

2. DERECHO PROCESAL PENAL

2.1 **Propuesta de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para facilitar las conformidades**

La doctrina de la Fiscalía General del Estado subraya la necesidad de potenciar en el proceso penal el principio de consenso y la búsqueda del acuerdo, tanto por razones de economía procesal y de agilización de la justicia penal como por el fin último de las penas, partiendo de que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que favorece la reinserción social, reclamado como fin último de la pena en el artículo 25.2 CE. Al mismo tiempo, la asunción de la responsabilidad tiene innegables efectos facilitadores de la ejecución y puede también generar beneficios desde la perspectiva victimológica, en tanto supone una satisfacción para las víctimas, en cuanto el victimario asume el daño causado.

La potenciación del principio de consenso y de la justicia negociada como modo preferente de resolución de las controversias también se ha reflejado en las últimas reformas procesales penales, operadas por Leyes 7/1988, de 28 de diciembre, 5/1995, de 22 de mayo, 10/1992, de 30 de abril y 38/2002, de 24 de octubre.

Esta tendencia, por lo demás, sigue lo postulado por la Recomendación R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y las regulaciones de los países de nuestro entorno jurídico cultural (§§ 153 y 154 de la *StPO* alemana, artículos 444 a 448 del *Codice di Procedura Penal* italiano y artículos 281 y 282 y 392 y ss., respectivamente, del *Código de Processo Penal* en Portugal).

Los Juzgados de lo Penal se encuentran en la actualidad saturados. El vigente sistema de conformidades o el de transformación de diligencias previas en urgentes por los cauces del artículo 779.1.5.^a, resulta absolutamente insuficiente para aminorar la carga de trabajo que pesa sobre los Juzgados de lo Penal.

Por otra parte es bastante frecuente que, el mismo día de la celebración del juicio, el Fiscal y la Defensa lleguen a una conformidad en un número elevado de procedimientos. Pero esta conformidad, además de haberse dilatado en el tiempo, no ha evitado que por el Juzgado de lo Penal se hayan citado a los testigos y a los peritos, y que haya realizado todo el trabajo que supone la preparación de la celebración del juicio oral. Al mismo tiempo, al ciudadano que ha sido citado como testigo en un procedimiento le resulta difícil entender que, como sucede con cierta frecuencia, después de haber sido citado en varias ocasiones por haberse producido suspensiones, finalmente no tenga que entrar a declarar al haberse alcanzado una conformidad.

Para remediar esta situación, se está extendiendo una práctica consistente en que los órganos judiciales convocan señalamientos para celebrar una comparecencia para dar pie a contactos entre acusación y defensa, con citación tan sólo de las partes y de los acusados, con el loable propósito de profundizar en la búsqueda de nuevas vías para promover el principio de consenso y, en última instancia, facilitar el principio de economía procesal, evitando gastos y molestias a testigos y peritos, en relación con causas en las que una evaluación *ex ante* permite prever una probabilidad alta de poder llegar a una conformidad. Colateralmente el éxito de estas comparecencias cuando alcanzan su objetivo permite a la oficina judicial economizar trámites y actuaciones en orden a las citaciones.

Estas prácticas, carentes de expresa cobertura legal, han tenido resultados satisfactorios, habiéndose obtenido un relevante número de conformidades.

Por estas razones, para disipar dudas sobre su admisibilidad, se considera conveniente regular expresamente la posibilidad de convocar a esta comparecencia inicial, desde el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva de acusados y víctimas y perjudicados y preservando el principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

2.2 Modificación del artículo 108 LECrim, con la finalidad de eximir al Fiscal del ejercicio de la acción civil cuando el perjudicado está personado en la causa y puede hacer la reclamación por sí mismo

La siguiente propuesta postula trasladar al proceso penal de adultos la previsión ya contenida en el artículo 61 de la LO 5/2000, de 12

de enero, *reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante, LORPM).

