examinar la autorización de instalación de artificios técnicos de escucha, grabación de sonido e imagen en los calabozos de una Comisaría de Policía destinada a ser ocupada por los detenidos en el curso de un procedimiento en marcha y con la finalidad de escuchar las conversaciones que pudieran tener entre ellos respecto del delito que se estaba investigando. El demandante de amparo, entre otras presuntas vulneraciones que no son del caso examinar en este momento, considera que se ha infringido su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) por haberse llevado a cabo sin habilitación legal alguna. Las resoluciones impugnadas, por su parte, estaban basadas en la cobertura ofrecida, tanto por normas penitenciarias como por el propio artículo 579.2 LECrim., analógicamente interpretado⁶. El TS había considerado que el acuerdo

⁵ Art.8 CEDH «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁶ “... no resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica, en cuanto que puede ser legítimamente intervenida por el Juez, que una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado, sobre todo si se tiene en cuenta que, para evitar que los imputados pudieran ver mermado su derecho de defensa y su derecho a no declarar contra sí mismos, se tomaron ciertas cautelas: no instalar los aparatos de escucha en el lugar donde aquéllos tuvieran acceso a la entre-

adoptado por el Instructor no cabía considerarlo arbitrario ya que, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y que se trataba de investigar un delito muy grave, la muerte violenta de una persona, la medida adoptada cumplía los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Además, hacía hincapié igualmente en el hecho de haberse adoptado las cauteles y garantías necesarias, para preservar los derechos de los detenidos previstos en el art. 520 LECrim. Y consecuentemente consideró que no se habría vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones. El TC por su parte, señala que tales conclusiones no pueden trasladarse a este recurso en cuanto *“no nos enfrentamos con la cobertura potencial del art. 579.2 LECrim ... la objeción reside,... en que abierta e inequívocamente la norma invocada no regula una intervención secreta de las comunicaciones directas en dependencias policiales entre detenidos. Disposición jurídica que es imprescindible, pues sólo con su fundamento puede existir imposición judicial de la medida en el caso concreto. En consecuencia,... la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de suplir los defectos de la ley, no puede ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no exista previsión legal alguna, o en el que, cuando menos, tal regulación no se corresponde con la que se identifica y cita en las resoluciones recurridas.*

En definitiva, teniendo en cuenta este panorama, las carencias de nuestras leyes procesales que indudablemente dificultan e impiden la persecución de graves formas de delincuencia y abandonado el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, no puede sino celebrarse la aprobación de la L.O 13/2015 que, al margen de dificultades de interpretación que, seguro, se presentan en su aplicación, y que habrán de resolverse mediante las correspondientes aportaciones jurisprudenciales, lo cierto es ha dado cobertura legal a la utilización de una serie de mecanismos de investigación absolutamente necesarios en el deficiente marco legal con el que contábamos.

Por lo demás, la L.O 13/2015 ha incorporado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un Capítulo IV destinado a recoger en los artículos 588 bis a) a 588 bis k), las disposiciones comunes aplicables a los capítulos posteriores, en las que se recogen todos aquellos principios que la Doctrina constitucional y del Tribunal Supremo había ido elaborando para dotar de legitimidad a la injerencia en el derecho fundamental y tanto respecto a los principios a las que debe sujetarse la medida como a los aspectos formales de la solicitud y de la resolución habilitante⁷ en el entendimiento de que todo derecho constitucional puede estar sometido a limitaciones por lo que se hace absolutamente imprescindible una profunda labor de ponderación para poder determinar, en cada caso concreto, qué derecho prevalecerá⁸. El art. 588 bis a. recoge los prin-

vista reservada con su Letrado, dado que podían revelar datos que quedan bajo la reserva del secreto profesional, y colocar los micrófonos por los técnicos de la policía judicial en presencia del Secretario Judicial. Enuncian también, en segundo lugar, un contraste entre los márgenes de actuación en el ámbito penitenciario y en las situaciones de detención ahora controvertidas, como luego se detallará.”

⁷ *Exposición de Motivos L.O 13/2015 Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia. Toda medida deberá responder al principio de especialidad. Ello exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, por todas la sentencia 253/2006, de 11 de septiembre. Las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.*

La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia. Las disposiciones comunes se extienden igualmente a las demás cuestiones de forma, tales como la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto, el cese de la medida o la destrucción de registros. Cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad.

⁸ *En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que... en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 2/1982 de 29 de enero F.J. 5º).*

cipios rectores a los que habrá de sujetarse la resolución judicial habilitante de la inherencia: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida que además y en cierta medida, van definiéndolos y concretándolos.

Así y conforme al *principio de especialidad* se exige que la medida esté relacionada con la investigación de un determinado delito, impidiendo que puedan autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. Se está prohibiendo la posibilidad de investigaciones prospectivas, de investigaciones policiales carentes de indicios fundados y suficientes que justifiquen la injerencia. El TC ha precisado, respecto de ellos, que son algo más que “*simples sospechas*” aunque los sean menos que “*indicios racionales*”. Además tales “*sospechas*” deben estar basadas en datos objetivos o, lo que es igual, deben ser accesibles a terceros, posibilitando de esta forma su control, y proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer un delito⁹.

Los indicios con los que cuenta la Policía Judicial deben trasladarse al órgano judicial debidamente detallados y argumentados en la solicitud de autorización de la injerencia para que, en base a ellos, la autoridad judicial pueda dictar la resolución autorizante, pues los “*déficits*” de información de la solicitud y/o la ambigüedad de los elementos indiciarios pueden llegar a dejar sin cobertura justificativa la resolución judicial que se haya dictado y en definitiva la prueba, en ocasiones única, en la que basar la acusación. Esta cuestión, qué duda cabe, es de trascendental importancia si partimos de la base de que en determinados procedimientos, el planteamiento de una cuestión de esta naturaleza se puede realizar, de hecho es habitual que suceda así, de forma preliminar, al inicio de las sesiones del juicio oral, y, no habiendo posibilidad de practicar prueba alguna en tal momento, el debate se limitará a las alegaciones que puedan hacer las partes, siendo además, plenamente adecuado desde el punto de vista procesal que el órgano de enjuiciamiento resuelva la cuestión, la validez de la medida y en definitiva la legalidad de la prueba, en ese mismo momento. En este sentido, la STS 106/2017 de 21 de febrero de 2017 realiza una interesante exposición sobre el momento elegido por la Audiencia para resolver la solicitud, planteada por la Defensa del acusado, de nulidad de unas intervenciones. La Audiencia Provincial adoptó su decisión con carácter previo y antes del desarrollo de la actividad probatoria en el plenario, y el TS respondiendo al recurso planteado por el Ministerio Fiscal sobre tal extremo, pone de manifiesto que, con la normativa existente, queda en manos del juzgador el resolver la cuestión planteada, tanto con carácter previo al inicio de la vista, como, posteriormente, defiriéndolo a la sentencia. En todo caso y en lo que en este momento interesa resaltar, viene a afirmar: *Los datos relevantes para la decisión sobre una intervención telefónica han de exteriorizarse y documentarse. No pueden completarse con otros que no pasan de conversaciones o comunicaciones, legítimas pero no formales, entre el Instructor y los agentes investigadores. Todo lo relevante para la intervención debe quedar plasmado en el oficio, en la causa (a través de una comparecencia en su caso en que consten las aclaraciones o datos complementarios alegados ante el Instructor) y en su caso en el auto (con las matizaciones derivadas de la posibilidad de heterointegración). Pero no cabe completar ex post la base indiciaria aduciendo que existían otros elementos que permanecieron ocultos frente a terceros, derivados de entrevistas entre los agentes y el instructor.* En definitiva y como ha expresado en reiteradas ocasiones el TS (por todas STS nº 157/2014 de 5 de Marzo

⁹ STS nº 145/2017 Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, «sospechas fundadas» en alguna clase de, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y 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. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010; y 26/2010).

de 2014) en la terminología del TEDH se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos *Lüdi* --5 de junio de 1997--, o *Klass* --6 de septiembre de 1998--."

Se refiere igualmente al *principio de idoneidad* en base al cual se concretará el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. Y a los *principios de excepcionalidad y necesidad* especificando que sólo podrá acordarse la medida, cuando no haya otros medios menos gravosos para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o bien cuando la medida facilite los fines de la investigación, que *el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida*, señala específicamente el precepto. Finalmente el *principio de proporcionalidad* se configura como un principio fundamental del Estado democrático de Derecho y rige con todo su vigor en el Derecho Penal, en cuanto la investigación de infracciones penales solo podrá ser suficiente razón para justificar la suspensión de un derecho fundamental cuando la investigación que se esté realizando recaiga en una infracción de especial gravedad. Por tanto, será necesario realizar una profunda labor de ponderación entre el sacrificio de los derechos e intereses que puedan resultar afectados por la medida y el beneficio público o para tercer que pueda derivarse para el interés público o particular. De tal forma que la medida podrá calificarse de proporcional si tal beneficio es superior al perjuicio causado. El precepto concreta el interés público en *la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho*".

Para finalizar este apartado, es preciso hacer referencia a la mención que se hace ente capítulo IV de Disposiciones Comunes a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso autorizante de la medida limitativa. Así, el art. 588 bis. c. señala que el Juez de instrucción autorizará o denegará la medida mediante auto motivado oído el Ministerio Fiscal. Se resuelve de esta manera la discusión que, en ciertos momentos, se produjo desde una interpretación rigurosamente formalista en torno a la preceptividad del informe del Fiscal para adoptar una medida de injerencia en los derechos fundamentales proclamados por el artículo 18 CE. Si bien es cierto que tal interpretación fue posteriormente modulándose tanto por parte del T.C (STC 25/2011), como del T.S (SSTS 138/2006, 1013/2007, 578/2009, 309/2010 o 385 y 694/2011), en la actualidad y mediante la referida reforma el legislador ha resuelto tal discusión previendo la audiencia del Ministerio Fiscal *excepto naturalmente en aquellos casos en que sea él mismo quien haya instado la diligencia de investigación limitativa de los derechos a que se refiere el Capítulo mencionado* (STS nº 272/2017 de fecha 18 de abril). En todo caso, pienso que la falta de audiencia del Ministerio Fiscal no provocaría la nulidad del auto autorizante de la injerencia por los mismos argumentos señalados en las anteriores resoluciones y en definitiva porque la validez del sacrificio de los derechos proclamados en el art.18 de la CE , en general, no se podrán en entredicho sólo por tal circunstancia.

3. Captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Esta materia, ha estado ausente de regulación en el proceso penal hasta la reforma de la L.O 13/2015. Por ello el legislador, consciente de la importancia y necesidad de la utilización de estos medios de investigación criminal, abordó la tarea de estudiar y establecer un procedimiento que permitiera su utilización si bien, y como a continuación expondremos, sujeto a una primera y fundamental exigencia: la autorización judicial habilitante en cuanto legitimadora de una injerencia que en el caso concreto va a afectar tanto al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones como a la intimidad personal, al domicilio e incluso a la propia imagen del investigado. Y del mismo modo se va a exigir que la resolución judicial respete los principios rectores que con carácter general ha establecido, como justificantes idóneos, en supuestos de esta naturaleza. Por lo demás, esta medida solo podrá acordarse para encuentros concretos

que vaya a mantener el investigado, y se deberá identificar con precisión el lugar o dependencia sometido a vigilancia. No se permiten autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales con carácter general o indiscriminado, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida¹⁰.

Para el tratamiento de esta materia, es obligada una expresa referencia a la STC 145/2014 que, entiendo supone uno de los antecedentes más inmediatos a nivel nacional de la referida reforma. Si dictó en el curso de un Recurso de Amparo promovido por el condenado frente a las Sentencias de la Sala II del TS y de la AP de Zaragoza que condenaron por sendos delitos de asesinato agravado, detención ilegal, robo con violencia e intimidación en las personas y tenencia ilícita de armas. La AP de Zaragoza, al referirse a las pruebas a partir de las cuales había llegado al pronunciamiento condenatorio, señala haberse apoyado, entre otras, en una *prolija investigación policial basada fundamentalmente en escuchas telefónicas y en la intervención de las conversaciones de los detenidos en los calabozos de las dependencias policiales en Valladolid*. Esta últimas se habían autorizado con la finalidad de conocer las conversaciones que pudieran tener lugar entre los detenidos durante el tiempo de su detención y que pudieran afectar a la muerte violenta de la persona a la que se refería la investigación judicial y, con tal motivo, el juzgado instructor autorizó la instalación de artificios técnicos de escucha y grabación de sonido e imagen. Discutiéndose la idoneidad y oportunidad del Auto habilitante, la AP declara *“...el auto en cuestión, correctamente fundamentado, tiene una lógica absoluta, pues independientemente de que las personas que iban a ser escuchadas estuvieran o no detenidas, sí las especifica con perfecta claridad, determina dónde no deben de colocarse las escuchas como es la habitación o dependencia donde el detenido deba entrevistarse con su abogado, y no tiene ningún sentido decretar esas escuchas a posteriori de la detención, con un cambio de calabozos que pueda dar lugar a sospechas y abortar así una prolija tarea de investigación*. Asume los argumentos del juez de instrucción con referencia a sentencias del TS en relación al criterio de proporcionalidad y adecuada motivación, para señalar *que si puede intervenir una conversación telefónica de una persona en situación de libertad, incluso no imputada, no menos podrá hacerse ello en relación a personas privadas de libertad e imputadas por delito cuya gravedad justifica tal intervención, máxime cuando la misma hace referencia expresamente a la muerte violenta de Alberto...*” Y, tras reconocer que el Auto dictado por el instructor se fundó en la necesidad social imperiosa y particularmente proporcionada al fin legítimo perseguido, la muerte violenta de una persona, y además se establecieron las cautelas y garantías pertinentes en cuanto se excluía su instalación de aquellos lugares en los que se debían producir las entrevistas con sus abogados, concluye afirmando que la intervención de tales conversaciones fue *plenamente acorde tanto a la legalidad vigente como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (recordando a este respecto la sentencia dictada por éste en fecha de 24 de marzo de 1988 (Caso Olson).

Recurrida en Casación, el TS reitera aquellos argumentos y afirma que el Auto habilitante está amparado por el artículo 579.2 de la LECrim., que, recordemos, hasta el 6 de diciembre de 2015, en la que entró en vigor la reforma operada por la L.O.13/2015, establecía específicamente que *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*. Se refería este precepto a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, no obstante y aplicando su propia doc-

¹⁰ *Exposición de Motivos de la L.O 13/2015 La experiencia demuestra que, en la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal y cuyo alcance se aborda con sujeción a dos ideas clave. La primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida. Esta medida solo podrá acordarse para encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. Por tanto, no caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminado y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del artículo 588 quater c.*

trina – específicamente la derivada de la S^a de 10 de febrero de 1998 y, por analogía, la correspondiente a supuestos de captación de imágenes por parte de la policía y que se consideran pruebas válidas aun sin autorización judicial cuando se realizaran en lugares abiertos (SSTS 23.9.99 y 27.9.2002 entre otras)-, viene a admitir también la legalidad de la resolución judicial habilitante por ajustarse a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Valora igualmente la gravedad del hecho investigado, la existencia de indicios serios y objetivos sobre las personas afectadas por la medida y hace hincapié, también, en las limitaciones y garantías establecidas por la propia resolución judicial precisamente para evitar que los imputados pudieran ver mermado su derecho de defensa y su derecho a no declarar contra sí mismos, al haberse establecido por el referido Auto que no se podrían instalar los aparatos de escucha en el lugar donde aquéllos fueran a tener acceso a la entrevista reservada con su letrado para evitar el conocimiento de hechos y circunstancias que pudieran quedar bajo la reserva del secreto profesional.

Por su parte el TC, se pronuncia sobre la cuestión haciendo hincapié en dos aspectos fundamentales: a) la insuficiente habilitación legislativa o carencia de cobertura legal para su adopción; y b) la necesidad de garantizar la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias. Señala, como hemos expresado con anterioridad, al respecto del artículo 18.3 CE que *“aunque la literalidad de dicho precepto («se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial») puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto lo contrario, ya que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa, además, una habilitación legal. Esa misma jurisprudencia dispone que la reserva de ley constituye «el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas», lo que «implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero que en todo caso determinan que «el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica», esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» y profundizando en esa exigencia sostiene, en relación a la calidad de la ley habilitadora de las injerencias y las características exigidas para el cumplimiento de la seguridad jurídica, que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad». Esta reserva de ley desempeña una doble función pues “de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, adicionalmente, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas (STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 6). A partir de estas premisas y en relación con el secreto de las comunicaciones (entonces telefónicas), la STC 49/1999 ya puso de manifiesto que la Constitución autoriza a los Jueces y Tribunales a acordar esas intervenciones cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes, pero al mismo tiempo, se requiere que tal injerencia se halle fundamentada en una ley que exprese todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, lo que requiere en este caso «una ley de singular precisión». Es decir, la resolución a la que se refiere el art. 18.3 CE no es por sí sola el presupuesto habilitante de la injerencia pues resulta insuficiente para poder determinar si la decisión judicial en cuyo precepto pretende ampararse es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador. Y a la misma conclusión le lleva el examen de la normativa penitenciaria a la que se refieren también los pronunciamientos impugnados: el art. 51 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y los arts. 46 y 47 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real De-*

creto 190/1996, de 9 de febrero, que establecen la posibilidad de que las comunicaciones orales y escritas sean intervenidas motivadamente por el director del establecimiento penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Para la sentencia casacional, éstos reforzarían la tesis de la capacidad de intervención del Juez de Instrucción en este tipo de supuestos. Sin embargo, para el TC resulta patente que los preceptos citados no rigen en un marco extrapenitenciario, ni están pensados para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza. Y, específica, que el art. 25.2 de la CE, según el cual *el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*, es muestra definitiva de ello en cuanto incorpora una cláusula de garantía que, si bien permite preservar el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del Título I CE, en el ámbito de la especial relación de sujeción que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria, lo hace con unas modulaciones y matices que expresamente precisa el precepto constitucional y por tanto esa suerte de analogía, a la que alude la resolución judicial recurrida, no puede ser compartida (STC 128/2013, de 3 de junio). Las disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa o aquéllas que habilitan a los órganos judiciales para adoptar la medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes, no representan cobertura legal específica de una medida restrictiva de derechos fundamentales (STC 169/2001). Por lo tanto, la normativa penitenciaria tampoco ampara la posibilidad de interceptación de comunicaciones distintas a las expresamente contempladas en su regulación jurídica. En base a ello y con apoyo, además, en las bases asentadas por SSTEDH de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela contra España, y de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España, concluye afirmando que ni el art. 579.2 LECrim., que adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, (por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH), ni tampoco la normativa penitenciaria aludida, habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales. No estamos, señala la sentencia, ante un defecto por insuficiencia de la ley, ni ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino ante una ausencia total y completa de ley. Y es que el art. 579.2 LECrim se refiere de *manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención, como las que aquí resultan controvertidas; ámbito que por su particularidad debe venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida autonomía y singularidad normativa. Y en consecuencia, la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de suplir los defectos de la ley, no puede ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no exista previsión legal alguna, o en el que, cuando menos, tal regulación no se corresponda con la que se identifica y cita en las resoluciones recurridas. Así, al no ser el art. 579.2 LECrim la disposición jurídica a considerar, no puede otorgar tampoco esa norma garantía alguna frente a posibles abusos, ni aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad* Las personas afectadas, sigue señalando el fallo del Constitucional *no podían prever la situación que ahora se denuncia, lo que excluye otros debates (suficiencia de la norma legal o proporcionalidad de la medida judicial) que sólo proceden una vez cumplida esa primera garantía o premisa de la secuencia. Y es que los avales mínimos que se han venido reclamando cuando de calidad de la ley hablamos (en concreto de su previsibilidad), quiebran en mayor medida si ni siquiera se ha procedido a la intervención del legislador. No olvidemos que el propio Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida recuerda como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, en los casos Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia, Sentencias de 24 de abril de 1990, que la puesta en práctica de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al control de las personas afectadas o del público en general, de modo que, por esa razón, sería contrario a la norma de Derecho que la discrecio-*

validad legal concedida al Ejecutivo o a un Juez se expresara en términos de poder sin límites. La ley debe indicar el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio, con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria. De esas Sentencias se desprende, que la intervención decretada por las autoridades debe estar basada en la legislación aplicable del Estado en cuestión; legislación que ha de poseer las cualidades de disponibilidad y previsibilidad para las personas destinatarias, de forma que “si la ley existente queda condicionada en su validez a la satisfacción de dichos términos, en ausencia plena de regulación normativa es de todo punto inviable el más lejano aseguramiento de esas garantías básicas. En su consecuencia, las grabaciones en dependencias policiales realizadas en la forma señalada resultaron contrarias al art. 18.3 CE deviniendo nula la prueba obtenida por ese cauce para todos aquellos que resultaron perjudicados penalmente por ellas.

