

Las diligencias de investigación inherentes en los derechos fundamentales del inculpado

Pablo Llarena Conde

PID_00222524



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	5
1. El registro.....	7
1.1. El registro o cacheo personal	7
1.2. Las intervenciones corporales	7
1.3. El registro de inmuebles	11
1.3.1. Ámbito de protección	11
1.3.2. Motivación judicial	13
1.3.3. Ejecución	13
1.3.4. Los hallazgos casuales	14
2. Intervención de comunicaciones postales.....	15
2.1. Ámbito de protección	15
2.2. Ejecución	16
2.3. Descubrimientos casuales	17
3. Intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas, 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 resto de los dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.....	18
3.1. Exigencias comunes en la adopción de estas diligencias de injerencia	18
3.2. Regulación específica de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas	19
3.3. Regulación específica para la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos	21
3.4. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización	22
3.5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información	23
3.6. Registro remoto de equipos informáticos (art. 588 septies)	23
3.7. Medidas de aseguramiento	24
Ejercicios de autoevaluación.....	27
Solucionario.....	29

Introducción

En muchas ocasiones, durante el proceso penal es necesario acordar diligencias de investigación o medidas de aseguramiento que inciden en los derechos fundamentales de las personas proclamados constitucionalmente. La adopción de estas decisiones debe ajustarse a una serie de principios esenciales, como son:

1) El **principio de legalidad**, que impone:

- a) Que la medida limitativa del derecho esté contemplada en la ley.
- b) Que se aplique solo en alguno de los supuestos para los que la ley lo autoriza.
- c) Que la adopción de la restricción se ajuste además al régimen o procedimiento establecido por el legislador.

2) El **principio de proporcionalidad**, que exige el cumplimiento de tres requisitos concluyentes:

- a) La idoneidad o adecuación de la medida para la consecución de los fines que se pretenden.
- b) Su necesidad, esto es, que la misma resulte imprescindible.
- c) Su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia tenga una relación razonable con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

3) Por último, la **jurisdiccionalidad** de la medida limitativa de derechos fundamentales, que entraña que la misma sea acordada por la autoridad judicial, salvo aquellas excepciones previstas legalmente (vg., la detención); debiendo decretarse en resolución motivada que exteriorice de manera reforzada el juicio de proporcionalidad de la medida (SSTC 33/1999 y 236/1999).

1. El registro

1.1. El registro o cacheo personal

Más allá del inconcreto artículo 399 de la LECrim, nuestra anticuada Ley Procesal no regula el cacheo o registro personal. En todo caso, fruto de la doctrina jurisprudencial pueden destacarse una serie de cuestiones:

- Pese a entrañar una limitación temporal de la libertad deambulatoria del afectado, su carácter provisionalísimo hace que no le sea aplicable el régimen de garantías previsto para el arresto¹.
- No obstante, su licitud se asienta en la existencia de sospechas razonables o indicios racionales y suficientes, sin que valga la mera intuición policial².
- El cacheo o registro deberá realizarse con respeto al pudor y dignidad personal, con pleno respeto de la igualdad de sexo en quien lo ejecuta, en sitio reservado cuando lo sugiera la intensidad del cacheo y evitando posturas degradantes o humillantes³.

⁽¹⁾SSTS 2 febrero 1996, 1 marzo 1996, 27 septiembre 1996, 11 diciembre 1998

⁽²⁾SSTS 2 febrero 1996 o 6 octubre 1999

⁽³⁾STS 26 de abril del 2001

1.2. Las intervenciones corporales

Las intervenciones corporales suponen una injerencia de mayor intensidad en el derecho a la intimidad personal y corporal que un registro del perímetro del cuerpo o de las ropas que lo cubren. Afectan además al derecho a la integridad física y moral de quien la soporta y pueden llegar a afectar al derecho a la dignidad, al derecho a la salud, así como al derecho a no declarar contra uno mismo, no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Por la intensidad de afectación de estos derechos, se suele distinguir entre:

1) **Las inspecciones o registros corporales**, consistentes en cualquier reconocimiento del cuerpo humano, bien para la determinación del imputado (rueda de identificación, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos), bien para la acreditación de circunstancias relativas al hecho punible (es el caso de exámenes ginecológicos o las inspecciones anales o vaginales).