El artículo 61.1 LORPM dispone que *la acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercerá por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

El artículo 108 LECrim, para el proceso penal de adultos, establece que *la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.*

Por tanto, se observa una importante diferencia entre una y otra regulación: en el proceso de adultos, aunque el perjudicado se persone y ejercite la acción civil, el Fiscal también la ejercerá si procede. Por contra, en el proceso de menores, personado el perjudicado para ejercitar la acción civil, deja de actuar el Fiscal.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 constata las diferencias del sistema de la LORPM con el sistema de la LECrim... «se confiere al Ministerio Fiscal una legitimación activa cuya naturaleza es subsidiaria por hallarse supeditada a la decisión del propio perjudicado acerca de la renuncia, reserva e incluso ejercicio por sí mismo de la acción civil. El Fiscal no intervendrá en la pieza separada de responsabilidad civil, ni consiguientemente en la fase de ejecución de la sentencia, en los supuestos en que se produzca el ejercicio, la reserva o la renuncia por el perjudicado».

Ninguna justificación teórica puede fundamentar el distinto tratamiento de la legitimación del Fiscal en orden al ejercicio de la acción civil en la LECrim y en la LORPM.

La regulación de la LORPM es más acertada, toda vez que la acción civil va encaminada a satisfacer intereses particulares y, aún cuando tiene una dimensión social que justifica su ejercicio por el Ministerio Público en favor del perjudicado, cuando el titular del bien jurídico se persona a defender sus propios intereses la presencia del Fiscal es innecesaria.

Esta reforma puntual liberaría al Ministerio Fiscal de una de las misiones que actualmente tiene encomendadas. La legitimación del Fiscal en el ejercicio de las acciones civiles en protección del perjudi-

cado, por coherencia y en aras de economizar esfuerzos, debe ser subsidiaria.

Esta es por lo demás la solución asumida por el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013.

2.3 Propuesta de modificación de la Ley 25/2007 de 18 de octubre sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones

2.3.1 EL CONCEPTO «DELITO GRAVE»

El artículo 1.º de citada Ley 25/2007 de 18 de octubre señala que su objeto *es la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código penal o en leyes penales especiales.*

A través de esta ley, según se destaca en su Exposición de Motivos, el legislador español llevó a efecto la transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo sobre conservación de datos generados y tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. La indicada Directiva de la Unión Europea, en su artículo 1.º limita también expresamente a los delitos graves, aquellos supuestos cuya investigación, detección y enjuiciamiento se pretende garantizar a través de la conservación de datos de cuya regulación se ocupa. No obstante, dicha Directiva no define lo que ha de entenderse por delito grave sino que dicha cuestión la deja al arbitrio de los Estados, utilizando, a dicho fin, como forma de referencia la expresión *tal y como se definen en la legislación nacional de cada Estado Miembro.*

Como complemento de esta previsión, el artículo 4 de la misma Directiva fija los criterios para el acceso a los datos conservados por parte de las autoridades competentes para ello y señala, al respecto que los Estados Miembros adoptaran las medidas oportunas para que únicamente se proporcionen los datos conservados a las autoridades competentes en supuestos específicos y de acuerdo con la normativa nacional. *Cada Estado miembro deberá definir en su legislación nacional el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que*

deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad y de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho de la Unión y en particular del CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El problema que se viene planteando por diversos órganos judiciales en nuestro país es la interpretación que deba darse al término delitos graves que utiliza el artículo 1 de la Ley 25/2007. Así ha de reconocerse que una interpretación estricta de dicho concepto normativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 en concordancia con el artículo 33 del Código Penal, llevaría a entender que únicamente son delitos graves los castigados con pena grave.

Sin embargo ha de dejarse constancia desde el inicio que la sanción prevista por el legislador para muchas de las actividades criminales que se cometen a través de las TICs y para cuya investigación resulta esencial contar con la información que almacenan los operadores de servicio de la sociedad de la información, en cumplimiento de la ley 25/2007, no supera el citado límite penológico. Así es el caso, entre otras infracciones típicas, de muchas de las estafas convencionales o informáticas; de los daños y/o del acceso ilegal a sistemas informáticos; del descubrimiento y revelación de secretos en ellos contenidos; de las amenazas o coacciones a particulares cometidas a través de la red; del *child grooming* e incluso de muchos de los delitos de pornografía infantil.

