



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

**MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA EN EL NUEVO
ANTEPROYECTO DE LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

PRESENTADO POR:

Juan Antonio Muriel Diéguez

TUTELADO POR:

Alejandro Hernández López

VALLADOLID, JUNIO DE 2021

RESUMEN

Este trabajo tiene por finalidad analizarlas medidas de investigación tecnológica en el nuevo anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal (2020), así como compararlas con las medidas de investigación tecnológica recogidas en la vigente Ley de enjuiciamiento Criminal (LECrim). De este modo obtendremos una visión general de las modificaciones y mejoras que haya podido introducir el legislador

en el anteproyecto con el fin de modernizar y actualizar las mencionadas medidas para adaptarlas a la nueva realidad, siempre cambiante de la lucha contra la criminalidad, dentro del respeto a los derechos fundamentales y teniendo como inspiración los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE

Medidas de investigación tecnológica, derechos fundamentales, principios rectores, ley de enjuiciamiento criminal, proporcionalidad.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the technological investigative measures in the new draft criminal procedure act (2020) as well as to compare them with the technological investigative measures included in the current Criminal Procedure Act (LECrim). In this way we will obtain an overview of the modifications and improvements that the legislator may have introduced in the draft text in order to modernize and update the aforementioned measures to adapt them to the new, ever-changing reality of the fight against crime, while respecting fundamental rights and taking as inspiration the guiding principles of specialty, exceptionality, necessity, suitability and proportionality.

KEY WORDS

Technological investigative measures, fundamental rights, guiding principles, criminal procedure law, proportionality

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.	9
2.	ANTECEDENTES Y METODOLOGÍA	11
2.1.	Regulación de las medidas de investigación tecnológica en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.	11
2.1.1.	<i>Antecedentes y reforma Ley Orgánica 2015.</i>	12
2.1.2.	<i>Contenido y Estructura.</i>	13
2.1.3.	<i>Derechos fundamentales afectados.</i>	16
2.1.4.	<i>Disposiciones comunes (art.588 bis y principios rectores).</i>	21
2.2.	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020.	25
2.2.1.	<i>Antecedentes.</i>	25
2.2.2.	<i>Estructura y contenido.</i>	26
2.2.3.	<i>Aspectos clave del Anteproyecto.</i>	31
2.3.	Metodología y objetivos del presente trabajo.	35
3.	LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS.	36
3.1.	Disposiciones comunes.	36
3.1.1.	<i>Autorización judicial.</i>	36
3.1.2.	<i>Afectación de terceros.</i>	37
3.1.3.	<i>Control judicial de la medida.</i>	38
3.1.4.	<i>Duración.</i>	39
3.1.5.	<i>Utilización de la información en un proceso distinto.</i>	40
3.1.6.	<i>Descubrimientos casuales.</i>	41
3.1.7.	<i>Cese de la medida.</i>	42
3.1.8.	<i>Destrucción de las grabaciones.</i>	43
3.2.	La Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.	45
3.2.1.	<i>Disposiciones Generales.</i>	45
3.2.2.	<i>Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados.</i>	56
3.2.3.	<i>Acceso a los datos necesarios para la identificación del usuario y del terminal.</i>	57
3.3.	La Interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido.	58
3.3.1.	<i>Objeto.</i>	58
3.3.2.	<i>Garantía judicial.</i>	59
3.3.3.	<i>Ámbito de la vigilancia acústica.</i>	59
3.3.4.	<i>Requisitos.</i>	60
3.3.5.	<i>Solicitud del Ministerio fiscal.</i>	61
3.3.6.	<i>Resolución judicial.</i>	61
3.3.7.	<i>Ejecución de la medida y supervisión judicial.</i>	62
3.3.8.	<i>Cese y ampliación.</i>	62
3.3.9.	<i>Comunicación al juez de garantías y a los afectados.</i>	63
3.3.10.	<i>Comparecencia de la persona investigada.</i>	63
3.3.11.	<i>Utilización posterior de las grabaciones.</i>	63
4.	OBSERVACIONES Y VIGILANCIAS FÍSICAS Y UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE IMAGEN.	65
4.1.	Disposiciones comunes.	65
4.1.1.	<i>Vigilancias físicas.</i>	70

4.1.2.	<i>Vigilancias sistemáticas.</i>	72
4.1.3.	<i>Requisitos.</i>	73
4.1.4.	<i>Autorización judicial.</i>	74
4.1.5.	<i>Contenido de la Solicitud.</i>	76
4.1.6.	<i>Duración.</i>	76
4.1.7.	<i>Utilización posterior de las grabaciones.</i>	77
4.1.8.	<i>Personas a las que debe ser notificada la medida.</i>	78
4.1.9.	<i>Cancelación de datos.</i>	79
4.1.10.	<i>Utilización de las grabaciones obtenidas por medios técnicos de videovigilancia.</i>	80
4.1.11.	<i>Destrucción de las grabaciones.</i>	81
5.1.	Registro de dispositivo de almacenamiento masivo de información.	84
5.1.1.	<i>Acceso a la información.</i>	85
5.1.2.	<i>Autorización judicial.</i>	87
5.1.3.	<i>Ampliación del objeto del registro.</i>	88
5.1.4.	<i>Deberes de colaboración.</i>	88
5.2.	Registros remotos sobre equipos informáticos.	89
5.2.1.	<i>Presupuestos.</i>	90
5.2.2.	<i>Autorización judicial.</i>	91
5.2.3.	<i>Ampliación.</i>	92
5.2.4.	<i>Deber de colaboración.</i>	92
5.3.	Medidas de aseguramiento.	94
5.3.1.	<i>Orden de conservación de datos.</i>	94
5.3.2.	<i>Duración.</i>	95
5.3.3.	<i>Deber de colaboración.</i>	95
6.	LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS.	96
6.1.	El Agente encubierto. (Disposiciones comunes).	96
6.1.1.	<i>Antecedentes históricos.</i>	96
6.1.2.	<i>Regulación legal.</i>	98
6.1.3.	<i>Agente provocador.</i>	99
6.2.	Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación.	101
6.2.1.	<i>Régimen general.</i>	101
6.2.2.	<i>Solicitud del ministerio fiscal.</i>	103
6.2.3.	<i>Resolución judicial.</i>	104
6.2.4.	<i>Ámbito de la autorización. Ampliación a nuevos hechos o personas.</i>	105
6.2.5.	<i>Desarrollo de la Investigación.</i>	105
7.	LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN BASADOS EN DATOS PROTEGIDOS.	108
7.1.	Regulación legal (LOPDGDD y RGPD).	108
7.2.	El acceso y tratamiento de datos personales.	110
7.2.1.	<i>Búsqueda y obtención de datos a través de fuentes y canales abiertos.</i>	112
7.2.2.	<i>Acceso a datos personales contenidos en ficheros.</i>	113
7.2.3.	<i>Cruce automatizado o inteligente de datos.</i>	114
7.2.4.	<i>Búsquedas selectivas a partir de rasgos distintivos.</i>	115
7.2.5.	<i>Tratamiento de datos.</i>	118
7.2.6.	<i>Cesión de datos entre procesos penales.</i>	119
7.2.7.	<i>Valor de los datos.</i>	119
8.	CONCLUSIONES.	121
9.	BIBLIOGRAFÍA.	128
10.	ANEXO I (TABLAS COMPARATIVAS).	136

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

AEPD: Agencia Española de Protección de datos.

Art./-s: Artículo/-s.

ATEDH: Asunto Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

Cap.: Capítulo-

CDHNU: Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

DD. FF: Derechos Fundamentales.

DUDH: Declaración Universal de derechos humanos.

FF. CC. SS: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

FGE: Fiscal general del Estado.

IP: *Internet Protocol* (Protocolo de internet).

LECrim: Ley de enjuiciamiento criminal.

LO: Ley Orgánica.

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos.

LOPDGDD: Ley de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

N. del A: Nota del Autor.

Ob. cit.: Obra Citada.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

RD: Real Decreto.

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos.

SITEL: Sistema Integrado de Interceptación Telefónica.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

Vid: Véase.

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo tenemos por objetivo estudiar las modificaciones y novedades que introduce el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en una materia concreta como son las «medidas de investigación tecnológicas».

Se produce una transformación total del proceso penal fortaleciendo la cohesión institucional y la armonización con el derecho de la U.E. Hemos de señalar que la aprobación del Reglamento de la Fiscalía Europea en el año 2017 ha contribuido, en cierta manera, a la reforma del proceso penal español. Además, y esto nos concierne directamente, se busca la modernización del modelo de enjuiciamiento criminal dotando a la nueva LECrim de novedosas técnicas y herramientas tecnológicas con el fin de luchar con eficacia con las nuevas formas de criminalidad, sin por ello olvidar los derechos fundamentales de los interesados, al reforzarse las garantías procesales de los investigados.

En el capítulo sobre «Antecedentes y metodología» estudiaremos los precedentes históricos de este tipo de medidas, muy especialmente, la LO 13/2015 de 5 de octubre, reforma que introdujo una extensa y prolija regulación sobre este campo concreto del derecho procesal penal y, que el legislador calificó de manera genérica como medidas de investigación tecnológica. Del mismo modo, veremos los antecedentes que precedieron al presente Anteproyecto y no llegaron a ver la luz, así como los aspectos que consideramos clave en el actual anteproyecto y, la metodología de la que nos valdremos para el desarrollo del trabajo que consistirá en un análisis comparativo entre el texto legal vigente y el Anteproyecto.

En los siguientes cinco capítulos se encuentra el núcleo del trabajo en el que siguiendo la ordenación sistemática del propio Anteproyecto iremos desgranando las diferentes medidas de investigación tecnológica, objeto concreto del presente trabajo comparándolas con las vigentes medidas del mismo tipo de la actual y aún vigente LECrim.

Asimismo, incidiremos en las modificaciones que se dan en el Anteproyecto como respuesta a las críticas de doctrina y jurisprudencia con respecto de las medidas de investigación tecnológicas presentes considerando que la corrección de los fallos o inexactitudes que presentaban son uno de los fines fundamentales de las novedades que introduce el Anteproyecto. En varios casos tanto doctrina como jurisprudencia han venido considerando en los últimos años que algunos artículos del presente texto normativo carecían de un fundamento jurídico riguroso con respecto a los supuestos relativos a estas situaciones

que se producen con cierta habitualidad en la práctica diaria de procesos indagatorios, produciéndose por tanto situaciones de inseguridad jurídica y posibles vulneraciones de derechos fundamentales en los sujetos afectados.

Finalizaremos el trabajo aportando nuestras conclusiones sobre el Anteproyecto, centrándonos en la eficacia real de las modificaciones con respecto a las medidas de investigación tecnológica de la vigente LECrim a la cual aspira a sustituir el Anteproyecto, así como cerciorarnos de si el legislador ha solucionado los ya mencionados fallos e irregularidades vulneradoras de derechos fundamentales que la doctrina y jurisprudencia han señalado en numerosas ocasiones.

Por último, se ha añadido un anexo (Anexo I Tablas Explicativas) compuesto por unas tablas en las que se cotejan las medidas de investigación tecnológicas de la LECrim en vigor con las recogidas en el Anteproyecto, con la esperanza de que este recurso didáctico ayude al mejor entendimiento del objeto del presente trabajo o por lo menos como guía del contenido del trabajo que, constando de hasta setenta y dos preceptos que analizar y comparar, en ocasiones puede provocar confusión.

2. ANTECEDENTES Y METODOLOGÍA

Durante años se ha tratado de abordar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim). Algo muy lógico si tenemos en cuenta, que el actual texto procede del S. XIX, por tanto, carece de previsiones sobre los medios de comunicación actuales, que eran impensables en el momento de su elaboración.

Pero dicha reforma siempre se ha ido posponiendo debido a la falta de consenso entre los legisladores con respecto al alcance de dicha reforma y el modo en que debía realizarse. En concreto, en cuestiones clave como las medidas de investigación que aquí tratamos, teniendo en cuenta que todas ellas afectan directamente a los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 de nuestra Carta Magna.

No obstante, y como sabemos, la vida transcurre a mayor velocidad que la creación legislativa, y en la práctica, en nuestro país se venían desarrollando una serie de diligencias de investigación basadas en el uso de medios tecnológicos que no estaban regulados¹, hecho que se daba igualmente en países de nuestro entorno, y que creó problemas de violación de derechos fundamentales².

2.1. Regulación de las medidas de investigación tecnológica en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para intentar paliar esta deficiencia, con respecto de las garantías procesales exigibles ante el avance de los medios de investigación tecnológica en la persecución de delitos, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se vieron obligados a suplir dicho vacío normativo mediante la construcción de un cuerpo jurisprudencial que sirvió como solución provisional. Aunque como toda solución parcial, enseguida fueron obvias sus carencias, dado que el imparable avance tecnológico agravó el problema, al producirse una competencia entre el uso de nuevas tecnologías para la perpetración de delitos y la utilización de medios de investigación tecnológica como medio de investigación y obtención de pruebas. Pero la utilización de las referidas medidas de investigación presentaba de manera reiterada el mismo grave problema: la falta de una norma habilitante para su ejercicio.

¹ STS 173/1998 ECLI:ES:TS: 1998:853 de 10 de febrero de 1998.

² STEDH 27671/95 de 30 de julio de 1988. Caso Valenzuela Contreras contra España.

Esta falta de previsión normativa había sido señalada en numerosas ocasiones por el TEDH que manifestó reiteradamente que cualquier medida de investigación que repercutiese en el ámbito de la esfera privada del investigado debía estar recogida de manera prevista en la ley (Principio de legalidad)³.

Como consecuencia de ello, desde todos los ámbitos jurídicos- legislativo, jurisprudencial, académico, etc.-, se venía reclamando insistentemente una reforma total del decimonónico texto legal. Muy en especial, por parte del ámbito procesal y penal, donde había consenso a la hora de reclamar dicha reforma en profundidad. Consenso que se fracturaba a la hora de decidir el alcance de dichas reformas. El motivo de las discrepancias, como ya hemos adelantado, se debía a que varias de las nuevas diligencias de investigación incidían claramente en los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

2.1.1. *Antecedentes y reforma Ley Orgánica 2015.*

Debido a la falta de consenso ya mencionada, no fue hasta el año 2012 cuando se presentó una propuesta de Código Procesal Penal por parte de la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012⁴, que después de ser sometida al pertinente debate e información pública, cristalizó en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, donde se recogía la abundante doctrina jurisprudencial, tanto de los órganos nacionales, como de los supranacionales. Así mismo, buscaba cumplir entre sus objetivos con el fortalecimiento de los derechos procesales de acuerdo con los parámetros exigidos por el Derecho de la Unión Europea. Dicha propuesta no llegó a aprobarse⁵, pero algunas de sus novedades, en concreto las referidas a la «investigación tecnológica»,

³ STEDH 11801/85 de 24 de abril de 1990. Casos *Huvig y Kruslin* contra Francia. Así como, DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018, pág.388. El magistrado Delgado Martín nos recuerda que: «El Estado puede tener acceso en el entorno virtual de una persona, con injerencia en sus derechos fundamentales, siempre que concurren tres requisitos, a saber, que la injerencia este prevista por la ley (legalidad), que su finalidad sea legítima (legitimidad del fin) y, por último, que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de ese fin (necesidad)».

⁴ 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. Preámbulo, BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015, pág. 90192.

⁵ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020, preámbulo, pág. 1.

fueron recogidas en las modificaciones que se codificaron en la Ley Orgánica 13/2015 de 15 de octubre, por considerarse de urgente necesidad «un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado».

El 6 de diciembre entraba en vigor la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), realizada a través de la Ley Orgánica 13/ 2015 de 15 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁶. Por fin se intentaba corregir el vacío normativo que afectaba a las garantías que se veían afectadas por las cada vez más habituales diligencias realizadas mediante avanzados dispositivos tecnológicos, que a su vez intentaban contrarrestar el cada vez más habitual uso de dichos avances para la realización de actividades delictivas.

2.1.2. *Contenido y Estructura.*

La idea conceptual que subyace en la reforma Ley Orgánica 13/ 2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LO 13/2015) es la de regular esas deficiencias en las novedosas medidas de investigación tecnológica sin menoscabo de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 18 y 24 de la Constitución (en adelante CE), en los cuales incidían gravemente, desde hacía tiempo, en su práctica habitual no regulada legalmente y que como hemos ido mencionando, provocaba una notable inseguridad jurídica en los ciudadanos, como nos advertían los órganos judiciales nacionales y supranacionales al corregir y condenar dichas prácticas en sus sentencias⁷, no solo contra el Reino de España, sino contra otros países, como el Reino Unido y la República francesa.

Debemos realizar un pequeño inciso para señalar que no ha existido un criterio común a la hora de determinar cuáles de las modificaciones de la Ley de

⁶ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Introducción, BOE núm. 70 de 22 de marzo de 2019, pág. 30061.