2) **Las intervenciones corporales en sentido estricto**, es decir, la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para su sumisión a prueba pericial (sangre, orina, uñas, semen, biopsias, etc.) o la exposición de

la persona a radiaciones (rayos X, tac, etc.), todo ello para averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o relativas a la participación del imputado.

La doctrina gradúa estas últimas intervenciones en leves o graves, teniendo la consideración de leves aquellas que no sean susceptibles de ocasionar sufrimiento o poner en riesgo la salud de quien las soporta (extracción de sangre, muestras de orina, semen, pelo o uñas). En caso contrario tendrán la consideración de graves, como es el caso de las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo.

La regulación en nuestra LECrim se establece sobre dos parámetros:

a) **El artículo 326.3, que prevé la recogida de muestras biológicas, sin intervención corporal.** Hablamos tanto de muestras biológicas que pueden aparecer en sitios sintomáticos, como el lugar del delito, o sobre el cuerpo o sobre las pertenencias del sospechoso o de la víctima (sangre, pelos, semen, fluidos vaginales, etc.).

Para esta recogida, la ley exige autorización judicial, salvo en los supuestos en los que concurra un riesgo de desaparición, en cuyo caso se permite la actuación directa de la Policía Judicial en los términos expresados en el artículo 282. Hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 326.3.

Artículo 326.3 LECrim

“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282.”

No obstante ello, la jurisprudencia⁴ de nuestro Tribunal Supremo tiene establecido que la recogida de muestras practicada por la policía, sin urgencia, y sin haber recibido la orden del juez, aunque contraríe los arts. 326 y 282 de la LECrim, no es causa de nulidad *per se* de la prueba si con ello no se vulnera derecho fundamental alguno (art. 11 LOPJ). Y por ello, las dudas acerca de la efectiva recogida de vestigios, acerca de la regularidad de la cadena de muestras y demás circunstancias, quedan suficientemente probadas a juicio de la sala en atención a las declaraciones en el juicio oral de los agentes intervinientes, resulta injustificado atribuir el carácter de nula a la prueba, pese a la irregularidad cometida.

Mención aparte merece la toma indirecta de muestras, es decir, recogida de muestras biológicas no vinculadas a los hechos, sino pertenecientes al sospechoso, normalmente para realizar un contraste con otras recogidas en el lugar del delito, sobre la víctima o en cualquier otro lugar que permita evaluar la participación en los hechos del sospechoso, siempre que las muestras se tomen, no de su cuerpo, sino de algo externo a él, pero con certeza de su origen.

⁽⁴⁾SSTS 1244/2001, de 25 de junio, 996/2000, de 30 de mayo; 899/2001, de 16 de mayo, 19 de julio y 13 de octubre de 1993, 24 de enero de 1995 y 19 de junio de 1996

Hablamos de la recogida de un esputo lanzado por el sospechoso o del material genético que ha dejado en una colilla o vaso cuya utilización se conoce con certeza. Al respecto hay que tener en cuenta lo que recogió el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero del 2006.

“La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.”

Este acuerdo se ha plasmado en numerosas sentencias⁵.

⁽⁵⁾SSTS 179/2006, de 4 de febrero y 355/2006, de 20 de marzo

b) Recogida de muestras biológicas con intervención corporal del sospechoso. Obviamente, esta recogida resulta posible cuando se cuente con la autorización del inculpado. En todo caso, siempre con una serie de consideraciones:

- El consentimiento debe ser expreso, libre y no viciado (STC 234/97).
- La citación judicial al interesado para recabar su consentimiento voluntario no exige la forma de auto, bastando que se le cite por providencia (STS 21/1996, de 7 de marzo).
- Si bien tradicionalmente no se ha exigido la autorización con presencia de su letrado, salvo en supuestos en los que estuviera detenido, el hecho de que ahora se exija asistencia letrada a todo inculpado plantea la duda de la modificación del criterio jurisprudencial.
- La toma directa de muestras con engaño para obtener el consentimiento (no la muestra), hace que el consentimiento esté viciado y que la ausencia de buena fe conduzca a la nulidad, de conformidad con el artículo 11 de la LOPJ. Más duda plantea la toma involuntaria de muestras, con engaño de la finalidad impulsora (vg., ofrecimiento de un cigarrillo); existen sectores doctrinales que la entienden legítima y otros que consideran su ilicitud cuando se produce en circunstancias ineludibles para el inculpado (un vaso de agua en quien no puede procurársela de otro modo por estar privado de libertad).