Aceptar, por tanto este criterio estricto en la interpretación del concepto *delito grave* sería tanto como cercenar radicalmente las posibilidades de investigación de muchas conductas –con grave incidencia en la intimidad, la libertad o el patrimonio de las personas e incluso con consecuencias en la seguridad nacional– que cada vez con más frecuencia se sirven de las TIC en el desarrollo del *iter criminis* y cuya investigación por otras vías, las más de las veces, estaría abocada al fracaso.

Recientemente, con fecha 27 de marzo de 2012, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo 336/2012 ha dictado resolución en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el citado Juzgado en el que se deniega la solicitud efectuada por los Mossos d'Esquadra para que las operadores de telefonía móvil informaran sobre datos personales, relación de llamadas y datos bancarios asociados de las personas titulares o usuarios de líneas telefónicas que hubieran estado activadas con el teléfono móvil objeto de la investigación. El razonamiento fundamental de la denegación es que el delito investigado (un robo con violencia) no merece la consideración de delito grave –entendiendo

por tal el que resulta de la interpretación concordada de los artículos 13 y 33 antes citados del Código Penal—, requisito que, según se argumenta en la resolución, viene exigido insoslayablemente por el artículo 1 de la Ley 25/2007 sobre conservación de datos de las comunicaciones electrónicas para la cesión de datos por parte de las operadoras.

Al respecto explica la Audiencia Provincial de Barcelona que si bien en relación con las intervenciones telefónicas el TC en diversas sentencias y concretamente en la Sentencia 104/2006, de su Sala Primera ha venido razonando que a efectos de valorar el principio de proporcionalidad de la medida ha de tenerse en cuenta no solo la calificación de la pena legalmente prevista sino también factores como el bien jurídico protegido y la relevancia social de la conducta objeto de investigación, la referida argumentación hay que entenderla condicionada por la inexistencia, en aquel momento, de regulación expresa sobre los requisitos o condiciones en que las operadoras debían ceder los datos conservados a la autoridad judicial. Sin embargo, según se razona en la citada resolución, esta doctrina del Tribunal Constitucional no puede ser aplicable con posterioridad a la publicación de la Ley 25/2007 de 18 de octubre porque tras ese acontecimiento el legislador ya ha expresado claramente su voluntad al fijar conscientemente como requisito para la cesión de la información almacenada, que la investigación se refiera a un delito grave, por lo que no cabe efectuar interpretaciones acerca de extremos que han sido establecidos claramente por la norma sino que debe aplicarse el criterio que el legislador ha decidido expresamente establecer.

A nuestro entender, se podrían alegar diversas razones en contra de este argumento:

A) El artículo 1 de la Ley 25/2007 ciertamente utiliza el término delito grave pero en ningún momento indica que a los efectos de interpretar dicho concepto haya de estarse a la definición que del mismo ofrecen el Código Penal o las Leyes Penales especiales. El artículo 1 de la citada norma legal únicamente señala que para poder acceder a los datos conservados es preciso que la investigación tenga por objeto *delitos graves contemplados en la norma penal sustantiva*. Por ello sería posible interpretar que el término cuyo alcance nos ocupa no se encuentra referido necesariamente al concepto jurídico penal estricto de delito grave sino a un concepto más amplio de delito grave en cuya valoración puedan tenerse en cuenta otros elementos distintos de la gravedad de la pena prevista por el legislador para el hecho concreto, tales como la entidad y naturaleza de los bienes jurídicos protegidos o

la relevancia social de las conductas examinadas, siempre –eso sí– que se trate de comportamientos tipificados en el Código penal o en las leyes penales especiales.