⁷ BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (Propuesta de reforma)*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020, pág. 31. El profesor Bellido nos señala que esta práctica de hacer uso de este tipo de medida sin estar debidamente regulada fue habitual también en otros países de nuestro entorno, provocando numerosas sentencias condenatorias, pp. 13 y 16. (SSTEDH 27671/95 de 30 de julio de 1988. Caso Valenzuela Contreras contra España, 35394/97 de 27 de mayo de 2000, caso Khan contra Reino Unido, 44787/98 de 25 de septiembre de 2001, caso P.G y J. H contra R.U, 59842/00 de 31 de mayo de 2005, caso *Vetter* contra Francia y STEDH 71611/01 de 20 de diciembre de 2005, caso *Wisse* contra Francia).

enjuiciamiento Criminal ⁸debían realizarse mediante una Ley Orgánica y cuáles mediante Ley Ordinaria, por tratarse de regulaciones que afectaban a derechos fundamentales y libertades públicas. Como se señala en el preámbulo de la LO 13/2015, «En muchas ocasiones, preceptos procedimentales fueron elevados de rango: unas veces en aplicación de lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «materias conexas», es decir, aquellas «que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a las materias reservadas a la ley orgánica»⁹.

Pero como en este caso se han desarrollado normas modificativas que afectaban a derechos fundamentales y otras que incidían en el ámbito meramente procesal, se optó por una tramitación diferenciada, ya que en principio las modificaciones estrictamente procesales no requieren el complemento necesario de las materias orgánicas.

Por lo cual, esta reforma de la LECrim cuyos caracteres principales vamos a analizar a continuación, al considerarse de naturaleza orgánica por las materias de las que se ocupa «reforzamiento de los derechos procesales de los encausados y de los detenidos o presos, y regulación de las medidas de investigación limitativas del artículo 18 de la Constitución»¹⁰, ha sido realizada mediante una norma con rango de Ley Orgánica.

Entre los caracteres que caracterizan a este texto normativo, y que forman la propia estructura de la LO 13/2015 cabría destacar.

- i) Un primer bloque en el que se agrupan las medidas de agilización procesal, con especial incidencia en una nueva regulación con respecto de las normas de conexidad de delitos y con respecto de la acumulación de procesos, modificando para ello el art. 17 LECrim. La incorporación de un tercer párrafo al art. 284 con la consiguiente modificación del art. 295.1 en lo relativo a los atestados en casos de delitos sin autor conocido. Una

⁸ 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. Preámbulo, BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015, pág. 90912.

⁹ STC 5/1981 ECLI:ES:TC: 1981:5 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1981).

¹⁰ Ley Orgánica 13/2015. Ob. cit. pág. 90193.

modificación para establecer un plazo máximo en la instrucción de causas del art. 324, así como la introducción de un nuevo título (Título III), en el Libro IV de la Ley con objeto de normativizar el recién adoptado proceso por aceptación de decreto [arts.803 bis a) y 803 bis j)]¹¹.

- ii) En un segundo bloque se refleja la necesaria transposición al derecho interno de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, derecho a que se informe a un tercero en el momento mismo de la privación de libertad, así como del derecho a comunicarse con terceros y autoridades consulares durante la privación de esta. Modificándose para ello los arts. 118, 509, 520 y 527 LECrim, además de la introducción de un nuevo precepto, el art. 520 ter, que introduce las previsiones del derecho europeo en lo referente al régimen de asistencia del abogado a su cliente.
- iii) Un tercer bloque en el que se regulan por primera vez las tan esperadas medidas de investigación tecnológicas, que se agrupan en un nuevo Título denominado «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución». De este nuevo título trataremos más pormenorizadamente en el siguiente capítulo, por ser el núcleo principal del presente trabajo.
- iv) En un cuarto grupo se procede a la incorporación al ordenamiento interno de otra directiva europea, en este caso la Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril del 2014 sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Para ello se introduce un Título III ter en el Libro IV de la LECrim que regularía el procedimiento de decomiso autónomo en los arts. 803 *ter* a) y 803 *ter* p)¹².

¹¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica. Madrid, 12 de enero de 2015, pág. 4.

¹² Ibidem, página 5

- v) Para regular la segunda instancia con carácter general siguiendo las exigencias del Comité de derechos humanos de la ONU(CDHNU), se introduce el art. 846 ter y se modifican los artículos 847 y 848 LECrim para adaptarlos al recurso de casación.¹³
- vi) Por último, se produce la modificación del art. 954 que servirá para una mejora del mecanismo de revisión de sentencias firmes, así como el sistema de cumplimiento de las sentencias firmes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).¹⁴

2.1.3. *Derechos fundamentales afectados.*

En este epígrafe trataremos de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la CE, que se ven directamente afectados por la modificación de la LO 13/2015, muy en concreto, aquellos que se podrían ver conculcados por la aplicación de las diligencias que se recogen en la mencionada LECrim, en especial por las medidas de investigación tecnológica, tema central del presente trabajo.

Antes de la LO 13/2015 el TC y el TS habían creado todo un cuerpo jurisprudencial, al crear doctrina con respecto a las medidas de investigación tecnológica que como hemos mencionado se llevaban a la práctica de manera rutinaria. El TC consideró que la realización de dichas diligencias afectaba al derecho a la intimidad del art. 18.1¹⁵ CE «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal

¹³ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Consejo Fiscal. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Madrid, 23 de enero de 2015, pág. 151.

¹⁴ Ibid., pág. 158 : «cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[...]Este motivo merece una favorable acogida, porque las Sentencias del TEDH carecen de eficacia directa interna (STC 245/1991, de 16 de diciembre), y nuestro ordenamiento jurídico todavía no ha previsto una vía de restablecimiento de los derechos conculcados, más allá de la satisfacción por el Estado de la compensación económica que le haya podido imponer el propio TEDH. Es conveniente por ello habilitar algún medio que permita a los tribunales españoles superar el escollo procesal que representa la cosa juzgada con el fin de dar cumplida satisfacción a las exigencias del TEDH».

¹⁵ STC 171/1990 ECLI:ES:TC: 1990:171. (BOE núm.287, de 30 de noviembre de 1990). El art 18.1 CE acoge un contenido amplio de la intimidad que irá variando, atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad en cada momento histórico: «Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial. Corresponde a este Tribunal la tarea de ponderar los derechos en presencia y de

y familiar y a la propia imagen», al secreto de las comunicaciones del art. 18. 3 CE «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas, y telefónicas, salvo resolución judicial», además de la incidencia que se produce en el art. 24.6 CE por la vulneración de garantías que contempla,

«Asimismo, todos tienen el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia...».

Resulta esclarecedor que en la LO 13/2015 al crearse un Título específico en el que el legislador quiso agrupar la regulación normativa de las diligencias de investigación tecnológica, las intituló como, «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución». Con esta decisión parece claro que el legislador admitió la evidente incidencia de las mencionadas medidas en los derechos fundamental del art. 18 CE, como ya había declarado la jurisprudencia manifestada por el TC en el ámbito nacional, así como el TEDH, en el internacional.

- i) Derecho a la intimidad: Se recoge en el art. 18.1 CE en el cual se presenta un contenido amplio del derecho a la intimidad, que además coincide con la jurisprudencia del TEDH, al interpretar el art. 8.1 del CEDH¹⁶; «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» es, por tanto, un bien jurídico que la actual CE elevó a la categoría de derecho fundamental. Para conocer cuál es la noción de intimidad que recoge el TC habrá que remitirse a las ya mencionadas STC 171/1990 ECLI:ES:TC: 1990:171. (BOE núm.287, de 30 de noviembre de

determinar si la restricción que se impone a un derecho está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho de la otra parte. En esta función nuestra jurisdicción no está vinculada a las valoraciones efectuadas por el órgano judicial sometido a nuestro control. Sin embargo, sí se encuentra limitada a conocer sólo de la pretensión, que ha de estar dirigida a restablecer o preservar el derecho fundamental (art. 41.3 LOTC), y no se extiende, en consecuencia, a la determinación de la condena civil o penal que la jurisdicción ordinaria haya impuesto, que sólo podemos anular o confirmar, por las mismas u otras razones por las que el órgano judicial las acordó, pero en ningún caso modificar. [F.J. 4].

¹⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

1990), a las STC 10/2002, FJ5¹⁷, así como las SSTC 127/2003 ECLI:ES:TC:2003:127 (BOE núm. 181 de 30 de junio de 2003, FJ 7 y 189/2009 ECLI:ES:TC:2009/189 (BOE núm. 254 de 2 de octubre de 2009, FJ 2). Resumiendo, podemos afirmar que el derecho a la intimidad nos confiere el poder de decidir y definir cuál es el ámbito de aplicación de nuestra intimidad frente a terceros, y *sensu contrario*, que no sean los terceros quienes decidan cuándo y dónde podemos reivindicar nuestro derecho a la intimidad¹⁸. Pero este derecho fundamental puede ser modulado de forma gradual por el propio ciudadano estableciendo límites al mismo dependiendo de las circunstancias, dando con ello lugar a lo que se ha denominado «expectativa razonable de privacidad»¹⁹, por la voluntad expresa del mismo o por la tácita que se infiere de sus actos, así mismo, la doctrina del TC y el TEDH ha ampliado el ámbito físico de este derecho no sólo a la esfera familiar(doméstico), como es sencillo de entender, sino también a otros ámbitos como el laboral, donde se pueden establecer vínculos y relaciones íntimas que también serían merecedoras de la protección de dicho derecho fundamental. Estas nociones nos serán muy útiles en el núcleo de nuestro trabajo, ya que como veremos en el anteproyecto de la LECrim 2020 y en concreto en las medidas de investigación tecnológica, la idea de la «expectativa razonable de privacidad» será determinante.

- ii) Derecho al secreto de las comunicaciones: Se encuentra recogido en el art. 18.3 CE. El objeto de este derecho sería no sólo la prohibición de la

¹⁷ STC 10/2002 de 17 de enero de 2002. ECLI:ES:TC:2002:10. BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2002, FJ 5:« Si, como hemos declarado de forma reiterada, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999 ECLI:ES:TC:1999:144 (BOE núm. 204 de 22 de agosto de 1999, FJ 8); 119/2001 ECLI:ES:TC:2001/119 (BOE núm. 137 de 8 de junio de 2001, FJ 5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el «domicilio», por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada» (SSTC 22/1984 ECLI:ES:TC:1984/22 (BOE núm. 59 de 9 de marzo de 1984), FJ 5; 94/1999 ECLI:ES:TC:1999:94 (BOE núm. 181 de 30 de julio de 2003, FJ 5); y 119/2001 ECLI:ES:TC:2001:119 (BOE núm. 137 de 8 de julio de 2001, FJ 6).

¹⁸ COOLEY, Juez. *Encyclopaedia Britannica*. USA 1890 «*The right to be let alone*».

¹⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018, pág.100.

interceptación de las comunicaciones ajenas, sino incluso -esto no suele ser tan conocido-, el conocimiento no permitido específicamente de las mismas. Así mismo, este derecho obliga a terceros aun siendo particulares, no sólo agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y demás agentes del Estado²⁰. A este respecto resulta esclarecedora la STC 170/2013²¹, cuando afirma que: «el objeto directo de protección del art. 18.3 CE es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público».

Es interesante señalar que son titulares de este derecho no solo las personas físicas (particulares) sino también las personas jurídicas, los mayores de edad, pero también los menores, así como nacionales y extranjeros.

Este derecho ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales, como el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el art.17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966(PIDCP) ; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950(CEDH); y el art.7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea(CDFUE), conviene recordar que han sido estos instrumentos internacionales ratificados progresivamente por España constituyen el origen inspiración conceptual para interpretar los derechos fundamentales y libertades del art.10.2 CE.²² Por último señalar que la doctrina del TC ha declarado que el secreto de las comunicaciones del art.18.3 CE debe ser considerado un concepto rigurosamente formal, por cuanto «se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido»²³.

- iii) Derecho a la protección de datos personales: Se encuadra en el art. 18.4 CE. El ordenamiento jurídico, en los últimos años ha concedido a la persona el control sobre sus datos personales, de manera que pueda controlar su uso y determinar el destino último de sus datos de naturaleza personal.

²⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág.109.

²¹ STC 170/2013 ECLI:ES:TC: 2013:170 (BOE núm. 267 de 7 de noviembre de 2013), FJ 4.

²² DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. Pág.110.

²³ SSTC 114/1984 ECLI:ES:TC: 1984:114 BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 1984, FJ 7; y 34/1996 ECLI:ES:TC:1996:34 BOE núm. 93 de 17 de abril de 1996, FJ4.

Es importante señalar que esta idea ha sido construida por la jurisprudencia debido como factor principal, a la evolución imparable de la utilización de nuevos medios tecnológicos en los ámbitos no sólo empresariales y económicos, sino también en la esfera privada. Estas nuevas situaciones sociales han ido dejando en evidencia vacíos normativos que una vez más los tribunales han de suplir con construcciones jurisprudenciales, incluyendo la creación de novedosos conceptos.

El TC alemán creó el concepto de «autodeterminación informativa» *«Informationelle Selbstbestimmungsrecht»* en la paradigmática sentencia de 15 de diciembre de 1983. Dicha sentencia fue tomada por nuestros tribunales como fundamento para la definición de este derecho en la STC 292/2000²⁴ de 30 de noviembre, en la que se concede a la persona el control de sus datos, incluidos los que obren en poder de terceros, de manera que podríamos decir, que los datos personales actúan como una extensión de la propia persona con independencia del lugar físico donde se encuentren, ya que el uso del «entorno digital» por nuestra parte genera una «huella digital», es decir, un rastro que genera ese derecho fundamental por parte de su titular, el cual podrá decidir sobre los mismos, ya sea para consentir el acceso a los mismos, rectificarlos o cancelarlos.

A todo esto, debemos añadir un apunte sobre la regulación específica que desarrolla el art. 18.4CE, con la transposición de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos, que fue el origen de la primigenia Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Posteriormente la mencionada Directiva fue derogada por el art.94 del RGPD. La legislación vigente aplicable se basa en el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo a la

²⁴ STC 292/2000 ECLI:ES:TC: 2000:292. BOE núm. 4 de 4 de enero de 2001, FJ 5, « el derecho a la protección de datos atribuye al titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 245/1993, FJ7)».

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD)²⁵.

2.1.4. *Disposiciones comunes (art.588 bis y principios rectores).*

En la vigente LECrim se determina como presupuesto inexcusable para la adopción de cualquier medida de investigación tecnológica prevista en el Título VIII la existencia previa de una autorización judicial (art. 588 bis a LECrim²⁶), que se sujete de manera plena a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Aunque no hayan sido previstos por el texto legal, la adopción de estas medidas debería contar, además, con los principios de jurisdiccionalidad y legalidad²⁷.

Bien es cierto, que la referencia expresa a la tutela judicial de estas medidas no excluye las situaciones concretas durante la fase de investigación que la propia Ley permite realizar a la policía judicial o al Ministerio Fiscal.

De esta manera el legislador recoge normativamente los principios establecidos por la doctrina constitucional a través de las SSTC 50/2000 ECLI:ES:TC: 2000/50 (BOE núm. 76 de 29 de marzo de 2000) y 184/2003 ECLI:ES:TC: 2003:184 (BOE núm. 272 de 13 noviembre de 2003)²⁸.

Ya en fecha muy anterior, la STS núm. 692/1997 ECLI:ES:TS: 1997:6660 de 7 de noviembre de 1997 recogía la voluntad de normativizar estos principios, convirtiéndolos en requisitos obligatorios en toda investigación fronteriza con los derechos fundamentales se viniese realizando. El propio preámbulo de la LO 13/2015 nos confirma esta manifiesta voluntad de convertir el cuerpo jurisprudencial que iba creando el TC, al manifestar, «se ha estimado oportuna la proclamación

²⁵ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. Cita, pág. 130.

²⁶ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ART. 588 BIS.1: Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

²⁷ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Hospitalet del Llobregat (Barcelona). Wolters Kluwer.2017, pág.44.

²⁸ STC 50/2000 ECLI:ES:TC: 2000:50 BOE núm. 76 de 29 de marzo de 2000 y; STC 184/2003 ECLI:ES:TC: 2003:184 BOE núm. 272 de 13 de noviembre de 2003.

normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia».

1. **Principio de Especialidad:** Se encuentra positivado en el art. 588 *bis* letra a) apartado 2º. El principio de especialidad 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. Este principio rector exige que haya una correspondencia entre la medida de investigación tecnológica y la investigación de un delito en concreto. Es decir, que se debe ordenar esta medida para la investigación de un presunto hecho delictivo específico. Por tanto, no podrán ordenarse estas medidas si son dirigidas a la prevención o descubrimiento de posibles hechos ilícitos sin base objetiva, de manera genérica²⁹.

Ahora bien, esto no significa que previa adopción de la medida de investigación, el delito este concretado, ya que, precisamente la adopción de la susodicha medida de investigación tecnológica tiene por finalidad delimitar el delito en sí (arts. 299 y 771.1 LECrim)³⁰.

Por todo ello, que existan ciertas dudas sobre el grado de definición de un delito no sería una conculcación del principio de especialidad, así como tampoco lo sería el descubrimiento casual de hechos ilícitos durante la investigación y que puedan ser otro tipo penal (se considerará *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que se inicie el correspondiente proceso)³¹, evitando en todo momento que se tomen estas medidas en base a débiles sospechas, por ser las mismas limitativas de un derecho fundamental³². Debe delimitarse objetivamente la medida «a través de la precisión del hecho que

²⁹ STS núm. 272/2017 ECLI:ES:TS:2017: 1594 de 18 de abril de 2017 «los poderes públicos no pueden inmiscuirse en la intimidad de los sospechosos, interceptando sus comunicaciones, con el exclusivo propósito u objeto de indagar a ciegas su conducta, por lo que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas tiene que estar siempre relacionada con la investigación de un delito concreto al menos en el plano indiciario».