La L.O 13/2015 introdujo la regulación de la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos en los artículos 588 quarter a) a 588 quarter e). Lo primero que debemos destacar es que este primer artículo, el 588 quarter a), está específicamente dedicado a la captación y grabación de comunicaciones orales directas y solo a ellas, de forma que si fuera necesario también la captación y grabación de imágenes, la autorización judicial habilitante habrá de extenderse a tal objetivo (588 quater a. 3). Y por tanto, la policía actuante deberá solicitarlo del juez instructor, bien desde el inicio de la investigación o con posterioridad, dependiendo del resultado que se vaya derivando de la misma y requerirá, por parte del juez instructor la realización del mismo juicio valorativo que el que tuvo que desarrollar para la adopción de la grabación de la comunicación oral directa.

Por otro lado, el referido artículo 588 quater.a., al establecer que *podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos*, nos está indicando, ya desde el inicio, que en estos supuestos de captación y grabación de las comunicaciones orales directas, siempre será necesario la autorización judicial habilitante. El precepto no prevé, como si lo hace en otros supuestos, - art.588 ter d., art.588 quinqués b y art 588 sexies c,- la posibilidad de que la Policía judicial actuante pueda llevarlas a cabo por propia iniciativa cuando considere que existen razones de urgencia para ello.

Tampoco establece distinción alguna respecto del lugar en el que se pretenda captar y grabar la comunicación oral, previendo igual necesidad de habilitación judicial tanto si aquella ha de llevarse a cabo en lugar cerrado, cualquiera que sea éste y por supuesto si lo fuera en el domicilio de la persona investigada, como si lo fuera en la vía pública o cualquier otro espacio público. Y en este sentido, prevé que los dispositivos a través de los cuales se vaya a proceder a la misma puedan colocarse tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. Por ello, y siendo necesario lógicamente el acceso a tales lugares, la norma exige que la resolución habilitante extienda su motivación a la procedencia del acceso a los mismos (588 quater a 2).

La resolución habilitante tendrá que examinar, además, la concurrencia de los presupuestos que la propia LO ha previsto como necesarios para soportar la limitación del derecho:

- que la utilización de los dispositivos esté vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación; conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, que supone un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC entre otras 239/2006; y 253/2006);
- que se trate de determinadas infracciones penales: Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo;
- y, finalmente, que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor. (Artículo 588 quater b).

Como puede apreciarse, y al igual que lo hacía el Proyecto de Código Procesal Penal (aunque éste de manera expresa), se impide la posibilidad de que pueda adoptarse este tipo de medidas y las que referiré a continuación, con fines prospectivos, recogiendo así el criterio jurisprudencial que ya venía prohibiéndolos, de forma que solo podrán autorizarse cuando exista una fundada vinculación con la investigación y posibilidad de que los encuentros del investigado con otras personas lleguen a producirse¹¹. Y en relación a los delitos que señala, la reforma se aparta de las previsiones contenidas tanto en el Proyecto de Código Procesal Penal como en el Anteproyecto de Reforma de la LECrim. En el primero se preveía, además de los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión y los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación que no se prevén en la actualidad y no hacía referencia a los delitos de terrorismo. Y el Anteproyecto de reforma de la LECrim recogía los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, los delitos de terrorismo, y los delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.

En definitiva, considero que la fórmula adoptada por el legislador en este aspecto fija un mejor criterio de determinación de conductas ya que toma en consideración por un lado la gravedad en si misma de las penas previstas para las infracciones penales cualesquiera que sean éstas y por otro la gravedad intrínseca del hecho al ser realizado por motivos o fines terroristas o en el seno de una organización o grupo criminal cualquiera que sea la cuantía de la pena prevista para sancionarlos.

Se prevé igualmente que, como toda resolución habilitante de esta naturaleza, cumpla los requisitos establecidos con carácter general en las disposiciones comunes del capítulo IV (art. 588 bis c), en cuanto a la forma que ha de adoptar, pero específica que en ella se deberá hacer expresa referencia al lugar o dependencia que va resultar afectado por la medida y a los encuentros que se prevea vaya a realizar el investigado. Como puede apreciarse, nuevamente se vuelve a dar carta de naturaleza a los requisitos que la jurisprudencia venía detallando en cuanto al contenido que debe cumplimentar una resolución de esta naturaleza. Por supuesto, con las especificaciones que sean necesarias en función del tipo de medida que se adopte.

Así pues y de conformidad con el referido art. 588 bis c. 3, el Auto autorizante deberá expresar al menos:

- El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, expresando así mismo los indicios en los que funde, que como señalábamos y ahora se especifica en el texto, deberán ser *racionales*;
- la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido;
- su extensión, motivándolo en función de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad;
- la identificación de la unidad policial al cargo de ella;
- su duración,

¹¹ STS 145/2017 de 8 de marzo "Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, «sospechas fundadas» en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y 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. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010; y 26/2010)".

- la forma y periodicidad en la que se llevaran los correspondientes controles policiales; -su finalidad y
- en su caso, el sujeto que llevara a cabo la medida adoptada con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

En todo caso, esta específica regulación del contenido del Auto judicial habilitante no impedirá que el mismo pueda realizarse mediante remisión al oficio policial, siempre y cuando el mismo, claro está, concrete las circunstancias anteriores. Esta posibilidad ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones tanto por el TS como por el TC al examinar el canon de constitucionalidad de la motivación de la resolución. Y en este sentido conviene recordar nuevamente la STC 145/2014 de 22 de septiembre, entre otras, que sobre este particular expresaba: *“Como es sabido, lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifican la intervención telefónica sea exteriorizada directamente en la resolución judicial. Sin embargo, esa premisa no impide que dicha intervención, según una consolidada doctrina de este Tribunal, cumpla el canon de motivación suficiente si, una vez integrada con la solicitud policial a la que venga a remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la medida (por todas, STC 25/2011, de 14 de marzo, FJ 2, y las allí citadas)”* Más recientemente la STS nº 82/2017 de 13 de febrero, reiteraba que *lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, pero ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, el informe del Ministerio Fiscal, o las diligencias obrantes en las actuaciones a las que se remita de forma específica, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva.*

Por lo tanto, si los indicios cumplen los requisitos de ser accesibles a terceros, en el sentido de no incorporar una simple sospecha policial de la/s persona/s sobre las que va a recaer la medida, sino que incorporan una investigación apoyada en datos concretos, minuciosos, coherentes y verosímiles, y proporcionan una base real ajena a cualquier valoración personal de la que se puede inferir racionalmente que se ha cometido un hecho delictivo grave, el auto del Instructor debe considerarse suficientemente motivado. Y lo mismo cabe señalar respecto de las prórrogas que se hayan podido decretar si se apoyan en la necesidad de mantener la intervención, en función de los indicios ya reseñados en el Auto inicial. Lo que quizás podría plantearse es si una vez cesada la medida adoptada, se puede reiterar la misma a través de un nuevo oficio policial y adoptarla por remisión a la anterior o anteriores resoluciones judiciales, e incluso, oficios policiales. En mi opinión no habría ningún problema siempre y cuando se cumplan los requisitos que venimos especificando. Por lo tanto habrá que examinarse caso por caso, si los oficios y/o resoluciones anteriores, ya cesadas, contienen elementos que puedan tomarse como base para acordar nuevamente la medida, incorporando lógicamente, las nuevas circunstancias que puedan concurrir.

Cabe precisar que, en el supuesto que examinamos, el legislador no ha regulado en este capítulo una concreta duración de la medida, como sí lo ha hecho respecto de otras. Así, el art.588 quinques c) al regular la *“Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización”* o el art. 588 septies, en lo referente a los *“Registros remotos sobre equipos informáticos”*, pero ello no significa, obviamente, que ésta no deba establecerse ya desde el primer Auto habilitante. Las disposiciones comunes así lo establecen, señalando que la duración de la medida debe formar parte tanto de la solicitud como de la resolución que la autorice (art. 588 bis b 2. 7º y 588 bis c. 3 e) respectivamente). Y por supuesto no podrá exceder del tiempo que resulte imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, se prevé la forma de llevar a cabo el control de la medida en el artículo 588 quarter d) que, a su vez, se remite al 588 bis g), y el cese de la misma, que tendrá lugar cuando des-

aparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada. Su regulación se realiza mediante remisión a las disposiciones comunes (artículo 588 bis j), especificando que una vez adoptada esta decisión, será necesaria una nueva autorización judicial para que puedan llevarse a cabo otras grabaciones de conversaciones del investigado o captación de imágenes en otros encuentros que pueda tener (artículo 588 quarter e).

La presente LO, a diferencia de las previsiones de su Anteproyecto (art. 588 ter e) y ss), e incluso del Proyecto de Código Procesal Penal (art.323) no regula específicamente en este capítulo la intervención de un agente encubierto especialmente autorizado para ello. No obstante, su posibilidad si está expresamente recogida como medio de investigación de la Policía Judicial en el artículo 282 bis de la LECRim que lo prevé cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, es decir de actividades cometidas por tres o más personas que se asocian para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que pasa a enumerar a continuación y entre los que recoge una pluralidad de infracciones penales.

En su consecuencia se podrá autorizar la captación y grabación de comunicaciones orales, en la forma que venimos señalando, a través de la intervención de un agente encubierto debidamente autorizado por el órgano judicial correspondiente, cuando tal investigación afecte a los delitos a los que se refiere el artículo 588 quater b) 2, siempre que se estén cometiendo o hayan cometido por parte de un grupo de tres o más personas que se asocian en la forma y con la finalidad anteriormente mencionada. El nº 7 del citado artículo 282 bis LECrim establece a estos efectos que el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de conversaciones entre el agente y el investigado aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

En cualquier caso, no está de más recordar, en este momento, que la medida, no podrá afectar a las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado, las cuales tendrán carácter confidencial salvo cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, y ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria. De forma que si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las medidas anteriores, el juez instructor deberá ordenar su eliminación dejando constancia de estas circunstancias de las actuaciones (art. 118.4 de la LECRim. Es de interés tomar en consideración las argumentaciones que realiza la STS nº 79/2012, de 9 de febrero en la que se condena a un magistrado titular de un juzgado de instrucción por autorizar precisamente, en la causa que estaba investigando, la escucha y grabación de las comunicaciones reservadas que mantuvieron los imputados con sus letrados defensores en los locutorios del centro penitenciario donde se encontraban en situación de prisión provisional, a pesar de no contar con dato alguno que pudiera indicar mínimamente, que tales letrados participaran de la actividad delictiva de sus clientes. La conducta del magistrado era sancionable en cuanto adoptó la medida basándose solamente en los indicios de criminalidad contra los investigados y sin considerar que tales indicios debían recaer también sobre los letrados.

4. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización

La captación de imágenes mediante la instalación y el uso de videocámaras de seguridad por parte de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tomó carta de naturaleza por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 4/1997 de 4 de agosto por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, completada posteriormente por el RD 596/1999, de 16 de abril que aprueba el Reglamento de

desarrollo y ejecución. Tal posibilidad se fundamenta en el artículo 104.1CE que afirma la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como protectores del libre ejercicio de los derechos y libertades y como garantes de la seguridad ciudadana. Su objeto es la utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de videocámaras o de cualquier sistema que permita las grabaciones de imágenes y sonidos previstas en la misma con la finalidad de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos y la prevención de delitos e infracciones relacionados con la seguridad pública. Pero al mismo tiempo establece un sistema de garantías para los ciudadanos por cuanto además de establecer de que tal medida habrá de ser tomada respetando el principio de proporcionalidad y constatarse la existencia de un riesgo razonable cuando se trate de cámaras fijas o un peligro concreto cuando se trate de móviles, impide que puedan utilizarse para tomar imágenes o sonidos tanto del interior de las viviendas y de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, como de lugares públicos, abiertos o cerrados cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas¹².

La regulación que de este medio de investigación realiza la L.O 13/2015, supone la introducción en la ley procesal penal de una mecánica que, por tanto, no era inhabitual en la investigación de ciertos delitos por la Policía Judicial y que, desde luego, supone un importante medio de prueba para la acreditación de los mismos. Está regulado en el Cap. VII comprendiendo los artículos 588 quinquies a) a 588 quinquies c) y prevé dos medios de investigación bien diferenciados: - *La captación de imágenes en lugares o espacios públicos* (artículo 588 quinquies a) y - *La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización* (artículo 588 quinquies b).

A priori podemos afirmar siguiendo el Informe de Consejo Fiscal sobre el particular, que la previsión que se ha realizado sobre tales medios no entra en colisión ni con el art.18 apartados 1º, 2º y 4º CE, ni con la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen ni con la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Sigue, además, de alguna forma, las previsiones del Anteproyecto de Ley sobre la materia, pero se aparta de las previsiones contenidas en el Proyecto de Código Procesal Penal que incluía junto a los anteriores medios de investigación y en este mismo capítulo, la posibilidad de realizar vigilancias policiales sistemáticas sobre el sospechoso con la autorización del Ministerio Fiscal (recordemos que en este proyecto se atribuía la investigación criminal al Ministerio Fiscal) quien ponderaría las razones de utilidad e idoneidad de la misma y siempre que tales vigilancias tuvieran una duración no interrumpida superior a treinta y seis horas, o se desarrollaran durante más de cinco días no consecutivos en el período de un mes. Además preveía igualmente una duración máxima de tal medida, de 6 meses, susceptible ser prorrogada por otros tres motivando suficientemente su necesidad. (art.329)¹³ La

¹² L.O 4/1997 art.1. *1. La presente Ley regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública. Asimismo, esta norma establece específicamente el régimen de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que habrá de respetarse ineludiblemente en las sucesivas fases de autorización, grabación y uso de las imágenes y sonidos obtenidos conjuntamente por las videocámaras. 2. Las referencias contenidas en esta Ley a videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles se entenderán hechas a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esta Ley. Art.6 1. La utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima. 2. La idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. 3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas. 4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles. 5. No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.*

¹³ Art.329 APCPP *Vigilancias policiales sistemáticas 1.- La realización de vigilancias policiales sistemáticas del sospechoso que tengan una duración no interrumpida superior a treinta y seis horas, o que se desarrollen durante más de cinco días no consecutivos en el período de un mes, deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal. 2.- Para su autorización el Ministerio Fiscal habrá*

actual regulación, trata de impedir la consolidación de un modelo en el que junto a las investigaciones oficiales se puedan desarrollar investigaciones paralelas ausentes de todo control.

4.1. Captación de imágenes en lugares o espacios públicos

El actual artículo 588 quinquies a. LECrim regula este medio de investigación, estableciendo una serie de requisitos para que la captación que se haga de las imágenes de una persona se adecue a la legalidad. En este sentido hay que señalar en primer lugar que la actuación ha de realizarse en el marco de una investigación criminal, que la persona cuya imagen se pretenda grabar se encuentre en un lugar o espacio público y además, que la medida sea necesaria: - para facilitar la identificación de la persona objeto de investigación; - para localizar los instrumentos o efectos del delito; - o para obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Esta medida no requiere autorización judicial expresa en cuanto, como hemos señalado, al limitarse a espacios o lugares públicos, no quedaría afectado ni el domicilio de la persona en cuestión ni ningún otro lugar donde pueda desarrollar el ejercicio de su intimidad. El TS ya tenía consolidada una doctrina sobre el particular y consideraba no vulneradora de derechos fundamentales y, en consecuencia, legítima la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas. Así, afirma que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas, se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos, fuera del recinto inviolable del domicilio o de los específicos lugares donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad (STS 487/2013 de 5 junio, 67/2014 de 28 enero, 409/2014 de 21 de mayo entre otras.) Del mismo modo, en SSTS 315/2016 de 14 abril y 134/2017 de 2 marzo, recuerda que es perfectamente lícito que la convicción judicial sobre la intervención de unos individuos en determinados hechos se haya basado en unos fotogramas obtenidos de una cinta de vídeo¹⁴. Ahora bien su eficacia probatoria estará subordinada, lógicamente, a la visualización en el acto del juicio oral y a garantizar su autenticidad, por ello, más allá de los posibles exámenes técnicos, es imprescindible, la confrontación de la grabación con el testimonio que ofrezca en el acto del juicio oral, y siempre que ello sea posible, el operador que la obtuvo y fue testigo directo de la escena que filmó, para que de esta forma resulten cumplimentados los principios procesales de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad (STS 1154/2010 de 12 de enero de 2011). E igualmente, señala, que tal confrontación no será necesaria, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica haya sido filmada por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción (STS 485/2013 de 5 de junio; STS 67/2014 de 28 de enero o STS 124/2014 de 3 de febrero).

Por lo demás, la medida puede llevarse a cabo aun en el supuesto de que afecte a persona/s diferentes del investigado, si bien en tal supuesto se exige o que ello favorezca la investigación

de ponderar la necesidad y proporcionalidad de la medida, constatando la existencia de indicios de la comisión de un delito y la utilidad e idoneidad de la vigilancia para la localización, aprehensión o identificación del sospechoso, para la obtención de datos relevantes para la investigación o para el descubrimiento del paradero de los efectos del delito.3.- La medida también podrá tener por objeto la vigilancia de personas diferentes del sospechoso, cuando se disponga de indicios de que estas personas mantienen contacto con el mismo o lo van a establecer y podrá llevarse a efecto aunque afecte de modo inevitable a terceros. 4.- Las vigilancias policiales sistemáticas tendrán una duración máxima de seis meses y podrán ser prorrogada por otros tres meses cuando se justifique suficientemente su necesidad. La vigilancia deberá cesar cuando ya no concurran los presupuestos que la autorizan, se haya conseguido el objetivo propuesto, sea ya evidente que no podrá ser alcanzado, o haya transcurrido el plazo para el que fuera autorizada.

¹⁴ *En efecto no existe obstáculo para que las labores de investigación practicada por los agentes de la policía en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 282 LECrim, se extiendan a la captación de imágenes de personas en los momentos en que se está fundadamente cometiendo un hecho ilícito ya que ningún derecho queda vulnerado si la filmación se realiza en vías públicas o espacios abiertos al público y que dicha labor de captación de imágenes por medios de reproducción mecánica, no precisa autorización judicial, la que sí es preceptiva y debe concederse por el órgano judicial en resolución motivada y proporcional al hecho a investigar, cuando se trata de domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede llegar la investigación policial, que debe limitarse a los exteriores*

o que existan indicios fundados de la relación existente entre tales personas con el investigado y con los hechos objeto de investigación.