Si no se contara con la autorización voluntaria del inculpado, el artículo 363, párrafo 2, faculta la actuación por decisión judicial.

Artículo 363 LECrim

“Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”

En el mismo sentido, y haciendo referencia al detenido, el artículo 520.6.c de la LECrim, en su redacción dada por la LO 13/2015, dispone que la asistencia que presta el abogado consistirá –entre otros extremos– en informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. No obstante, añade que:

“Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, Reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores Obtenidos a Partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”.

La propia redacción de la norma pone en evidencia que no cabe someter –de manera no voluntaria– a familiares del sospechoso, aunque de la determinación de su perfil de ADN se puedan derivar indicios contra este. Tampoco se autoriza la prueba –no voluntaria– sobre grupos de personas.

En España parece que el término *sospechoso* no abarca estos análisis colectivos, y que se haga voluntariamente no parece que elimine las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad, más cuando la negativa de los llamados a la prueba puede tener consecuencias o ser valorada.

No obstante, este mismo juicio de proporcionalidad puede llevar a la admisión de imponer pruebas a grupos de sospechosos, siempre que aparezcan individualizadas características comunes que ciñen las sospechas en un determinado número de personas y hagan la actuación razonable.

Por otro lado, se plantea la cuestión de si es posible el empleo de la fuerza física sobre el sujeto, para someterle a la toma directa de muestras decretada judicialmente. Si bien antes de la introducción de este artículo en la LECrim, doctrina y jurisprudencia⁶ estaban conformes en la imposibilidad por una falta de previsión legislativa, tras la reforma legal es perfectamente admisible, siempre bajo parámetros de proporcionalidad y razonabilidad marcada.

Análisis de ADN

Debe observarse que el uso de la fuerza viene admitido en la Recomendación 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre uso de los análisis de ADN en el marco del sistema de justicia criminal y en la propia Ordenanza Procesal Penal Alemana, habiéndose propugnado su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico en la Sentencia del TC 207/96.

La consideración contraria (que no es posible la utilización de la fuerza cuando el sospechoso se oponga a colaborar en la ejecución de la orden del juez), conduciría a que la negativa pudiera interpretarse en contra del sospechoso, habida cuenta de que si guarda silencio –que es un derecho fundamental– puede ser valorado como ausencia de explicación razonable a la pregunta⁷; con más razón puede serlo en este caso, en el que la desatención constituye una desobediencia a la orden legítima de un juez.

Análisis de colectivos de sospechosos

En Alemania, en un caso de violación y homicidio, se encontraba con el esperma del autor y se había visto un Porsche 944 matriculado en Múnich por las inmediaciones del lugar del delito. Esta realidad fáctica determinó que se solicitara la prueba voluntaria de ADN a 750 varones propietarios de un vehículo así, para descartar su participación en el delito.

⁽⁶⁾STC 107/1985 y STS 107/2003

⁽⁷⁾STS de 4 de octubre de 1994, de 29 de noviembre de 1997 o de 4 de febrero de 2003, entre otras.

Debe observarse que la jurisprudencia del TC y TEDH establecen que la toma de muestras de analíticas ordinarias, como la extracción de sangre, saliva o cabellos, no afectan al núcleo esencial del derecho a la integridad física.

Respecto al derecho a la dignidad de la persona y a no sufrir tratos degradantes, la SSTC 37/8 y 57/94 establecieron que no atenta a la dignidad de la persona el reconocimiento ginecológico de una mujer para la investigación de su sometimiento a una práctica abortiva o los registros personales de reclusos en sus cavidades naturales. Sí que se ha considerado⁸ que afecta al derecho a la dignidad humana o a no sufrir tratos inhumanos o degradantes cuando la medida en sí o la forma en que se practica presenta aspectos envilecedores. La nulidad exigiría –según jurisprudencia del TEDH– que se trate de actuaciones que creen en los individuos sentimientos de miedo, angustia o inferioridad y que los humillen, envilezcan o rompan su resistencia física y moral.