³⁰ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 46.

³¹ STS 1594/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1594 de 18 de abril de 2017.

³² STS 2459/2014 ECLI:ES:TS: 2014: 2459 de 17 de junio de 2014.

se trata de investigar» y subjetivamente «mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él la realización de dicho acto»³³.

- 2. Principio de Idoneidad:** El art. 588 *bis* 3 define indirectamente el citado principio limitándose a describir su finalidad: «El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad». Para obtener una idea más clara de la noción que implica este principio podemos remitirnos al art. 588 *quater* b, 2b, el cual nos indica que para implementar una medida d investigación de este tipo (limitativa de un derecho fundamental) será necesario «Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor».

La idoneidad, por tanto, está relacionada con la utilidad y funcionalidad de la medida de investigación a desarrollar³⁴. Asimismo, el TS señaló en su sentencia STS 476/ 2017 ECLI:ES:TS: 2017:476 de 15 de febrero de 2017 que «la medida resultará idónea cuando aparezca adecuada a los fines de la instrucción».

- 3. Principios de excepcionalidad y necesidad:** Aparecen de manera conjunta recogidos en el art. 588 *bis* a, apartado 4 de la LECrim, motivo por el cual vamos a analizar brevemente a ambos, al igual que hace la Circular 1/2019 de 6 de marzo de la fiscal general del Estado. La razón de su encuadramiento conjunto en el mismo apartado del art. 588 LECrim no responde a un mero capricho del legislador, sino a la íntima relación entre ambos³⁵. Se puede afirmar que el principio de excepcionalidad tiene un carácter genérico que es complementado por el principio de necesidad. En el principio de excepcionalidad el juez debe cuestionarse la existencia de otras medidas que consigan el mismo objetivo siendo menos lesivas para los derechos del investigado, es decir, que, si existiesen medidas menos

³³ CIRCULAR 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado.

³⁴ STS 4091/2014 ECLI:ES:TS: 2014:4091 de 1 de octubre de 2014.

³⁵ CIRCULAR 1/2019 de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado.

perjudiciales, pero igual de útiles para el esclarecimiento del hecho delictivo investigado, este principio se incumpliría³⁶. Como nos indica la STS 104 /2011 ECLI:ES:TS: 2011:136 de 1 de marzo, estas medidas suponen un sacrificio de un derecho fundamental, lo que determina que el recurso a las mismas deba ser excepcional y no rutinario³⁷.

En cuanto al principio de necesidad, se dará «cuando, de no acordar la práctica de la medida, sea muy dificultoso poder comprobar el hecho investigado, determinar su autor o autores, averiguar su paradero, o localizar los efectos del delito»³⁸.

Es resaltable el que el principio de necesidad se encuentre consignado en el art. 8.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que señala que «la medida ha de ser necesaria en una sociedad democrática», y también en el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), donde se indica que solo se podrán tomar medidas limitativas de los derechos fundamentales recogidas en la misma, cuando sean necesarias.

4. Principio de Proporcionalidad: Sabemos que el sacrificio del derecho fundamental es un elemento esencial en la adopción de una medida de investigación, por ello, sólo será proporcional la medida de investigación cuya adopción aporte mayores beneficios para el interés público y terceros que los perjuicios que ocasione en los derechos del investigado. El propio precepto 588 bis a, apartado 5, señala,

«Las medidas de investigación reguladas en este capítulo 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 la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.», donde figura de manera sistemática los requisitos que debe cumplir el principio de

³⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto. M. Ob. cit. Pág. 48.

³⁷ CIRCULAR 1/2019 de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado.

³⁸ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto. M. Ob. cit. Pág. 48.

proporcionalidad, entre ellos los ya mencionados, «interés público y de terceros»,

y el más importante para ponderar la citada proporcionalidad de la medida, que sería la «gravedad del hecho». Para saber que considera la jurisprudencia «gravedad del hecho» es destacable la STC 299/2000 ECLI:ES:TS: 2000:1686 de 3 de marzo que nos refiere que la gravedad de «la infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla». Por último, he de señalar que, en el ámbito tecnológico, en el cual se sitúa el presente trabajo será de especial relevancia la «trascendencia social» recogida por la doctrina jurisprudencial (SSTS 1241/2005 ECLI:ES:TS:2005:6544 de 27 de octubre, 1078/2001 ECLI:ES:TS: 2001:4864 de 8 de junio y 900/2000 ECLI:ES:TS: 2000:6333 de 28 de julio, entre otras), por el hecho del mayor alcance mediático del medio utilizado.³⁹

2.2. Propuesta de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020.

En el segundo epígrafe del presente capítulo haremos un somero análisis general del apartado concreto referido a las medidas de investigación tecnológica, tanto de la aún vigente LECrim, y la LO 13/2015 que la modificó en este ámbito específico, a modo de punto de partida del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal objeto del presente trabajo, que desarrollamos en los siguientes subepígrafes, donde se analiza la estructura y contenido del Anteproyecto, mientras que el último se explican los aspectos clave de citado Anteproyecto que presenta notables diferencias en el ámbito de las «Medidas de investigación tecnológica».

2.2.1. Antecedentes.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015 de octubre, en vigor desde el 6 de diciembre de 2015 introdujo una muy esperada⁴⁰ regulación sobre las llamadas «medidas de investigación tecnológica».

³⁹ STC 104/2006 ECLI:ES:TC: 2006:104 (BOE núm. 110 de 9 de mayo de 2006).

⁴⁰ El ATEDH *Coban c. España*, de 25 de septiembre de 2006, CE:ECHR: 2006:0925DEC001706002 afirmaba que «considera deseable una modificación legislativa que incorpore a la ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, entiende que el art.579 LECrim, modificado por la LO 4/1988, de 25 de mayo, y completado por la jurisprudencia del TS y TC, formula claras, detalladas, y precisa, a priori, con suficiente claridad, el alcance en las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en ese ámbito». En este mismo sentido de insuficiencia de regulación,

Hasta ese momento esas medidas se hallaban deficitariamente reguladas dando origen a una notable inseguridad jurídica. Lo cual resultaba imperdonable en una sociedad donde cada vez resultaban más necesarias, dado el aumento del uso de sistemas tecnológicos, no sólo para fines lícitos, sino, desgraciadamente, también para la comisión de actividades delictivas. Por ello, resultaba perentorio la positivación de medidas de este cariz para una «eficaz investigación de actividades delictivas y para la correcta instrucción de las causas penales derivadas de las mismas, dado el profuso uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la actualidad...»⁴¹.

Debemos recordar aquí, aún a riesgo de resultar reiterativos, el aspecto de gran importancia legal que supone la afectación que suponen la utilización de medidas de investigación tecnológica en los derechos fundamentales contemplados en el art. 18 CE, tanto a la intimidad, como particularmente a las comunicaciones⁴².

2.2.2. Estructura y contenido.

El legislador optó por utilizar como técnica para normativizar los principios que el TC y el TEDH consideraron determinantes para decretar la injerencia en los derechos fundamentales ya reseñados, el introducir un nuevo capítulo (Capítulo IV⁴³) en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se regulan las disposiciones comunes, que se aplicarán en los siguientes capítulos, del Capítulo V al X. De esta manera se aprovecha el esquema formal histórico, pero reordenándolo, aunque esta técnica presenta problemas derivados de la obsolescencia del esquema propio de un texto decimonónico, aunque como nos

STC 49/1999 ECLI:ES:TC: 1999:49 (BOE núm. 100 de 27 de abril de 1999), STS 755/2000 ECLI:ES:TS:2000:755 de 4 de febrero de 2000 o el ATS 1627/2002 ECLI:ES:TS: 2002:1627A

⁴¹ LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. “Las medidas de investigación tecnológica en la ley de enjuiciamiento criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes”. *Boletín digital AJFV Penal*, núm. 6, julio 2016, pág. 2.

⁴² STEDH Prado Burgallo c. España, de 18 de febrero de 2003, CE: ECHR: 2003:0218DEC005849600. En dicha sentencia se constatan lagunas legales en la interceptación de comunicaciones telemáticas que podrían suponer una transgresión de derechos fundamentales.

⁴³ Libro II, Título VIII, Capítulo IV: «Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos».

recuerda la propia LO 13/2015 en su preámbulo «cuenta con la ventaja de haber sido objeto de frecuente atención por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

En el citado capítulo IV de disposiciones comunes se encuadran los principios rectores que el TC en su abundante jurisprudencia ha considerado de exigencia obligada en la adopción de cualquier medida de investigación tecnológica que provoque una injerencia en alguno de los derechos fundamentales recogidos en la CE. Mediante esta técnica legislativa, que se basa en transponer de manera casi literal la numerosa jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales supranacionales al propio texto normativo, resultando de ello «unas disposiciones de gran extensión y detalle que dejan poco espacio para la interpretación jurisprudencial posterior a la resolución»⁴⁴.

De tal manera que se debieron añadir al artículo 588 numerosos «adverbios numerales latinos» para poder encajar en los cinco capítulos en los que se reúnen las nuevas medidas de investigación tecnológicas, agrupando todas ellas en virtud de la característica de hacer uso de los sistemas tecnológicos para la indagación de un delito, esta agrupación tendría en origen la intención de facilitar su análisis.

Se crea un capítulo V dentro del título VIII del Libro II intitulado «La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas»⁴⁵. En el mismo se recogen de manera prolija y en ocasiones con cierta confusión catorce preceptos, divididos con cierta descompensación en tres secciones: la primera «Disposiciones Generales», la segunda sección se denomina, «incorporación de datos electrónicos de tráfico o asociados», para finalizar con la sección llamada «Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad».

Se incorpora un nuevo capítulo VI, dentro del Título VIII del Libro II nombrado como «Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos». Más breve, encuadra cinco preceptos, sin necesidad de dividirlos en secciones.

⁴⁴ LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. Ob. cit. Pág. 4.

⁴⁵ 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. (BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015).

En el nuevo capítulo VII, dentro del Título VIII del Libro II titulado «Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización», donde se engloban solo tres amplios preceptos. En estos tres amplios preceptos se recogen en mi opinión, en subepígrafes similares disposiciones de los anteriores capítulos que se dividían en más epígrafes de ahí mi idea de descompensación.

SECCION 1º <u>DISPOSICIONES</u> <u>GENERALES</u>	SECCIÓN 2ª <u>INCORPORACION AL</u> <u>PROCESO DE DATOS</u> <u>ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO</u> <u>O ASOCIADOS</u>	SECCIÓN 3º <u>ACCESO A LOS DATOS</u> <u>NECESARIOS PARA LA</u> <u>IDENTIFICACION DE</u> <u>USUARIOS, TERMINALES Y</u> <u>DISPOSITIVOS DE</u> <u>CONECTIVIDAD</u>
ART.588 <i>ter a</i> Presupuestos	ART.588 <i>ter j</i> Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios	ART.588 <i>ter k</i> Identificación mediante número IP
ART.588 <i>ter b</i> Ámbito		ART.588 <i>ter l</i> Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes.
ART 588 <i>ter c</i> Afectación a terceros		ART.588 <i>ter m</i> Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad
ART.588 <i>ter d</i> Solicitud de autorización judicial		
ART.588 <i>ter e</i> Deber de colaboración		
ART.588 <i>ter f</i> Control de la medida		
ART.588 <i>ter g</i> Duración		
ART.588 <i>ter h</i> Solicitud de prórroga		
ART.588 <i>ter i</i> Acceso De las partes a las grabaciones		

Se crea en el Título III del Libro II, un nuevo capítulo VIII denominado «Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», donde en tres preceptos se recoge la normativa al respecto, pero es destacable la gran extensión del tercero de ellos, art. 588 *sexies c*, «Autorización judicial», dividido en cinco amplios

apartados a su vez. Todo ellos con una extensión excesiva que, en mi opinión, provoca falta de concreción. Incluso la redacción de éste resulta farragosa y difícil de interpretar, al intentar contener todas las posibilidades del presupuesto⁴⁶.

Llama la atención que la propia LO 13/2015 señala en su preámbulo que uno de los objetos de la modificación de la LECrim sería el de «adaptar el lenguaje de la LECrim a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley...»⁴⁷. Incluso para ello, se convocó la Comisión para la claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas conclusiones sobre la redacción gramatical del texto legal debía tenerse en cuenta. Sin ánimo de parecer ácido y crítico en extremo, tengo dudas sobre si la susodicha Comisión logró sus objetivos.

Se añade un nuevo Capítulo IX en el Título III, del Libro II, llamado «Registros remotos sobre equipos informáticos»⁴⁸, donde en tres preceptos apellidados por el adverbial numérico *septies* se consigna la regulación sobre este presupuesto concreto. Una vez más observamos como los dos primeros engloban una gran cantidad de requisitos y posibles situaciones intentando ser muy meticuloso, y cuyo resultado en mi opinión, es un precepto excesivo y pesado en su formulación. Las mismas características reúne el segundo de los apartados, en contraposición al último de ellos, sobre la «Duración de la medida», que peca de brevedad, incluso parquedad diría yo, lo cual, al compararlo con sus compañeros de artículo, produce cierta sensación de descompensación en la normativización, e incluso de cierta precipitación a la hora de redactar este apartado final, casi a modo de cláusula de cierre.

Por último, debemos mencionar el Capítulo X, que cierra el Título III del Libro II dedicado a la materia objeto de nuestro estudio sobre las medidas de investigación tecnológica. Este último artículo sólo contiene un artículo bajo el

⁴⁶ 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. (BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015).

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

adverbial *octies* y la denominación de «Medidas de aseguramiento»⁴⁹, en el cual se trata del protocolo de conservación que han de seguir los datos reunidos por particulares y que sean objeto de investigación, así como su duración. Este precepto en mi opinión es demasiado genérico y obvia determinadas situaciones resultando desde su inicio de andadura legislativa obsoleto. Como veremos en el siguiente epígrafe, el asunto de la protección y conservación de datos en el nuevo Anteproyecto cuenta con una mayor dedicación normativa, denotando un mayor esfuerzo legislativo a la hora de dedicar en cada presupuesto de investigación tecnológica un apartado a este particular.

2.2.3. Aspectos clave del Anteproyecto.

Aunque el tema concreto del trabajo que estamos desarrollando sea el de las medidas de investigación tecnológica en el nuevo Anteproyecto de la LECrim 2020, no podemos, ni queremos evitar hacer una somera referencia a importantes novedades del citado Anteproyecto, que sin ser el objeto concreto del presente trabajo, tienen una importante influencia en todos los aspectos del mismo, y muy en concreto, sobre las «Diligencias de investigación» del Libro III del Anteproyecto, donde se encuentran recogidas las citadas medidas.

Como nos aclara el propio preámbulo del Anteproyecto⁵⁰, uno de sus principales objetivos sería el de realizar

«un cambio profundo en la configuración del modelo de proceso penal no solo deriva de exigencias de orden constitucional y por de la voluntad política compartida de modernizar y mejorar nuestro sistema de administración de justicia que expresaron aquellos proyectos. El nuevo paradigma procesal es coherente con nuestra pertenencia al espacio normativo de libertad y justicia de la Unión Europea».

La más importante novedad que este objetivo provoca es la de la entrega de la competencia sobre investigación penal al Ministerio Fiscal, retirando dicha competencia del ámbito judicial (Juez de Instrucción), como venía siendo hasta ahora, en lo que se consideraba una anomalía con respecto del derecho comparado

⁴⁹ 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. (BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015).

⁵⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA. *Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*. “Memoria del análisis de impacto normativo”. Madrid. Enero 2021, pág.13.

de nuestros vecinos de la Unión Europea⁵¹, y que se buscaba corregir desde hacía tiempo. También debemos mencionar la Fiscalía europea⁵², al ser la implantación de esta y nuestra pertenencia al «espacio normativo de la UE» uno de los motivos que aceleraron la puesta en marcha del Anteproyecto objeto del presente trabajo. Como se nos informa en la exposición de motivos del propio Anteproyecto, «La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español»⁵³.

Siguiendo en la fase de investigación, se ha optado por concentrar todas las potestades judiciales en una figura concreta y novedosa. «El Juez de Garantías», una denominación que distingue al «juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones y que evitará el debilitamiento del control judicial que podría derivarse de un modelo de tutela judicial totalmente disperso, y que ya fue utilizado tanto en el Anteproyecto de 2011 como en la propuesta del 2013»⁵⁴. Por tanto este juez será el llamado a autorizar la mayoría de las medidas de investigación tecnológica, por ser limitativas de derechos fundamentales.

Otro de los objetivos que el Anteproyecto se marca como finalidad, se encuentra el de regular las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen que aún no tenían acomodo en nuestro ordenamiento.⁵⁵

⁵¹ STEDH Sentencia 8692/79 de 1 de octubre de 1982. Casos *Piersack* y *De Cubber* y STC 145/1998 ECLI:ES:TC: 1998:154 (BOE núm. 131 de 30 de julio de 1998) y STC 162/1999 ECLI:ES:TC: 1999:162 (BOE núm. 263 de 3 de noviembre de 1999).

⁵² https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-53-5.PDF: El día 10 de junio de 2021 fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. <https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/210427-aprobacion-del-anteproyecto-de-fiscalia-europea>.