Recordaremos en este momento la STS nº 329/2016 de 20 de abril de 2016 en la que se plantea un supuesto de ilegalidad en la observación llevada a cabo mediante la utilización de unos prismáticos por parte de los agentes policiales con la finalidad de visualizar desde un domicilio en el que se asentaron, la actividad que se estaba desarrollando en el interior de otro situado enfrente y en el que sospechaban que se encontraban las personas a las que estaban investigando por un presunto delito contra la Salud Pública. Los hechos probados de la sentencia de instancia reflejan como valiéndose de unos prismáticos, los agentes observaron a través de uno de los dos ventanales que daban a la calle y que carecía de todo tipo de que dificultaba o impedía ver el interior como los referidos sospechosos manipulaban una serie de sustancias supuestamente estupefacientes. El Tribunal de instancia, tras el examen de los precedentes de la Sala II del T.S, concluyó que no ha existido intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, pues *“...la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver a través de la ventana”* y sobre tal base, declara *“...consideramos que en el supuesto a examen, la actuación de los agentes, derivada de la inmediatez del curso de los hechos, no supone la vulneración del derecho a la intimidad de los acusados en cuanto estos no establecieron obstáculo alguno que impidiese la visión del salón, como se desprende de la precisa información facilitada por los agentes, la cual sería inviable de haberse dispuesto obstáculos que impidiesen esa visión”*. Sin embargo la Sala casacional, repasa tales precedentes y concluye que se tratan de supuestos en los que las tareas de vigilancia se valen de aparatos de reproducción del sonido y de la imagen¹⁵, no habiéndose pronunciado sobre las implicaciones jurídicas de la utilización de prismáticos por los agentes de la autoridad, al menos desde la perspectiva de su potencial incidencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Y que los escasos precedentes que pueden ser citados están relacionados con la suficiencia probatoria de quien, valiéndose de prismáticos, observa una acción delictiva que se desarrolla en vías públicas y a considerable distancia de la escena observada. En su consecuencia manifiesta su disconformidad con el criterio del órgano a quo para apuntar que si bien no existe vulneración constitucional cuando el agente percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera y por tanto puede narrar como testigo lo que vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento, en atención a que nuestro sistema constitucional no impide que puedan llevarse a cabo observaciones y seguimientos en recintos públicos dentro del marco de una investigación penal, sin embargo, *la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. Y que la tutela judicial del domicilio protege, tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes*. De tal forma que se vulnera el derecho cuando *sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado*. Y que en todo caso en el presente supuesto tampoco consta la existencia de ningún fin constitucionalmente legítimo que, por razones de urgencia, permitiera sacrificar la intimidad del sospechoso.

En definitiva, la sentencia de la Sala casacional aprovecha este supuesto para enfrentar los problemas derivados de la aparición de nuevos y sofisticados instrumentos a partir del enorme desarrollo tecnológico de los últimos años, y que pueden llegar a incidir en el ámbito de la in-

¹⁵ STS nº 329/2016 de 20 de abril de 2016 *Los precedentes de esta Sala son muy variados respecto de la utilización de cámaras video gráficas por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (cfr. SSTS 1049/1994, 21 de mayo; 184/1994, 7 de febrero; 760/1994, 6 de abril; 173/1996, 7 de febrero; 245/1999, 18 de febrero; 299/2006, 17 de marzo; 597/2010, 2 de junio). No faltan casos en los que esas imágenes son obtenidas por cámaras de seguridad instaladas con arreglo a la LO 4/1997, 4 de agosto, de video vigilancia (cfr. STS 597/2010, 2 de junio; 1135/2004, 11 de octubre), o por particulares o entidades que se han valido, con uno u otro fin, de cámaras video gráficas (SSTS 793/2013, 28 de octubre; 1154/2011, 12 de enero; 2620/1993, 14 de enero; 4/2005, 19 de enero; 1300/1995, 18 de diciembre; 20 noviembre 1987 y 21 septiembre 1988).*

timidad de las personas, para establecer una interpretación más funcional del art. 18.2 de la C. E estableciendo limitaciones a la capacidad de actuación de los agentes policiales.

4.2. Utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización

Este tipo de medidas supone la colocación de un GPS o baliza en un medio de transporte a través del que se está cometiendo el delito o está siendo utilizado por la persona investigada, para conocer de una manera sencilla, y sin la utilización por la Policía Judicial de un número sin duda importante de agentes, los movimientos y localización del referido medio de transporte y/o del investigado. Además de ello, tal medida dota a la investigación de una mayor precisión y seguridad que la que se podría obtener mediante la sola percepción personal de los agentes.

La experiencia demuestra que este tipo de dispositivos ya venía siendo utilizado por los agentes policiales encargados de las investigaciones criminales al amparo de los artículos 282, 769 a 772 y 796 LECrim; del art. 549 de la LOPJ y de las correspondientes disposiciones contenidas en la L.O 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el R.D 769/1987 de 19 de junio regulador de la Policía Judicial. Por ello, cuando los órganos judiciales se han tenido que pronunciar sobre su utilización, no han dudado de su regularidad y hasta han afirmado su validez constitucional a pesar de la inexistencia de autorización judicial previa. Ahora bien, más allá de esta interpretación, lo cierto es que estos medios de investigación permiten situar/conocer a tiempo real dónde se encuentra el dispositivo y en consecuencia sitúan a la persona en un lugar concreto, determinado. Evidentemente no están destinados a captar imágenes ni sonidos, pero está claro que ello no es óbice para que a través de los mismos se pueda incidir de forma importante en la intimidad de las personas, en cuanto facilitan a los poderes públicos el conocimiento de su ubicación espacial durante las veinticuatro horas del día y todos los días en los que el dispositivo esté en uso.

El TEDH se ha venido pronunciando desde tiempo atrás sobre la utilización de esta técnica de investigación y su afectación a la intimidad personal (STEDH Rotaru v Rumanía, de 4 de mayo de 2000 y Amman v Suiza, de 15 de febrero de 2000), afirmando que su uso en supuestos de larga duración permite crear un perfil de la persona investigada que constituye una auténtica injerencia en su vida privada. Y en su consecuencia pone el acento en la duración de la utilización de la geolocalización y de la información privada que se puede extraer de la misma. La STEDH de 2 de diciembre de 2010, caso Unzún contra Alemania, estudia la posible afectación del derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 del CEDH de la colocación de dispositivos de localización o GPS en un vehículo. Pero, aun constatando la afectación al derecho a la vida privada del investigado por cuanto los datos extraídos del mismo se habían ido recogiendo durante tres meses y eran reveladores de todos los lugares en los que había estado la persona investigada, sin embargo declaró que la afectación a la intimidad del mismo fue de menor intensidad, en cuanto que se había realizado apoyándose en la legislación aplicable, en el caso concreto la alemana, y con un fin legítimo como era el de proteger la seguridad nacional, la paz pública, los derechos de las víctimas y la prevención de delitos. Y en su consecuencia entendió, finalmente, que la actuación policial no había afectado al artículo 8 anteriormente mencionado. Por tanto el TEDH hace hincapié tanto en la duración de la medida puesto que dependiendo de ello puede extraerse un determinado perfil de la persona sometida a ella que llegue a afectar a su intimidad personal, como en la finalidad que se persiga con su utilización y si ésta puede justificarse en algún supuesto.

También la Jurisprudencia nacional ha venido abordando en los últimos años la incidencia que este medio de investigación puede llegar a tener en el ámbito de la legalidad constitucional, pudiéndose percibir un cambio paulatino en la concepción de su utilización. Bien es cierto que la afectación constitucional a la que ha debido hacer frente nuestro Tribunal casacional, no incidía específicamente en el derecho a la intimidad personal del investigado, sino a otros derechos constitucionales y específicamente al derecho a la intimidad del domicilio del artículo 18.2

CE. Así, la STS nº 523/2008 de 11 de julio abordaba el estudio de la colocación por el SVA de una baliza de seguimiento y localización en el puente de una embarcación. En ella se estudia la posible nulidad de la prueba obtenida por haberse podido vulnerar el derecho a la *"intimidad de domicilio"*, reconocido en el art. 18.2 CE. Y declara no haberse producido tal vulneración al no constar que para situar el artilugio fuera necesario entrar en algún recinto que pudiera constituir domicilio conforme a los arts. 554 o 561 de la LECrim. Una sentencia anterior y similar a esta, la STS nº 562/2007 de 22 de junio en cuanto se colocó igualmente este tipo de mecanismos en el puente de una embarcación, sí se pronunció sobre la posible afectación al derecho constitucional a la intimidad personal. En ella, tras indicar que el artificio se colocó para permitir a los agentes policiales su seguimiento ante la sospecha de que se estaba utilizando para la comisión de un delito de tráfico de drogas, afirmó, sin embargo, que tal artificio *permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial.*

Conforme a ellas, la utilización de este medio de investigación por parte de la policía judicial, sería legítimo en sí misma y no requeriría de autorización judicial salvo que pudiera afectar a *ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos* que, en tales casos, los estaría relacionando con su colocación en la zona interna de la embarcación, en cuanto espacio en el que puede desarrollarse la intimidad personal. Y en esta misma línea de afectación, la STS 906/2008 de 19 de diciembre, hace hincapié en el hecho de que mediante la utilización de este tipo de mecanismos sólo se pudo concretar la ubicación de la persona en cuestión con una aproximación de varios cientos de metros,- que era la zona cubierta por la BTS o estación repetidora de captación de la señal- Y en consecuencia declara no haberse producido afectación de la intimidad personal del investigado. Por tanto, la afectación constitucional, y la validez o nulidad de la prueba obtenida mediante ellos, se hace depender de la intensidad en que resulte afectada la intimidad de la persona, que en el caso examinado se concretaba en la determinación y conocimiento del lugar exacto en el que la misma se encontraba.

Finalmente referiré una reciente sentencia, la STS nº: 610/2016 de 10 de junio, pues aparte de la importancia en sí misma de esta resolución, - en la que además el TS reconoce el minucioso estudio jurisprudencial que el Tribunal de instancia realiza respecto a la situación con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre,- examina la posible vulneración del derecho a la intimidad personal por la instalación en el vehículo que utilizaba el condenado, de un dispositivo GPS o baliza de seguimiento colocado por los agentes policiales sin previa y preceptiva autorización judicial, en el curso de una investigación en la que se había denunciado la desaparición de dos personas y existían fundadas sospechas de que aquel había sido la última persona que estuvo con ellas. La Sala de instancia había examinado y valorado - la proporcionalidad de la medida adoptada por los agentes policiales en relación a los gravísimos hechos que se estaban investigando; - que vehículo en el que se colocó la baliza fuera de la titularidad de unas de las víctimas cuyo paradero se ignoraba, para poder investigar si se trataba de una desaparición voluntaria; - que ya se habían adoptado otras medidas de investigación, intervenciones telefónicas, todas ellas encaminadas a la averiguación del paradero de las personas desaparecidas, - y, finalmente, que la medida no superó los cinco días de duración. Y concluyó que la afectación a la intimidad personal que podría haberse originado mediante la colocación de tales dispositivos, no había tenido la suficiente intensidad como para requerir de autorización judicial y por tanto la policía actuante habría actuado con la habilitación que les proporcionaba los artículos 282 y 769 de la LECrim reguladores de la Policía Judicial, así como el artículo 11 de la LO de Fuerza y Cuerpos de Seguridad, y el artículo 263 bis, apartado 2 de la LECRIM en relación a las entregas vigiladas. Y el TS, por su parte, valorando que las consideraciones de la Sala de instancia eran acordes a la jurisprudencia existente sobre esta materia declara igualmente que no se había vulnerado el derecho a la intimidad con tal intensidad que hubiese sido necesaria la previa autorización judicial.

Así las cosas, entiendo que la reforma era absolutamente necesaria, pues cuando está en peligro un derecho constitucional de tal entidad, la utilización y determinación de términos tan abstractos y sujetos por tanto a diversas consideraciones, como *intensidad de la afectación y duración de la medida*, requiere que la utilización de estos mecanismos de investigación se realice con las suficientes garantías para llevar a buen puerto la misma, sin correr el riesgo de incurrir en vulneraciones constitucionales de ningún tipo. Y es que el establecimiento de una determinada normativa es garantía tanto para el ciudadano que sabe que sus derechos no van a resultar afectados salvo en la forma y por los motivos expresamente regulados, como para los poderes públicos cuya actuación se verá siempre amparada por el paraguas de la regulación existente. En definitiva servirá a los fines de la Justicia y del mantenimiento del Estado de Derecho.

El legislador, consciente de ello, aborda la regulación de este tipo de dispositivos, exigiendo autorización judicial habilitante. Ello no obstante, también prevé la posibilidad de su utilización sin tal habilitación en el supuesto de que concurran razones de urgencia que hagan temer a los agentes policiales que de no utilizarlos inmediatamente la investigación corre el riesgo de frustrarse y ello, sin perjuicio de la obligación por parte de estos de ponerlo en el menor tiempo posible y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes, en conocimiento de la autoridad judicial que ratificará o, en su caso, dejará sin efecto la referida medida quedando sin efecto alguno las informaciones así obtenidas.

Para su adopción se exige que existan razones de necesidad y que la medida resulte proporcionada. Quizás la mención a tales requisitos suponga una reiteración evitable en cuanto tales principios vienen recogidos con carácter general en las disposiciones comunes contenidas en el cap. IV, art. 588 bis a.1, que supedita la resolución judicial a la concurrencia de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Y se prevé un tiempo máximo de duración que desde luego no podrá exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos (art. 588 bis e.1.) y que en el supuesto que examinamos no podrá superar los tres meses desde su autorización en una primera instancia, aunque con carácter excepcional y con la debida justificación a la vista de los resultados que se estuvieran obteniendo, se admite la posibilidad de acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo y hasta un máximo de dieciocho meses. (art.588 quinques c.).

Por lo demás, y remitiéndonos a lo señalado en el apartado precedente, tanto la solicitud de autorización judicial como el Auto habilitante, las diferentes prórrogas, en su caso, deberán cumplir las formalidades que con carácter general se establecen en los artículos 588 bis b y c) respectivamente, y especificar el medio técnico que va a ser utilizado. De igual manera que respecto de la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, a las que expresamente se remite, prevé un deber de colaboración bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, dirigido a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como de cualquier otra persona que de otro modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. (art.588 quinques b.3.). Un deber de control por parte de la autoridad judicial al imponer a la Policía actuante la obligación de comunicarle el curso de las investigaciones en la forma y modo que se haya establecido en la resolución autorizante así como mediante la entrega de los soportes originales o de las copias electrónicas auténticas, al finalizar la medida, y, por supuesto todo ello independientemente del control que la autoridad judicial pueda ejercitar por iniciativa propia recabándolas en cualquier momento. (art.588 bis g, disposiciones generales)

Y, finalmente, prevé un deber de custodia de tales soportes para evitar un uso indebido de lo que pueda derivarse de ellas, en tanto dura el procedimiento, (art. 588 quinques c 2 y 3) Y la obligación de la Autoridad judicial de ordenar a la Policía Judicial la destrucción de originales y copias en los periodos que específicamente se señala (art. 588 bis. k disposiciones generales).

5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

5.1 Consideración de este tipo de dispositivos de almacenamiento masivo de información y su incidencia constitucional

El Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 para La Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, vinculante para España, ya se refería a la necesidad de garantizar y proteger el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, al señalar como objetivo del mismo, garantizar a cualquier persona física y cualquiera que fuese su nacionalidad o residencia, que se encuentre en el territorio de un estado Parte, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y en concreto el derecho a su vida privada con respecto al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. Y en el mismo sentido, las Recomendaciones del Comité de Ministros sobre Datos Personales utilizados en el Sector Policial (1987) y sobre Privacidad en Internet de 23 de febrero de 1999 que desarrollan aquel. El preámbulo de esta última pone de relieve que *«el desarrollo de las tecnologías y la generalización de la recogida y del tratamiento de datos personales en las “autopistas de la información” suponen riesgos para la intimidad de las personas naturales»* y que *«las comunicaciones con ayuda de las nuevas tecnologías de la información están también sujetas al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en concreto al respeto a la intimidad y del secreto de las comunicaciones, tal y como se garantizan en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos»*. Además, recuerda esta recomendación que *«el uso de Internet supone una responsabilidad en cada acción e implica riesgos para la intimidad»* por cuanto cada visita a un sitio de Internet deja una serie de *«rastros electrónicos»* que pueden utilizarse para establecer *«un perfil de su persona y sus intereses»* (apartado II, 2), subrayando también que la dirección de correo electrónico constituye *«un dato de carácter personal que otras personas pueden querer utilizar para diferentes fines»* (apartado II, 6). Por su parte la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, afirma en su considerando núm. 6 que *«Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura común mundial para la prestación de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas. Los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a través de Internet introducen nuevas posibilidades para los usuarios, pero también nuevos riesgos para sus datos personales y su intimidad»*. Y señala que *«los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas, así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»*, advirtiendo que *«los denominados programas espías (Spyware), web bugs, identificadores ocultos y otros dispositivos similares pueden introducirse en el terminal del usuario sin su conocimiento para acceder a información, archivar información oculta o rastrear las actividades del usuario, lo que puede suponer una grave intromisión en la intimidad de dichos usuarios»*. (considerando núm. 24).

El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el particular y así pueden destacarse: La STEDH Amann contra Suiza, de 16 de febrero de 2000 que refiriéndose a la *“vida privada”*, viene a señalar que este término *«engloba el derecho del individuo de crear y desarrollar relaciones con sus semejantes»*, sin que *«ninguna razón de principio permita excluir las actividades profesionales o comerciales»*. La STEDH Copland contra el Reino Unido, de 3 de abril de 2007 que igualmente considera que estos datos de carácter personal están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad personal y tanto *«los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo»* como la *información derivada del seguimiento del uso personal de Internet»*, señalando en el caso concreto que además a la demandante no se le advirtió que podría ser objeto de un seguimiento, por lo que podía razonablemente esperar que se reconociera el

carácter privado de todos ellos. Y la STEDH *Iliya Stefanov contra Bulgaria*, de 22 de mayo de 2008, si bien en este supuesto el registro se realizó en el curso de una investigación criminal y con la habilitación judicial previa. No obstante, el Tribunal tras declarar que los registros del PC y las incautaciones deben, por regla general, llevarse a cabo mediante una orden judicial, en el presente caso, al constatar tanto la amplitud de los términos en que ésta se había emitido, como la desproporcionada actuación de la policía, entendió que había resultado afectado el secreto profesional del investigado (Abogado).

En nuestro país, los diferentes órganos judiciales también han tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, tratando de resolver los específicos problemas que se planteaban tanto en torno a la utilización de este tipo de dispositivos y sus posibilidades de uso y de almacenamiento de material de muy diferente contenido, como en torno a la actuación policial sobre ellos en el marco de alguna investigación criminal. Y en este sentido, tanto el TC como el TS han puesto de relieve que, si no hay duda que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla que el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos etc., relativos a varios o todos los ámbitos de su vida, quedan también inmersos en tal ámbito. Además de ello y simplemente a través de la observación de la actuación del titular del dispositivo, ya sea cuando navega por Internet, se comunica con terceras personas, participa en redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones comerciales etc., se puede llegar a conocer su ideología política y religiosa, sus aficiones, su estado de salud etc. es decir datos de tal naturaleza personal que requieren ser debidamente protegidos.

Por su interés sobre este particular, tomaremos como referencia la STC nº 173/2011¹⁶, de 7 de noviembre de 2011. El caso examinado, contempla la posible incidencia del acceso a este tipo de instrumentos de almacenamiento en los derechos comprendidos en el artículo 18.1 y 3. CE. Examina el TC, las resoluciones dictadas tanto por la AP de Sevilla, de fecha 7 de febrero de 2008, como por el TS, en sentencia de 18 de febrero de 2009. Ambas habían entendido que no se había producido vulneración alguna de los derechos contemplados en el referido precepto constitucional. Según se desprende de los antecedentes, el recurrente en amparo acudió a un establecimiento de informática e hizo entrega de su ordenador personal, portátil, con el encargo de que se le cambiara la grabadora que no funcionaba. Al recibir el encargo el titular del establecimiento preguntó al recurrente si el ordenador tenía contraseña de acceso, respondiendo éste negativamente y no manifestó tampoco limitación alguna ni en el uso del ordenador ni en el acceso a los ficheros que almacenaba. Una vez efectuada la reparación y para comprobar el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas, el encargado escogió al azar diversos archivos para proceder a su grabación y posterior reproducción en el ordenador, lo que, al parecer, suele ser práctica habitual en estos casos, constatando entonces que aquellos contenían imágenes pornográficas de menores, lo que motivo que pusiera tal circunstancia en conocimiento de la Policía Nacional y que ésta procediera inmediatamente a la intervención del portátil.

