

7.1 Circulares, Consultas e Instrucciones

Durante el ejercicio correspondiente al año 2019 se han elaborado los borradores de siete circulares y dos instrucciones, que fueron aprobados y finalmente publicados como tales, tras el informe favorable de la Junta de Fiscales de Sala.

Resulta importante exponer de manera sucinta la problemática que vienen a solventar los textos aprobados a lo largo del año 2019 y la orientación en ellos seguida, sin perjuicio de que su texto completo forma parte del Anexo que aparece al final de esta obra.

- *Circular 1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

El 6 de diciembre de 2015 entraba en vigor la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre, *para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. Se ponía fin a un largo período de vacío normativo en lo que concierne a las garantías exigibles ante la, sin duda estimable y necesaria, utilización de los avances tecnológicos en la persecución de los delitos.

Se optó por su encuadramiento sistemático dentro del Título VIII, del Libro II LECrim (*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución*). Dentro de este, los Capítulos IV a X detallan las denominadas *medidas de investigación tecnológica*. Dos de estos capítulos (los Capítulos IV y X) resultan de aplicación general a los demás, estando consagrado el Capítulo IV a las disposiciones comunes aplicables a todas ellas, y el Capítulo X a la adopción de medidas de aseguramiento.

Tanto la experiencia adquirida en estos últimos años, como las soluciones ya esbozadas por la doctrina jurisprudencial precedente, han permitido elaborar unas pautas de interpretación de las citadas disposiciones comunes y medidas de aseguramiento. Tal fin constituye el objeto de esta primera Circular, habiéndose optado por abordar el análisis particularizado de cada una de las medidas de investigación tecnológica de manera individualizada en otros cuatro documentos independientes, con el fin de facilitar el manejo y estudio de cada una de ellas.

- *Circular 2/2019, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.*

La Ley 13/2015 introdujo en la LECrim una regulación pormenorizada de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como diligencia de investigación que limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. A esta materia se dedica ahora el Capítulo V del Título VIII del Libro II –arts. 588 ter a) a 588 ter m)–, Título que concentra todas las medidas de investigación que limitan los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución.

Este segundo documento tiene por objeto el análisis de la concreta regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Se trata de una regulación cuyo origen se encuentra, como así se preocupa de recordar el Preámbulo de la Ley 13/2015, en la copiosa y rica doctrina jurisprudencial elaborada en los últimos años tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, las previsiones que recoge la Ley deberán ser interpretadas conforme al espíritu que preside esa doctrina jurisprudencial, inspirada, a su vez, por la doctrina emanada del TEDH.

- *Circular 3/2019, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.*

La necesidad de otorgar cobertura legal a esta diligencia de investigación, cuyo uso se había venido incrementando de manera notable en los últimos años, constituyó una de las circunstancias que contribuyeron de manera decisiva a impulsar la reforma de la LECrim que se hizo efectiva con la LO 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.*

La reforma ha introducido en la LECrim un Capítulo VI, dentro del Título VIII del Libro II que, a lo largo de cinco artículos, establece la cobertura legal necesaria para que el empleo de esta técnica de investigación pueda desarrollarse con pleno respeto a las exigencias del TEDH.

Su adopción, según el preámbulo de la LO 13/2015, descansa en 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». El alcance de estos principios, además de otras previsiones de carácter general aplicables a todas las medidas de inves-

tigación tecnológica, aparece regulado en el Capítulo IV del mismo Título, que ha sido objeto de análisis en la Circular 1/2019 que, como en la misma se indicaba, resultará de aplicación general a todas las medidas de investigación tecnológica.

– *Circular 4/2019, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.*

La LO 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*, ha dado entrada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a una serie de técnicas de investigación que, de la mano de los más recientes avances tecnológicos, se revelan hoy en día indispensables para la persecución de las formas más graves de delincuencia. Se ha reformulado el Título VIII del Libro II bajo la rúbrica «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución» incluyendo dentro del mismo la regulación de diversas técnicas de investigación que, en mayor o menor medida, limitan alguno de estos derechos de los investigados.

Entre ellas, el Capítulo VII regula la «Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización» estableciendo previsiones normativas que disciplinan dos técnicas de investigación que, a pesar de venir siendo utilizadas desde hace ya tiempo en la persecución de los delitos, carecían del correspondiente soporte legal. En principio, se trata de formas de indagación de la actividad delictiva que van a incidir en el derecho fundamental a la intimidad personal, al invadir reductos de privacidad que pueden llegar a afectar a la esfera más reservada de la vida de los investigados.

– *Circular 5/2019, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.*

Entre las medidas de investigación tecnológica a las que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, ha dado entrada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no podía faltar el registro de los dispositivos y sistemas informáticos.