De esta manera se trata de solucionar el problema que supone la extensa *vacatio legis* del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de seis años, periodo en el cual no estaría de otro modo operativa la Fiscalía europea en España.

⁵³ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. *Exposición de motivos*. Pág.2, y Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea en las materias propias de su competencia, lo que obliga a adecuar definitivamente nuestro sistema procesal penal para mantener la debida coherencia normativa.

⁵⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. Ob. cit. pág. 21.

⁵⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA. Ob. cit. pág. 4

Dentro de la estructura de este Anteproyecto observamos, en lo referente a las medidas de investigación tecnológica, que se ha producido una importante novedad. En esta ocasión el legislador ha decidido no agrupar dichas medidas en capítulos consecutivos de un mismo título, haciendo uso de la técnica de introducir gran número de artículos nombrándolos con los adverbios numerales latinos (*bis, ter, quáter...*); técnica normativa que concita críticas por la apariencia de solución temporal y poco meditada.

En aquella ocasión, y como ya comentamos en el epígrafe anterior, el legislador introdujo gran cantidad de presupuestos en los artículos, queriendo mostrarse exhaustivo, y resultando, en mi opinión, preceptos prolijos en exceso y confusos. En esta ocasión el legislador ha optado por añadir un mayor número de artículos, con definiciones más concisas, agrupándose en títulos en vez de capítulos con diferentes especialidades dentro del Libro II, «De las diligencias de investigación» (arts. 306-520). Y como segunda novedad fundamental de la nueva estructura del Anteproyecto es que las mencionadas medidas de investigación tecnológica no se engloban en esta ocasión por razón de su relación con los dispositivos técnicos utilizados, sino por el tipo de práctica o diligencia de investigación junto a las que suelen desarrollarse. Por ejemplo, en el caso de los registros informáticos, en el Anteproyecto se encuentran agrupados en el título IV denominado «Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registros informáticos», la razón que subyace, en mi opinión, es que el registro de un aparato informático tendría más relación con un registro ordinario así como la incautación de documentos y objetos relacionados con el presunto delito -entre ellos un ordenador-, que con el resto de las llamadas «medidas de investigación tecnológica».

En definitiva, se trata de intentar seguir una secuencia lógica en los procedimientos habituales en las diligencias de investigación, priorizando la secuencia espacial y cronológica, sobre las similitudes técnicas de las medidas⁵⁶. Aunque esta nueva disposición pueda dar una idea de dispersión y por ello, de cierto desorden, debemos concluir que tendría más lógica en el discurrir habitual de las diligencias llevadas a cabo por las autoridades.

⁵⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Hospitalet del Llobregat (Barcelona). Wolters Kluwer.2017, pág.32. Lo define de la siguiente y en mi opinión acertada manera: «...van a tener como espacio natural de actuación la investigación de delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología...».

De esta manera en el Título II del Libro III «De las diligencias de la Investigación» se recogen «Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas», el cual su vez se haya dividido en cuatro capítulos, el primero de ellos con dedicado a las «Disposiciones comunes» (Capítulo I), formado por ocho preceptos, del artículo 345 al 352 ambos incluidos. Seguido de un capítulo II dedicado a «La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas», divididos en tres secciones con un amplio y minucioso articulado (arts. 353 al 371), y un capítulo IV sobre «La interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido», compuesto por diez preceptos (el capítulo III sobre «La interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes», quedaría fuera del propósito de este análisis).

En el título III se encuentran «Las observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de imagen» que engloba diez preceptos comunes a los distintos presupuestos sin distinción de capítulos, ni secciones.

En el Título IV ⁵⁷ sobre « Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registro informático», que en este caso si divide en cinco capítulos su articulado, por lo que nos atañe, en el capítulo III se trata de «Los registros de dispositivo de almacenamiento masivo de información» (arts. 425-428), el capítulo IV sobre «Registros remotos sobre equipos informáticos» (arts. 429-432), y el capítulo V de «Medidas de aseguramiento» del artículo 433 al 435.

Por último, debemos hacer referencia a los títulos VII y VIII que, aunque distanciados en el articulado del Anteproyecto de los títulos anteriores, tiene una estrecha relación en cuanto a «Diligencias de investigación» a través de medios de investigación tecnológica.

En el primero de ellos sobre «Las investigaciones encubiertas» se reserva un capítulo (III) a las investigaciones encubiertas en canales cerrados, con cinco preceptos explicativos de la materia. Mientras que, en el segundo de ellos, siete artículos encuadrados en el capítulo I (el acceso y tratamiento de datos personales), de «Los medios de investigación basados en datos protegidos», demuestran la especial

⁵⁷ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020, pág.285 y ss.

sensibilidad de este anteproyecto ante el uso y custodia de datos obtenidos mediante medios tecnológicos.

2.3. Metodología y objetivos del presente trabajo.

El método que vamos a utilizar para analizar los medios de investigación tecnológica en el nuevo Anteproyecto de la LECrim 2020, consistirá en comparar los nuevos capítulos, ahora reconvertidos en títulos, y los preceptos encuadrados en ellos, con los preceptos de la LECrim actualmente vigente, introducidos por la LO 13/2015. Se indicará las modificaciones que se han desarrollado, así como nuevos preceptos incorporados para intentar paliar en los defectos o incongruencias que se produjeron en la LO 13/2015 y que provocaron numerosas críticas.

Por ejemplo, empezaremos comparando el capítulo IV del Título VIII «De las medidas de investigación limitativas de derechos» que, de manera excesivamente genérica, presenta un enunciado elefantiásico denominado:

«Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos».

Con el Título III del Libro II, donde de manera más breve y práctica recoge «Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas». Observamos que en la vigente LECrim se regulan unas disposiciones comunes a todas las medidas mencionadas. Mientras que, en el nuevo Anteproyecto, las disposiciones comunes se regulan en apartados más breves, al separar las medidas que antes se agruparon con relación a su naturaleza tecnológica, para en el Anteproyecto estructurarlas con relación a las diligencias procesales similares o cercanas en el proceso penal.

3. LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS.

Bajo este enunciado el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal encuadra los preceptos relativos a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, así como la interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación de sonidos, creando para ello un nuevo título, el II del Libro III sobre «De las diligencias de la investigación».

3.1. Disposiciones comunes.

El Título II sobre «Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y las conversaciones privadas», abre con un capítulo I de «Disposiciones Comunes», específico para este epígrafe concreto, en contraposición a las Disposiciones Comunes de la LECrim LO 13/2015 que eran genéricas a todos los «medios de investigación tecnológica».

3.1.1. *Autorización judicial.*

El inicial **artículo 345** sobre la «autorización judicial», nos presenta formalmente por primera vez la figura ya anunciada con anterioridad, del Juez de Garantías, como único capaz de autorizar la medida de interceptación de las telecomunicaciones al ser una medida limitativa de derechos fundamentales del art. 18 CE. Lo hará a petición del Ministerio Fiscal, con lo cual se nos presenta la segunda de las figuras novedosas en este Anteproyecto, que es el Fiscal como instructor⁵⁸ del proceso penal en sustitución del Juez instructor, que tendrá como tope a su actividad investigadora procesal la adopción de las medidas fronterizas con los DD. FF, que como ya hemos señalado sólo podrá adoptarlas el Juez de Garantías como garante último en esta fase de investigación de la tutela judicial. Así mismo, en el segundo apartado se establece un plazo de veinticuatro horas para que el juez de garantías autorice o deniegue la solicitud de medidas por parte del Fiscal, que no varía con respecto del plazo que se concede al juez de instrucción en el art. 588 *bis c* de la LECrim En el último párrafo del apartado se establece una cláusula de cierre por la cual se permite al Juez solicitar aclaraciones sobre su solicitud y los requisitos de la misma, similar a la que se regula en el vigente art. 588 *bis c*) 2. Esta cláusula tendría por finalidad

⁵⁸ N del A: En el presente trabajo utilizaremos el término Fiscal Instructor para referirnos al fiscal encargado de la instrucción del proceso penal en el nuevo Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

asegurar la tutela judicial efectiva durante unas actuaciones que desarrolla el Ministerio fiscal y, que requieren del cumplimiento de unos requisitos que, se explicaron en los artículos anteriores. Todo ello encuadrado en el mismo artículo, mientras que en la vigente LECrim existe cierta dispersión con dos artículos demasiado amplios sobre Solicitud de autorización y resolución judicial, que provocan confusión y cierta reiteración.

Por último, he de señalar que en el actual Anteproyecto no se contempla que el Juez de Garantía pueda acordar de oficio alguna de las medidas aquí contenidas, como si puede hacer el Juez Instructor en el vigente 588 *bis b*.

3.1.2. *Afectación de terceros.*

El **art. 346** «Afectación de terceros»⁵⁹, prevé la posibilidad de que en el transcurso de la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas se produzcan grabaciones a terceros y, que en principio no son los sujetos destinatarios de estas medidas. El carácter tuitivo de este precepto se explica por los problemas que originaría la falta de regulación de esta situación, provocando problemas de ilicitud en las pruebas obtenidas durante las diligencias de este tipo, por afectar a los derechos fundamentales de unos sujetos, que en principio no son los protagonistas objeto de la medida de investigación. En la actual LECrim se encuentra regulado en el art. 588 *bis h*, en sus disposiciones generales, y de manera concreta en el capítulo V sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en cuyo art. 588 *ter c*, prevé esta posibilidad, ya que como podemos entender, la intervención de las telecomunicaciones y conversaciones privadas puede afectar a los derechos de los terceros, aunque dicha injerencia *per se*, no provocará la nulidad de las actuaciones.⁶⁰ La interceptación de las telecomunicaciones de las personas que intercambian información con los investigados no podría considerarse vulneradora de los derechos constitucionales de los terceros, si estos guardan relación directa con los hechos investigados,⁶¹ correspondiendo

⁵⁹ ANTEPROYECTO, Ob. cit. Artículo 346: «... Podrá acordarse la intervención de las comunicaciones y de las conversaciones privadas, aun cuando afecten a terceros, en los casos y con las condiciones que se establezcan específicamente para cada una de ellas».

⁶⁰ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Hospitalet del Llobregat (Barcelona). Wolters Kluwer.2017, pág. 136-137.

⁶¹ STS 3884/2012 ECLI:ES:TS:2012:3884 de 1 de Junio de 2012; «la intervención se produce respecto de las comunicaciones de aquellas personas frente a las que en un primer momento existen indicios de implicación en un hecho delictivo, pero dado que las comunicaciones son bilaterales, la autorización judicial abarca la posibilidad de utilizar como prueba de cargo tanto las manifestaciones que realicen a través de dichos teléfonos las personas investigadas, cuyas comunicaciones están intervenidas, como

actualmente al Juez Instructor⁶² discriminar qué conversaciones son relevantes para la causa y cuáles no y por tanto deben ser desechadas. Con el nuevo Anteproyecto se entiende que dicha labor de cribado corresponderá al Juez de Garantías. Ahora bien, en el precepto 346 no se especifican situaciones concretas de utilización de dispositivos por parte del investigado sin ser su titular⁶³, como si aparece regulado en la todavía vigente LECrim, en su art. 588 *ter c*. ¿Es éste un olvido casual?, o quizá, ¿el legislador ha buscado no constreñir la posible vía de investigación por parte de las autoridades, y concederles unos márgenes de actuación lo más amplios posibles? En realidad, la explicación es más simple y decepcionante. No se ha corregido en este caso una de las habituales duplicidades de la actual LECrim, tan criticados por la doctrina, del mismo modo, que el art. 588 *bis h* es el «genérico» del presupuesto, y el art. 588 *ter c*, el «específico»; en el Anteproyecto se hace la mención «genérica» que señala la posibilidad de extender la medida a terceros en el presente precepto mientras que en el art. 359 del Anteproyecto se codifica el presupuesto «específico», bajo el título de «Ampliación a nuevos hechos o personas», donde se señala no una medida dispositiva, sino imperativa, por la cual, se «habrá de recabar inmediatamente la pertinente autorización para extender a dichos hechos o personas...». Estos presupuestos que actualmente son solucionados hasta ahora mediante construcción jurisprudencial⁶⁴, han encontrado una solución formal, al entrar a formar parte del nuevo articulado del Anteproyecto, otorgando así una mayor seguridad jurídica a la medida de investigación tecnológica.

3.1.3. *Control judicial de la medida.*

Continuamos con el «control judicial de la medida», regulado en el **art. 347**, en el que se observa otra vez el mayor rigor en la normativización de preceptos que supongan

las manifestaciones de quienes se comuniquen con ellos, sin que la prueba así obtenida sea ilícita aunque las comunicaciones de éstos terceros no hayan sido intervenidas, siempre que se refiera al mismo hecho delictivo objeto de investigación, FJ19».

⁶² SSTS 1876/2010 ECLI:ES:TS: 2010:1876 de 31 de marzo y 4451/2011 ECLI:ES:TS: 2011:4451 del 26 de mayo de 2011.

⁶³ STC 150/2006 ECLI:ES:TC: 2006:150 (BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006), según el TC la plena identificación del titular del terminal no imposibilita su intervención, el TC consideró que exigir la exacta correspondencia entre la titularidad del dispositivo y el sujeto investigado resulta una exigencia desproporcionada que dificultaría la investigación de los delitos, máxime cuando los propios avances tecnológicos ofrecen soluciones que dificultan la identificación exacta de titulares y usuarios o, que en el ámbito de las organizaciones criminales, se suceden los intercambios de sistemas, terminales y medios entre los distintos miembros de éstas.

⁶⁴ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. Cit. pág. 138.

una intromisión en derechos fundamentales. En este caso, el nuevo Anteproyecto comienza con un apartado en el que de manera imperativa se determina que el procedimiento sobre la medida de intervención de las comunicaciones y las conversaciones privadas siempre se realizará «en pieza separada y en régimen de secreto». Continúa el precepto exigiendo el control expreso del Juez de garantías, del desarrollo de la medida, el cual deberá -el tenor literal del artículo se muestra taxativo-, ser informado por el Fiscal instructor de sus resultados, desarrollo o finalización. Contrasta la regulación del Anteproyecto, con la actual LECrim, donde el contenido que acabamos de analizar se haya dividido en dos artículos, el 588 *bis* g, que deja la misión de informar al juez instructor en manos de la Policía Judicial, y el 588 *bis* j, que prevé el cese de la medida por orden del Juez instructor.

3.1.4. Duración.

El **art. 348** nos instruye mediante tres apartados sobre la «Duración» de las intervenciones de las comunicaciones y conversaciones privadas. En los dos primeros de ellos se transcribe casi literalmente los tres apartados del art. 588 *bis* e, aparte del añadido tercer apartado «La vigilancia acústica de las conversaciones y la grabación del sonido, complementada, en su caso, con la obtención de imágenes, se limitará al encuentro concreto para el que se concedió la autorización, sin perjuicio de su ampliación a otros posteriores, cada uno de los cuales deberá ser objeto de la correspondiente autorización judicial », que corresponde en mi opinión a la voluntad del legislador de dar solución a un presupuesto relativamente habitual durante el transcurso de las diligencias de investigación y que provocaba serias dudas sobre su constitucionalidad⁶⁵, la regulación de los «encuentros concretos» resulta en la actual LECrim excesiva y a mi juicio ambigua, sin plazos de duración determinados y unos márgenes de actuación difusos. Ahora bien debemos tener en cuenta que la regulación jurídica sobre la interceptación de las comunicaciones y de las conversaciones privadas se encuentra dividido entre un régimen jurídico general-que se encuentra en las disposiciones generales-, y un régimen jurídico específico, que veremos en los siguientes epígrafes, esto hace que el mencionado precepto sea tan escueto, ya que hace una mención general, que será matizada después

⁶⁵ BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (Propuestas de reforma)*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020. Pág. 67. El profesor Bellido nos recuerda que cuando se decidan medidas que supongan una mayor intromisión en derechos fundamentales del investigado, deberán estar condicionadas por la proporcionalidad de las mismas y su grado de necesidad.

en la especificidad de los presupuestos recogidos en los siguientes epígrafes, evitando así duplicidades.

Podemos, eso sí, ir avanzando que la introducción de este aparatado en la nueva regulación corresponde seguramente a la mayor afectación de derechos que se produce cuando junto a la captación de sonido se añade la de imagen, ya que se produce una mayor injerencia en los derechos fundamentales del investigado, ya que no solo se vería afectado el derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE), como entiende la mayor parte de la doctrina⁶⁶, sino también el derecho a la intimidad (art.18.1 CE) e incluso el derecho a la protección de datos personales (art.18.4 CE).⁶⁷

3.1.5. *Utilización de la información en un proceso distinto.*

En el **artículo 349**, sobre la «utilización de la información en un proceso distinto», se aborda de manera precisa, los requisitos y condiciones que deberán concurrir para que puedan aportarse como pruebas las interceptaciones de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas en un proceso distinto del que se investigaba. Es este un asunto de máxima importancia ya que se pone en entredicho uno de los principios rectores que hemos visto, en concreto, el principio de especialidad, que impediría que los nuevos hechos descubiertos quedaran amparados por la primigenia resolución judicial⁶⁸. En la Circular 1/2019 de 6 de marzo de la FGE, se nos recuerda la doctrina del TC al respecto:

«la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales»⁶⁹.