B) Como ya se ha indicado la Ley de conservación de datos implementa en la legislación española la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo objetivo no es otro que facilitar la investigación de los delitos que se sirven de estas tecnologías en la ejecución de la actividad criminal. Así en el considerando décimo de la citada Directiva se razona *que dada la importancia de los datos de tráfico y de localización para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos, según demuestra la investigación y experiencia práctica de varios Estados miembros, existe la necesidad de asegurar a escala europea que los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones se conserven durante un determinado periodo de tiempo, con arreglo a las condiciones establecidas en la presente Directiva*. Ciertamente es que esta disposición legal europea se refiere *en particular* a los asuntos de gravedad, mencionando entre ellos, a modo de ejemplo, la delincuencia organizada y el terrorismo, pero no lo es menos que una interpretación excesivamente restrictiva del concepto delito grave que recoge la ley 25/2007 dejaría fuera de su ámbito de aplicación muchas conductas ilícitas que, en sentido amplio, merecen esa consideración, aunque la pena prevista para las mismas no supere el límite penológico antes indicado y determinaría de hecho la ineficacia de la transposición de la Directiva, no solo a nivel interno sino también a efectos de las posibilidades de cooperación de nuestras autoridades con otros países de nuestro entorno más próximo.

C) Es preciso también aclarar que los datos informáticos a los que alcanza la obligación de conservación contemplada en la Ley 25/2007 son los vinculados a la comunicación, sea telefónica o por internet, concretados por el artículo 1.2 de la Ley en datos de tráfico, localización y los correspondientes a la identificación del abonado o usuario registrado, quedando excluidos, en todo caso, en su artículo 2.2, los relativos al contenido mismo de la comunicación.

A partir de este planteamiento, ha de recordarse que el legislador español no ha establecido límite penológico alguno en relación con la práctica de diligencias de investigación mucho más invasivas que la que puede llevarse a efecto a través de la aplicación de la Ley 25/2007, como pueden ser la interceptación de comunicaciones telefónicas o postales o la entrada y registro domiciliario. Ciertamente, esa falta de concreción de los delitos en los que es posible la utilización de esas

técnicas de investigación ha sido suplida por reiterada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, debiendo destacarse al respecto, que dichos Tribunales han puesto el acento a efectos de valorar la proporcionalidad de la medida, no solo y exclusivamente en la gravedad de la pena sino también en el resto de los elementos y circunstancias concurrentes tales como el bien jurídico protegido, la trascendencia social de la conducta ó la intervención en la actividad de organizaciones criminales. Incluso algunas resoluciones como la STC 104/2006 de 3 de abril, antes citada, han tomado también en cuenta a esos efectos la incidencia del uso de las tecnologías de la información en la ejecución del hecho ilícito investigado.

Resultaría contradictorio que siendo constante la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales que hace descansar en los indicados parámetros, la valoración de la proporcionalidad de la medida por parte de la autoridad judicial en referencia a técnicas de investigación con una mayor injerencia en derechos fundamentales –como las intervenciones telefónicas y/o el registro domiciliario– el legislador haya optado, a propósito del acceso a la información a que se refiere la Ley 25/2007 –que solo alcanza a datos externos a las comunicaciones electrónicas– por un criterio mucho más rígido, vinculado estrictamente a la pena prevista legalmente y que en definitiva supone reducir en estos supuestos el margen de valoración asignado a la autoridad judicial ante el caso concreto. Especialmente resulta llamativo este planteamiento si tenemos en cuenta que la propia Exposición de Motivos de la disposición legal que nos ocupa hace expresa mención al respeto del que se hace eco en relación con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia.

D) Igualmente ha de hacerse mención a la Convención sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, dada en Budapest en el año 2001 y ratificada por España el 3 de junio del año 2010. Es este un instrumento jurídico a través del cual se pretenden establecer, con vocación de universalidad, las bases de una política penal común contra este fenómeno criminal. Los pilares sobre los que se asienta este acuerdo son precisamente la armonización penal –sustantiva y procesal– y el reforzamiento de los mecanismos de cooperación internacional. Los aspectos procesales del Convenio –de incuestionable importancia– recogidos en la sección segunda de su capítulo II tienen como objetivo establecer también criterios comunes, que han de ser asumidos por todos los Estados firmantes y que permitan garantizar la conservación y cesión de datos electrónicos en aras a su utilización por las autoridades competentes del propio país o de otros países en las investigaciones que se lleven a efecto por hechos delicti-

vos a los que se refiere el propio Convenio, concretados en su artículo 14 a los delitos previstos en sus artículos 2 a 11, a otros delitos cometidos a través de un sistema informático y a la obtención de pruebas de cualquier clase delito.