⁽⁸⁾STS 1 de junio del 2001 –obligado a vomitar para expulsar la dosis–; 1 de mayo de 1996, 26 de junio de 1998 o 17 de febrero de 1999 –obligado a hacer flexiones para expulsar la droga del recto

Respecto al derecho a la salud, nunca una investigación penal puede justificar una medida que afecte negativamente a la salud de una persona o la ponga en riesgo (punciones cefalorraquídeas).

1.3. El registro de inmuebles

Respecto del registro de inmuebles, su estudio supone el análisis de diversos elementos: el ámbito de protección, la motivación judicial, su ejecución y los hallazgos casuales.

1.3.1. Ámbito de protección

El artículo 18.2 de la CE establece que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Se exceptúan de autorización judicial para la entrada –que no para el registro (STS 23 de febrero del 2001):

- Aquellos supuestos en los que sea evidente la necesidad de intervenir de modo inmediato para evitar un delito.
- Cuando se trate de respuestas a peticiones de auxilio.
- En los supuestos de cuasi flagrancia o persecución de un sospechoso que se introdujo en vivienda ajena.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha incluido dentro del concepto de domicilio a los efectos de aplicación de la garantía constitucional de inviolabilidad:

- a) La morada del sujeto, que se extiende a todas aquellas dependencias que tienen comunicación interior con ella (por ejemplo, un jardín). Es indiferente que se trate de la vivienda principal o de segundas residencias, como, por ejemplo, residencias de fin de semana o de verano.
- b) Lugares destinados a habitación o vivienda, aunque este no fuera su destino natural u originario (por ejemplo, una casa abandonada o en ruina o un almacén abandonado).
- c) Las habitaciones de un hotel o pensión en cuanto al cliente o huésped que la ocupa.
- d) Una tienda de campaña.
- e) Una *roulotte* o caravana que es utilizada como albergue, durante un viaje o con carácter permanente, con independencia de que esté o no en movimiento o, incluso, un barco utilizado como domicilio.

Con relación al despacho del abogado, la STEDH⁹, opta por una interpretación amplia de las nociones “vida privada” y “domicilio”.

⁹Caso Niemietz contra República Federal de Alemania, de 16 diciembre 1992

“No hay razón alguna para considerar la noción de vida privada como excluyente de las actividades profesionales o comerciales: después de todo, es en su trabajo donde la mayoría de las personas tienen muchas, si no las mayores, ocasiones para desarrollar sus relaciones con el mundo exterior.”

Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, queden excluidos del concepto constitucional de domicilio –y su registro no precisa por tanto de autorización judicial– aquellos lugares que se utilizan simplemente para depositar o guardar objetos, como son las cocheras, garajes o almacenes, en los que no tienen lugar las actividades domésticas (comer, dormir, descansar, etc.) que constituyen el contenido propio de aquello que la persona realiza alejado de los extraños que pudieran cohibir su comportamiento.

Quedarían excluidos, también:

- a) Los locales comerciales, salvo aquellas zonas contiguas que puedan ser utilizadas como vivienda o morada por los titulares del negocio.
- b) Las casas o viviendas deshabitadas.
- c) Los vehículos o automóviles.

1.3.2. Motivación judicial

El Tribunal Supremo tiene establecida la nulidad de la autorización dada por el inculpado, cuando este está detenido y la autorización se ha prestado sin presencia de su letrado.

Para los supuestos de autorización judicial, hay que tener en cuenta lo que establece el Tribunal Constitucional.

STC 167/2002, de 18 septiembre

“El juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por esta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él– es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad.”

La resolución debe, pues, cumplir las exigencias de proporcionalidad y justificación, y la ausencia total de una motivación al respecto conlleva la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, por lo que los resultados obtenidos con el registro deberán ser calificados de pruebas ilícitas.