La jurisprudencia solía considerar los mismos como *notitia criminis* que debía ser puesta de inmediato en conocimiento de la autoridad judicial⁷⁰. En estos casos se

⁶⁶ BELLIDO PENADÉS, Rafael., ob. cit. Pág.55.

⁶⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín, ob. cit. Pág. 492.

⁶⁸ CIRCULAR 1/2019 de 6 de marzo, pág. 30081.

⁶⁹ SSTC 41/1998 ECLI:ES:TC: 1998:41 (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 1998) y 49/1996 ECLI:ES:TC: 1996:49 (BOE núm. 102 de 27 de abril de 1996).

⁷⁰ STS 991/2016 ECLI:ES:TS: 2017:47 de 12 de enero, sobre el principio de especialidad y hallazgo casual.

distinguía entre los casos de delitos conexos-en los que resuelve el propio juez que conoció del hallazgo casual-, y los casos de delitos no conexos- que deberían ser remitidos al juez competente para que incoara un nuevo procedimiento.⁷¹

El nuevo Anteproyecto mejora esta solución jurisprudencial al incorporar en su primer requisito del apartado primero una previsión tuitiva a favor del investigado, al requerir la «...autorización previa del Juez de Garantías competente para conocer de la nueva investigación...». Mientras que en el segundo requisito se hace una clara remisión al principio de necesidad como garante de derechos del investigado, a la hora de tomar dicha decisión: «...que el uso de las informaciones resulte necesario para el esclarecimiento de un delito respecto del cual podría haberse acordado la misma diligencia».

En el apartado segundo se establecen las condiciones para la incorporación de estos «hallazgos casuales», a los procesos correspondientes. He de señalar que dicho apartado es una transcripción prácticamente literal del art. 588 *bis* i de la vigente LECrim, que nos remite, a su vez al art. 579 *bis* 2⁷².

3.1.6. Descubrimientos casuales.

El siguiente artículo -**art. 350** «Descubrimientos casuales»-, sería la lógica continuación del presupuesto anterior. Del análisis conjunto de los dos preceptos, se deduce la existencia de dos figuras diferenciadas y que en la actual LECrim tenían límites confusos⁷³. La primera de ellas, cuando se produce el «descubrimiento casual», cuyo procedimiento es tutelado por el último apartado del art. 349 para su utilización como *notitia criminis*, y que como ya hemos visto enumera los requisitos que han de darse en el caso de un delito conexo con el investigado, mientras que en la segunda de las citadas figuras, se prevé el delito no conexo, descubierto de modo casual y que es reseñado en el **art. 350**, para el cual, el legislador dispone unas rigurosa medidas de protección de

⁷¹ CIRCULAR 1/2019 de 6 de marzo, pág. 30081.

⁷² LECrim, art. 579 *bis* 2: «A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, 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».

⁷³ *Ibidem*, art. 579 *bis* 3: «La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo, se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce».

derechos del sujeto investigado . En primer lugar se diferencia entre una situación y otra al distinguir la interceptación de las comunicaciones o la captación de las conversaciones de manera fortuita, que se daría en el supuesto regulado en el precepto anterior, con la continuación de las citadas medidas, que establece el legislador deberán contar de manera inexcusable con la autorización específica para el caso concreto por parte del Juez de garantías⁷⁴, previa solicitud del fiscal instructor, que extremando las garantías procesales deberá justificar que no pudo hacerlo antes, asegurando así la interdicción de decisiones espurias o poco motivadas.

3.1.7. *Cese de la medida.*

Continuamos con una enumeración de supuestos en los que se producirá el «cese de la medida» de interceptación de las comunicaciones o de las conversaciones privadas, que se hayan recogidas en el **art. 351**, apartado primero del Anteproyecto. El primero de ellos, la desaparición de las circunstancias que motivaron su adopción, así como el segundo de ellos, el transcurso del plazo por el que fueron autorizadas, son coincidentes con los supuestos que establece la vigente LECrim en precepto 588 *bis j*, del capítulo de «Disposiciones comunes». En cambio, el Anteproyecto añade el vencimiento del plazo máximo de secreto de las investigaciones, que como vimos anteriormente se exige en la toma de estas medidas con el nuevo texto legal, además suma un cuarto supuesto que no se encuentra previsto en la actual LECrim, por el cual la detención de la persona investigada daría pie al cese de la medida, con la excepción que nos remite al **art. 364** del Anteproyecto⁷⁵. El segundo apartado entrega la capacidad de disponer este cese al fiscal instructor, siempre, eso sí, que informe al Juez de garantías, aunque, en este apartado podríamos apuntar que no se establece un plazo concreto para que el fiscal informe al

⁷⁴ Este precepto se asimilaría al ya mencionado art. 588 *bis i* de la LECrim, que para este concreto de los hallazgos casuales nos remitiría al art. 579 *bis 3*, que señala: «La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo, se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce».

⁷⁵ ANTEPROYECTO LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: **Artículo 364.** Cese de la medida en el supuesto de detención de la persona investigada

1. El fiscal acordará el cese inmediato de la medida si llegara a producirse la detención de la persona cuyas comunicaciones se encuentren intervenidas.

2. No obstante, el fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías el mantenimiento de la intervención justificando la utilidad e idoneidad de su continuación para el total esclarecimiento de los hechos investigados, para la determinación de sus autores o para la averiguación de su paradero.

Mientras se resuelve sobre la petición formulada se mantendrá la intervención, que en todo caso cesará en el plazo de veinticuatro horas, si transcurrido el mismo no se ha autorizado su mantenimiento.

Juez de garantías, lo que no deja de llamar la atención, en un texto que en otros preceptos se caracteriza por su intención de rigurosidad en el articulado. Por último, reseñar que el nuevo anteproyecto también prevé como supuesto del cese que «resulte evidente que a través de ella no se están obteniendo los resultados pretendidos ...», como sucede en el art. 588 *bis j* de la actual LECrim y, de manera más rigurosa aún, al aportar un plazo específico de veinte días, pero se recoge en el art. 362 apartado 3.

3.1.8. Destrucción de las grabaciones.

Por último, las disposiciones comunes de este capítulo sobre «Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas», cierran con un precepto que codifica el presupuesto de la «destrucción de las grabaciones», en el **art. 352**. Podemos avanzar que se contempla de manera más completa que en su equivalente en vigor, el art. 588 *bis k*, que se intitula de manera también diferente, como «destrucción de registros». Como nos informa el preámbulo del Anteproyecto, no es su intención sustituir todo el trabajo realizado por la LO 13/2015, sino aprovechar las contribuciones del vigente texto orgánico, con las mejoras técnicas en el articulado que se consideran oportunas. Este precepto 352, es un buen ejemplo de esta afirmación, en el que se reproduce la mayor parte del art 588 *bis k*. El fundamento que se persigue con este artículo es «...evitar toda difusión de un material que, por su propio contenido, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado». La jurisprudencia del TS ya había se había pronunciado sobre el almacenamiento de datos.⁷⁶El primer apartado prevé la destrucción por dos motivos, el auto de sobreseimiento libre y la sentencia absolutoria, y el haber excedido el plazo de cinco años «desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito, cuando se hubiera dictado sentencia condenatoria». Son estos supuestos ya contemplados en el actualmente vigente art. 588 *bis k*. El segundo apartado, al igual que su predecesor, impone al Tribunal la obligación de destrucción de las grabaciones originales, excepto una copia que se mantendrá bajo custodia del Letrado de la

⁷⁶ STS 2476/2011 ECLI:ES:TS: 2011:2476 de 14 de abril, sobre intervenciones telefónicas y el sistema SITEL : «en consideración a las características del sistema, si no se adoptan las necesarias cautelas, podría resultar posible el almacenamiento de una cantidad ingente de datos relativos a la actividad de numerosas personas, implicadas o no en hechos delictivos, que quedarían fuera del control directo y exclusivo de la autoridad judicial (...) Es por ello que los Tribunales, de oficio (...) deberán acordar en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las copias entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido».

Administración de Justicia. En el siguiente apartado se produce una novedad, al introducir la previsión de que sean oídas las partes antes de la destrucción de las mismas.

Por último, en el apartado cuarto y final, se nos muestra otra de las grandes novedades que presenta el Anteproyecto, y es el papel protagónico que se concede en esta ocasión a la Agencia Española de Protección de Datos(en adelante AEPD), como colaboradora principal en el ámbito de la custodia y seguridad de los sistemas de interceptación y seguridad, así como en la fijación del protocolo a seguir en el desarrollo de las medidas de interceptación de la telecomunicaciones y captación de conversaciones privadas. La participación de la AEPD venía siendo solicitada desde diversos ámbitos de la sociedad en estas actuaciones (judicatura, fiscalía, asociaciones de usuarios de internet, asociaciones de consumidores). Hay que señalar que en el actual texto legal se prevé específicamente que sea la Policía judicial quién destruya las grabaciones en cumplimiento de órdenes del Tribunal competente, mientras que en el Anteproyecto no se hace una referencia exacta a quien deberá cumplir la orden del Tribunal de destrucción de las grabaciones.

Debemos resaltar un hecho tremendamente llamativo con respecto a este último apartado, acaecido durante la elaboración del presente trabajo. En un principio, el trabajo de análisis y comparación sistemática del Anteproyecto 2020 se realizó teniendo como base la versión para docentes y profesionales de esta, en la cual aparece el artículo 352 tal y como hemos referido. La sorpresa vino al darse a conocer la versión pública del Anteproyecto, en la cual de manera inexplicada desaparece el apartado cuarto del mencionado artículo relativa a la participación de la AEPD en la destrucción de registros.

Los motivos de tal sustancial modificación no han sido explicados y sólo podemos elucubrar con los mismos, lanzando alguna hipótesis sobre esta modificación. Quizá el legislador ha considerado poco oportuno otorgar un papel preponderante a una agencia gubernamental (AEPD), en un proceso judicial por las implicaciones que pudieran darse de sometimiento de la agencia a las instrucciones del poder ejecutivo en detrimento del poder judicial. Aunque esta hipótesis falla si recordamos que en el nuevo Anteproyecto la instrucción pasa a manos del fiscal cuya independencia del ejecutivo ha sido cuestionada en más de una ocasión. También podemos pensar que por este último motivo no se ha querido sumar otra causa para dudar de la independencia durante el proceso penal sumando la intervención de la AEPD.

3.2. La Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

El preámbulo del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos informa de que en el Título II del Libro III sobre «Las diligencias de investigación», existen dos regulaciones, una genérica, que se encuentra en las disposiciones generales que acabamos de analizar, y posteriormente una regulación específica sobre «La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas», la cual, queda sujeta a un triple requisito. En primer lugar, se requiere que la investigación se refiera a determinados delitos castigados con una pena mínima-prisión igual o mayor de tres años-, que se matiza en determinados casos para determinados delitos que se enumeran y que, sin llegar al límite de tres años, podrían ser susceptibles de requerir esta medida. A lo que habría de sumar el presupuesto de casos de delitos cometidos mediante medios informáticos, los cuales necesitarían de estas medidas de interceptación para su persecución.

El segundo requisito sería una remisión al principio rector de idoneidad, y por su estrecha relación, al de proporcionalidad, al necesitar «de pronóstico suficientemente fundado sobre la utilidad de la diligencia para obtener datos relevantes que no resultan accesibles a través de otros medios de investigación menos gravosos.»⁷⁷

El último de los requisitos será la exigencia de concreción de la medida solicitada entre la línea telefónica o sistema telemático utilizada y su relación con el hecho delictivo objeto de la investigación. Se extrema la necesidad de motivar la solicitud de la medida por parte del fiscal, así como la exactitud y precisión en el alcance subjetivo y objetivo de la resolución judicial que autorice la diligencia prevista.

3.2.1. Disposiciones Generales.

El capítulo II sobre «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas» se encuentra dividido en tres secciones, la primera de ellas se titula «Disposiciones generales». Esta amplia sección comprende quince preceptos a su vez muchos de ellos de gran extensión, denotando una intención de exhaustividad y meticulosidad en su redacción.

El **art. 353** sobre el «Objeto de la diligencia», está compuesto, por cuatro puntos, el primero de los cuales es un recordatorio imperativo de los principios rectores que han de tenerse en cuenta antes de autorizar la diligencia en cuestión, como garantes de la misma, así como del principio de legalidad. En éste muy amplio

⁷⁷ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Ob. cit.

precepto se recogen presupuestos actualmente dispersados por, hasta cuatro artículos de la vigente LECrim, como analizaremos en detalle a continuación.

En el apartado segundo se realiza una enumeración tasada de tres supuestos en los que se permitirá acordar esta medida, con un párrafo que sirve a modo de definición aclaratoria de uno de los términos «datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación».

El apartado tercero se regula de manera concreta el presupuesto en el que el investigado utilice habitualmente otro aparato que no sea de su titularidad⁷⁸, así como el presupuesto habitual de ser el investigado emisor o receptor de la comunicación, algo que en la actual LECrim aparece en preceptos diferentes⁷⁹, no solo la suya propia, la falta de regulación específica de estos supuestos podría atentar contra DD.FF de otras personas⁸⁰ y convertir los datos obtenidos en prueba ilícita. Además de las líneas de terceras personas⁸¹ implicadas en los hechos delictivos investigados, y cuando la línea o aparato sea utilizado maliciosamente por terceros sin conocimiento del titular. Hay que señalar que este apartado, al igual que el siguiente, delimitan el ámbito subjetivo de la medida y ahora mismo se encuentra regulado en los arts. 588 *ter* b) y c). En este precepto subyace la idea de relación de usuario y no necesariamente de titularidad del investigado con el terminal o medio de comunicación. En este apartado se intentan solucionar los problemas de dispersión sobre la afectación a terceros que se da en el vigente LECrim, en concreto el art. 588 *bis* h.

⁷⁸ CIRCULAR 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado. 5.2, pág. 30099.

⁷⁹ CIRCULAR 2/2012 5.2 «En cuanto a la intervención de las comunicaciones en las que el investigado aparezca como receptor de estas (art. 588 *ter* bis), la jurisprudencia ha admitido su legalidad, aún con la limitación del derecho fundamental del interlocutor no investigado como una consecuencia inevitable de la interceptación de las comunicaciones del verdaderamente investigado. También se ha producido una construcción jurisprudencial al respecto de este presupuesto como, por ejemplo, STS 419/2013 ECLI:ES:TS: 2013:419 de 14 de mayo, sobre dispositivos de escucha instalados en el interior de un vehículo, alcance de la ausencia de un plazo de duración de la intervención de las comunicaciones y hallazgos casuales. En esta sentencia es denominada dicha técnica como «recogida de arrastre».

⁸⁰ STS 4446/2012 ECLI:ES:TS: 2012:4446 de 6 de junio sobre intervenciones telefónicas y obtención de datos telefónicos de un particular por agentes policiales.

⁸¹ CIRCULAR 2/2019 5.2 «Esta conclusión parece reforzada, sobre todo, si se tiene en cuenta que, normalmente, va a ser estrategia del delincuente hacer figurar los terminales o medios de comunicación que utilice a nombre de terceros, precisamente para evitar el control judicial de sus comunicaciones».

Por último, el cuarto apartado se hace referencia al presupuesto de la intervención del terminal o canal de comunicación de la víctima que podrá ser intervenido, siempre que la propia víctima no pueda dar su autorización, y se encuentre en peligro su vida o integridad. Actualmente recogido en el art. 588 *ter* b, 2, en el Anteproyecto una vez más se procura reorganizar para evitar las duplicidades del actual texto, situando este presupuesto en la sección primera de disposiciones generales, con el añadido de, «...no pueda obtenerse su consentimiento.». Parece lógico pensar que este presupuesto se dará cuando la víctima se encuentre secuestrada o desaparecida, pero también podría darse en caso de que manifieste su consentimiento, como aparece recogido en el vigente art. 588 *ter* b 2. En el Anteproyecto, se especifica que el uso de este artículo se limitará a los supuestos de imposibilidad de recabar el consentimiento de la víctima. En mi opinión este añadido taxativamente limitativo no es gratuito, y tiene por finalidad, investir de formalismo a la citada medida de investigación para otorgar mayor seguridad jurídica a un presupuesto que al interferir en la esfera privada de la víctima podría ocasionar problemas a la hora de asegurar la protección de sus derechos fundamentales y, por tanto, convertir la prueba obtenida en ilícita.

En el **art. 354** se trata la «Garantía Judicial», que el Anteproyecto sitúa de manera específica en el capítulo II sobre la Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, al contrario que en la LECrim actual cuyo precepto homólogo (art. 588 *bis* b) se encuentra en las disposiciones comunes del capítulo IV que engloba otras medidas⁸², solucionando así uno de los habituales y denunciados defectos del texto legal en vigor, que son, la duplicidad y dispersión.