Es obvio que la consideración del concepto de delito grave a que se refiere el artículo 1.º de la Ley 25/2007 en un sentido estricto tal y como resulta de la conjunción de los artículos 13 y 33 del Código Penal español, generaría serias dificultades a nuestro país en orden a cumplir los compromisos asumidos con la ratificación de la Convención de Budapest. Y ello es así porque buena parte de los delitos que se contemplan en los artículos 2 a 11 de la misma –acceso ilícito a datos o sistemas informáticos; interceptación ilícita de datos o sistemas; ataques a la integridad de los datos y/o a la integridad de los sistemas; abuso de dispositivos, falsificación informática; fraude informático; delitos relacionados con la pornografía infantil y delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y otros derechos afines– quedarían, en atención a la pena que les asigna el legislador español, fuera del ámbito de aplicación de la mencionada ley cuyo objeto precisamente es la conservación genérica y acceso a datos electrónicos, en la línea marcada no solo por la Directiva europea antes citada sino también por la Convención del Consejo de Europa a la que nos referimos.

E) Aun cuando la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, no define el concepto de delito grave, son diversos los textos internacionales que han efectuado aproximaciones a ese concepto, decantándose por unos criterios mucho más amplios que los derivados de los artículos 13 y 33 CP. En este sentido puede citarse la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (art. 3), la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo dada en Nueva York el 15 de Noviembre del año 2000 y la Decisión 2022/187/JAI del Consejo sobre Eurojust.

En conclusión, estimamos que la interpretación de la mención que efectúa el artículo 1.º de la Ley 25/2007 de 18 de octubre a los delitos graves, únicas infracciones que permiten el acceso, previa autorización judicial a los datos informáticos conservados por los operadores de servicio de comunicaciones electrónicas, ha de hacerse, no solo teniendo en cuenta el significado –en sentido técnico-jurídico estricto– de los términos utilizados sino, como indica el artículo 3.1 del Código Civil, de acuerdo *con el contexto, los antecedentes históricos y legis-*

lativos y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En atención, por tanto a las razones antes indicadas y con apoyo en el precitado artículo 3 CC, se aboga por una interpretación de los delitos cuya investigación permite el acceso a los datos electrónicos conservados, que no quede limitada por la pena prevista para la infracción investigada sino que la procedencia de la medida pueda ser valorada, caso por caso, siguiendo la doctrina establecida por nuestros Tribunales en otros supuestos de injerencia en derechos fundamentales y de acuerdo con el propio planteamiento de la normativa internacional en esta materia.

Sin perjuicio de que por parte del Ministerio Fiscal español se está siguiendo este planteamiento (*vid.* Circular 1/2013), se estima necesario proponer una reforma legislativa en relación con este extremo, de tal forma que se solventen las discrepancias interpretativas, haciendo posible su aplicación indubitada en un marco delictivo más amplio y coherente con el propio sentido de la ley y de la normativa internacional al respecto.

2.3.2 ACCESO DEL FISCAL A DATOS CONSERVADOS POR LAS OPERADORAS QUE NO INCIDEN EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Al hilo de la cuestión anteriormente planteada debemos traer a colación otra propuesta de reforma legislativa en relación con esta misma Ley 25/2007 de 18 de octubre que hizo valer el Consejo Fiscal con ocasión de la elaboración del informe al Anteproyecto de la Ley de Economía sostenible. La publicación de la disposición legal que nos ocupa afectó directamente a las facultades de las que disponía el Ministerio Fiscal hasta ese momento al amparo lo establecido en el en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999 de 13 de diciembre y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1720/ 2007 de 21 de diciembre y que le permitían acceder directamente, en el ejercicio de sus funciones, a algunos de estos datos de carácter personal, sin necesidad de solicitar autorización judicial, cuando dicha intervención no incidiera en el secreto de las comunicaciones sino únicamente en determinados aspectos del derecho a la intimidad personal.