La resolución de la AP no consideró que la actuación de la Policía actuante hubiera vulnerado el derecho a la intimidad del inculpado atendiendo a dos razones: - 1º porque su titular consintió sin poner limitación alguna a que el técnico accediera a los ficheros que almacenaba para comprobar el adecuado funcionamiento de la reparación que había encargado y - 2º porque tenía configurado el programa eMule de manera que todos los archivos del disco estaban a disposición de cualquier otro usuario de la aplicación. Por ello concluye la sentencia, “difícilmente puede invocarse el derecho a la intimidad cuando los propios actos del acusado indican pala-

¹⁶ STC nº 173/2011, de 7 de noviembre de 2011 En ella se realiza además una recopilación y análisis de antecedentes legislativos y judiciales sobre la materia de gran interés, pero al margen de ello y en lo que en este momento nos interesa resaltar, se pronuncia también sobre la necesidad de establecer un sistema de garantías frente a los riesgos que indudablemente existen para los derechos y libertades públicas y en particular la intimidad personal, por el uso indebido de la informática y de las nuevas tecnologías de la información.

dinamente que no tenía intención ni voluntad alguna de preservar para su esfera íntima, exclusiva y personal ninguno de los ficheros que conservaba en su ordenador, pues a ellos tenía acceso cualquier persona que se conectara en Internet a la misma red de intercambio». La Sala II del TS por su parte, confirmó la sentencia de instancia basándose en los mismos argumentos que ella haciendo depender, en definitiva, la vulneración del derecho a la intimidad de la ausencia de un ámbito de privacidad respecto al contenido pornográfico infantil del ordenador por parte de su titular, y de que no fuera necesario tampoco, gestión alguna para desvelar su identidad como usuario del mismo y de su contenido.

El TC por su parte, además analizar la consideración que ha de darse a este tipo de dispositivos de almacenamiento, examina, a partir de la normativa existente, la conducta llevada a cabo tanto por el encargado del establecimiento que accedió a la carpeta llamada «*mis documentos/mis imágenes*» del ordenador personal, y encontró en ella los diversos archivos, como la de los agentes de policía al haber procedido a revisar su contenido sin autorización judicial. Su conclusión es que ni en uno ni en otro caso se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal del demandante de amparo: - 1º y respecto del encargado del establecimiento, a) porque se aprecia claramente en el titular del portátil, una declaración expresiva de su voluntad de hacer entrega del mismo al encargado del establecimiento para que éste procediera a su reparación e incluso le informa sobre la no necesidad de contraseña alguna de acceso; b) porque descubrió casualmente el material pedófilo cuando procedía a comprobar el correcto funcionamiento de la grabadora, limitando su actuación a la carpeta «mis documentos» del usuario, mínimo necesario para realizar la referida prueba de grabación; y, finalmente, c) porque tras ello se limitó a cumplir con la obligación que le viene legalmente impuesta a todo ciudadano de denunciar ante las autoridades competentes la posible perpetración de un delito público del que ha tenido conocimiento (arts. 259 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. - Y 2º respecto a la actuación policial porque aún razonando que la autorización dada al responsable del establecimiento no podría ser en ningún caso extensible a ninguna otra persona, ni siquiera tratándose de un programa como eMule, considera que la actuación de tales agentes policiales, es indicativa de que perseguían un fin legítimo dentro del marco de investigaciones dirigidas al esclarecimiento de un delito de pornografía infantil, y por tanto existiría una habilitación legal para la realización de este tipo de pesquisas en cuanto entre sus funciones se encontrarían las de practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir a sus autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas. Y así señala que si bien la intervención policial desplegada no contó con la previa autorización judicial, sin embargo, en el presente caso estaríamos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general, que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la policía era necesaria y razonable en términos de proporcionalidad.

No obstante, esta sentencia cuenta con un interesante voto particular en el aspecto relativo a la actuación policial en el que se pone el acento no solo en la nota de necesidad de la medida sino también en la de urgencia de la misma. Y en este sentido y poniendo de manifiesto, precisamente, la deficiente «*calidad de la ley*» en la protección de la intimidad cuando se trata de la utilización de medios informáticos, considera que precisamente por ello, el Tribunal debió extremar su celo como garante de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Por ello, considera que aunque la protección del derecho a la intimidad personal no requiere expresamente de autorización judicial, tal exigencia ha sido consagrada con carácter general por la jurisprudencia de forma que la intervención policial sin autorización del titular del derecho solo podrá validarse si concurren las notas de urgencia y necesidad; notas que en el presente caso no existieron en cuanto, a pesar de que la entrada en el ordenador era necesaria e idónea para establecer todos los elementos del delito investigado, sin embargo, entiende, que la policía actuante debió interesar la autorización del juez competente, al no percibirse riesgo alguno de destrucción de las pruebas inculpativas, ni peligro para la investigación policial. Es decir no había razones de urgencia que justificaran la actuación policial en la forma en la que se hizo.

En fechas más recientes, el TS ha acuñado un nuevo término para designar la globalidad de los derechos necesitados de protección cuando nos encontramos ante este tipo de dispositivos de almacenamiento masivo: El derecho al propio entorno virtual. Así en STS nº 342/2013 al examinar el acceso por parte de la policía actuante al contenido de un ordenador previamente incautado expresaba sobre este tipo de dispositivos: *El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, 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. 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.*

De esta manera deja patente, igualmente, los espacios de exclusión necesitados de protección que es preciso garantizar y, aunque recuerda que no todos ellos gozan del mismo nivel de protección constitucional, incide en que será necesario actuar con las cautelas necesarias y anticipar tal protección mediante la existencia de una resolución judicial que con carácter previo habilite la injerencia. Este carácter multifuncional de los datos almacenados en dispositivos de esta naturaleza ha llevado al TS a lanzar la consideración de un tratamiento no fragmentario de cada uno de los derechos afectados, sino unitario de todos ellos, en atención a que su conjunto conformaría un entorno virtual propio que sería el que podría resultar afectado. Expresa: *La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.*

5.2 Normativa aplicable

A nivel internacional hemos de referirnos al Convenio sobre la Ciberdelincuencia llevado a cabo en Budapest en fecha 23 de noviembre de 2001 en el que se reconoce los profundos cambios provocados por la digitalización, la convergencia y la globalización continua de las redes informáticas, así como el riesgo de que tanto éstas como la información que se traslade a partir de ellas, sean utilizadas para cometer delitos y que sus pruebas puedan almacenarse y transmitirse por medio de dichas redes. Por ello, expresa la necesidad de prevenir todo acto dirigido contra

la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos así como su abuso, mediante la tipificación de esos actos y la asunción de poderes suficientes para luchar de forma efectiva contra ellos, facilitando su detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones que permitan una cooperación internacional rápida y fiable. Al mismo tiempo, manifiesta la necesidad de garantizar el debido equilibrio entre los intereses de la acción penal y el derecho de todos los ciudadanos a expresarse libremente y defender sus opiniones sin interferencia alguna, derecho que comprende la libertad de buscar, obtener y comunicar información e ideas de todo tipo, y el derecho a que se respete su intimidad personal, tal y como se consagra en el Convenio de Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966) y en otros tratados internacionales aplicables en materia de derechos humanos.

Y, en su consecuencia, el artículo 19 de dicho Convenio procede a regular el Registro y confiscación de datos informáticos almacenados, estableciendo a tales efectos, que cada Parte deberá adoptar en su territorio las medidas, legislativas o de cualquier otro tipo, necesarias para:

-facultar a sus autoridades competentes a registrar, o acceder de forma similar, tanto a un sistema informático o parte del mismo, como a los datos informáticos almacenados en él, o a cualquier medio de almacenamiento de datos informáticos en el que se puedan guardar los mismos;

-asegurar que en el supuesto anterior, se pueda ampliar rápidamente el registro o la forma de acceso a otro sistema similar cuando tales autoridades tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo situado en su territorio, y dichos datos sean lícitamente accesibles a través del sistema inicial o estén disponibles para éste;

-facultar a sus autoridades competentes a: confiscar u obtener de una forma similar, los datos informáticos a los que se haya tenido acceso; realizar y conservar una copia de los mismos; preservar su integridad y hacerlos inaccesibles o suprimirlos del sistema informático al que se ha tenido acceso; y, finalmente,

-establecer un deber de colaboración pudiendo ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas establecidas para proteger sus datos que facilite, dentro de lo razonable, toda la información necesaria, para permitir la aplicación de las medidas anteriores.

En nuestro país, la L.O 13/ 2015 ha venido a llenar nuevamente el vacío existente hasta el momento, regulando específicamente el acceso a la información contenida en este tipo de dispositivos en los que se almacenan o pueden almacenar gran cantidad de información, en ocasiones de importancia trascendental para el descubrimiento de conductas delictivas y que su acceso puede conllevar una grave intromisión a la intimidad de su usuario. Por ello, como señalábamos en los anteriores apartados, debemos valorar positivamente que mediante tal reforma, se dote de certeza y seguridad jurídica al ordenamiento. La propia Exposición de Motivos de la Ley pone de relieve la exigente regulación que se ha llevado a cabo respecto de este tipo de dispositivos, entre los cuales debemos entender comprendidos todo tipo de aparatos aptos para almacenar información¹⁷, descartando que se traten de simples piezas de convicción y considerándolo, conforme a la doctrina constitucional, como un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal como hemos señalado en el apartado anterior. Y en este mismo sentido la Circular 1/2013 de la F.G.E., sobre Pautas en relación con la Intervención de las Co-

¹⁷ Ana María Martín de la Escalera. *El Registro de Dispositivos de Almacenamiento Masivo de la Información* "...tal normativa es de aplicación al acceso a cualquier tipo de dispositivo electrónico que tenga capacidad de guardar información, aun cuando sea de modo temporal y de forma secundaria a las funciones que constituyen su objetivo primario, tal sería el caso de los teléfonos móviles, tablets...etc En base a lo cual cualquier dispositivo o instrumento tecnológico que, sin tener porqué constituir en sí mismo un dispositivo de almacenamiento masivo, pueda contener o proporcionar datos de los que extraer las evidencias electrónicas relacionadas con la actividad delictiva puede ser objeto material de esta medida."

municaciones Telefónicas ya se pronunciaba sobre el particular al poner de manifiesto que lo importante en la delimitación de los derechos fundamentales previstos en el art. 18.1 y 3 de la C.E no es el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada ni el hecho, de que la agenda sea una aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter, la naturaleza, de la información a la que se accede.

La reforma, pretendiendo acoger todos estos planteamientos introdujo bajo el epígrafe "Registro de Dispositivos de almacenamiento masivo de información", tres artículos: 588 sexies.a., 588 sexies.b., y 588 sexies.c., en los que refleja la necesidad de contar con la correspondiente autorización judicial habilitante de la injerencia de los poderes públicos, pero al mismo tiempo reconoce la posibilidad de que la misma pueda llevarse a cabo sin ella bien *en caso de urgencia* bien *en casos de urgencia cuando se aprecie un interés constitucionalmente legítimo*, como veremos.

5.2.1 Necesidad de Motivación individualizada. (588 sexies.a.)

La primera cuestión que aborda es la derivada de la localización o encuentro en el curso de un registro domiciliario, hecho que sucede con cierta frecuencia, de este tipo de dispositivos y de los que, en principio, se puede sospechar que puedan tener relación con el hecho investigado bien por haber podido ser utilizado para su comisión o bien para almacenar pruebas de ello. Y ya de manera expresa se señala la posibilidad de su incautación, si bien especificando que tal incautación no legitima el acceso a su contenido, de forma que si, en el curso de la investigación, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes o la naturaleza del delito objeto de la misma y antes del registro domiciliario que pretenda practicarse, se puede prever la posibilidad de su existencia, la resolución habilitante del registro deberá extenderse también a este particular acceso. En todo caso, el legislador, consciente de que, en ocasiones, tal previsión es difícil o, simplemente, no se ha considerado en el momento de dictar el Auto autorizando la entrada y registro, ha previsto que tal acceso pueda ser autorizado por el juez competente posteriormente a la incautación del dispositivo. Con ello, deja patente la necesidad en todo caso de autorización judicial para acceder a los contenidos de un dispositivo de la naturaleza que examinamos. Y lo mismo puede decirse respecto de la incautación de tales dispositivos al margen de un registro domiciliario, al que se refiere el artículo 588 sexies.b. Los agentes podrán proceder a la incautación de los mismos y lo pondrán en conocimiento del juez, quien, si considera procedente el acceso a su contenido a los fines de la investigación, otorgara la oportuna autorización judicial.

En este sentido, la STS nº 342/2013 de 17 de abril, anteriormente mencionada, ya señalaba que carecería de todo sentido que la autorización judicial se limitara a facultar a los agentes a la práctica de una inspección ocular que les permitiera " *averiguar*" la existencia de los equipos técnicos desde los que se estaba cometiendo graves delitos y que, una vez averiguada esa existencia, se obligara a los agentes a marcharse del domicilio registrado, dejando esos elementos de prueba de primer orden en poder del imputado, pues no cabe duda alguna, sigue señalando, que esa *averiguación* sólo adquiere sentido como medio para intervenir lo que, como exponía la solicitud policial no eran sino instrumentos de graves delitos para cuyo esclarecimiento se había concedido, precisamente, el mandamiento de entrada y registro.

Por lo demás, la incautación de estos dispositivos, sólo se llevará a efecto si constituyen el objeto o instrumento del delito o existen otras razones que puedan justificarlo. En caso contrario se evitará tal incautación aunque para ello es necesario que pueda obtenerse una copia (clonado o volcado) del contenido que se pretende investigar y que pueda hacerse en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos. Con ello se pretende evitar, como es lógico y se dice expresamente en el precepto, que se pueda causar un grave perjuicio al titular o propietario de los mismos ya que, en muchas ocasiones, estos dispositivos pueden utilizarse para otro tipo de actividades no delictivas (empresarial, laboral etc.) Y en función de ello está expresamente previsto que la resolución habilitante autorice la realización de tales copias y

establezca las condiciones para asegurar la integridad de los datos y su preservación para hacer posible, en su caso, algún informe pericial (art.588 sexies c.1 y 2).

De igual manera, se prevé la posibilidad de ampliar el registro a otro sistema informático diferente al ya autorizado o a parte del mismo, cuando quienes lo estén practicando tengan fundadas razones para pensar que los datos buscados se encuentran en aquellos (art. 588 sexises c.3.). Estaríamos en presencia del fenómeno denominado “*cloud computing*” o comúnmente “*nube*”, sistema de externalización de la información que permite a los usuarios de internet, guardar cualquier tipo de información o dato en un espacio virtual al que se puede acceder desde cualquier lugar y dispositivo informático con conexión a internet. El precepto exige la concurrencia de dos requisitos: a) que este acceso sea *lícitamente accesible por medio del sistema inicial o estén disponibles para éste*, y b) que cuente con la correspondiente autorización judicial habilitante, por lo que si la inicial no hubiera previsto tal ampliación será necesario solicitarla. Sobre el primero de los requisitos, Ana M^a Martín de la Escalera¹⁸ señalaba las diferentes situaciones que pueden darse y las concretaba en: a) que el ordenador o dispositivo se encuentre abierto y sea posible acceder al contenido almacenado en la nube sin necesidad de utilizar las claves y contraseñas del usuario; b) que se conozcan tales claves y contraseñas de acceso por haber sido facilitadas directa y voluntariamente por el propio investigado o por haberlas obtenido en el curso de la investigación previa, o a través del empleo de técnicas de ingeniería social, o del análisis técnico o forense del ordenador o dispositivo incautado, en cuyo caso será necesario solicitar la correspondiente autorización judicial para el acceso y copiado de la información que se encuentre almacenada en los mismos y c) que no se disponga del ID y password que permita acceder a la información almacenada. Pues bien, en los dos primeros supuestos, la autorización judicial habilitante permitirá el acceso a la información al margen del lugar en el que esté ubicado el servidor al que se está accediendo. De esta forma, el legislador acaba con los problemas de territorialidad existentes en una materia en la que los servidores pueden estar ubicados en países extranjeros, incluso no identificados y, por tanto, en el ámbito de una jurisdicción diferente a la de la autoridad judicial que está al cargo de la concreta investigación, y se decanta por el del lugar en el que se ubique el terminal desde el que se accede a la información. Y en el tercer supuesto, y salvo que la empresa que gestiona el servidor mantenga algún acuerdo con el sector público para prestar colaboración y permitir el acceso a la información sin necesidad de intervención de las autoridades del Estado en el que se encuentre ubicado, no habrá otra opción que acudir a los largos y costosos medios de cooperación internacional.

Se prevé igualmente que, en caso de urgencia, la Policía Judicial o el Fiscal puedan llevarlo a cabo, informando de todo ello al juez correspondiente inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas para que éste, de forma motivada, pueda revocar o confirmar tal actuación, lo que deberá llevar a efecto en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fuera ordenada la interceptación (art. 588 sexies c. 3). Razones de urgencia que, por analogía con la regulación expresamente contenida en el art. 588 quinquies b, concurrirán cuando la investigación pudiera llegar a frustrarse si no se actuara inmediatamente. Ahora bien, tal posibilidad no faculta al examen de los datos contenidos en los dispositivos registrados, para lo cual se requiere expresamente no solo la existencia de una situación de urgencia sino además de un interés constitucional legítimo (art. 588 sexies c. 4). La determinación de este interés y por tanto la aceptación de la injerencia por parte de los poderes públicos, nos la ofrece el art 8 del CEDH el cual tras declarar que todo persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia, añade que *no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la pro-*

¹⁸ Ana M^a Martín de la Escalera “El Registro de dispositivos de Almacenamiento Masivo de la Información”

tección de los derechos y las libertades de los demás. En todo caso, este apartado 4 del precepto debe examinarse con detenimiento en cuanto supone la posibilidad de acceso a los datos contenidos en unos dispositivos que, como hemos señalado, tienen carácter plurifuncional. Por ello, teniendo en cuenta la doctrina derivada de las resoluciones del TC y del TS, si la injerencia puede llegar a incidir sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, se requerirá sin duda ni excepción alguna, la previa autorización judicial, por venir así expresamente dispuesto en el artículo 18.3 de nuestra Constitución, en cambio si tal injerencia recae sobre el derecho a la intimidad personal del investigado, la Policía actuante podrá estar legalmente autorizada para incidir en el mismo siempre y cuando la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y proporcionalidad.

La determinación del entorno en el que se mueven estos derechos y de su alcance no está exenta de dudas, de aquí la prudencia con la que ha de actuarse, pues como se señala la Sala II del TS *la multifuncionalidad de los datos que se albergan en estos dispositivos provoca una extrema debilidad de la tutela jurisdiccional del derecho del investigado a la reserva de su propio entorno virtual, pues una vez realizado el acceso al dispositivo, superando la barrera de la contraseña, todos los datos, incluidos los relacionados con el secreto de las comunicaciones están al libre alcance del investigador*¹⁹. De tales cautelas dependerá en definitiva la vulneración del derecho de su titular y la validez de la prueba obtenida. Ya hemos señalado que no todos los derechos gozan de igual protección y así como el propio TC ha admitido la legitimidad constitucional de injerencias leves en la intimidad personal sin necesidad de autorización judicial -supuestos de urgencia y necesidad, y siempre con la correspondiente habilitación legal-, no lo admite sin la referida autorización judicial cuando se trata de salvaguardar el derecho al secreto de las comunicaciones. El problema radica en que la Policía judicial debe examinar y valorar todas estas circunstancias ex ante, en el curso de una investigación en muchas ocasiones incipiente e incluso en circunstancias poco propicias para una valoración meditada, lo que puede derivar en definitiva en una injerencia en el derecho fundamental y en la consecuente ilicitud de la prueba obtenida en tal forma²⁰.

Finalmente, el precepto establece un deber de colaboración, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, de toda persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger sus datos, siempre que ello no resulte una carga desproporcionada para el afectado y dejando a salvo siempre de tal obligación al investigado o encausado, a aquellas personas dispensadas de declarar por razón de parentesco y a quienes resulten amparadas por el secreto profesional (art.588 sexies c.5.)