El tenor literal del artículo nos informa que será la fiscalía únicamente (se expulsa del articulado la posible petición de la policía judicial vigente en el art 588 *bis* b, en mi opinión en un ejercicio más de pulcritud procesal por parte del texto del Anteproyecto), quien deberá solicitar autorización al Juez de garantías. En el segundo apartado se nos refiere un supuesto excepcional que tendrá el carácter de urgente. El ámbito objetivo del mismo serán las investigaciones relacionadas con grupos

⁸² LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2015, capítulo IV del Título VIII del Libro II: «Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos».

terroristas, en cuanto al ámbito subjetivo, quedaría limitado a la fiscalía general del Estado, que será la única institución que de manera excepcional podrá ordenar la citada medida de investigación. Esta autorización excepcional deberá ser comunicada al juez de garantías en menos de veinticuatro horas de forma motivada, y aquel de la misma forma deberá confirmarla o revocarla en un máximo de cuarenta y ocho horas desde que se adoptó. Éste supuesto se encuentra encuadrado en el vigente art. 588 *ter d*) ap.3. De esta manera parece corregirse tímidamente el problema de dispersión de supuestos habitual en la actual LECrim; al reunir el art. 354 del Anteproyecto presupuestos procedentes de los arts. 588 *bis* y *ter*.

El «Ámbito de aplicación» de la medida de investigación se encuentra encuadrado en el **art. 355** del Anteproyecto. En ella se detallan los supuestos en que podrá adoptarse esta medida basada en el carácter objetivo del delito investigado. En el apartado a) la previsión se ajusta a delitos castigados con penas iguales o superiores a tres años de prisión. En el apartado b) se establece un listado de delitos que podrán ser objeto de esta medida de investigación, aunque no se encuentran penados con tres años de prisión. El motivo sería que el legislador los considera de suficiente gravedad y generadores de gran alarma social para entrar dentro del «ámbito de aplicación» de este precepto. Por último, el apartado c) menciona los delitos de carácter informático. La razón de su integración en el precepto tendría que ver con la similitud entre los medios usados para la realización del delito con los medios o sistemas previstos para la investigación de estos. En este precepto se ha regulado de manera específica unos presupuestos que en el texto legal actualmente vigente se encuentran, en parte, en el art.588 *ter d*⁸³.

El extenso **art. 356** sobre «Requisitos de la intervención» dividido en tres apartados, el primero de los cuales (1) es una enumeración de supuestos objetivos, merecedores de aplicación de las citadas medidas de investigación como son: la existencia de indicios objetivos de la comisión de un delito de los recogidos en el artículo anterior, que sea previsible la obtención de datos que sirvan para la investigación del delito y que exista una relación objetiva entre el hecho investigado y la línea o medio de comunicación determinado en la propia investigación. En el

⁸³ N del A: El muy extenso **art. 588 *ter d*** titulado «Solicitud de autorización judicial», parece haber sido fraccionado y completado de manera individual en el nuevo Anteproyecto, al convertirse en origen de varios nuevos preceptos: los arts. 354, 357 y 358, algo que comprobaremos en los siguientes artículos que analizaremos.

apartado 2) se hace una mención a un supuesto subjetivo, en el que la conversación que se vaya a grabar sea mantenida entre el sujeto investigado y su abogado, advirtiéndonos, que solo se podrá autorizar cuando haya indicios suficientes de la participación del letrado en el hecho delictivo. Para explicar el procedimiento a seguir en este caso el ap. 2 se remite⁸⁴ al art. 56 de la misma ley. En el punto 3 se recoge el supuesto de cómo proceder en caso de que las grabaciones hayan sido realizadas, sin autorización, las cuales deberán ser destruidas, no obstante, previa comunicación con las partes⁸⁵, que podrán incorporarlas al sumario si quisieran.

El **art. 357** trata de la «Solicitud del Ministerio Fiscal», en el primero de los puntos se indica que la solicitud del ministerio fiscal al juez de garantías será motivada y contendrá los requisitos del precepto anterior. En el apartado segundo se detallan de manera profusa ocho requisitos que han de cumplirse en la solicitud. Desde la descripción del hecho investigado a la duración de la medida. El punto tercero informa de la obligación de comunicar al Juez de garantías sobre las medidas tomadas en el transcurso de la investigación y el motivo por el que resulta determinante tomar esta medida para continuar con la investigación. Esta sería una clara referencia a los principios rectores de proporcionalidad y necesidad. El cuarto y último punto ordena de manera imperativa al fiscal decretar el secreto del procedimiento investigador (total o parcial) y la formación de pieza separada donde se reflejará lo relativo a la investigación realizada. En este caso se percibe una clara influencia del art. 588 *ter* d LECrim sobre la solicitud de autorización judicial, ya que es prácticamente una transcripción en lo referente a la enumeración de requisitos imperativos para la solicitud de la misma. Ahora bien, al dedicarle el nuevo texto legal un precepto en concreto subyace claramente la intención de dar un mayor formalismo y rigor al

⁸⁴ ANTEPROYECTO, ob. cit. Art 65: «1. Cuando el fiscal tenga indicios suficientes de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo anterior, solicitará al juez competente en cada fase del procedimiento la exclusión del defensor mediante escrito razonado, del que se dará traslado a todas las partes afectadas por el plazo de cinco días. Transcurrido dicho plazo, el juez resolverá motivadamente lo que proceda sin más trámite, se hayan presentado o no alegaciones.
2. Se alzarán la exclusión acordada tan pronto cese el presupuesto que le haya servido de fundamento.
3. Cuando se acuerde la exclusión del defensor, se requerirá a la persona encausada para que realice una nueva designación, advirtiéndole de que, si no lo hace en el plazo que se le fije, o si designa a otro en quien también concurra causa de exclusión, se le designará un defensor de oficio».

⁸⁵ CIRCULAR 2/2019, ob. cit. pág. 30109: «El derecho de los afectados por una medida de interceptación de sus comunicaciones a conocer que se ha producido la intervención y las concretas comunicaciones intervenidas ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia del TEDH. La STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass* y otros contra Alemania». Asimismo, Bellido, ob. cit. Pp. 318 y ss., señalaba esta carencia de acceso a las grabaciones por las partes como de urgente modificación, por suponer una vulneración del derecho a la defensa.

cumplimiento de condiciones que garanticen todos los extremos de la medida de investigación.

Sobre la «Resolución judicial» del **art. 358**, nos hallamos ante otro extenso y pormenorizado precepto dividido en cinco puntos. El primero de ellos, presenta un listado de condiciones que deberá contener la citada resolución judicial, las cuales coinciden en su práctica totalidad con los requisitos del apartado segundo del artículo anterior, con una letra h) en este último artículo que requiere, «La forma y periodicidad con la que el fiscal informará al Juez de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida.» No apareciendo en cambio la necesidad de presentar la relación entre las personas y elementos de la letra d) del punto 2 del artículo anterior. En el punto segundo se hace referencia a los supuestos en que se haya de investigar todas las llamadas de una línea telefónica o canal de comunicación, o sólo las mantenidas por determinada persona, aunque se produzcan en diversa líneas o canales de comunicación, algo que deberá especificarse en el auto judicial. En el punto tercero, se vuelve a hacer hincapié en los supuestos en los que la medida se pueda extender a todos los terminales y medios de comunicación que sean de titularidad del investigado, o que llegue a contratar durante la investigación. El cuarto punto hace una referencia a las medidas que habrá de tomar la autoridad para garantizar la autenticidad o integridad de la prueba por si fuese necesario someterla a un dictamen pericial, de esta manera, se trata de solucionar una carencia señalada por la doctrina⁸⁶ y jurisprudencia en relación con garantizar la custodia de la prueba obtenida mediante la medida de investigación. Por último, en la resolución, el juez deberá ratificar o no el secreto de la investigación decretado por el Fiscal.

La «Ampliación a nuevos hechos o personas», se regula en el **art. 359**, se determina en su primer punto que la autorización para adoptar la medida de investigación sólo lo podrá ser por el hecho concreto que se investiga. En el segundo apartado se formaliza la necesidad de requerir una nueva autorización judicial en el caso de que aparezcan nuevos hechos delictivos o aparezcan otras personas implicadas, para garantizar sus derechos fundamentales y extender así la tutela judicial sobre estos. Se regulan en el apartado dos presupuestos distintos, uno objetivo (Si en

⁸⁶ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 320: «...otro aspecto común que debería regularse en la LECrim es el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal (control de oficio o a instancia de parte, momento procesal adecuado, procedimiento de control, en su caso impugnación de la declaración de ilicitud...), como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales...».

el curso de una intervención aparecen nuevos hechos punibles), y otro de carácter subjetivo (o se puede inferir la participación de otras personas).

Eso sí, una vez obtenida la citada autorización, las comunicaciones ya obtenidas se podrán considerar validas, es decir, se produce una extensión de la autorización a comunicaciones anteriores y obtenidas sin autorización, este supuesto excepcional podría provocar dudas sobre el carácter legal de unas comunicaciones obtenidas irregularmente en el momento realizarla, y su «conversión» en lícitas a «posteriori».

En mi opinión, en este precepto el legislador recoge con carácter teleológico el espíritu de los vigentes arts. 588 *bis h* y 588 *ter c*, además de ampliar el muy genérico y ambiguo art. 346 sobre «autorización de terceros» del propio Anteproyecto, revistiendo de formalismo no solo al presupuesto de ampliación de la medida, sino al de ampliación a un nuevo hecho, con la codificación de la situación en la que se hayan obtenido grabaciones de forma imprevista e inmediata, planteando así una solución a dicho presupuesto que podría vulnerar derechos fundamentales del sujeto grabado de improviso.

El **art. 360**, sobre «Ejecución de la medida», expone las disposiciones que se deben adoptar en el momento de tomar esta medida, desde la adopción de la medida durante el plazo acordado por el Juez de garantías, pasando por la puesta en conocimiento del fiscal de la obtención «...de datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación», con la periodicidad que este determine. El precepto constituye una continuación del genérico **art. 347** sobre «control judicial de la medida», pudiendo leerse casi de manera secuencial tras el citado 347, lo cual no deja de constituir una duplicidad, en mi opinión innecesaria. El art. 347 podría integrarse perfectamente como apartado uno del 360, y de este modo corregiríamos el ya habitual problema de las duplicidades que presenta el vigente texto legal, en este caso, con el art. 588 *bis g* de control de la medida, así como el genérico del 588 *ter f* de control de la medida. En el caso de registro del contenido de las comunicaciones se deberá poner a disposición del fiscal con la periodicidad que este determine, la grabación íntegra con su origen y destino específico, así como un certificado de la autenticidad de las grabaciones⁸⁷, con la intención de garantizar la licitud de la prueba

⁸⁷ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág.157.

obtenida, garantizando la cadena de custodia «mediante instrumentos que garanticen la autenticidad, inalterabilidad, integridad y fiabilidad de las conversaciones y la información interceptada...»⁸⁸ además de detallar para el ministerio fiscal los fragmentos más determinantes para la investigación de los hechos presuntamente delictivos. Para finalizar se advierte que deberán mantenerse íntegras las grabaciones hasta el momento de su destrucción.⁸⁹

El **art. 361** regula la «Colaboración de empresas de telefonía y telecomunicaciones en la ejecución de la medida», el precepto es una variación del art 588 *ter* e intitulado del «Deber de colaboración», en ambos se requiere a cualquier empresa o persona dedicada profesionalmente a las tecnologías de la información y comunicación que deberán prestar su colaboración para las diligencias de «...intervención, grabación o registro», además de advertir que todas las personas encargadas de llevar a cabo dichas actuaciones estarán obligadas a guardar silencio y prestar declaración como testigos si fuesen requeridos para ello. La única diferencia que se observa es que, en el Anteproyecto, desaparece el apartado tercero del vigente 588 *ter* e, que especificaba el delito de desobediencia en que incurrirían los sujetos que no respetasen el secreto mencionado en el apartado anterior. ¿Por qué? Podemos elucubrar con la intención del legislador de evitar duplicidades, ya que se sigue mencionando la referida advertencia en el art. 428 sobre «registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información», técnica que por lógica habrán de seguir las empresas de telefonía y telecomunicaciones al interceptar la comunicaciones telefónicas y telemáticas, como señala el presente artículo. Es decir, una vez interceptada la comunicación vía telefónica o telemática el siguiente paso lógico será gravar y almacenar dichas conversaciones, momento en el que entraría en escena el art. 428 del Anteproyecto que como veremos más adelante continúa recogiendo la advertencia de incurrir en un delito de desobediencia, con la matización de aquellas personas que puedan estar exentas de este deber de colaboración.

La «duración de la intervención» se detalla en el **art. 362** de manera que se trata de corregir la innecesaria duplicidad de la LECrim actual donde existen dos preceptos con esta finalidad, el art.588 *bis* e) de las disposiciones generales del capítulo

⁸⁸ Ibidem, pág. 157.

⁸⁹ Se entiende que este precepto, constituye una preparación para el derecho de las partes a las grabaciones que se verá más adelante en los arts. 365, 366 y 367.

IV, y el art. 588 *ter g*) específico de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. En el Anteproyecto, se determina una duración máxima de tres meses desde que se decreta la autorización judicial para la intervención, estableciendo el primer apartado como *dies a quo*, «la fecha de la autorización judicial», se contemplan prórrogas de la misma duración hasta llegar al año como máximo, siempre que subsistan los requisitos que la motivaron. El último punto da un plazo máximo de veinte días⁹⁰ en la intervención y registro de las comunicaciones para arrojar algún resultado concreto, de lo contrario deberá cesar. Cabe destacar la reducción del plazo máximo que se permite en la adopción de la medida, de los vigentes dieciocho meses, a los doce que propone el Anteproyecto, algo seguramente motivado por las críticas doctrinales con respecto a la improvisación de plazos máximos de estas medidas, críticas también recogidas en la Circular 3/2019 de la FGE⁹¹.

El **art. 363** sobre las «Prórroga de la Intervención» incide en esta cuestión ya avanzada en el artículo anterior. La solicitud de prórroga la dirigirá el fiscal al juez de garantías con antelación suficiente al fin de la medida ya autorizada, con dos condiciones imperativas, un informe de los resultados obtenidos hasta la fecha, así como una transcripción de los pasajes más relevantes para la investigación, y que confirmen la necesidad del mantenimiento de la medida de investigación. Como se puede comprobar, en el primer apartado se encuentra la modificación más significativa del artículo en el Anteproyecto, en relación con la vigente LECrim, al exigir la actuación del fiscal instructor en la solicitud, evitando la participación en la solicitud de la policía judicial, algo que provocaba serias dudas en doctrina y jurisprudencia⁹² En el apartado segundo, se determina que se concederá al juez de garantías cuarenta y ocho horas para conceder la prórroga o cesar la medida de

⁹⁰ Curiosamente aquí vuelve a producirse una sorpresiva divergencia entre el Anteproyecto que se hizo circular entre profesorado y profesionales, donde el plazo máximo era de diez días y, el Anteproyecto para información pública, donde se amplía a veinte días.

⁹¹ CIRCULAR 3/2019, de 6 de marzo, pág. 30133: «La particularidad del encuentro concreto como criterio determinante de la duración de la medida se ha traducido, también, en la improvisación, por parte del legislador, de un plazo máximo de duración, lo que ha suscitado ciertas críticas en la doctrina. A diferencia de lo que ocurre con la interceptación de comunicaciones que no puede prolongarse por un plazo que exceda de 18 meses (art. 588 *ter g*), en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales podría resultar hipotéticamente posible su adopción en relación con diversos encuentros concretos que se pudieran repetir indefinidamente en el tiempo; el legislador no ha previsto un límite temporal más allá del cual el Juez Instructor pueda seguir autorizando la captación y grabación de encuentros concretos del investigado».

⁹² BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 40 y ss.

investigación de manera motivada, pudiendo solicitar al fiscal todas las aclaraciones que considere oportunas, lo cual incluiría las conversaciones grabadas en su integridad⁹³. Para computar la prórroga, se tomará la fecha de expiación de la medida como *dies a quo* tal y como nos informa el apartado tercero.

El «Cese de la medida en el supuesto de detención de la persona investigada», regulado en el **art. 364**, señala en dos apartados, que la medida de investigación cesará inmediatamente a petición del fiscal si el investigado es detenido. Pero esta regla general cuenta con la excepción recogida en el apartado segundo, por la cual la medida podrá continuar si el juez de garantías lo autoriza, a petición del fiscal, cuando este crea que se dan los principios de utilidad e idoneidad, y sea necesario para tres objetivos: «...total esclarecimiento de los hechos investigados, para la determinación de sus autores o para la averiguación de su paradero». Para finalizar, se da un plazo de veinticuatro horas para determinar si se concede dicha prórroga, durante las mismas se mantendrá la intervención de las comunicaciones. Este artículo no cuenta con un equivalente en la actual LECrim, a excepción del genérico 588 *bis* j sobre «cese de la medida», sin olvidar el art. 351 de Disposiciones comunes del propio Anteproyecto, sobre el «cese de la medida», en todo caso de manera genérica. Debemos señalar que el presupuesto del cese de la medida por la detención del sujeto investigado ya aparece recogido en la letra d, del apartado 1 del precepto en cuestión lo cual nos lleva otra vez a pensar en una innecesaria duplicidad, ya que se podría haber incluido en el genérico, de manera que la principal novedad del nuevo precepto sería regular el presupuesto del mantenimiento de la medida (con ánimo crítico podríamos decir que este presupuesto constituye una prórroga encubierta), y determinar cuál sería el tiempo máximo que se extendería la medida si la misma no fuese finalmente autorizada (veinticuatro horas).