Efectivamente los apartados 1.º y 2.º del artículo 11 de la citada Ley Orgánica señalan expresamente:

1. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión este autorizada por la ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación solo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el conocimiento cuando la comunicación tenga por destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas...

Sin embargo, la Ley 25/2007 de 18 de octubre recortó esta capacidad de actuación del Ministerio Fiscal en lo que a la solicitud de dicha información a través de los operadores de servicio de la sociedad de la información se refiere, al establecer en su artículo 6.º la exigencia, en todo caso, de autorización judicial en los siguientes términos:

Artículo 6. Normas generales sobre cesión de datos.

1. Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.

2. La cesión de la información se efectuará únicamente a los agentes facultados.

A estos efectos, tendrán la consideración de agentes facultados:

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

b) Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de

acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) 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.

Dicha limitación en la capacidad de actuación del Ministerio Fiscal se reconoce incluso en la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo y generó no pocas discrepancias acerca de las facultades del Ministerio Fiscal para solicitar esta información, discrepancias sobre las que se pronunció finalmente la Sala Segunda del Tribunal Supremo en acuerdo de pleno no jurisdiccional, de fecha 23 de febrero de 2010, en sentido de considerar *necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o 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 artículo 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre.*

Esta circunstancia determinó que el Consejo Fiscal en el precitado informe efectuara una propuesta de modificación legislativa en los siguientes términos:

La modificación que se sugiere se corresponde con la posibilidad de que no sea necesario el requisito de autorización judicial previa exigido por la Ley 25/2007, respecto de los datos relativos estricta y exclusivamente a la identidad de abonados o usuarios de las comunicaciones electrónicas que no estén amparados por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la CE, sino por el derecho a la intimidad del artículo 18.1 que esta sometido al requisito de previsión legal.

La previsión legal para la obtención de datos personales que se encuentren amparados por el derecho a la intimidad se producirá de acuerdo con la doctrina jurisprudencial al respecto, valorando la proporcionalidad de la medida de intromisión en el derecho a la intimidad en relación con los intereses que se quiere proteger y las funciones asignadas a las autoridades a las que se faculta para su obtención.

La posible modificación de la Ley 25/2007 que se propone podría materializarse incorporando un nuevo apartado 3 al artículo 6 de la Ley 25/2007 en el que se establezca que no es necesaria la autoriza-

ción judicial previa para la facilitación de datos de simple identidad de los abonados o usuarios del servicio a las autoridades o entidades que se mencionan en el artículo 11.2.d) de la Ley orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, añadiendo además a los facultados en dicho precepto vigente a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Tras reproducirse en el informe el contenido del artículo 11.2.d) de la LORTARD, continuaba indicando el Consejo Fiscal que:

La redacción del nuevo apartado 3 del artículo 6 de la Ley 25/2007 que se propone podría ser la siguiente:

No será necesaria la autorización judicial previa prevista en el apartado 1 para la facilitación de los datos de mera identidad de los abonados o usuarios al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales, el Tribunal de Cuentas y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas...

En cualquier caso, lo que en ningún supuesto puede recabar la Comisión ni puede ser proporcionado por los prestadores de servicios de la sociedad de la información son informaciones referidas a comunicaciones privadas que puedan afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que requieren ineludiblemente autorización judicial expresa en un marco penal.

Con la finalidad de que este extremo quede debidamente precisado estimamos adecuado que se añada al final del nuevo apartado 2 del artículo 8 de la Ley 34/2002 lo siguiente:

... los prestadores de servicios estarán obligados a suministrar los datos de que dispongan salvo que afecten al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.»

La íntima relación de esta propuesta de reforma legislativa efectuada en su momento por el Consejo Fiscal –y no asumida por el Legislador– con la problemática analizada al inicio de este informe, nos llevan a recuperar dicha propuesta para su planteamiento conjunto con la primeramente tratada, con el objetivo, en todo caso de mejorar los instrumentos con los que contamos para abordar eficazmente –y con respeto absoluto a los derechos fundamentales y a las garantías de ciudadanos en la investigación penal–, el fenómeno de la Criminalidad Informática, cuyo progresivo incremento y peligrosidad es bien conocida.