6. Registros remotos sobre equipos informáticos

La regulación de esta materia es también nueva en nuestra legislación. Se pretende con ella, por tanto acabar con otro vacío normativo al tiempo que un acercamiento a las legislaciones europeas, en muchas de las cuales ya estaba presente. La reforma ha supuesto la introducción en el Cap. IX del T. VIII del L.II de la LEcrim y bajo la denominación de Registro Remotos sobre Equipos Informáticos, tres artículos: 588 septies a), b) y c) referidos a los Presupuestos que deben concurrir en la adopción de la medida, el deber de colaboración que impone a terceras personas y la duración a la que puede extenderse la medida, siendo destacar que respecto de estos registros, el legislador ha optado por el establecimiento de un determinado número de infracciones penales sobre las que podrá recaer la misma, y ello en atención al *intenso grado de injerencia que implica su adopción*, como expresamente señala la Exposición de Motivos de la L.O 13/2015 de 5 de octubre.

¹⁹ (STS nº 204/2016 de 190 de marzo de 2016)

²⁰ La STC 70/2002 de 3 de abril así lo expresaba: *"la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales"*

Efectivamente, la utilización de este sistema supone, como específicamente señala el artículo 588 septies a), la utilización de datos de identificación y códigos así como la instalación de un software (troyano o cualquier otro programa similar), para permitir de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos. Con ello se facilita a los agentes policiales, conocer a distancia y durante el periodo de tiempo por el que se acuerde la medida, el conocimiento de todos los datos que están introducidos o se van introduciendo en el dispositivo en cuestión. En términos generales, entiendo, que se trata de una medida que guarda muchas similitudes con las intervenciones telefónicas, en las que los investigadores van conociendo las conversaciones que mantiene el investigado a lo largo de un determinado periodo de tiempo, el que dure la misma, independientemente de su interés para la investigación. Y lo mismo que en los supuestos de registros remotos de equipos informáticos, a través de ellas se puede llegar a extraer un determinado perfil de la persona investigada.

La regulación establece dos técnicas de investigación distintas para permitir el examen del dispositivo de forma remota: - la utilización de datos de identificación y códigos y - la instalación de un software. Siendo de resaltar que, como ya puso de manifiesto el Consejo Fiscal en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de esta reforma, dada la rapidez con la que evolucionan estos dispositivos y técnicas quizás hubiera sido más oportuno no hacer concreciones o utilizar, en su caso, una fórmula lo suficientemente abierta como para encuadrar futuras posibilidades de acceso.

Por lo demás, ha adoptado la misma técnica que la establecida en el artículo 579 con relación a la apertura de la correspondencia escrita y telegráfica; en el artículo 588 ter referido a las comunicaciones telefónicas y telemáticas y en el artículo 588 quarter respecto de la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, y, en su consecuencia, concreta las infracciones penales que pueden justificar su adopción. Ahora bien, como en los supuestos anteriores, entiendo, que tal concreción no puede calificarse propiamente de *numerus clausus* como lo hace la Exposición de Motivos de la LO, en tanto que tales preceptos presentan un apartado en el que pueden integrarse una pluralidad de conductas delictivas ya sea - en función de la gravedad de la pena prevista: delitos dolosos castigados con pena, con límite máximo de al menos tres años de prisión (art. 579.1.1º y 588 quarter b. 2 del C.P.), o - en función del medio utilizado para su comisión: delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter.a. y 588 septies a.1 del C.P). En este sentido, el artículo 588 septies a. refiere en su apartado 1: a) los Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; b) los Delitos de terrorismo; c) los Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.; d) los Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y e) los Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. Apartado este último que supone una novedad respecto a las previsiones del Anteproyecto de Ley y que entiendo, absolutamente necesaria para poder investigar adecuadamente las modalidades delictivas que cada vez con mayor frecuencia y sofisticación se están cometiendo utilizando la tecnología de la información, comunicación o telecomunicación.

La adopción de la medida se llevara cabo mediante la oportuna autorización judicial, la cual además de ajustarse a los requisitos establecidos con carácter general en cuanto a los principios rectores que debe respetar - especialidad, idoneidad, excepcionalidad; necesidad y proporcionalidad- conforme al art. 588 bis a.1. y a los extremos a los que se refiere igualmente el art. 588 bis c.3., deberá especificar: - los dispositivos y contenidos digitales afectados por la medida; - el software que se utilizara en la medida; - el alcance y la forma en la que procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos correspondientes; - los agentes autorizados para su ejecución; - la autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias, y - las medidas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así

como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.(art.588 septies.a.2.). Y prevé la posibilidad de ampliar judicialmente los términos del registro, extendiéndolo a otro sistema informático o parte del mismo, cuando en el curso de la investigación que se está desarrollando, los agentes tengan razones para creer que los datos buscados se encuentran en ellos.

No ha previsto, sin embargo, la posibilidad de que los agentes actuantes puedan adoptar esta medida por razones de urgencia ni siquiera exigiendo un interés constitucionalmente legítimo o concretándolo para determinados delitos, ni estableciendo las cautelas y garantías correspondientes como la inmediata dación de cuenta a la autoridad judicial competente. Somos conscientes de la gravedad invasiva que supone la medida pero, como hemos adelantado, en mi opinión, la reforma prevé medidas invasivas de igual o similar naturaleza en otros preceptos, como puede ser en supuestos de utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización (588 quinquies b.), en supuestos de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (588 sexies c.), e incluso en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (588 ter d.) en las que sí prevé tal posibilidad siempre, claro está, con las limitaciones que en cada caso el legislador ha considerado necesarias.

En esta misma línea, considero, se encuentra la regulación de la duración de la medida en cuanto se establece una duración ciertamente limitada en el tiempo, sobre todo si la comparamos con las otras medidas a las que se refiere esta reforma. En el presente caso, no podrá exceder de un mes aunque puede ser prorrogada por iguales periodos hasta un máximo de tres meses (art.588 septies.c.) En cambio, para la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, tal duración será de 6 meses prorrogables en periodos sucesivos de igual duración y hasta un máximo de 18 meses (art. 588 ter.g.) y para la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización que será de 3 meses con posibilidad de prórrogas por periodos sucesivos y de igual o menor duración, hasta un máximo de 18 meses (art. 588 quinquies.c.).

Y al igual que en la anteriores medidas examinadas, se establecen los mismos deberes de colaboración con los correspondientes requerimientos de poder incurrir en delito de desobediencia; de guardar secreto respecto de las actividades para las que han sido requeridos e iguales excepciones a tal deber derivadas de su condición de investigado o encausado, de la relación de parentesco que pueda existir entre el requerido con aquel o, finalmente, de las derivadas del secreto profesional conforme al artículo 416.2 de la LECRIM

Incidencia del derecho de la unión europea en el estatuto procesal del investigado

Autor: Alejandro Abascal Junquera
Magistrado. Doctor en Derecho

Resumen

La Unión Europea se encuentra avanzando hacia un espacio único de justicia penal, que requiere como premisa una política progresiva y expansiva de aproximación de las normativas de los Estados miembros. Solo un decidido compromiso de armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros puede reforzar el principio de confianza recíproca.

El presente estudio reflexiona sobre los avances experimentados en el ámbito de la Unión Europea, y su especial incidencia en nuestro ordenamiento, en el concreto Estatuto Procesal del Investigado. Dentro del mismo, se fija el punto de mira en tres cuestiones especialmente prácticas y controvertidas, el derecho a la traducción e interpretación, el derecho de información, y la presunción de inocencia y presencia en juicio. Un estudio que aborda la materia partiendo del Derecho de la Unión Europea para determinar el grado de cumplimiento de las exigencias comunitarias en nuestro marco normativo.

La comunitarización de la cooperación judicial internacional en materia penal requiere de una política expansiva de aproximación normativa. Sólo así se puede reforzar el principio de confianza recíproca¹. Sobre él se construye el principio de reconocimiento mutuo, que es la verdadera piedra angular del sistema de cooperación penal en el espacio europeo.

Uno de los instrumentos utilizados en el ámbito de la Unión Europea para alcanzar la pretendida armonización es la Directiva Comunitaria, herramienta que se presenta como la más adecuada; fija objetivos, esto es las normas mínimas en la materia; pero deja libertad en cuanto a la forma y medios para alcanzarlo (art. 288 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Recientemente el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 30 de enero de 2017 analiza el efecto vinculante que tiene para los estados miembros la no transposición de las directivas en los plazos marcados, o en aquellos supuestos en que la transposición sea insuficiente o defectuosa. Tras una magnífica exposición de la evolución en la materia señala que en esos casos, la directiva “pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario”².

Esta proclamación del efecto vertical directo o efecto útil invita a reflexionar, en especial en el ámbito del estatuto procesal del investigado, si realmente cumplimos con las exigencias míni-

¹ En el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 se acuñó el principio de reconocimiento mutuo sobre el que se ha asentado posteriormente el modelo europeo de cooperación penal. En el ámbito constitucional de la Unión, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en adelante TFUE- asumió el principio de reconocimiento mutuo en materia de cooperación judicial penal, y en aras de reforzar la confianza recíproca entre los Estados miembros, el art. 82 prevé una serie de medidas en orden a establecer normas y procedimientos que garanticen el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas y que faciliten la cooperación judicial en el procedimiento penal y en la ejecución, incluyendo la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 82.1) y el establecimiento mediante Directivas que tengan en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los distintos Estados, de normas mínimas en los procedimientos penales sobre la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento -singularmente del imputado y de las víctimas- y otros elementos específicos del proceso penal (art. 82.2).

² Sala Segunda. Sentencia 13/2017, de 30 de enero de 2017. Recurso de amparo 7301-2014. Ponente Excmo. Sr. Enríquez Sancho.

mas establecidas en el marco normativo; esto es, hasta qué punto la legislación española colma los estándares de protección proclamados por el derecho de la Unión Europea.

El presente trabajo, y dada la numerosa normativa comunitaria en la materia, exige una necesaria delimitación del objeto de estudio. Es imposible abordar todos los puntos regulados. Por ello he optado por seleccionar sólo algunas de las cuestiones que con mayor frecuencia se pueden plantear en el día a día de los Juzgados y Tribunales.

1. La transposición de la directiva 2010/64/UE del parlamento europeo y del consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales

1.1. El derecho a la traducción e interpretación en los procesos penales. La Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre

El artículo 6.3 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que todo acusado tiene derecho *“a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”*. Se configura así el derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento, como un derecho básico en todo proceso penal tal y como lo ha destacado la jurisprudencia del TEDH (STEDH 1989/24, de 19 de diciembre, *Kamasinski* contra Austria).

En desarrollo de este derecho se dicta la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, con el fin de facilitar la aplicación del derecho a la traducción e interpretación en la práctica. Como se afirma en sus considerandos, su objetivo es *“garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo”*.

En cuanto a su ámbito de actuación, dispone su artículo 1.2 que el derecho *“se aplicará a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial o de otro modo, que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso, entendido como la resolución definitiva de la cuestión de si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluida, en su caso, la sentencia y la resolución de cualquier recurso que se haya presentado”*.

El artículo 2 regula el contenido del derecho a la interpretación según la Directiva comunitaria:

“1. Los Estados miembros velarán por que todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias.

2. Los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario y con miras a salvaguardar la equidad del proceso, se facilite un servicio de interpretación para la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales”.

Estas garantías se extienden a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral, tal y como establece el apartado 3 del mismo precepto.

El artículo 3 regula el derecho a la traducción de documentos esenciales: *“los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado que no entienda la lengua del proceso penal se beneficie, en un plazo razonable, de la traducción escrita de todos los documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso”*.

Los derechos a la asistencia de traducción e interpretación son gratuitos, han de sufragarse por el Estado (artículo 4).

Finalmente, la Directiva presta especial atención a la calidad de la traducción e interpretación, disponiendo que “los Estados miembros se esforzarán por establecer uno o varios registros de traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados” (artículo 5). También se procura la formación de los profesionales para que conozcan las particularidades de la comunicación con la ayuda de un intérprete, de manera que se garantice una comunicación efectiva y eficaz (artículo 6).

Veamos más detalladamente los derechos que establece la Directiva comunitaria a través del análisis de su transposición a nuestro Derecho interno.

1.2. Transposición a Derecho interno mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril

1.2.1 La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, lleva a cabo la transposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

En cuanto a la Directiva sobre traducción e interpretación, la Ley 5/2015 modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incluye un nuevo Capítulo II en el Título V que lleva por rúbrica “*del derecho a la traducción e interpretación*”.

Con carácter general, es el artículo 118.1 f) Ley de Enjuiciamiento Criminal el que contempla el derecho de todo imputado “*a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127*”. Son esos artículos los que concretan el contenido de estos derechos.

1.2.2. El derecho a la asistencia de intérprete

El artículo 123 dispone que el derecho a la asistencia de un intérprete se confiere a “los imputados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación”, con la extensión que después establece el artículo 127 Ley de Enjuiciamiento Criminal “a las personas con discapacidad sensorial, que podrán contar con medios de apoyo a la comunicación oral”, y ello por aplicación del citado artículo 2.3 de la Directiva Comunitaria.

En cuanto al alcance del derecho a la asistencia de intérprete, la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo extiende a todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales (artículo 123.1 a) Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además, se confiere expresamente para este derecho “en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales” (apartado b)), así como en todas las actuaciones del juicio oral (letra c) del citado artículo 123.1).

La asistencia de intérprete en las comunicaciones con el abogado era una cuestión controvertida en nuestro Derecho. Señala CALVO LÓPEZ³ que en la STC 71/1988 se concede el amparo argumentando que, si bien nuestra legislación no lo recoge expresamente, la interpretación de la

³ CALVO LÓPEZ, M. *La nueva regulación del derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento y las personas con discapacidad auditiva y sordociegas en el procedimiento penal*. Curso on line sobre “Las reformas del proceso penal”. CGPJ. 2016.

misma con arreglo al Convenio Europeo y a la jurisprudencia del TEDH lo convierte en obligado, tomando como criterio las necesidades derivadas de una defensa no meramente formal. Frente a ella, la STS, Sala Segunda, Sección 1ª, 690/2006 de 20 de junio, sostiene que no existe vulneración del derecho a la defensa en la denegación de la solicitud del acusado de designación de un intérprete para mantener conversaciones con su Abogado, ya que “tratándose de un Letrado nombrado por el propio defendido y, por ende, de su confianza, el Estado es ajeno a esa relación y no es responsable de la interlocución entre ambos”. Curiosamente, en sentido totalmente inverso, la STS 813/2004 de 21 de julio, concluye que “el juez instructor debe remover los obstáculos necesarios para que la garantía constitucional de defensa se produzca en toda su plenitud, atendiendo la solicitud que le formule la defensa, deducida en tiempo oportuno, sobre la prestación de intérprete para preparar la defensa de su cliente, sea o no de oficio, encontrándose presente en las correspondientes sesiones y entrevistas entre el imputado y su defensor”.

Respecto a la forma de llevar a cabo la interpretación, en principio se trata de una asistencia personal de intérprete. En la práctica, se facilitará al investigado o acusado un intérprete para que le asista en el desarrollo de la actuación judicial en otra lengua. No obstante, el legislador es consciente de las dificultades que pueden acaecer para localizar un intérprete, especialmente en diligencias penales en la guardia u otros supuestos de urgencia, razón por la cual dispone que la asistencia del intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Tribunal o Juez o el Fiscal, de oficio o a instancia del interesado o de su defensa, acuerde la presencia física del intérprete para salvaguardar los derechos del imputado o acusado (artículo 123.5).

En el caso de la asistencia en las actuaciones del juicio oral, la Ley contempla expresamente la posibilidad de que no pueda disponerse de un servicio de interpretación simultánea, en cuyo caso se realizará mediante una interpretación consecutiva de modo que se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

Cuando se trate de interpretaciones orales o en lengua de signos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. Pero si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito (apartado 6 del artículo 123).

1.2.3 El derecho a los servicios de traducción

Este derecho comprende la “traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa” (artículo 123.1 d) Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Es decir, que el derecho no se extiende a la traducción de todos los documentos de la causa, sino únicamente los esenciales. Como dijimos, el artículo 3 de la Directiva comunitaria sólo contempla el derecho a los “documentos esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso”. Y la propia Directiva establece qué documentos han de considerarse como tales: “entre los documentos esenciales se encuentra cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia”.

Esta misma previsión es la que recoge nuestro legislador, estableciendo acto seguido en el artículo 123.1 d) que “deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia”. Estos documentos no son los únicos que pueden reputarse “esenciales”. Cabe incluir otras resoluciones. De conformidad con la Directiva comunitaria, hay que entender que serán “las autoridades competentes” (en nuestro caso Jueces y Tribunales) quienes “decidirán si resulta esencial cualquier otro documento, en un caso determinado. El sospechoso o acusado, o su abogado, podrá presentar una solicitud motivada en este sentido”. De ahí que el artículo 123.1 e) Ley de Enjuiciamiento Criminal incluya el derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

La Ley dispone que podrá prescindirse de la traducción de los pasajes de los documentos esenciales que, a criterio del Juez, Tribunal o funcionario competente, no resulten necesarios para que el imputado o acusado conozca los hechos que se le imputan. En lo que ha de reputarse o no esencial, la Directiva precisa algo más y puede servir en la interpretación que realicen Juzgados y Tribunales: “no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan” (artículo 3.4 Directiva).

También establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, excepcionalmente, la traducción escrita de documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando de este modo también se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

Además, se contempla la posibilidad de recurrir las decisiones sobre el alcance de la interpretación, de conformidad con la exigencia comunitaria del artículo 3.5 Directiva. Y así, el apartado 2 del artículo 125 Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “la decisión del Juez o Tribunal por la que se deniegue el derecho a la interpretación o a la traducción de algún documento o pasaje del mismo que la defensa considere esencial, o por la que se rechacen las quejas de la defensa con relación a la falta de calidad de la interpretación o de la traducción, será documentada por escrito. Si la decisión hubiera sido adoptada durante el juicio oral, la defensa del imputado o acusado podrá hacer constar en el acta su protesta. Contra estas decisiones judiciales podrá interponerse recurso de conformidad con lo dispuesto en esta Ley”.

La regulación también establece que la traducción deberá hacerse “en un plazo razonable”, de acuerdo con las exigencias del artículo 3 Directiva, y desde que se acuerde por parte del Tribunal o Juez o del Ministerio Fiscal quedarán en suspenso los plazos procesales que sean de aplicación (artículo 123.4).

En todo caso, tanto los servicios de interpretación como las traducciones son gratuitas, es decir, que serán sufragados por la Administración, y ello con independencia del resultado del proceso.

1.2.4 La designación de traductores e intérpretes. El Registro Oficial de traductores e intérpretes

Este aspecto es el más relevante. De nada sirve reconocer ampliamente un derecho a la interpretación y/o traducción, si después el profesional designado no reúne los requisitos mínimos de formación y profesionalidad para garantizar la prestación de un servicio adecuado. Como recuerda la STS 18/2016 de 26 de enero, la jurisprudencia del TEDH (asuntos Kamasinski c. Austria, STEDH 19 de diciembre de 1989; asunto Cuscani c. Reino Unido, STEDH de 24 de septiembre de 2002; asunto Hermi c. Italia, STEDH de 18 de octubre de 2006, entre otras) ha declarado que la obligación de los Estados no se limita al nombramiento de un intérprete, sino que se extiende a un cierto grado de control sobre la adecuación o la calidad de la interpretación, es decir a procurar que los intérpretes o traductores sean suficientemente cualificados. A esta finalidad obedece la regulación contenida en los artículos 124 y 125 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 125.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cuando se pongan de manifiesto circunstancias de las que pueda derivarse la necesidad de la asistencia de un intérprete o traductor, el Presidente del Tribunal o el Juez, de oficio o a instancia del Abogado del imputado o acusado, comprobará si éste conoce y comprende suficientemente la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación y, en su caso, ordenará que se nombre un intérprete o un traductor conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y determinará qué documentos deben ser traducidos.