1.3.3. Ejecución

Dada la gran diversidad de las circunstancias que pueden producirse en la entrada y registro, no es requisito esencial que la notificación del auto autorizante preceda a la entrada. En algunos casos, será factible cumplir con este presupuesto y, en otros casos, como en los que es necesario utilizar el auxilio de la fuerza, lo prioritario será aprovecharse del factor sorpresa, sin perjuicio de que, una vez realizada la entrada y practicadas las actuaciones necesarias para llevar a efecto la diligencia, se proceda a notificársela al interesado¹⁰.

⁽¹⁰⁾STS 10 octubre 2000

En todo caso, la jurisprudencia constitucional¹¹ afirma que la ausencia de notificación del auto de autorización de entrada y registro no afecta al derecho a un proceso con todas las garantías, pues se trata de un requisito que se mueve en el plano de la legalidad ordinaria, sin trascendencia en el plano constitucional, y cuyos efectos se producen, en su caso, en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba. En la misma línea se posiciona la STS de 2 octubre del 2000.

⁽¹¹⁾STC 171/1999, de 27 septiembre

Sí produce, sin embargo, la nulidad del registro el hecho de que el mismo se ejecute en ausencia del interesado, si este está detenido y a disposición de la fuerza actuante¹²; aun cuando esta regla general admite excepciones cuando razones de fuerza mayor hagan imposible o de muy difícil cumplimiento la presencia del detenido¹³.

1.3.4. Los hallazgos casuales

En el auto autorizando la entrada y registro, el juez debe identificar el delito o delitos que se pretenden investigar con esta medida. Ello lleva a plantearnos la validez del registro respecto de aquellos efectos, indicios o pruebas que hagan referencia a una infracción penal distinta de la que había motivado inicialmente la medida. Es lo que se conoce como **hallazgos casuales**.

La cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, y si bien en un principio defendió la necesidad de suspender el registro e interesar del juez una ampliación del espacio objetivo de investigación, en la actualidad mantiene mayoritariamente la validez de tales hallazgos casuales si la autorización inicial reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta. Entiende pues que la entrada en el domicilio fue legítima y que todas las evidencias que se encuentren durante el registro son delitos flagrantes, ante los que la policía tiene la obligación de actuar. Esta consideración cuenta con el respaldo del Tribunal Constitucional¹⁴.

⁽¹²⁾SSTS 10 octubre 1994, 9 mayo 1995, 30 mayo 1995, 20 junio 1997, 27 octubre 1999, 29 noviembre 1999, 6 junio 2001, 14 diciembre 2001

⁽¹³⁾SSTS 15 febrero 1997, 19 junio 1999

Ejemplo de hallazgo casual

Un caso típico de hallazgo casual es cuando el registro se autorizó para aprehender drogas y se localizan armas o evidencias de falsedad documental.

⁽¹⁴⁾STC 41/1998, de 24 febrero

2. Intervención de comunicaciones postales

Artículo 18.3 CE

“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

Como toda medida restrictiva de derechos fundamentales, esta intervención debe estar presidida por los principios de legalidad, de judicialidad, proporcionalidad y motivación a los que se hizo referencia inicial.

2.1. Ámbito de protección

El artículo 579 de la LECrim (en su nueva redacción dada por la LO 13/2015) dispone que “el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen”.

Los requisitos que se precisan son:

- 1) Que haya indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa.
- 2) Que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:
 - a) Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
 - b) Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
 - c) Delitos de terrorismo.

Según doctrina jurisprudencial plenamente consolidada, el secreto de las comunicaciones postales, consagrado constitucionalmente en el art. 18.3 CE, alcanzaba también a los paquetes postales. Existía una equiparación jurisprudencial entre correspondencia postal y el paquete postal, por lo que es precisa la autorización judicial para la intervención y apertura de estos últimos, con la sola salvedad de los envíos que ostenten etiqueta verde, sujetos según la legislación internacional a control aduanero de oficio (SSTS de 19 noviembre de 1994, de 23 diciembre de 1994, de 15 marzo de 1995, de 3 junio de 1995, de 20 marzo de 1996, de 5 noviembre de 1996, de 20 noviembre de 1996, de 20 octubre de 1997, de 29 diciembre de 1997, de 9 marzo de 1998, de 25 enero de 1999, de 8 marzo de 1999).