2.4 Creación de Juzgados de Instrucción de Criminalidad Organizada de ámbito provincial o autonómico

Desde hace ya varios años, nuestros cuerpos policiales han venido creando unidades especializadas en la lucha contra el crimen organizado destacadas en determinados puntos especialmente sensibles de la geografía española. Tal es el caso de los GRECO (Grupos de Respuesta Especial para el Crimen Organizado) del Cuerpo Nacional de Policía o de los ECO (Equipo contra el Crimen Organizado) de la Guardia Civil, que trabajan destacados en concretos puntos del territorio nacional donde el crimen organizado se deja sentir con mayor intensidad. Lo mismo ocurre en la propia Fiscalía que, desde hace ya largos años, cuenta con Fiscales Delegados de sus Fiscalías especiales (Antidroga y Anticorrupción) en determinados puntos especialmente relevantes en relación con la actividad delictiva concreta de cada una de ellas. Esta estructuración policial y del Ministerio Fiscal no cuenta, sin embargo, con su equivalente en la estructura judicial, lo que, en muchas ocasiones, se traduce en el debilitamiento de la lucha contra el crimen organizado.

En numerosas ocasiones los Juzgados que han de tramitar macrocausas son Juzgados de pequeños pueblos, servidos por Jueces recién ingresados en la Carrera Judicial que, además de funciones penales, deben desempeñar también funciones civiles, al tratarse de Juzgados mixtos de Primera Instancia e Instrucción y que, en la generalidad de los casos, se encuentran totalmente atascados de trabajo pendiente. En estas condiciones, no parece extraño que resulte tremendamente difícil alcanzar las cuotas de eficacia que serían deseables, y ello a pesar de la destacada labor que, de ordinario, se desempeña por los Jueces que se encuentran en esta situación.

Por otro lado, la investigación de la actividad criminal de los grupos organizados suele ser, de ordinario, la más compleja, al ser en estos casos cuando se utilizan medios de investigación restrictivos de derechos fundamentales o especialmente complicados, como pueden ser intervenciones telefónicas, entradas y registros, entregas controladas, actuación de agentes encubiertos, abordaje de buques, etc. No olvidemos, además, que el mayor o menor acierto por parte de la Autoridad Judicial en la adopción de estas medidas, va a determinar posteriormente la validez o nulidad de la investigación, haciendo inútil en este último caso todo el trabajo desarrollado durante la investigación.

La solución a este problema vendría dada, sin duda alguna, con la especialización de los Órganos Judiciales en esta materia, como lo han

sido en otras, mediante la creación de Juzgados de Instrucción especializados en la investigación del Crimen Organizado, de ámbito provincial, radicados únicamente en aquellos ámbitos territoriales en los que la actividad delictiva desarrollada pudiera demandar su presencia. Con ello se conseguiría, sin duda alguna, una mayor eficacia en la lucha contra este fenómeno delictivo y, al mismo tiempo, una inmediata mejora en la administración de justicia por parte de aquellos Órganos Judiciales que hoy en día ven lastrado su trabajo por tener que dedicar buena parte de su tiempo a esta clase de procedimientos.

Esta posibilidad no plantearía dificultad legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico ya que, como señalaba el preámbulo del Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, por el que se disponía la creación y constitución de los Juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005, «la configuración de la planta judicial que establece la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial, facilita una constante adaptación con la finalidad de mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia y acercar la justicia al ciudadano. La plena instauración de la planta de juzgados y tribunales establecida en dicha ley aún no ha sido alcanzada. La adecuada atención a las necesidades existentes y la consecución de una infraestructura idónea en el ámbito judicial hacen necesaria la continuidad del desarrollo de dicha planta». En consecuencia, consideramos oportuno el estudio de esta posibilidad con la finalidad de incrementar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado, mejorando al propio tiempo la administración de justicia en determinados partidos judiciales.