El punto de partida de esta regulación y que da sentido a la misma aparece recogido en el Preámbulo de la Ley 13/2015, cuando descarta

que los dispositivos de almacenamiento masivo de información puedan ser considerados como simples piezas de convicción. Su capacidad para recoger y conservar datos de muy diferente índole permite que el acceso a los mismos pueda llegar a afectar de manera intensa a diversos derechos fundamentales y, de ahí la naturaleza y exigencias de la regulación legal. Esta idea, ya reconocida por la jurisprudencia, deriva de la consideración de los ordenadores como algo más que un *instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad del usuario*.

– *Circular 6/2019, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa.*

La vigente Ley de 16 de diciembre de 1954 *sobre expropiación forzosa* (en adelante LEF) dispone en su art. 5.1: «Se entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando, efectuada la publicación a que se refiere el artículo dieciocho, no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa».

La Exposición de Motivos de la Ley no aporta ninguna explicación acerca de la razón ni la finalidad de esta intervención del fiscal, ni respecto de su contenido o alcance. La escasísima y antigua doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre la materia tampoco aborda estas cuestiones con una perspectiva global.

Resultaba en consecuencia imprescindible efectuar una actualización y la consiguiente fijación de criterios uniformes de actuación (art. 124.2 CE) mediante una relectura de la LEF a través de las normas –empezando por la propia Constitución– que actualmente definen y regulan la actuación del Ministerio Fiscal. La Circular pretende responder a esa necesidad. Y, dadas las circunstancias, no solo con el propósito de asentar la exigible unidad de criterio en el interior de la institución, sino también de clarificar *ad extra* el sentido y los hitos concretos de esa actuación, facilitando con carácter oficial y público a las Administraciones y a los propios ciudadanos las claves para una eficaz interacción con la fiscalía.

– *Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.*

Este documento tiene por objeto la fijación de pautas interpretativas de las distintas figuras delictivas englobadas en el nuevo art. 510

del Código Penal tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE n.º 77, 31 de marzo), que entró en vigor el 1 de julio de 2015. El art. 510 CP regula conjuntamente y amplía el ámbito de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, así como la justificación del genocidio –anteriormente regulados en los arts. 510.1 y 607.2 CP, respectivamente– al tiempo que introduce nuevos tipos penales.

Este carácter expansivo de la respuesta penal no ha supuesto, sin embargo, la inclusión de una categoría unívoca de *delitos de odio*, pudiendo encontrarse expresiones del mismo diseminadas por todo el CP.

La heterogeneidad de las figuras delictivas aconseja centrar el objeto de esta Circular en el estudio y análisis del art. 510 CP, como precepto que se ha convertido en el paradigma de la respuesta penal frente al fenómeno de la discriminación excluyente, sin perjuicio de que muchas de las consideraciones que se hacen en este documento puedan servir para superar las dificultades interpretativas que se observen en otras modalidades delictivas relacionadas con esta materia, no exenta de controversia doctrinal y jurisprudencial.

– Instrucción 1/2019, sobre las Juntas de Fiscalía

La misión plurifuncional que el art. 124.1 de la Constitución asigna al Ministerio Fiscal de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social», se configura al tiempo como objetivo y fundamento de la Institución.

La realización de estas funciones o, lo que es lo mismo, la actividad dirigida a la consecución de esos objetivos está encomendada en el apartado segundo de este artículo a los «órganos propios» del Ministerio Fiscal conforme a dos principios de naturaleza orgánica, unidad de actuación y dependencia jerárquica, y «con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad».

Desde esta concepción de los principios orgánicos, los órganos colegiados del Ministerio Fiscal sirven, de una parte, para conformar los criterios que deben presidir la actuación de todos los fiscales y, de otra, para atemperar la aplicación del principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal.

A partir de estas consideraciones, incumbe al Ministerio Fiscal abordar la regulación que afecta a su organización interna, donde se

revela, con singular importancia, el tratamiento de las actuaciones desarrolladas a través de las Juntas de Fiscalía.

- *Instrucción 2/2019, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el delegado de protección de datos.*

La actuación cotidiana del Ministerio Fiscal implica el necesario tratamiento de datos personales, ejecutando acciones sobre los mismos que deben respetar la normativa aplicable a la materia. Esta actuación se desarrolla fundamentalmente en el contexto de la actividad jurisdiccional o cuasijurisdiccional correspondiente al cumplimiento de su misión de *promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social* (arts. 124 CE y 2 EOMF).

En ambos casos, la actuación del Ministerio Fiscal está sujeta a la normativa de protección de datos, materia de cierta complejidad y que actualmente está en desarrollo, en la que confluye la normativa europea y la propia de los Estados miembros.

La acomodación de la actuación del Ministerio Público a la normativa de protección de datos plantea la necesidad de precisar estos aspectos, teniendo en cuenta su misión, estructura, organización y funcionamiento, a la luz de la nueva regulación y sin perjuicio de las adaptaciones que resulten precisas, en su caso, derivadas de la ulterior transposición de la Directiva (UE) 2016/680.