La nueva regulación legal, sin embargo, dispone ya expresamente que no se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

- Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.
- Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.
- Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

2.2. Ejecución

El artículo 586 de la LECrim establece que la apertura de la correspondencia deberá hacerse por la autoridad judicial, a presencia del Ministerio Público. El artículo 584 impone también la presencia del interesado, si bien puede ser evitado mediante la declaración de secreto de las actuaciones, en los términos expresados en el artículo 302 de la Ley Procesal.

El concepto de interesado debe entenderse no solo en el sentido de aquel contra quien se dirigen las actuaciones penales, sino aquel cuya intimidad se vea afectada por la apertura de la correspondencia; no obstante, si no compareciere pese a ser citado o si no fuere localizado o fuera falsa la identidad del destinatario o remitente, nada impediría la realización de la diligencia de apertura, dejándose constancia de las circunstancias que determinan esa forma de proceder procesal; ello es así pese a que el artículo 585 de la LECrim solo habla de la apertura en ausencia del interesado rebelde o que renuncie a su derecho a estar presente.

En todo caso, la no presencia del interesado por falta de citación del mismo, o falta de indagación de su existencia y paradero, determina la nulidad de la diligencia y la ilicitud de las fuentes probatorias obtenidas (STS 7 abril 1997).

2.3. Descubrimientos casuales

Respecto a la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto o los llamados descubrimientos casuales, el artículo 579 bis de la LECrim dispone que el resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, añadiendo que para ello se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia (antecedentes indispensables, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen) y se precisará autorización del juez competente.

3. Intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas, 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 resto de los dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos

3.1. Exigencias comunes en la adopción de estas diligencias de injerencia

Las medidas quedan sujetas (art. 588 bis a)) a los siguientes principios:

1) El principio de especialidad: que exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

2) El principio de idoneidad: el cual servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo, y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

3) Los principios de excepcionalidad y necesidad, que suponen que solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) 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.

4) El principio de proporcionalidad, indicando el artículo 588 bis.a) que solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, 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 esta 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.

Por otro lado, las medidas han de ser adoptadas judicialmente (de oficio o por escrito de parte, en el que se exprese la concurrencia de cada uno de los principios rectores). La medida se acordará por el tiempo indispensable para atender a su fin, sin perjuicio de eventuales prórrogas igualmente fundadas y motivadas (art. 588 bis e) y 588 bis f)).

En todo caso, la decisión judicial deberá contener los siguientes extremos (art. 588 bis c) LECrim):

- 1) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
- 2) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida de ser conocido.
- 3) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a).
- 4) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- 5) La duración de la medida.
- 6) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
- 7) La finalidad perseguida con la medida.
- 8) El 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.

3.2. Regulación específica de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

Conforme con los artículos 588 ter b) y 588 ter c), se puede acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas de terminales o medios de comunicación que sean utilizados habitual o ocasionalmente por el investigado, bien sea titular o usuario.

También se puede acordar la intervención de terminales o medios de comunicación telemática de terceros siempre que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de ellos para transmitir o recibir información, así como cuando el titular de esos terminales o medios colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

Por último, se permite también la intervención de los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.

Desde una consideración objetiva, el secreto abarca no solo el contenido de la conversación, con independencia de su naturaleza, sino el propio proceso de la comunicación, habida cuenta de que el TEDH (caso Malone contra Reino Unido, de 27 septiembre de 1983), extendió el secreto de las comunicaciones telefónicas a la identidad subjetiva de los interlocutores, y con ello a los listados de llamadas correspondientes a un determinado usuario. Esa es la razón de que el artículo 588 ter b) extienda su previsión no solo al contenido de las comunicaciones, sino también a los datos electrónicos de tráfico ya asociados al proceso de comunicación, entendidos por ellos todos los generados como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red, de su puesta a disposición del usuario o de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la comunicación telemática de naturaleza análoga.