El **art. 365** nos informa sobre la «Notificación de la resolución judicial tras el cese de la intervención». En este extenso y meticuloso precepto se detalla cómo se deberá notificar la resolución judicial que autorizó la adopción de la intervención de las comunicaciones una vez haya cesado la intervención, siendo esta una medida donde se percibe claramente el carácter tuitivo de este artículo. En el punto primero se informa de el supuesto en que al cesar la intervención y una vez levantado el

⁹³ SANTOS MARTINEZ, Alberto M, ob. cit. Pág.159: «...la conclusión a la que se llega es que las partes, en definitiva, podrán tener siempre acceso al material original en su integridad, sin perjuicio de que en las copias o transcripciones se omitan informaciones íntimas».

secreto de sumario se deberá notificar la resolución judicial que acordó la medida de investigación a un listado de sujetos que se detallan, que serán tanto la persona investigada, como los titulares de los medios tecnológicos y de comunicación interceptados, si no fueran los investigados, así como terceros que hayan sido grabados y por lo tanto, perturbados en su intimidad, como resultado de las pesquisas indagatorias.

Ahora bien, en el segundo apartado se especifican excepciones al cumplimiento del deber de notificación anterior en los dos últimos casos, en los que no será necesario comunicarlo, si al hacerlo se pone en peligro la propia investigación o a terceros involucrados en la misma o a bienes jurídicos de especial importancia. Asimismo, en el caso de los terceros grabados durante la interceptación tampoco se comunicarán si el hacerlo supone un esfuerzo excesivo o se pusiera en peligro futuras investigaciones, todo ello motivándolo oportunamente. En el punto tercero se establecen unos periodos de prórroga en la comunicación de la resolución, regulando los motivos, básicamente una situación de peligro (se entiende que para la investigación y/o los involucrados), este periodo no podrá exceder el límite marcado por la finalización de la investigación, no obstante, si sobrepasara los doce meses, solo podrá ampliarse con la debida autorización del juez de garantías. En el último apartado se recoge el derecho de la persona investigada recibir copia de las grabaciones de las comunicaciones de las que fue objetivo,⁹⁴ sin perjuicio de la protección del derecho a la intimidad de terceros también objeto de la interceptación⁹⁵ o de resguardar el objeto final de la investigación en curso.

En el **art. 366** se trata de la «Comparecencia de la persona investigada para el examen de las grabaciones». En este precepto se trata de corregir la deficiente regulación con respecto al derecho de las partes de acceder a las grabaciones fruto de la adopción de medidas de captación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. Algo que había sido reiteradamente señalado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto

⁹⁴ CIRCULAR 2/2019 de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado, pág. 30109.

⁹⁵ ANTEPROYECTO 2020, ob. cit. pág.49-50: «En este caso, no se trata de acceder a datos personales directamente relacionados con los hechos punibles. Al contrario, la diligencia consiste en comparar datos personales de múltiples sujetos, que, en su mayoría, pueden ser completamente ajenos a la infracción, con la finalidad de encontrar a la persona que debe ser investigada. El carácter indiscriminado que tiene el acceso a datos personales exige en este caso un régimen jurídico más exigente, que incluye la correspondiente autorización judicial previa».

nacional, como internacional⁹⁶. En el punto primero se establece el derecho del investigado a comparecer para conocer las grabaciones de las que ha sido objeto, a petición del fiscal, haciendo una remisión al art. 557 Anteproyecto⁹⁷, para regular este presupuesto, cuyo objeto será comprobar su contenido y decidir qué partes de la grabación son pertinentes para la investigación en curso, y cuales son irrelevantes⁹⁸. El segundo apartado informa del derecho de las partes a hacer las observaciones que estimen oportunas, asimismo advierte que no se suspenderá la citada comparecencia si una de las mismas no acudiese, siempre que se la hubiese citado correctamente. Pero podrá hacer las alegaciones oportunas por escrito, así como acceder al contenido íntegro de las grabaciones.

La «Utilización de las grabaciones en el juicio oral» se encuentra codificada en el **art. 367** de Anteproyecto, finalizando así la primera sección del capítulo II sobre la «Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas». En él se regula un presupuesto que había sido señalado como una carencia del actual texto de la LECrim⁹⁹, como es el procedimiento de incorporación de la prueba obtenida mediante medidas de investigación tecnológica. Se determina que si las grabaciones son presentadas en juicio oral a petición del fiscal instructor o de las partes deberá hacerse mediante una transcripción fehaciente de las grabaciones. Esto se hará en el menor plazo de tiempo posible, solo se admitirá una impugnación de esta prueba si hay indicios suficientes de manipulación de esta, lo cual determinará el tribunal mediante una comprobación pericial.

3.2.2. *Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados.*

La segunda sección del presente capítulo II se compone de un único artículo (**art. 368** «Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios»), el cual es prácticamente una transliteración del art. 588 ter j) de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula el presupuesto de la incorporación al

⁹⁶ *Vid.* Pie de página 85.

⁹⁷ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Art.577: «Primera comparecencia para el traslado de cargos. 1. Desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella».

⁹⁸ SANTOS MARTINEZ, Alberto M. sobre las grabaciones en su integridad.139

⁹⁹ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 143: «En primer lugar, debería regularse la forma en la que deben introducirse en el juicio oral los resultados obtenidos mediante las denominadas diligencias de investigación tecnológica...».

proceso judicial de datos obtenidos del tráfico generado por empresas o particulares que los posean por razones comerciales o profesionales. Una de las pequeñas diferencias, es la consabida necesidad de solicitar autorización al juez de garantías, figura omnipresente en el Anteproyecto. La búsqueda entrecruzada de datos o inteligente se hará cumpliendo los requisitos del art. 517 del Anteproyecto¹⁰⁰.

3.2.3. *Acceso a los datos necesarios para la identificación del usuario y del terminal.*

La tercera sección del capítulo II trata sobre los supuestos en que sea necesario realizar una investigación mediante procesos técnicos para la indagación de la identidad de los sujetos involucrados en los presuntos hechos delictivos.

La mencionada sección está compuesta por tres preceptos, que tratan de la identificación de equipos informáticos a través del IP, códigos del aparato o sus componentes, o los propios prestadores de los servicios.

El **art. 369** sobre «Identificación mediante una dirección IP» trata el supuesto en el cual, la policía judicial en el curso de sus investigaciones preventivas en Internet descubre la comisión de alguno de los delitos tipificados en el art. 355 del presente, y solo conozcan el número IP sin otros datos, deberán ponerlo en conocimiento del fiscal instructor (presupuesto actualmente recogido en el art. 588 *ter k*). El fiscal, si lo considera oportuno a la luz de las circunstancias concretas del caso solicitará al juez de garantías la autorización necesaria para requerir el auxilio y colaboración necesaria al operador o prestador de servicio.

La «Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes», se regula en el **art. 370**, donde se precisa el procedimiento que se seguirá en el caso en que resulte imposible obtener el número de abonado del investigado, en un caso que se encuentre entre los enumerados en el art. 355, el cual consistirá en la autorización del fiscal con objeto de lograr mediante otro tipo de técnicas la identificación del equipo utilizado o las tarjetas usadas para la comisión del presunto hecho delictivo (con el vigente art. 588 *ter l*) esta medida indagatoria puede ser realizada por la policía judicial sin autorización

¹⁰⁰ ANTEPROYECTO, Art 516: «La solicitud deberá justificar que concurren los siguientes requisitos: a) que los hechos investigados revistan los caracteres de alguno de los delitos castigados con una pena igual o superior a los tres años de prisión y b) que sea de prever que a través de la búsqueda podrán obtenerse informaciones necesarias para la determinación de su autor o la averiguación de su paradero, siempre que tales informaciones no puedan obtenerse mediante otro medio de investigación menos gravoso; ...»

previa, lo cual demuestra la intención del legislador de mostrarse escrupuloso con respecto a las garantías procesales). Una vez obtenida la identificación del investigado, el fiscal solicitará al juez de garantías la intervención de las comunicaciones siguiendo el procedimiento del art. 357.

Por último, el **art. 371**, referido a la «Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad», recoge el presupuesto en el cual se necesite conocer el nombre del titular de un número telefónico o cualquier otro medio, o viceversa, conocer el número de un determinado sujeto, el ministerio fiscal podrá requerir esta información a las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, que quedan obligadas a prestarlo. Se trataría de una transcripción casi literal del art. 588 ter m, con el añadido de carácter objetivo «... por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 355 de esta ley...».

3.3. La Interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido.

En este tercer y último epígrafe del, a su vez, tercer capítulo del presente trabajo sobre las medidas de investigación tecnológica del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, analizaremos los diez preceptos que forman el capítulo IV sobre «La interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido», del Título II de «Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas».

3.3.1. Objeto.

Comienza este epígrafe con el **art. 383**, que define el «Objeto» concreto de la medida de interceptación. En el apartado primero se hace una definición específica del presupuesto que regula este precepto, «Lo dispuesto en este capítulo será aplicable a la escucha y grabación, por medio de sistemas técnicos de captación del sonido, de las conversaciones privadas que, en el marco de encuentros concretos, mantengan entre sí dos o más personas.» En el apartado segundo se enumeran de manera concreta que supuestos serán considerados «conversaciones privadas», ya que este punto ha sido objeto de controversias, por ser el núcleo central de la limitación de DD. FF, cubriendo tanto las mantenidas en lugares públicos¹⁰¹, como en el domicilio

¹⁰¹ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 46-47: « En efecto, dado cual es el derecho fundamental inmediatamente afectado a la luz de la jurisprudencia constitucional, las garantías para el

privado. Se cierra el precepto con un tercer punto que nos informa de la posibilidad de completar esta medida con grabación de imágenes tanto del investigado como de terceros involucrados, para darle total formalidad a un presupuesto que había acarreado numerosas críticas, por la falta de regulación concreta que prevea estas grabaciones o escuchas de carácter fortuito, pudiendo por ello ocasionar una violación de derechos fundamentales¹⁰² y, en definitiva, carecía de una seguridad jurídica que ahora se subsana.

3.3.2. *Garantía judicial*

El **art. 384**, trata sobre «Garantía Judicial» que se extenderá sobre la escucha y grabación de sonido. En el primer apartado, dando una vez más muestra del interés del legislador de ser riguroso en la protección de los derechos fundamentales de los involucrados, se exige al fiscal instructor la obligatoria solicitud de autorización al juez de garantías para proceder a la adopción de la medida citada, sin olvidar incluir el supuesto de las realizadas en lugares públicos. En el segundo apartado se extiende la tutela judicial al lugar cerrado que se menciona en el apartado primero, ya que, si la medida se ha de realizar en un lugar privado, el juez de garantía deberá autorizar, además, la entrada al mismo. Cierra el precepto un tercer apartado que advierte que el complemento con imágenes¹⁰³ en la medida consistente en escuchas o grabaciones de conversaciones privadas deberá contar con específica autorización previa del juez de garantías.

3.3.3. *Ámbito de la vigilancia acústica.*

El «Ámbito de la vigilancia acústica» se encuentra codificado en el **art. 385**, en el primer punto se determina que solo la persona investigada podrá ser objeto de la medida, pero se extenderá la autorización a aquellas personas que se interrelacionen con el mismos, así como a terceros, para de esta manera dar cobertura legal a la

investigado son mucho mayores en el caso de captación de comunicaciones orales directas –solas o complementadas con imágenes-[...] En el primer caso, para la captación de las comunicaciones orales directas del investigado es siempre necesaria la autorización judicial, con independencia de la naturaleza del lugar en el que se coloquen los elementos de escucha».

¹⁰² Ibidem. Pág. 104: «Un segundo elemento relevante para la concreción del encuentro es el de la persona o personas con las que se vaya a reunir el investigado. La ley solo requiere que al encuentro acuda el investigado, pero la identificación del resto de algunos otros asistentes sirve para individualizar la reunión, para lo que debe resultar suficiente con referencias identificativas amplias o genéricas».

¹⁰³ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. Pág. 495.

inevitable intromisión en su intimidad en el transcurso de la realización de la medida al sujeto investigado. El apartado segundo señala la excepción a la realización de la medida de carácter subjetivo, consistente en la no práctica de la medida a los excepcionados de declarar contra el investigado por razón de parentesco o secreto profesional¹⁰⁴, a no ser que sean objeto, a su vez, de la propia investigación. El tercer punto exige que en las grabaciones en el interior de un domicilio tengan por objetivo, únicamente al investigado, pero permite que excepcionalmente se puedan grabar conversaciones en el domicilio de un tercero si se cree que se encuentra en el mismo el investigado algo que podría producir dudas sobre la posible vulneración de DD. FF en esta situación «excepcional». Para finalizar, y de forma contradictoria, en mi opinión, se prohíbe taxativamente la grabación de imágenes y sonidos en el domicilio de terceros cuando afecte directamente a su intimidad. En mi opinión este artículo representa claramente la sensación de decepción que producen algunos artículos del Anteproyecto. Lo que empezaba siendo un precepto cuya idea es otorgar mayor formalidad y rigor a supuestos ambiguos o fronterizos, acaba recogiendo en sus apartados tantas «situaciones excepcionales», que la idea inicial de formalismo se diluye, dejándonos un artículo con amplios márgenes de actuación que quizá beneficie la actuación de las FF. CC. SS, a la hora de realizar las medidas indagatorias, pero vuelve a crear incertidumbre en cuanto a la proporcionalidad de estas medidas limitativas de los DD. FF.

3.3.4. *Requisitos.*

En el **art. 386** se encuentran recogidos los «Requisitos», que habrán de darse para conceder la autorización de estas medidas. El primero de estos requisitos sería la existencia de indicios objetivos de la comisión de uno de los delitos graves merecedores de la adopción de este tipo de medidas, por su carácter limitativo de DD. FF, mediante la utilización de la figura del agente encubierto.¹⁰⁵ Un segundo criterio sería el de la existencia de indicios suficientes que demuestren que durante la conversación que se pretende grabar, se tratarán temas que resulten pertinentes para la investigación en curso, para finalizar con la condición del principio de necesidad ya mencionada en el apartado anterior, al no preverse otros medios menos invasivos

¹⁰⁴ LECRIM. Arts. 416 y 417.

¹⁰⁵ Véase, Las Investigaciones encubiertas (capítulo 5).

para la obtención de datos que acrediten la identidad del autor, o el propio hecho delictivo.

3.3.5. *Solicitud del Ministerio fiscal.*

La «Solicitud del ministerio fiscal», recoge en el **art. 387**, que de manera breve informa de la exigencia al fiscal instructor de comprobar la concurrencia de los requisitos contenidos en el precepto anterior, además de decretar el secreto total o parcial del proceso, y la formación de pieza separada del mismo.

3.3.6. *Resolución judicial.*

La «Resolución judicial» del profuso **art. 388**, donde en su primer apartado se contiene una extensa enumeración de criterios que deberá de contener la misma. Es más metódico en los mismos que su homólogo art. 588 bis c, de la vigente LECrim. Además de los datos lógicos en este tipo de medidas, como lo indicios razonable que lleven a adoptar tal medida, la identificación de la persona investigada o terceros que se prevea puedan participar en las conversaciones, se incluye en el Anteproyecto, un apartado en el que se busca asegurar el cumplimiento del principio rector¹⁰⁶ de necesidad, que en el actual texto legal es más difuso en su letra g). Además, de una mención concreta a la obligatoriedad de especificar el domicilio o habitaciones concretas donde se realizará la grabación, para salvaguardar así la intimidad reforzada que se da en un lugar cerrado. Para seguir con la corrección que presenta el Anteproyecto, respecto de la LECrim actual, se añade otro requisito de exigencia de autorización especial si se ha de ampliar la medida de grabación a imágenes¹⁰⁷ de los encuentros, algo actualmente recogido en el art. 588 *quater a) 3º*. Siendo este precepto mucho más riguroso en la sistemática del apartado, y en la concreción de garantías para el investigado en el transcurso de las diligencias, dándole formalismo a prácticas que venían realizándose bajo el amparo jurisprudencial puesto en duda por órganos judiciales supranacionales¹⁰⁸. En un segundo apartado, el juez

¹⁰⁶ CIRCULAR 3/2019 de la FGE.

¹⁰⁷ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pp.320-321.

¹⁰⁸ SSTEDH Valenzuela Contreras c. España, de 30 de junio de 1988, CE: ECHR:1988:0630DEC2767195, *Khan* c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2000, CE: ECHR: 2000:0527DEC3539497, P.G y J.H c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, CE: ECHR:2001:0925DEC4478798, *Wisse* c. Francia, de 20 de diciembre de 2005, CE: ECHR: 2005:1220DEC7161101.

de garantías deberá asegurarse de que se toman las medidas necesarias para garantizar la custodia íntegra de las grabaciones por si fuera necesario, su posterior análisis por parte de un perito durante el proceso judicial, y para finalizar tendrá que ratificar o no el secreto de la investigación decretado en su momento por el fiscal instructor.¹⁰⁹

3.3.7. *Ejecución de la medida y supervisión judicial.*

En el **art. 389** sobre la «Ejecución de la medida y supervisión judicial», donde se determina que será la policía judicial la encargada de llevar a cabo las grabaciones de sonido siempre con autorización judicial, así como la grabación de imágenes si hubiese sido autorizado por el juez de garantías. Como en su homólogo 588 bis g), se señala una remisión al art. 413.1 del Anteproyecto¹¹⁰ para los casos en que sea necesario el acceso a un domicilio privado con el fin de grabar las conversaciones. En el tercer apartado se establece que el ministerio fiscal con la periodicidad que determine recibirá las grabaciones de sonido e imagen por parte de la policía judicial, junto a la identificación de los agentes que hayan participado en el dispositivo. El último de los puntos del precepto reseña la posibilidad del fiscal de recibir transcripción de las grabaciones sin que ello sea óbice para la obligación para conservar los originales. Se recuerda aquí la obligación policial de transcribir las conversaciones de interés, como ya se venía señalando en la circular 2/2019¹¹¹.