Por su parte, el artículo 124 dispone que el traductor o intérprete judicial será designado de entre aquellos que se hallen incluidos en los listados elaborados por la Administración competente.

No obstante, también permite que excepcionalmente, en aquellos supuestos que requieran la presencia urgente de un traductor o de un intérprete, y no sea posible la intervención de un traductor o intérprete judicial inscrito en las listas elaboradas por la Administración, ni siquiera por videoconferencia, se podrá habilitar como intérprete o traductor judicial eventual a otra persona conocedora del idioma empleado que se estime capacitado para el desempeño de dicha tarea.

La mención a “los listados elaborados por la Administración competente” resulta vaga y claramente insuficiente para garantizar un nivel mínimo de formación y experiencia que ha de reunir todo profesional traductor e intérprete. Pero es entendible por la falta de un sistema de designación más adecuado en el momento en que se promulgó la Ley 5/2015. Necesariamente hay que poner este artículo 124 en relación con la Disposición final primera de la misma Ley, que insta al Gobierno a crear por Ley un registro oficial de traductores e intérpretes:

“El Gobierno presentará, en el plazo máximo de un año desde la publicación de esta Ley, un Proyecto de ley de creación de un Registro Oficial de Traductores e Intérpretes judiciales para la inscripción de todos aquellos profesionales que cuenten con la debida habilitación y cualificación, con el fin de elaborar las listas de traductores e intérpretes a que se refiere el artículo 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La inscripción en este Registro Oficial será requisito necesario para la actuación de estos profesionales por designación del Juez o del Secretario judicial ante la Administración de Justicia y en las diligencias policiales en las que sea necesaria su presencia, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan.

A efectos de proceder a la inscripción en este Registro Oficial, el Ministerio de Justicia podrá solicitar el cumplimiento de otros requisitos diferentes a la formación o titulación que se establezca reglamentariamente en función del idioma de que se trate. Estos requisitos deberán ser proporcionados y no discriminatorios y podrán basarse en la experiencia del profesional, en el conocimiento adicional de cuestiones procedimentales o jurídicas, y en el cumplimiento de deberes deontológicos previstos en la ley.

La norma reguladora de este Registro Oficial determinará sus condiciones y términos de funcionamiento”.

El Proyecto de Ley de servicios profesionales contenía una Disposición Final paralela, con el mismo contenido, referida a los peritos judiciales. Sin embargo, este Proyecto finalmente no prosperó en una reforma legal.

En el caso de los traductores e intérpretes, la creación de este Registro obedece al artículo 5 de la Directiva: “los Estados miembros se esforzarán por establecer uno o varios registros de traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados” (artículo 5). Esa terminología (“se esforzarán”) no parece configurar la creación de un Registro como obligatoria para los Estados miembros, por lo que no habría incumplimiento por el hecho de no haberse constituido antes del plazo para su transposición, pero sí constituye un elemento deseable para garantizar lo que en definitiva es el objetivo de la Directiva: la prestación de un servicio de calidad. El Estado debería tutelar que los profesionales que colaboran en la prestación de todo servicio público cumplan con ciertos requisitos de titulación, formación y de experiencia. Máxime si se tiene en cuenta que la intervención en el procedimiento judicial de los traductores e intérpretes no es accesoria, si no que estos profesionales se convierten en elementos clave del correcto ejercicio de la función jurisdiccional por parte de jueces y magistrados.

Entendemos que la mención a los “listados” del artículo 124 se prevé precisamente por la ausencia de este Registro Oficial, que una vez creado necesariamente sustituirá a los actuales “listados”. La mención del artículo 124 también es algo vaga porque nos encontramos ante una cuestión de provisión de medios personales, materia de titularidad compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Administración de Justicia. El desarrollo de esos “listados” de traductores e intérpretes es dispar en los diferentes territorios. En algunas Comunidades se han creado Registros oficiales⁴, en otras existen

⁴ Es el caso de Cataluña, que dictó el Decreto Ley 8/2014 por el que se crea el Registro de traductores e intérpretes judiciales para su actuación ante los órganos judiciales con sede en Cataluña.

meros listados, y en la mayoría de los territorios se han suscrito convenios de colaboración con empresas o entidades que prestan servicios de traducción e interpretación y que son las encargadas de designar a los profesionales.

Podríamos interpretar que la creación futura de ese Registro Oficial sustituirá a estos modelos actuales de provisión de traductores e intérpretes. Sin embargo, lo que dice la Disposición final es que el acceso a este Registro servirá como habilitación para poder actuar como intérprete o traductor en los Tribunales de Justicia, es decir, un filtro obligatorio para poder formar parte de esos “listados” elaborados por la Administración. En este sentido, parece que la competencia para la creación del Registro sería estatal, pero sin perjuicio de la provisión de medios personales que compete a las Comunidades Autónomas con competencia transferida en materia de justicia.

Finalmente, la preocupación por garantizar la calidad de los traductores e intérpretes lleva al legislador a establecer que “cuando el Tribunal, el Juez o el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, aprecie que la traducción o interpretación no ofrecen garantías suficientes de exactitud, podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias y, en su caso, ordenar la designación de un nuevo traductor o intérprete. En este sentido, las personas sordas o con discapacidad auditiva que aprecien que la interpretación no ofrece garantías suficientes de exactitud, podrán solicitar la designación de un nuevo intérprete” (artículo 124.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

1.2.5 La renuncia a los derechos a la interpretación y traducción

La Directiva prevé la renuncia al derecho a la traducción en el artículo 3.8, supeditada a la condición de que el sospechoso o acusado haya recibido asesoramiento jurídico previo o haya tenido, de otro modo, pleno conocimiento de las consecuencias de su renuncia, y que la renuncia sea inequívoca y de carácter voluntario.

Esta previsión se transpone en el artículo 126 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite la renuncia a los servicios de traducción e interpretación salvo a los derechos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 123 (actuaciones en las que sea precisa la intervención o presencia del investigado o acusado, del derecho a ser asistido en las vistas orales y del derecho a la interpretación en juicio).

En todo caso, la renuncia deberá ser expresa y libre, y solamente será válida si se produce después de que el imputado o acusado haya recibido un asesoramiento jurídico suficiente y accesible que le permita tener conocimiento de las consecuencias de su renuncia. Esto hace incompatible las cláusulas de renuncia estereotipadas, incorporadas de manera automática a los modelos de declaración de detenidos e investigados⁵.

2. Transposición de la directiva 2012/13, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales

2.1. La Directiva 2012/13, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales

Esta Directiva Comunitaria se adoptó dentro de la medida B del “plan de trabajo” aprobado por resolución del Consejo Europeo de 30 de noviembre de 2009, para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales. Establece normas mínimas comunes de aplicación en lo que se refiere a la información sobre los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido una infracción penal, con vistas a mejorar la confianza recíproca entre los Estados miembros.

⁵ ORTEGA LORENTE, J.M. *Las Directivas 2010/64 y 2012/13 y su trasposición. Nuevos contenidos y garantías de los derechos de defensa. En especial a conocer la acusación, a entender y a ser entendido*. Ponencia del Curso organizado por el CGPJ “Derecho procesal europeo: Directivas de la UE y sus efectos en los procesos penales nacionales”. Madrid, 2016.

La Directiva se fundamenta en los derechos recogidos en la Carta Europea de Derechos Humanos, y en particular en sus artículos 6, 47 y 48, desarrollando lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del CEDH según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se establecen normas mínimas respecto a la información sobre los derechos de las personas sospechosas o acusadas, sin perjuicio de la información que se debe proporcionar sobre otros derechos procesales derivados de la Carta, el CEDH, el Derecho nacional y la legislación aplicable de la Unión según la interpretación de los órganos jurisdiccionales competentes. El objetivo de la Directiva es que las autoridades competentes informen a las personas sospechosas o acusadas, ya sea oralmente o por escrito, de los derechos previstos esenciales para salvaguardar un proceso justo. Y deberán hacerlo con prontitud durante el proceso y, a más tardar, antes del primer interrogatorio oficial de la persona sospechosa o acusada por parte de la policía o de otra autoridad competente, con el fin de que los derechos puedan ejercerse de manera práctica y efectiva.

En particular, la Directiva regula los derechos de los que debe ser informado todo sospechoso o acusado (artículo 3), los derechos en el momento de la detención (artículo 4) o los derechos en el marco del procedimiento de la orden de detención europea (artículo 5). También se regula el derecho de todo sospechoso o acusado a recibir información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido, y a todo detenido o privado de libertad sobre los motivos de su detención o privación de libertad (artículo 6). El derecho más problemático, como a continuación veremos, es el derecho de acceso a los materiales del expediente que contempla el artículo 7 de la Directiva.

2.2. Transposición a Derecho interno mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril

2.2.1 Los derechos básicos de información

La transposición de la citada Directiva se lleva a cabo por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De modo general, es el artículo 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal el que regula la información de derechos que ha de proporcionarse a “toda persona a quien se atribuya un hecho punible” y cualquiera que sea el estado procesal de la causa: “desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento”. Dice el precepto que se le instruirá de sus derechos “sin demora injustificada”, y en un “lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”.

Los derechos de los que todo investigado ha de ser informado sin demora para poder ejercitar su derecho de defensa son los siguientes:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.
- c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.

- e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.
- f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.
- g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.
- h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

El derecho a la información de los detenidos o presos se regula en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto ya contemplaba la información de derechos, pero con la transposición de la Directiva se completa su contenido:

- En primer lugar, se enfatiza la necesidad de informar de los derechos “en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata”.
- Se incluyen derechos que no estaban expresamente mencionados, como el derecho a la asistencia jurídica gratuita (también en transposición de la Directiva 2010/64).
- Se añade el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, que luego veremos.
- Y se incluye la información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

2.2.2 El derecho de acceso al expediente

La transposición de este derecho ha generado dudas y problemas en nuestra legislación, principalmente desde la perspectiva del acceso a los atestados policiales en el momento mismo de la detención policial.

De entrada, hay que partir de la distinción antes referida entre el artículo 118 y el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero de ellos se refiere a cualquier investigado o encausado en procesos criminales, mientras que el segundo se refiere a los detenidos. La distinción es muy importante desde el punto de vista de la Directiva comunitaria, pues el artículo 7 determina el contenido del derecho de acceso al expediente con esta misma distinción. Así, el artículo 7 de la Directiva comunitaria establece lo siguiente:

1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.
2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas.

Por su parte, el apartado 4 añade la posibilidad de establecer restricciones judiciales o sometidas a control judicial: *No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello*

no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial.

Creemos que una interpretación correcta de la Directiva no permite concluir que todo detenido, y su abogado, tengan necesariamente acceso a la totalidad del atestado en el momento mismo de la detención policial. La Directiva sólo obliga a facilitarle los *“documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad”*. En nuestra legislación, es el derecho que le otorga el artículo 520.2 d) Ley de Enjuiciamiento Criminal: derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

A nuestro juicio, este derecho no significa que al detenido, o a su abogado, haya que darle acceso a la totalidad del atestado policial, pues el atestado en su conjunto puede no ser un elemento necesario para impugnar la detención. Es perfectamente posible, y la Directiva ofrece un marco jurídico idóneo para ello, compatibilizar el derecho de defensa de todo detenido con la necesaria preservación de las investigaciones policiales en curso. El apartado 2 del artículo 7 Directiva establece que el momento *“a más tardar”* en el que ha de facilitarse al detenido el acceso *“a la totalidad”* de las pruebas materiales es el momento en que *“los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal”*. Es decir, que es perfectamente legítimo que nuestro legislador limite el acceso a *“la totalidad”* del atestado policial al momento en que el detenido es puesto a disposición judicial, y ya adquiere el concepto de investigado en causa judicial del artículo 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta entonces, la información puede limitarse a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención.

Sólo con esta interpretación adquiere sentido la previsión del artículo 527 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto prevé la posibilidad de privar al detenido o a su abogado del derecho a acceder a las actuaciones, *“salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención”*. No existe contradicción alguna con los artículos 118 y 520, sino plena concordancia. Lo que regula el artículo 527 es precisamente la posibilidad de que el Juez prive al detenido de sus derechos incluso cuando es puesto a disposición judicial. Es decir, que este precepto opera en realidad como restricción al acceso a la totalidad de las pruebas materiales que tiene todo investigado en virtud del artículo 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal (y de la Directiva comunitaria), y no tanto como límite a los derechos de la detención policial. El límite a la información del detenido en sede policial viene ya fijado por la Ley en los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención, de ahí que el artículo 527 no suponga restricción alguna en cuanto a los derechos en las situaciones policiales. Lo decisivo de este precepto es que restringe el derecho a la información por más tiempo, cuando el detenido pasa a disposición judicial.

No parece ser ésta la interpretación de la Directiva que realiza nuestro Tribunal Constitucional. La STC, Sala Segunda, de 30 de enero de 2017 otorga el amparo a dos detenidos por la denegación del acceso a su abogado de oficio al expediente policial. Después de considerar que la Directiva 2012/13/UE era aplicable desde la fecha en que expiró el plazo para su transposición hasta la entrada en vigor de la LO 5/2015, de 27 de abril, estima que se produjo una vulneración de derechos fundamentales por la negativa de las fuerzas policiales, y posteriormente del Juez

instructor en el procedimiento de *habeas corpus*, a facilitar al abogado de los detenidos el acceso a la totalidad del atestado policial. Razona el Tribunal Constitucional que “no había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso sólo se contempla por el apartado núm. 3 del art. 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1”. Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, en este caso la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar al abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio. La negativa sin justificación alguna del Instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de *habeas corpus* de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional se dicta antes de la transposición de la Directiva con el nuevo artículo 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que podríamos plantearnos si esta doctrina sirve también para la interpretación de nuestra nueva legislación. Rápidamente debemos concluir que sí. Como bien argumenta GÓMEZ JARA, si antes de la reforma la Directiva 2012/13 ya desplegaba efecto directo a favor de los justiciables, con mayor motivo debe interpretarse la actual legislación española conforme a dicha normativa europea⁶.

Ahora bien, creemos que en la Sentencia del Tribunal Constitucional no queda clara la cuestión que planteábamos. Es evidente que todo detenido y su abogado deben tener acceso – sin demora – a la información “esencial” para poder impugnar la legalidad de la detención. Es lo que exige la Directiva y nuestro artículo 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que puede discutirse es si han de tener acceso a “todo” el atestado policial en el momento mismo de la detención. Es decir, en la práctica ¿ha de facilitarse siempre y en todo caso al abogado una copia de todo el atestado o basta con darle acceso a los elementos de dicho atestado que se reputen esenciales para impugnar la legalidad de la detención⁷? Nuestra respuesta es que ni la Directiva ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal obligan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a entregar al abogado del detenido una copia del atestado policial en el mismo momento de la detención⁸. El acceso completo al atestado se proporcionará obligatoriamente cuando el detenido pase a disposición judicial, salvo que el Juez restrinja este derecho en virtud del artículo 527 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta entonces, lo que debe facilitarse al detenido y a su abogado es el acceso a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Claro, a continuación la pregunta obligada es qué se entiende por “elementos esenciales” para poder impugnar la legalidad de la detención. La Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, tras reconocer que el plazo de transposición de Directiva 2012/13/UE finalizó el 2 de junio de 2014, se aprobó por unanimidad la propuesta del Comité Técnico en el siguiente sentido:

⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes*. Diario La Ley, Nº 8930, Sección Doctrina, 28 de Febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

⁷ Así lo entiende RAMÍREZ ORTÍZ, para quien la STC no aborda el alcance del citado derecho de acceso, extremo de especial interés dada la diferente dicción literal contenida en los artículos 118.1.b) (“examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa”) y 520.2.d) (“elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la decisión”). Vid. más ampliamente sobre esta cuestión RAMÍREZ ORTÍZ, J.L. *La Directiva 2013/48 y su transposición. Nuevos contenidos del derecho a la asistencia letrada en la LO 13/2015. Especial análisis del derecho a la asistencia letrada en la fase de investigación policial*. Ponencia del Curso organizado por el CGPJ “Derecho procesal europeo: Directivas de la UE y sus efectos en los procesos penales nacionales”. Madrid, 2016.

⁸ Es de la misma opinión MARCHAL ESCALONA, A. N. *¿Entrega de copia del atestado al abogado en sede policial? Comentario de la STC de 30 de enero de 2017*. Diario La Ley, Nº 8932, Sección Tribuna, 2 de Marzo de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

“Se consideran elementos de las actuaciones policiales esenciales para impugnar la legalidad de la detención y que consisten únicamente en aquella información que sea fundamental para recurrir o valorar la pertinencia de la detención y que deben facilitarse al detenido o a su abogado las siguientes:

- a) Lugar fecha y hora de la detención.
- b) Lugar, fecha y hora de la comisión del delito.
- c) Identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resulten de los hechos.
- d) Indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo (indicios muy genéricos, ejemplo: reconocimiento por diversas personas pero si especificar quienes lo han reconocido; declaración de testigos sin especificar quienes son los testigos; huellas dactilares, etc)”.

Tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, el Comité Técnico de Policía Judicial acordó la publicación de las “Orientaciones⁹ para la práctica de las diligencias por la Policía Judicial”, entre las que recogen la referida interpretación que hizo la Comisión Nacional de Policía Judicial.

Nos parece defendible el criterio restrictivo de no dar acceso a la totalidad del expediente policial en el momento mismo de la detención. Pero el proceder defendido por la Comisión Nacional de Policía Judicial plantea serias dudas en cuanto al cumplimiento de lo ordenado por la Directiva comunitaria y por la propia Ley. No tanto porque el detenido se vea privado de información esencial para recurrir la detención, lo que generaría indefensión, sino más bien por el hecho de que se trate de una información de referencia, es decir, proporcionada por la propia Policía Judicial. El detenido no tiene “acceso” al expediente policial y a las pruebas materiales que allí constan, sino a una información tomada de aquel expediente y redactada en un documento separado. Es entendible porque permite tomar conocimiento de la información de manera más ágil y factible, de lo contrario la Policía Judicial debería mostrarle al detenido y a su abogado sólo aquellas partes y documentos del atestado que sean necesarias para impugnar la detención y ocultar aquellas otras que puedan comprometer la investigación policial. Pero se estima contrario al Derecho comunitario y a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regulan un derecho basado en el “acceso” directo a la información que no creemos que pueda limitarse a un formulario con casillas rellenables¹⁰.

Los elementos a que se refiere la Comisión de Policía Judicial pueden servir para proporcionar una información sobre la legalidad “formal de la detención”, esencial sin duda de cara a una posible impugnación. Pero debería profundizarse más en la legalidad material de la detención, es decir, todo lo relativo a los motivos que han llevado a la privación de libertad de una persona. Y para ello entendemos que debe facilitarse al detenido y a su abogado el acceso a aquellas diligencias o elementos que sirvan para acreditar indicios de su autoría y participación en un hecho delictivo: copia de la denuncia, declaraciones inculpatorias de testigos, informes policiales de exposición de hechos, imágenes y grabaciones, etc... Sin necesidad de que se facilite el acceso a otras diligencias que no sean relevantes para impugnar su detención y comprometan la investigación policial en curso, como información personal sobre víctimas o testigos, intervenciones telefónicas de terceros, entradas y registros todavía no practicados, oficios interesados al Juzgado pendientes de cumplimentar, ... En la práctica, en una gran mayoría de investigaciones policiales no habrá problema en facilitar el acceso a la totalidad del atestado, de modo que sería lo deseable para evitar cualquier reproche de inconstitucionalidad, pero en otros supuestos también habrá motivos más que justificados para negar al detenido y a su abogado el acceso a todo el expediente en sede policial, con pleno apoyo legal y constitucional.

⁹ Se publicaron como “Orientaciones” en la reunión del Comité de 24 de febrero de 2016, hasta su aprobación definitiva por la Comisión Nacional, a la espera de reunión.