Esta autorización judicial se contempla también para el acceso a datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios (art. 588 ter j)) y para la identificación de usuarios de IP (art. 588 ter k)), pero no para la identificación de terminales mediante la captación de códigos de identificación del aparato (IMSI o IMEI) o para la identificación de la titularidad de cualquier terminal o dispositivo de conectividad (588 ter i) y ter m)), que podrán realizarse policialmente.

Duración: La duración máxima será de tres meses desde la fecha de la autorización judicial, prorrogables por periodos sucesivos de tiempo no superior a otros tres meses, hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

Control: La Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en los que las comunicaciones hubieran sido grabadas (artículo 588 ter f)).

Acceso de las partes a las grabaciones: 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.

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 él esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

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 (588 ter i).

3.3. Regulación específica para la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, tanto las que tengan lugar en la vía pública o en otro espacio abierto, como las que se sostenga en su domicilio o en cualquiera otro lugar cerrado.

En el supuesto de que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde (588 quater a).

Presupuestos:

Solo podrá autorizarse cuando concurren los requisitos siguientes:

1) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

b) Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Delitos de terrorismo.

2) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos permita establecer un pronóstico de que aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

Exigencias: Además de las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c) antes expuestas, el auto judicial deberá contener una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

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

Captación de imagen: La Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público (la regulación en un espacio privado se ha visto anteriormente), si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de modo relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación (588 quinquies a)).

Utilización de dispositivos de seguimiento y localización: Cuando concurran acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, especificando expresamente el medio técnico que va a ser utilizado.

No obstante, cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso (588 quinquies b)).

Duración: La medida de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización prevista en el artículo anterior tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses.

3.5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática, o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

Debe tenerse en cuenta que la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Por otro lado, el artículo 588 sexies b) precisa que la autorización judicial de acceso a estos bancos de datos es exigible también respecto a ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos que sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario.

Solo en casos de urgencia (en los que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista), la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado. En todo caso, será con la obligación de comunicarlo inmediatamente (y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas), por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la manera como se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

3.6. Registro remoto de equipos informáticos (art. 588 septies)

El juez competente puede autorizar la utilización de datos de identificación y códigos (contraseñas), así como la instalación de un software, que permitan examinar a distancia (y sin conocimiento de su titular o usuario) cualquier ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos.

La injerencia en el derecho a la intimidad, mediante este mecanismo, se limita a la investigación de alguno de los siguientes delitos:

- Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- Delitos de terrorismo.
- Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
- Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
- Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación, o servicio de comunicación.

En todo caso, la resolución judicial deberá especificar:

- Los instrumentos o sistemas objeto de la medida.
- La forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos.
- Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
- La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.
- Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados.

Duración: La medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres meses.

3.7. Medidas de aseguramiento

Obviamente, no está sometida al principio de judicialidad. Supone la posibilidad que tiene el Ministerio Fiscal y la Policía de requerir (ordenar) a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición, hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.

El requerido estará obligado a conservar los datos durante un periodo máximo de noventa días, y es prorrogable –se ha de presuponer que por igual requerimiento policial o fiscal– una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

El requerido vendrá obligado a prestar su colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a responsabilidad por desobediencia.

Ejercicios de autoevaluación

1. La restricción de derechos fundamentales se somete al principio de legalidad. Eso supone...

- a) que solo puede acordarse por el juez.
- b) que solo cabe en los supuestos fijados en la ley.
- c) que no caben otras restricciones que las contempladas por el legislador y en los casos fijados por la ley.
- d) que no caben otras restricciones que las contempladas por el legislador y en los casos fijados por la ley, sujetándose su adopción al procedimiento establecido legalmente.

2. La policía presencia cómo una persona entrega algo a otra a cambio de dinero. Proceden a la detención del supuesto vendedor y del posible comprador. Este –que se había introducido en la boca lo adquirido– se traga el contenido de su boca.

- a) Los agentes pueden pedir autorización judicial para forzarle a que vomite lo ingerido.
- b) Pueden obligarle a vomitar con sujeción al principio de proporcionalidad.
- c) Deberán buscar otro medio de acreditar la naturaleza del objeto vendido, pues obligar al comprador a vomitar es contrario a la dignidad de la persona.
- d) Los hechos no justifican una actuación policial.

3. La policía recoge un vaso con material genético del inculcado, con ocasión de una entrada y registro en su domicilio. Pretenden realizar pruebas de contraste con los restos biológicos recogidos en el lugar de los hechos.

- a) La recogida del material biológico precisa de autorización judicial expresa.
- b) Existe reconocimiento jurisprudencial para recoger policialmente dicho material.
- c) No puede recogerse material genético sin la autorización del inculcado.
- d) Necesitan la autorización del inculcado otorgada a presencia de su letrado.

4. La policía realiza una entrada y registro en el domicilio del detenido, sin autorización judicial.

- a) La entrada y registro domiciliaria y sin autorización judicial es siempre nula.
- b) La entrada y registro puede ser autorizada por el inculcado.
- c) La entrada y registro precisa autorización del juez que conozca de los hechos.
- d) La entrada y registro es válida si el inculcado prestó su consentimiento a presencia de su letrado.

5. La policía realiza un registro en la taquilla cerrada que el inculcado posee en los vestuarios del establecimiento comercial en el que trabaja.

- a) El registro solo es válido con autorización del inculcado o del juez que conozca de la causa, ya que afecta a un espacio de desarrollo de la intimidad.
- b) Los agentes no precisan de autorización para el registro, ya que se ubica en un local comercial y no en un domicilio.
- c) El registro solo es válido si existen indicios serios y firmes de que sea responsable de un delito.
- d) Solo procede el registro si la taquilla pertenece a la persona sobre la que recaen las sospechas de comisión del delito.

6. La policía acude al domicilio del sospechoso. Su esposa les atiende y autoriza que realicen un registro de las dependencias.

- a) El registro no es válido, pues al ser un domicilio precisa de autorización judicial.
- b) El registro no es válido, pues precisa de autorización del inculcado.
- c) Puede realizarse el registro, pero si aparecen evidencias de delito deberá pedirse un auto autorizante al juez de instrucción.
- d) El registro es válido si se cuenta con autorización de cualquiera de los que allí residen.

7. El juez ha autorizado la entrada y registro del domicilio del inculcado para buscar evidencias de su responsabilidad como presunto autor de un delito contra la salud pública. En su ejecución encuentran un DNI falso y dos pistolas.

- a) El inculcado no podrá ser enjuiciado por los delitos de falsedad en documento público y tenencia ilícita de armas, si no aparecen nuevas pruebas incriminatorias.
- b) La policía debe pedir al juez un nuevo auto para que autorice la investigación de estos nuevos delitos.

- c) Estas evidencias solo podrán utilizarse si estaba presente el inculpado durante el registro.
- d) Se trata de hallazgos casuales y son válidas esas evidencias, si bien el juez deberá ampliar el objeto de las diligencias previas a los nuevos delitos evidenciados.

8. La acusación presenta como prueba la grabación de una conversación telefónica entre el acusador particular y vuestro cliente. La grabación se realizó de manera furtiva, sin que vuestro cliente supiera ni consintiera la grabación.

- a) Es válida, pues proviene de uno de los interlocutores.
- b) Por afectar a la intimidad, solo sería válida con el consentimiento de ambos interlocutores.
- c) Por afectar a la intimidad, solo sería válida si contara con el consentimiento de ambos interlocutores o del juez que conozca de la causa.
- d) No vale como prueba la grabación, pero la acusación particular puede –como testigo–relatar su contenido y dependerá de la credibilidad que se otorgue al testimonio el que se tenga por probado el contenido de la conversación.

9. El juez ha dictado auto ordenando la prórroga de una intervención telefónica que se acordó inicialmente por dos meses.

- a) No cabe la prórroga de intervenciones telefónicas más allá de tres meses.
- b) Cabrá la prórroga siempre que el juez, valorando el resultado de la intervención anterior, motive los indicios que justifican la prosecución de la escucha.
- c) Solo será válida si es de un teléfono del inculpado.
- d) Solo es válida si la policía pide –de manera justificada– la prórroga de la intervención.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. d

2. c

3. b

4. b

5. a

6. d

7. d

8. a

9. b