¹⁰ En el mismo sentido ARAGONÉS SEIJO, S. y ALAMILLO ESTIVAL, A. *El acceso al atestado policial por el detenido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017*. Diario La Ley, Nº 8954, Sección Tribuna, 4 de Abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

Como corolario de todo lo anterior, podríamos extraer las siguientes conclusiones:

1º. Que el derecho de acceso al expediente (atestado) en sede policial por el detenido y su letrado no es absoluto, cabe limitarlo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención (artículo 520.2 d) Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2º. Que el citado derecho no supone que haya de facilitarse siempre y en todo caso al abogado una copia de todo el atestado policial.

3ª. Que el acceso al atestado policial sin limitaciones se procurará en el momento en que el detenido pase a disposición judicial (artículo 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal), salvo que el propio Juez o Tribunal restrinja este derecho a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la detención (artículo 527 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

4º. Que, no obstante, el derecho de acceso al atestado policial no puede limitarse a una información de referencia mediante formularios estereotipados. Debe facilitarse un acceso directo a las diligencias o elementos del estado que permitan al detenido y a su abogado tomar conocimiento de los hechos y los motivos que han llevado a su detención, a fin de poder impugnarla en ese mismo momento.

3. La directiva (UE) 2016/343, del parlamento y del consejo, de 9 de marzo. presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio

La promulgación de la Directiva (UE) 2016/343 se enmarca en la línea de armonización expansiva que tiene como hitos los programas de Tampere, de la Haya y de Estocolmo¹¹, y cuya hoja de ruta se estableció en la Resolución de 30 de noviembre de 2009, del Consejo, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales¹². En esta resolución se fijó la actuación en los seis derechos recogidos en el Anexo¹³, en cuyo ámbito se promulgaron las Directivas antes analizadas; en el apartado 2 de la resolución se contemplaba la posibilidad de que estos derechos pudieran complementarse con otros. En virtud de dicha previsión se aborda en la Directiva de 2016 el reforzamiento de determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en juicio. Estas garantías esenciales reguladas en la Directiva, aunque se incluyen en el ámbito más amplio del derecho a un juicio justo, se enmarcan en derechos fundamentales de distinta naturaleza y su incorporación obedece a razones diferentes.

(i) *Presunción de inocencia*. En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, se trata de un derecho que presenta diferentes facetas¹⁴. En una primera aproximación, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH, el principio de presunción de inocencia presenta las siguientes vertientes: 1) el derecho a no ser públicamente presentado como condenado por las autoridades públicas antes de la sentencia firme; 2) la atribución de la carga de la prueba a la acusación y del beneficio de cualquier duda razonable al acusado 3) el derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan; y 4) de forma conexa con el derecho a un juicio justo, por el derecho

¹¹ Tras el Tratado de Ámsterdam de 1997, los instrumentos marco en los que se ha basado la competencia legislativa de las instituciones europeas en materia penal y procesal penal, han sido tres: el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999; el Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004; y el Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo de 10 y 11 diciembre de 2009.

¹² Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 (2009/C 295/01; DOUE 4 diciembre 2009).

¹³ En el Anexo se incluyen los derechos a traducción e interpretación; información sobre derechos e información sobre los cargos; asesoramiento jurídico y justicia gratuita; comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables; y Libro Verde sobre la detención provisional.

¹⁴ La presunción de inocencia, si bien en principio es un derecho reaccional o pasivo, definido como la presunción *iuris tantum* de inculpabilidad del sujeto pasivo del proceso penal, adquiere un carácter transversal en su vertiente de regla de juicio, en tanto que derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, basada en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto a los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, y cuyo resultado permita desvirtuar la verdad interina de inculpabilidad de que goza el acusado.

a no autoinculparse, el derecho a no cooperar, el derecho a guardar silencio y a no estar sujeto a prisión preventiva¹⁵.

De acuerdo a dicho contenido, la Directiva aborda gran parte de los aspectos de la presunción de inocencia, en tanto que otros ya habían sido incorporados a la regulación de las Directivas precedentes, singularmente en la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales

La regulación de estos aspectos del principio de presunción de inocencia afectan a garantías estructurales del proceso penal, de manera que la finalidad esencial de la regulación es el reforzamiento del principio de confianza recíproca mediante la incorporación en la legislación procesal penal de los Estados miembros de unas medidas y normas mínimas comunes establecidas en la Directiva que permitan la plena vigencia del derecho a un juicio justo.

(ii) *Derecho a estar presente en el juicio.* En cuanto a la segunda de las garantías objeto de la Directiva -derecho a estar presente en el juicio-, su regulación obedece a los mismos fines de reforzamiento de la confianza recíproca, pero su incorporación está influenciada por los conflictos interordinamentales planteados como consecuencia de la aplicación de la euro-orden y que derivan principalmente de las diferencias de regulación de las garantías de los acusados en los Estados miembros, y de la proyección del estándar de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁶.

El tratamiento de las sentencias en rebeldía en el proceso penal es asimétrico en los ordenamientos europeos. En términos generales, las diferencias sustanciales responden a la consideración de la presencia del acusado en juicio como un derecho renunciabile, al ámbito de aplicación de la renuncia y a la respuesta de cada ordenamiento a la disyuntiva que se plantea entre garantías del acusado y eficacia del sistema penal. En el caso de que el ordenamiento procesal exima al acusado de la obligación de asistir a juicio, la sentencia en ausencia puede producirse con independencia de la gravedad del delito y pena solicitada, a salvo de determinadas excepciones, lo cual está regulado en diferentes países del ámbito de la UE¹⁷; por el contrario, en el caso de que la presencia en juicio sea obligatoria para el acusado, la sentencia en rebeldía sólo puede dictarse cuando concurren determinadas circunstancias, generalmente ligadas a la menor entidad de la pena solicitada¹⁸.

En esta dispar regulación comparada tiene su origen la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español en el Auto de fecha 9 de junio de 2011¹⁹ que dio lugar a la conocida STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2013 (caso Melloni). El Tribunal Constitucional planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea tres cuestiones prejudiciales -una de validez y dos de interpretación- en relación con el art. 4.bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio, relativa a la orden europea de detención y entrega²⁰, cuestionando la validez de la prohibición, dirigida a las autoridades judiciales nacionales del Estado requerido en los supuestos precisados en el citado art. 4.bis, de someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado; en caso de ser válida dicha prohibición, el TC cuestionaba si el art. 4bis, apartado 1, era compatible con los arts.

¹⁵ Esta síntesis de la jurisprudencia del TEDH se recoge en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales, (COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD), apartado 1.14).

¹⁶ GORDILLO PÉREZ, L.I.; TAPIA TRUEBA, A. *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*. Revista Constitucional de Derecho Europeo. Núm. 22. 2014, pág. 248.

¹⁷ Así, en Italia, el acusado no está obligado a asistir al juicio, salvo en determinadas circunstancias: por ejemplo, para una rueda de reconocimiento; incluso puede limitarse a comparecer en algunas de las audiencias si el juicio se prolonga en varias sesiones; si incomparece, aunque solo sea una vez, el tribunal puede dictar sentencia en rebeldía. En Holanda, también se configura la asistencia a juicio como un derecho del acusado, que puede ser renunciado.

¹⁸ Es el caso del proceso penal español, o el caso de Alemania o Francia.

¹⁹ ATC 86/2011, de 9 de junio.

²⁰ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio, relativa a la orden europea de detención y entrega, modificada por la Decisión Marco 2009/299, del Consejo, de 26 de febrero.

47 y 48.2 de la CEDF y, en su caso, si el artículo 53 de la CEDF, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la CEDF, permitía a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni, dictada por la Gran Sala, afirmó la validez del artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, así como su compatibilidad con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la CEDF, y entendió que el artículo 53 de la CEDF debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución interna.

Esta respuesta llevó al Tribunal Constitucional a desestimar el recurso de amparo en el que se planteó dicha cuestión prejudicial en la STC 26/2014, de 13 de febrero, para lo cual hubo de revisar la doctrina constitucional establecida desde la STC 91/2000, a la luz de las normas internacionales y de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, afirmando que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado.

Sin duda, la cuestión más controvertida es el alcance de la denominada “cláusula suelo” del art. 53 de la CEDF²¹ y sobre la posibilidad de que las autoridades judiciales nacionales apliquen estándares constitucionales de mayor protección que el reconocido en el Derecho de la Unión. La controversia se expresa de forma divergente en los tres votos particulares emitidos contra la citada STC 26/2014²² en el sentido de que la Sentencia mayoritaria no abordó la cuestión nuclear cual es el alcance de la primacía del Derecho de la Unión cuando están comprometidos niveles internos de mayor protección de los derechos fundamentales. En este punto, la Sentencia mayoritaria no se funda en la primacía del Derecho de la Unión, por lo que, implícitamente, el Tribunal Constitucional no se desapodera en su función de tutela del derecho fundamental interno, de manera que subsiste la incógnita sobre las consecuencias que se derivarían en la hipótesis de que el estándar de protección mínimo que pudiera entrar en conflicto con el Derecho de la Unión.

Esta cuestión relativa al nivel de protección de los derechos fundamentales nacionales no es nueva, y ya se había planteado ante el Tribunal Constitucional alemán en las decisiones Solange I y Solange II. En un primer momento, el Tribunal Constitucional alemán dio preferencia a los derechos fundamentales nacionales, negando la primacía de un reglamento de la CE (decisión Solange I, 1974); sin embargo, en la decisión Solange II (1986), el Tribunal alemán renunció a

²¹ El artículo 53 de la Carta establece el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE en los siguientes términos: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”: la traslación de esta previsión se recoge en el art. 13 la Directiva 2016/343 al enunciar el principio de no regresión (v.gr. “ninguna disposición de esta Directiva se interpretará en el sentido de limitar o derogar los derechos o garantías procesales que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH y de otras disposiciones pertinentes del Derecho Internacional o del Derecho de cualquier Estado miembro que garantice un nivel de protección más elevado”).

²² Los Votos particulares, de distinto signo, fueron emitidos por la Excm. Sra. D^a Adela Asua, la Excm. Sra. D^a Encarnación Roca y el Excmo. Sr. D. Andrés Ollero.

aplicar los derechos fundamentales en clave interna, con el argumento que se habían desarrollado en el ámbito comunitario por la labor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que este nivel de protección era suficiente y equivalente a las normas de protección de la Ley Fundamental de Bonn. Este criterio se ha seguido en otras decisiones posteriores del Tribunal alemán, como la decisión de Maastricht de 12 de octubre de 1993, con el importante matiz de que el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado reiteradamente que goza de competencia exclusiva para examinar si una norma, aunque sea comunitaria, cumple el estándar de protección mínimo interno de los derechos fundamentales.

En nuestro ámbito, el Tribunal Constitucional español ha mantenido una postura con ciertas analogías, reflejada en la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2004, de 13 diciembre, dictada en Recurso núm. 6603/2004, reservándose, en última instancia, la competencia para abordar los problemas de constitucionalidad que se pudieran suscitar si no se resolvieran por los cauces previstos en el ámbito de la Unión Europea. La doctrina recogida en la STC 26/2014, pese a no entrar expresamente en la cuestión, sí permite advertir que son posibles conflictos aplicativos si se apreciara que el Derecho de la Unión no ofrece unos mínimos de protección del derecho fundamental interno en conflicto o, dicho en otras palabras, el conflicto puede surgir cuando el Derecho de la Unión afecte no sólo al ámbito de la “sobrepotección” del derecho fundamental, sino que también alcance a la “protección básica” según la doctrina constitucional interna.

En esta situación, parecía oportuno elevar los estándares comunes de protección del Derecho de la Unión, con la finalidad de evitar conflictos aplicativos por la posible prevalencia del nivel de protección mínimo o básico del derecho fundamental interno que se infiere de la doctrina de algunos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, al menos en aquellos temas en que puede producirse mayor controversia como sin duda lo es en la ejecución de la orden europea de detención en los casos de condenados en ausencia.

A continuación se analiza el contenido de la Directiva de 2016 distinguiendo los dos ámbitos de aplicación anunciados -presunción de inocencia y juicio en ausencia- y examinando las cuestiones que plantea en el ámbito interno.

3.1 La presunción de inocencia

3.1.1 La regulación en la Directiva 2016/343

El primero de los bloques de regulación de la Directiva 2016/343 es el relativo al reforzamiento del derecho a la presunción de inocencia, que se recoge en el Capítulo 2 de la Directiva, artículos 3 a 7.

El ámbito de aplicación viene definido en el art. 2 de la Directiva y se concreta, desde el punto de vista subjetivo, a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales, de manera que quedan excluidas las personas jurídicas de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE y por entenderse prematuro legislar a escala de la Unión sobre la presunción de inocencia de las personas jurídicas²³.

Desde el punto de vista objetivo, la regulación es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión. Ello implica en principio que la regulación de la Directiva no alcanza a los procedimientos sancionadores ni a la inves-

²³ La exclusión de las personas jurídicas del ámbito de aplicación de la Directiva de 2016 se justifica en los considerandos 13 a 15 en los que hace expresa salvedad de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas en los términos establecidos en el CEDH y según la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia. En el ámbito interno, la jurisprudencia ha afirmado claramente la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, pudiendo citarse la STS de 29 de febrero de 2016 (Ponente Excmo.Sr. Maza Martín) que traslada las garantías constitucionales establecidas a favor de las personas físicas a las personas jurídicas sospechosas o acusadas en el proceso penal.

tigación pre-procesal; sin embargo, la vertiente de la presunción de inocencia como regla de juicio determina que la existencia de vulneraciones en sede de procedimientos sancionadores o en investigaciones previas puedan tener trascendencia si se incoa un proceso penal ulterior, cuando las pruebas hayan sido obtenidas con infracción de las reglas constitucionales en el caso de que exista conexión de antijuridicidad²⁴.

Para delimitar el contenido de la presunción de inocencia, debe tomarse como punto de partida el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la interpretación llevada a cabo por el TEDH, puesto que el mismo es un marco de referencia a la hora de legislar en materia de derechos fundamentales, tanto a nivel interno como de la propia UE²⁵, si bien el texto final de la Directiva de 2016 ha rebajado sustancialmente la referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH a la vista del Dictamen del TJUE sobre la posible incompatibilidad del sistema con el Derecho de la Unión²⁶.

La regulación de los arts. 3 a 7 de la Directiva de 2016 se ajusta a la delimitación de la presunción de inocencia realizada por el TEDH: Así, tras realizarse una definición genérica en el art. 3 de la Directiva (v.gr. *los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley*), se aborda la regulación de aspectos que afectan: A) a su vertiente externa (arts. 4 y 5), B) al núcleo esencial de la presunción de inocencia (art. 6, carga de la prueba) y C) a su dimensión procesal como regla de juicio (art. 7).

A) Vertiente externa

Los arts. 4 y 5 de la Directiva de 2016 regulan determinados aspectos relativos a la vertiente externa del derecho a la presunción de inocencia que son: (i) las referencias públicas a la culpabilidad (art. 4); y (ii) la presentación de sospechosos o acusados (art. 5).

(i) *Referencias públicas a la culpabilidad.* El art. 4 de la Directiva establece las siguientes medidas a adoptar por los Estados miembros para garantizar que no se vulnere la vertiente externa de la presunción de inocencia: 1) deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable; todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo; 2) debe disponerse de medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables; en particular, los sospechosos o acusados deben disponer de vías efectivas de recurso de conformidad con el artículo 10; y 3) la obligación establecida en el apartado 1 no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público.

²⁴ En el ámbito interno, la doctrina constitucional viene afirmando que la posibilidad de valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada, y sólo si existiera dicha conexión procede el análisis de la conexión de antijuridicidad, cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada (por todas, STC 28/2002, de 11 de febrero). La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada lo que corresponde examinar a los Jueces y Tribunales ordinarios.

²⁵ LÓPEZ JARA. M. *La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal.* Diario La Ley, Nº 8540, Sección Doctrina, 15 de Mayo de 2015.

²⁶ El Dictamen del TJUE 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, concluye que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH no es compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión. Este Dictamen se emite en el periodo temporal que transcurre entre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales, (COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD) y la aprobación de la Directiva 2016/343. De ahí que se supriman algunas de las referencias expresas a la jurisprudencia del TEDH como definidoras del contenido de los derechos fundamentales objeto de la Directiva, si bien es indudable que la legislación de la Unión toma como referencia el CEDH y la interpretación realizada por el TEDH.

(ii) *Presentación de sospechosos o acusados.* El art. 5 de la Directiva se refiere fundamentalmente al uso de medios de coerción física para la presentación de los sospechosos o acusados, disponiendo: 1) los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física; y 2) se hace la salvedad en el caso que la coerción física sea necesaria por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas.

La armonización de las legislaciones en la vertiente externa de la presunción de inocencia regulada en los arts. 4 y 5 de la Directiva, responde a los parámetros establecidos en la jurisprudencia del TEDH sobre esta faceta del derecho fundamental. El TEDH viene afirmando que el principio de presunción de inocencia, consagrado en el apartado 2 del artículo 6 del CEDH, figura entre los elementos del proceso penal equitativo que exige el apartado 1 de la misma disposición y que no se limita a ser una mera garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y requiere que ningún representante del Estado o autoridad pública declare que una persona es culpable de un delito antes de que su culpabilidad haya sido legalmente establecida por un tribunal. Desde el punto de vista subjetivo, la vulneración de la presunción de inocencia puede emanar no solamente de un Juez o un Tribunal sino también de otros funcionarios del Estado²⁷.

La STEDH de 11 de octubre de 2016²⁸ precisa la doctrina sobre las referencias públicas a la culpabilidad al expresar que el artículo 6.2 CEDH impide a los funcionarios declarar a una persona culpable antes de la condena por un tribunal; los funcionarios pueden hablar al público sobre las investigaciones criminales, por ejemplo, informar sobre sospechas, detenciones y confesiones, si lo hacen discretamente y con comedimiento, subrayando que la elección de las palabras es importante.

En cuanto a la presentación de los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, la Directiva pretende evitar la presentación en condiciones tales que den la impresión de que esas personas son culpables (v.gr. vistiendo indumentaria de preso), así como el uso de medios de coerción física tales como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas²⁹. En este punto, el TEDH se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, si bien en el ámbito del art. 3 del CEDH (v.gr. prohibición de trato inhumano y degradante)³⁰.

B) Carga de la prueba

El art. 6 de la Directiva se refiere al aspecto nuclear del principio de presunción de inocencia que es el de carga de la prueba, complementado por dos aspectos adicionales que alcanzan a la garantía de imparcialidad y defensa y a las reglas de valoración de la prueba.

La regla general enunciada en el art. 6 de la Directiva es que los Estados miembros deben garantizar que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta regla general se complementa con dos garantías adicionales: (i) la garantía de imparcialidad y defensa, como es la obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable; y (ii) la garantía de “in dubio pro reo”, de

²⁷ STEDH 28 junio 2011.(Caso Lizaso Azconobieta contra España, TEDH 2011\58) con cita de las Sentencias *Allenet de Ribemont* contra Francia de 10 febrero 1995 (TEDH 1996, 36), *Viorel Burzo* contra Rumanía, núms. 75109/2001 y 12639/2002, ap. 156, 30 junio 2009 (JUR 2009, 288407); *Moulet* contra Francia (dec.), núm. 27521/2004, 13 septiembre 2007.

²⁸ Caso *Turyev* contra Rusia; TEDH 2016\90

²⁹ Considerandos 20 y 21 de la Directiva.

manera que cualquier duda sobre la culpabilidad ha de beneficiar siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto.

La garantía “in dubio pro reo” se proyecta sobre la carga de la prueba, de manera que la condena ha de fundarse en una regla de juicio que permita llegar a la convicción “más allá de cualquier duda razonable” como equivalente a la construcción de un discurso racional justificativo de la condena que pueda resistir cualquier intento de refutación³¹.

En materia de carga de la prueba, el TEDH viene afirmando que las garantías de un proceso justo determina la necesidad de que los miembros del Tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa; que el peso de la prueba recae sobre el Ministerio Fiscal, y cualquier duda debe beneficiar al acusado. Por tanto, se vulnerará la presunción de inocencia cuando el peso de la prueba se traslade de la acusación a la defensa³².

C) Derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo

Uno de los aspectos más relevantes conexos con el derecho a la presunción de inocencia es el de la garantía de no autoincriminación que resulta contemplada en el art. 7 de la Directiva al regular el derecho de los sospechosos y acusados a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

El art. 7 de la Directiva establece en los apartados 1 y 2 la obligación de los Estados miembros de garantizar que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse y a no declarar contra sí mismos. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se puede utilizar en su contra ni se considerarse prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate (apartado 5).

Un primer matiz al ejercicio de este derecho se recoge en el apartado 3 cuando se dispone que el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados.

Una segunda especialidad es la compatibilidad entre la garantía de no autoincriminación con la atenuación de la pena por cooperación o arrepentimiento. El apartado 4 del art. 7 establece los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados.

Finalmente, el apartado 6 del art. 7 contempla la facultad de los Estados miembros, en el ámbito de las infracciones leves, de decidir la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

La regulación del art. 7 de la Directiva traslada los criterios interpretativos del TEDH sobre la garantía de no autoincriminación que resultan sintetizados en la STC 54/2015, de 16 de marzo,

³⁰ Vid. STEDH de 31 de enero de 2017 (Caso Vorontsov y Otros contra Rusia, TEDH 2017\12) que recoge la jurisprudencia en la materia por violación del artículo 3 del Convenio (Svinarenko y Slyadnev (JUR 2014, 198158), op. cit., apartados 122-39, y Urazov contra Rusia (JUR 2016, 137383), núm. 42147/05, apartados 81-83, 14 de junio de 2016), en un caso de confinamiento de los acusados en jaulas de metal en las salas de juicio.

³¹ Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, CAMARENA GRAU. S. *La Directiva 2016/343. Los retos de la trasposición. Cómo debe y puede proteger la inocencia en el proceso penal. El derecho a asistir a juicio de la persona acusada*. Ponencia del Curso organizado por el CGPJ “Derecho procesal europeo: Directivas de la UE y sus efectos en los procesos penales nacionales”. Madrid, 2016.

³² STEDH 20 marzo 2001 (Caso Telfner contra Austria; TEDH 2001\225) con cita de las Sentencias Barberà, Messegué y Jabardo contra España, de 6 diciembre 1988 (TEDH 1988,) y John Murray contra el Reino Unido, de 8 febrero 1996 (TEDH 1996, 7).

cuando expresa: “conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ‘aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular –ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la “persona acusada”. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y a asegurar los fines del artículo 6”³³.

3.1.2 La situación interna

Como se ha examinado, los aspectos de la presunción de inocencia abordados en los artículos 3 a 7 de la Directiva tienen una clara conexión con la definición de juicio justo en el CEDH y con su desarrollo jurisprudencial por el TEDH, por lo que se trata de principios y garantías ya interiorizadas ampliamente en la legislación y jurisprudencia españolas, además de que el ámbito de aplicación de la Directiva incluye un amplio sector coincidente con derechos fundamentales expresamente reconocidos en el art. 24.2 de la CE como son el derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

Por tanto, los aspectos regulados en los arts. 6 y 7 de la Directiva están recogidos tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial internos, incluso con niveles de sobreprotección en relación a los fijados como mínimos en la Directiva comunitaria.

Así, en cuanto a la carga de la prueba, el ordenamiento interno expresa inequívocamente la verdad interina de inculpabilidad de toda persona sujeta a un proceso penal, con las garantías adicionales recogidas en el art. 6 de la Directiva, las cuales se encuentran contempladas desde el mismo momento en que se promulgó la LECrim a finales del siglo XIX. En relación a la posición estructural del juez y demás partes públicas, el art. 2 de la LECrim, desde su redacción originaria, contiene un mandato dirigido a todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal para que cuiden de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo. El principio “in dubio pro reo” tiene asimismo un amplio desarrollo en la normativa penal y procesal, habiéndose expresado reiteradamente por la doctrina constitucional su íntima relación con el derecho a la presunción de inocencia³⁴.

En relación al derecho del acusado al silencio y a no declarar contra sí mismo, el rango de derecho fundamental de estos derechos ha determinado un amplio desarrollo en la normativa procesal, garantizándose el derecho del acusado a guardar silencio y a no autoinculparse, por lo que es posible que se acoja a este derecho y exprese su voluntad de no contestar a las preguntas que le formule alguna o algunas de las partes, sin que ello tenga una proyección peyorativa en la valoración de la prueba en los términos que viene a recoger el art. 7.5 de la Directiva de 2016. Precisamente, uno de los conflictos más importantes que se plantean es la posible influencia del silencio en la valoración de la prueba, en los casos en que el resto de la prueba practicada reclama de una explicación del acusado sobre la forma en que se produjeron los hechos; en este punto, la jurisprudencia interna ha venido limitando la influencia del silencio en contra del acusado a los supuestos en que no da una versión explicativa de los hechos que se acreditan con la práctica de la prueba de cargo³⁵. En términos más taxativos, la STS

³³ En la referida STC 54/2015 se citan las STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Wehc. Austria, § 39.

³⁴ El TC viene poniendo de manifiesto la conexión del principio “in dubio pro reo” con la presunción de inocencia desde sus primeras sentencias (SSTC 31/1981 y 13/1982). Matizando que el principio in dubio pro reo sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

³⁵ Las SSTC 137/1988, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio, con invocación de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Murray, de 8 de febrero de 1996 (TEDH 1996, 7), § 51) expresan que el silencio de los acusados, en ejercicio de su derecho fundamental a no declarar, solo podría ser utilizado como indicio complementario de su culpabilidad “cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”.

686/2016 de 26 de julio³⁶ afirma que “el mero silencio no es más que ejercicio de un derecho procesal fundamental; nunca un indicio de cargo”, por lo que “la suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible”. Por tanto, sólo cuando concurre prueba de cargo “suficiente” para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado.

Del mismo modo, en clave interna, existe un estándar elevado de protección en materia de garantía de no autoincriminación, la cual se considera estrechamente relacionada con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta³⁷. La garantía de no autoincriminación constituye un obstáculo para la aceptación de pruebas cuando han sido obtenidas con vicios en el consentimiento del acusado, cuando éste actúa como fuente de legitimación constitucional de la injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales, lo que se ajusta asimismo a las garantías que se establecen en el art. 10 de la Directiva.

La zona de mayor incertidumbre normativa en el ámbito interno es la referida a la vertiente externa de la presunción de inocencia, donde existen parcelas no reguladas y prácticas diversificadas. En principio, la jurisprudencia constitucional reconoce esta vertiente externa de la presunción de inocencia, expresando que opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo³⁸. A nivel normativo, las prescripciones sobre declaraciones públicas de autoridades y funcionarios, así como sobre presentación de sospechosos y acusados son escasas, por lo que se trata de un ámbito material que parece que deberá ser objeto de una especial atención a la hora de dictar normas para la transposición de la Directiva.

3.2 Derecho a estar presente en el juicio

3.2.1 Antecedentes y regulación de la Directiva 2016/343

El Capítulo 3 de la Directiva 2016/343, artículos 8 y 9, establece las condiciones mínimas para garantizar el derecho del sospechoso o acusado a estar presente en el juicio, cuyo ámbito de aplicación se limita a las personas físicas conforme a la disposición general establecida en el art. 2 de la Directiva.

Este derecho a estar presente en juicio se enmarca dentro del derecho de defensa reconocido en el art. 47.2 y 48 de la CEDF, en la línea ya expresada en los Convenios Internacionales y, más concretamente, en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo 6 de la CEDH de 4 de noviembre de 1950 y artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York en 16 de diciembre de 1966. La garantía del acusado de su presencia en el juicio implica, desde la perspectiva inversa, la necesidad de regular los requisitos y condiciones en que pueda celebrarse el juicio en su ausencia sin vulneración de este derecho fundamental.

A nivel de principios, tanto en las normas internacionales como en los ordenamientos comparados, se parte armónicamente de la consideración de que el derecho a estar presente en el juicio no es absoluto, por lo que, en determinadas circunstancias, los sospechosos y acusados pueden renunciar a ese derecho, de manera expresa o tácita, pero siempre inequívoca³⁹.

En el ámbito internacional, el establecimiento de unas normas mínimas para la celebración del juicio en ausencia se abordó en el Consejo de Europa en la Resolución del Comité de Ministros

³⁶ Ponente Excmo. Sr. Del Moral García.

³⁷ STC 161/1997, de 2 de octubre.

³⁸ Vid. STC 109/1986, de 24 de septiembre.

³⁹ Este mismo principio se recoge en el considerando 35 de la Directiva 2016/343.

(75) 11, de 21 de mayo de 1975, sobre “criterios a seguir en el procedimiento en ausencia del inculpado”. En síntesis, en la citada Resolución se establecía, con el carácter de reglas mínimas para el juicio en ausencia: (i) que el acusado haya sido citado en tiempo hábil que le permita comparecer y preparar su defensa, y que se garantice la intervención de su defensor en el juicio; (ii) que la citación debe precisar las consecuencias de la eventual ausencia del sospechoso o acusado en el juicio; (iii) la garantía de notificación de sentencia, a partir de cuyo conocimiento efectivo por el condenado empiezan a correr los plazos del recurso; y (iv) la garantía de recurso, a través de los remedios genéricos y, específicamente, a través del recurso de recurso de nulidad en caso de que la incomparecencia al juicio fuera debida a causas involuntarias.

Posteriormente, en el mismo ámbito del Consejo de Europa, se dictó la Recomendación del Comité de Ministros (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, “sobre simplificación de la Justicia Penal”, donde se acuerda recomendar a los Estados a los Estados miembros “que consideren la posibilidad de permitir a los órganos judiciales sentenciadores, al menos por lo que se refiere a las infracciones menores y teniendo en cuenta la naturaleza de la pena que pudiera imponerse, que celebren la vista y dictaran sentencia en ausencia del inculpado, siempre que éste haya sido debidamente informado de la fecha de la vista y de su derecho a hacerse representar por un abogado o de cualquier otra manera”⁴⁰.

Los artículos 8 y 9 de la Directiva regulan las condiciones de celebración del juicio en ausencia en términos similares a los de la Resolución de 1975, si bien sin limitar la celebración a los supuestos de infracciones menores o en los que la pena no supere determinados límites.

Las condiciones mínimas que genéricamente posibilitan la celebración del juicio en ausencia son las establecidas en el art. 8.2 de la Directiva: (i) el sospechoso o acusado ha de ser oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia, y (ii) el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, debe estar formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado.

Las garantías mínimas básicas se recogen en el art. 8.4 y 9 de la Directiva y son las siguientes: (i) notificación personal de la resolución y posibilidad de impugnarla o de solicitar un nuevo juicio; y (ii) derecho a un nuevo juicio si no se cumplen las condiciones del art. 8.2 con la presencia y participación efectiva de los acusados.

El cumplimiento de estas condiciones determina la posibilidad de que el Estado pueda ejecutar la sentencia o resolución condenatoria, ya sea porque se cumplen las condiciones del art. 8.2 de la Directiva (cfr. art. 8.3), ya sea porque, sin cumplirse, se han invertido los esfuerzos razonables para la localización del sospechoso o acusado con la garantía de utilizar los medios de impugnación ordinarios y el de instar la celebración de un nuevo juicio (cfr. art. 8.4 y 9).

Esta regulación tiene conexión con el art. 4.bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modificó la Decisión Marco de 2002 relativa a la orden europea de detención, la cual presenta un contenido homogéneo con las condiciones y garantías del juicio en ausencia, pero éstas son ahora establecidas con carácter de mínimo en la Directiva de 2016. Asimismo, como se ha destacado anteriormente, la regulación tiene relación con la conflictividad surgida a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español en 2011 y resuelta en la ya citada STJUE de 26 de febrero de 2013, caso Melloni. Tras la determinación de las normas mínimas por la Directiva, las legislaciones internas deben sujetarse a dichas exigencias concretadas, por una parte, en el establecimiento de los requisitos para la celebración del juicio en ausencia y, por otra parte, en la previsión de los oportunos sistemas de impugnación para revisar lo hecho en ausencia, entre los cuales se halla específicamente el recurso de nulidad o anulación.

⁴⁰ Recomendación 3, B, 3.

En este nuevo escenario de normas mínimas, la cuestión que se plantea es si las facultades de control de las autoridades judiciales nacionales del Estado requerido resultan modificadas a la luz de la regulación de la Directiva de 2016 en el ámbito de la orden europea de detención. El artículo 4 bis de la Decisión Marco de 2009 tenía una vocación codificadora en los casos de juicio en ausencia, de manera que recogía los supuestos en los que el sujeto ha renunciado a su derecho de defensa, por lo que no se puede ni denegar ni condicionar la entrega alegando ese derecho (letras a) y b) del art. 4.bis, apartado 1) y, por otra parte, contemplaba los supuestos en los que la persona tiene derecho a un nuevo juicio o a un recurso, porque se entiende que en esos supuestos sí se ha podido producir la vulneración del derecho de defensa, ya que el sujeto no ha renunciado al mismo (letras c) y d), del art. 4.bis, apartado 1). La STUE de 26 de febrero de 2013, dictada en el caso Melloni, deja claro que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 no atribuye a los Estados miembros la facultad de denegar la ejecución de una orden de detención europea cuando el interesado se halla en alguno de los cuatro supuestos enumerados en dicho precepto.

Sin embargo, la promulgación de la Directiva 2016/343 implica que, una vez finalizado el plazo de transposición, los ordenamientos de los Estados miembros han de ajustarse al estándar de protección derivado del Derecho de la Unión, que es el establecido en la Directiva. Por tanto, y en el ámbito de la orden europea de detención, debe entenderse que la autoridad nacional requerida de ejecución está facultada para examinar si se cumple el estándar mínimo de protección del Derecho de la Unión en los términos en que resulta definido en la Directiva, siempre y cuando no se afecte a los postulados del principio de confianza recíproca.

De esta forma, y finalizado el plazo de transposición de la Directiva (v.gr. 1 de abril de 2018), la autoridad nacional de ejecución podría en hipótesis examinar si el ordenamiento de la autoridad requirente se ajusta al nivel de protección establecido en la Directiva de 2016, singularmente en lo relativo a la existencia de vías efectivas de recurso en caso de vulneración de los derechos establecidos en la Directiva para la celebración del juicio en ausencia (cfr. art. 10.1 de la Directiva). Esta hipótesis de control no tiene como objeto determinar si la autoridad requirente ha cumplido en concreto las garantías aplicativas, lo cual queda extramuros del control de la autoridad requerida por la vigencia del principio de reconocimiento mutuo, sino que su objeto sería el control abstracto de los derechos garantizados por el ordenamiento procesal de la autoridad requirente, a fin de que se ajusten al estándar mínimo de protección en el ámbito de la Unión ahora definido en la Directiva de 2016.

La regulación de la Directiva de 2016 se completa con los supuestos específicos de expulsión temporal y de procesos penales de tramitación escrita. El apartado 5 del art. 8 de la Directiva contempla la posibilidad de que las normas nacionales dispongan que el juez o el tribunal competente pueda excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado cuando sea necesario para asegurar el curso adecuado del proceso penal, siempre que se respete el derecho de defensa. Por su parte, el art. 8.6 de la Directiva contempla la posibilidad de que las normas nacionales, en los procedimientos, o fases de los mismos, de tramitación escrita, puedan contemplar la ausencia del sospechoso o acusado, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

3.2.2 La situación interna

En el ámbito interno, la regulación española sobre la presencia del acusado en el juicio no presenta problemas de encaje con la Directiva de 2016, puesto que tradicionalmente nuestro ordenamiento ha sido reacio a la celebración del juicio en ausencia, y sólo se abordó una regulación de relativa amplitud para infracciones menores en la reforma de la LECrim operada por La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ajustando la regulación al derecho de defensa y las garantías procesales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, y siguiendo las normas mínimas y recomendaciones contenidas en los diferentes instrumentos internacionales, singularmente, las ya citadas Resolución número (75) 11 y Recomendación número (87) 18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. El pronóstico relativo a la falta

de fricción con la regulación de la Directiva deriva especialmente de la imposibilidad de continuar el proceso penal en ausencia del sospechoso cuando éste no ha podido ser habido en ningún momento de la tramitación del proceso, puesto que en este caso procede la declaración de rebeldía. En nuestro ordenamiento procesal, la celebración del juicio en ausencia del acusado sólo puede realizarse en las condiciones ahora establecidas en el art. 8.2 de la Directiva de 2016.

En línea evolutiva, en nuestro sistema procesal tradicional, la ausencia del acusado había sido siempre causa de suspensión del juicio por delitos con la consiguiente declaración de rebeldía. Inicialmente previsto únicamente para juicios de faltas, la reforma de la LECrim. de 1967 introduce por primera vez la posibilidad de enjuiciar a los acusados ausentes en el caso de delitos menores, si se les había citado personalmente, lo cual también fue contemplado en la reforma de la Ley Orgánica 10/1980 para el enjuiciamiento de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes. La redacción del art. 793.1 de la LECrim. por Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988 -actual art. 786.1- reguló la celebración del juicio en ausencia, limitada a los supuestos en que no se supera la petición de dos años de prisión o de seis años, si se trata de penas de diferente naturaleza.

El sistema español se completa con una vía de impugnación específica para las sentencias dictadas en ausencia que es el recurso de anulación, lo que se ajusta a la Directiva. El recurso de anulación regulado en el vigente art. 793 de la LECrim se introdujo para cumplir lo prevenido en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de fecha 21 de mayo de 1975 (R. 1975/11), que aconsejaba que los enjuiciados en ausencia tuviesen la oportunidad de disponer de un recurso para pedir la nulidad de la condena.

En sede aplicativa, la doctrina constitucional ha dotado al derecho a estar presente en el juicio de un estándar de protección más elevado que el recogido en las normas de la Directiva. Así, la STC 91/2000, de 30 de marzo afirma: “el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria”. Asimismo, la jurisprudencia ha venido subrayando la naturaleza excepcional del enjuiciamiento en ausencia del acusado, por lo que entiende que su aplicación ha de ser objeto de interpretación restrictiva, debiendo observarse escrupulosamente los requisitos procesales para su celebración⁴¹.

En el ámbito del recurso de anulación regulado en el art. 793 de la LECrim, la jurisprudencia ha afirmado que se trata un juicio rescindente, que ha de provocar la anulación de la sentencia y la remisión de los autos al órgano que dictó la resolución recurrida para la celebración de nuevo juicio y que dicte nueva sentencia. Así, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2000 indica que el recurso tiene naturaleza rescindente y que su contenido se limita a controlar si el órgano sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia, declarándose en ese caso la nulidad del juicio respecto del ausente, que deberá repetirse ante el órgano competente, lo que se ajusta a las vías de recurso contempladas en la Directiva de 2016.

El ordenamiento español no tiene normas expresas sobre la celebración del juicio con exclusión temporal de un sospechoso o acusado. Por el contrario, la regla general es que deben comparecer a todas las sesiones, tal como se establece expresamente en el art. 731 de la LECrim⁴². Ello no obstante, en la práctica aplicativa es pacífica la admisión de supuestos de exclusión temporal en el ejercicio de la policía de estrados o de dispensa del deber de asistencia por razones justificadas, especialmente cuando los juicios se prolongan durante numerosas sesiones.

⁴¹ Vid. SSTS 1545/2000 de 11 de octubre y 674/2001 de 20 de abril, entre otras.

⁴² El art. 731 LECrim establece: “El Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones desde que éstas den principio hasta que se pronuncie la sentencia”.

Tampoco existe previsión expresa sobre la presencia del acusado en las fases escritas, puesto que generalmente tales fases se sustancian con su representación procesal. En el caso del juicio por delitos leves, la intervención escrita es facultativa para el reside fuera de la demarcación del Juzgado (cfr. art. 790 LECrim).

En este escenario interno, cabe entender que la legislación española cumple genéricamente el estándar de protección de la Directiva de 2016, incluso ofreciendo niveles de sobreprotección en gran parte de su ámbito.