3.3.8. *Cese y ampliación.*

Sobre el «Cese y ampliación» de la medida trata el **art. 390** del Anteproyecto, donde se intenta corregir la duplicidad del texto actual (arts. 588 *quater*, e y 588 *bis j*)¹¹². En el primer punto se determina que las grabaciones cesarán inmediatamente, una vez hayan desaparecido los motivos que llevaron a acordar la consabida medida o, haya finalizado el encuentro concreto que se autorizó a grabar. Mientras que, en el segundo apartado, se requiere que, si se debiese ampliar la medida a otros encuentros,

¹⁰⁹ CIRCULAR 3/2019, de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado.

¹¹⁰ ANTEPROYECTO, ob. cit. Art. 413.1: Supuestos especiales «Cuando se trate de delitos susceptibles de ser investigados mediante la utilización de agentes encubiertos podrá autorizarse: a) La entrada para la instalación de aparatos de escucha y grabación en el interior del domicilio. b) La utilización de instrumentos o medios técnicos que permitan conocer la situación o movimiento de personas en el interior del domicilio».

¹¹¹ CIRCULAR 3/2019, ob. cit. Pág.30132.

¹¹² Ibidem, pág. 30132.

se deberá solicitar autorización al juez de garantías por cada uno de esos nuevos encuentros, es decir, se extrema la protección de las garantías constitucionales a todos los presupuestos posibles.

3.3.9. Comunicación al juez de garantías y a los afectados.

En el **art. 391** sobre «Comunicación al Juez de Garantías y a los afectados», se dispone que el fiscal debe comunicar el cese de la medida al juez de garantías. Asimismo, al alzarse el secreto de las diligencias una vez concluida las medidas deberá comunicarse a los implicados, ya sea el investigado o terceros, con remisión concreta, al ya citado art. 365 del Anteproyecto.

3.3.10. Comparecencia de la persona investigada.

El **art. 392** codifica la «Comparecencia de la persona investigada», con la finalidad de extremar las garantías procesales y constitucionales del investigado, en su condición de sujeto que cuenta con la presunción de inocencia. El fiscal instructor convocará al investigado para concederle el derecho de conocer el resultado de las grabaciones de las que ha sido objeto, con la finalidad de cribar, aquellas que sean irrelevantes para la investigación en curso, desechando aquellas que sean innecesarias o no útiles para el ejercicio de su derecho a la defensa. Las partes podrán aportar las opiniones que consideren oportunas. Asimismo, aunque no comparezca alguna de las partes, la audiencia no se suspenderá si las partes fueron correctamente citadas. Esto no será obstáculo para que se puedan plantear observaciones por escrito, como señala el apartado segundo y la concesión del derecho de las partes a acceder a las grabaciones¹¹³.

3.3.11. Utilización posterior de las grabaciones.

Para finalizar el capítulo, el **art. 393** sobre la «Utilización posterior de las grabaciones», en cuyo primer apartado se regula la transcripción de las conversaciones con el fin de presentarlas como prueba en el juicio oral, entregando copias a todas las partes implicadas en el plazo más breve posible. El segundo

¹¹³ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág.143: «Por lo que se refiere a los aspectos específicos de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales directas que deberían ser objeto de mejora en una futura reforma, se encuentra, en primer lugar, la regulación expresa de la posibilidad de que las partes accedan al contenido de las grabaciones de las conversaciones presenciales, a fin de solicitar al juez la inclusión en la transcripción de aquellas partes de la grabación que habían sido excluidas y que se consideren relevantes para su defensa».

apartado regula el supuesto de impugnación de las grabaciones, que solo se admitirá en caso de existencia de indicios suficientes y objetivos de manipulación. El tribunal si lo considera oportuno a la vista de los indicios ordenará la práctica de una comprobación pericial.

4. OBSERVACIONES Y VIGILANCIAS FÍSICAS Y UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE IMAGEN.

Para codificar los supuestos de captación y grabación de imágenes, el nuevo Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha creado un título «*ex profeso*», denominado «Observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen », donde se condensan en diez preceptos, las «...las observaciones y vigilancias que pueden desarrollarse en la vía pública y en otros espacios abiertos respecto de personas lugares y objetos relacionados con el delito...».¹¹⁴

Como nos informa el propio articulado del texto, existe una diferenciación entre las llamadas «vigilancias ordinarias», que no requerirían de autorización judicial y, la policía judicial puede desarrollar por iniciativa propia y, las vigilancias consideradas «sistemáticas», que serán aquellas que se prolonguen por un periodo de treinta y seis horas con carácter ininterrumpido, o bien, durante más de cinco días alternativos o no¹¹⁵, en un plazo de un mes.

4.1. Disposiciones comunes.

En el todavía vigente art. 588 quinquies LECrim se regula la captación de imágenes en lugares y espacios públicos, siempre que no vayan acompañadas de comunicaciones orales, ya sean de carácter ambiental o las propias que lo complementen la captación de imágenes, que si lo estuvieran, estarían sometidos al tenor legal del art. 588 LECrim *quater*, «que si requiere siempre previa autorización judicial».¹¹⁶ Y es aquí precisamente donde nos encontramos con la clave de este

¹¹⁴ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Apartado XLII, pág.50.

¹¹⁵ Me provoca dudas, ya que la redacción del artículo 395 puede dar a entender que, si la «vigilancia sistemática» no fuese ininterrumpida, podría extenderse durante 120 h. Creo que la redacción del precepto es deficiente: «...o durante más de cinco días consecutivos...», ya que esta frase podría dar lugar a situaciones irregulares que a su vez provocasen inseguridad jurídica durante las actuaciones indagatorias.

¹¹⁶Ley 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. Núm. 239 martes 6 de octubre de 2015 Sec. I. Pág. 90192: «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».

epígrafe por lo cual la autorización para esta diligencia de investigación tecnológica es acordada por la policía judicial, sin necesidad de autorización de la autoridad judicial. Como podemos advertir inmediatamente, en esta ausencia de supervisión judicial se produce una quiebra de la protección de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE, y el art. 8 CEDH.

Es más, esta diligencia recogida en el art. 588 *quinquies* de la LECrim es en único precepto legal que obvia el requerimiento de previa autorización judicial, aun siendo una medida de investigación restrictiva con los anteriormente mencionados derechos fundamentales como nos ha recordado la jurisprudencia tanto nacional como supranacional en numerosas ocasiones¹¹⁷.

En el momento de la publicación de la LO 13/ 2015, el legislador trato de justificar en su preámbulo¹¹⁸ dicha ausencia aduciendo que la misma no afectaba a ningún derecho fundamental, en un ejercicio de voluntarismo que sorprende¹¹⁹. Cabría preguntarse hasta qué punto esta explicación es real, o se ha buscado de manera intencionada por el legislador el crear un vacío legal para ampliar la capacidad de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la persecución de determinados delitos, que se verían dificultados si se atuvieran de manera estricta a unos estrechos límites marcados por unos preceptos demasiado rígidos en su redacción.

¹¹⁷ STC 29/2013 ECLI:ES:TC: 2013:29 (BOE núm. 61 de 12 marzo de 2013), y *Vid.* Pie de página 124.

¹¹⁸ 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. Núm. 239 martes 6 de octubre de 2015 Sec. I. Pág. 90192: «En el mismo capítulo se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 de nuestro texto constitucional».

¹¹⁹ De la misma opinión ese el Informe del Consejo Fiscal: INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL, EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS. sobre la modificación de la mencionada LO 13/2015 al sostener que: «En relación con la captación de imágenes en lugares públicos, nada hay que objetar a que por la Policía Judicial se pueda captar y grabar imágenes en un espacio público. La regulación propuesta no choca con lo previsto en los apartados 1.º, 2.º y 4.º del art. 18 CE, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por otra parte, la instalación y uso de videocámaras de seguridad por parte de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ya está regulada por la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, desarrollada por el RD 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la LO 4/1997, de 4 de agosto», Madrid, 23 de enero de 2015.

En el capítulo VII de la vigente LO 13/2015 «Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización» se establecían dos sistemas nuevos de investigación que como ya comentábamos han sido puesto en dudas, sobre su constitucional¹²⁰. La decisión que tomó el legislador es graduar las mencionadas medidas con respecto a su mayor o menor invasión de la intimidad como derecho fundamental. Por ello reservaba la previa autorización judicial sólo para una de ellas, permitiendo en la otra su uso con la mera autorización de la Policía judicial.¹²¹

Como ya veníamos advirtiendo en la LO 13/ 2015 se consideraba que la captación de imágenes en espacios públicos no vulneraba los derechos fundamentales recogidos en el art.18 CE (inviolabilidad domiciliaria, intimidad, secreto de las comunicaciones o protección de datos), por tanto, no era necesaria la autorización judicial previa que sí era inexcusable en la captación de imágenes en domicilio o lugar cerrado, como venía dictado el alto tribunal en numerosas ocasiones¹²². Y es aquí donde se encuentre el núcleo de la polémica, ya que debemos discernir a que consideramos lugar público o lugar cerrado (la noción de domicilio parece menos polémica), para saber si se verán afectados los derechos fundamentales recogidos en el art. 18.2 CE sobre inviolabilidad domiciliaria, o el art.18.1 Ce que se refiere al derecho a la intimidad.

Debemos señalar que en estos casos para discernir entre una de las dos situaciones, el criterio que se debe seguir no sería el lugar(público o cerrado) donde se colocan los sistemas de captación de imágenes , sino el donde se encuentra el sujeto que es captado en dichas imágenes(lugar público o cerrado), ya que en este

¹²⁰ Circular 4/ 2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General de Estado. Núm. 70 viernes 22 de marzo de 2019 Sec. III. Pág. 30139: «Sin embargo, como a continuación se expondrá, esta incidencia sobre el derecho fundamental ha llegado a ser cuestionada en el caso de las formas más leves de afección, como la consistente en la captación de imágenes en lugares públicos».

¹²¹ Circular 4/ 2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General de Estado. Núm. 70 viernes 22 de marzo de 2019 Sec. III. Pág. 30139:«Es esta una materia que no aparece condicionada en el texto constitucional a la reserva judicial, de ahí que el legislador haya optado por graduar la incidencia en el derecho fundamental de estas dos formas de persecución del delito exigiendo habilitación judicial únicamente para las modalidades más invasivas, los seguimientos a través de dispositivos técnicos, manteniendo, sin embargo, en manos de la Policía Judicial la capacidad de recurrir al empleo de dispositivos técnicos para la captación de imágenes».

¹²² SSTs 968/1998 ECLI:ES:TS: 1998:4822 de 17 de julio de 1998, 67/2014 ECLI:ES:TS: 2014:558 de 28 de enero de 2014, 409/2014 ECLI:ES:TS: 2014:2209 DE 21 de 21 de mayo, 200/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1069 de 27 de marzo de 2017.

último se produce una expectativa de privacidad que no se da en lugares públicos, motivo por el cual la invasión de los mencionados derechos del art. 18.2 CE sería menor, y la jurisprudencia permitía.¹²³

Pero la jurisprudencia, principalmente la de órganos judiciales supranacionales, así como la doctrina han ido matizando, cuando no, oponiéndose a dicha opinión. Autores, como Bellido Penadés cuestionan la constitucionalidad de la captación de imágenes en lugares público con la mera práctica por parte de la policía judicial, y sin la correspondiente autorización judicial.

Su opinión se basa en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, coincidente con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para cuestionar la idea mantenida por el legislador tanto en la LO 13/2015, como en la circular 4/2019 en cuanto a que la grabación de imágenes en lugares públicos no afectaría a los derechos fundamentales del Art.18 CE se podría citar la STC 29/2013 ECLI:ES:TC: 2013:29 (BOE núm. 61 de 12 marzo de 2013), en ella se declara: «Esta fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico, como ha ocurrido en el caso de autos, constituye un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art.18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifique o permita la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico, o de cualquier otra índole) o para cualquier utilidad que en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo...» (STC 292/2000 ECLI:ES:TC: 2000:292 (BOE núm. 4 de marzo de 2001, FJ6)¹²⁴, lo cual, como es evidente, incluye también «aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad (...)».

Asimismo, nos señala que: «Debe asegurarse, así, que las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia no contravengan aquel derecho fundamental, que tiene pleno protagonismo, por todo lo expuesto, en estos terrenos de la captación y grabación

¹²³ STS 272/2017 ECLI:ES:TS: 2017: 1594 de 18 de abril de 2017.

¹²⁴ BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La Captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch,2020, pág. 152.

de imágenes personales que permitan la identificación del sujeto» (FJ 5...también influye en el secreto de las comunicaciones si se capta conjuntamente imágenes y sonidos (18.3) o el derecho a la imagen (18.1) si son sólo imágenes)¹²⁵.

«La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado. El TEDH ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art.8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)...». El TEDH considera que, en otros ámbitos de la vida, como puede ser el laboral -se desarrollan vínculos-, que pueden convertirse en íntimos y por lo tanto merecedores de la misma protección de la que habla el art. 8.1 CEDH.¹²⁶

¹²⁵BELLIDO PENADÉS, Rafael. Óp. Cit. Pág.152-153: La sentencia añade las fuentes legislativas nacionales y comunitarias que permiten llegar a la anterior conclusión. En este sentido señala que: «En esa línea se manifiesta también la normativa rectora en la materia. El art. 3a) de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD)concreta el concepto de «datos de carácter personal» como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». La letra c) del mismo precepto define el «tratamiento de datos» como las «operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias». De acuerdo con tales definiciones, la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada. Así lo ha declarado con reiteración la Agencia Española de Protección de Datos. Por su parte, el artículo 5.1. f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, insiste en esa dirección y define los datos de carácter personal del siguiente modo: «Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Todo ello ha sido perfilado, en lo estrictamente referido a la videovigilancia, en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. En la misma dirección se pronuncia el artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el ‘interesado’); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación de uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social» (la misma regulación puede verse en el art. 2 del Reglamento CE núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos)» (FJ 5).En términos análogos, más breve y recientemente la STC (Pleno) 39/2016 ECLI:ES:TC: 2016:39 (BOE núm. 85 de 8 de abril de 2016). , señala que «Por lo que se refiere, en primer lugar, a la vulneración del art. 18.4 CE, derecho a la protección de datos, debemos recordar que la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que considera dato de carácter personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables», y el art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007,de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica» (FJ 3).

¹²⁶ STEDH *Niemietz* c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, CE: ECHR: 1992:1216DEC1371088, § 29; STEDH *Burghartz* c. Suiza, de 22 de febrero de 1994, CE: ECHR:1994:0222DEC1621390, § 24;

También debemos señalar que la captación, grabación y reproducción de imágenes produce una incidencia en el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) cuando dichas imágenes van acompañadas de sonido¹²⁷. Por ello el legislador ya reforzó esta práctica exigiendo la autorización judicial previa para llevarla a cabo (art. 588 *quater* LECrim). Por el contrario, este refuerzo legal no se prevé en la captación, grabación y reproducción de imágenes en lugares público como veníamos avanzando, lo que provoca serias dudas sobre su inconstitucionalidad.

Para intentar paliar los defectos de posible inconstitucionalidad en este apartado de la vigente LO 13/2015, calificada por parte de la doctrina como una legislación escuetísima y deficiente¹²⁸, el nuevo anteproyecto de la Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 propone un articulado más detallado con una ordenación sistemática más eficiente. En el libro III «De las diligencias de investigación» se encuentra alojado el título III sobre «Observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de imágenes». Dicho título se encuentra dividido en diez artículos, en los que se denota claramente la voluntad del legislador de corregir los errores y deficiencias que se observan en el todavía vigente Art. 588 *quinquies*. Como preámbulo al análisis del articulado citado, podemos adelantar que subyace un claro objetivo de mostrarse estrictamente riguroso a la hora de acordar la medida de grabación que incluya la captación de imágenes, con más rigor y precisión incluso en lugares públicos, sin olvidar regular la incorporación de las pruebas obtenidas de esta manera, (que también habían ido objeto de crítica), así como garantizar la custodia y destrucción de las mencionadas pruebas cuando finalice el proceso.

4.1.1. *Vigilancias físicas.*

Ya en este primer artículo (**394**), se observa el motivo que ha conducido al legislador a situar la medida de investigación tecnológica de la captación de imagen en un título que engloba otras diligencias de investigación no tecnológicas como sería

y STEDH *Von Hannover* c. Alemania, de 24 de junio de 2004, CE: ECHR:2004:0624DEC40660, § 69 y STC 12/2012 ECLI:ES:TC: 2012:12 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2012, FJ 5).

¹²⁷ STC 145/2014 ECLI:ES:TC: 2014:145 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014).

¹²⁸ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Óp. Cit. pág. 318: «Sobre todo resulta urgente y necesaria una nueva regulación específica de la diligencia de captación y grabación de imágenes [...] la inconstitucionalidad de la escuetísima regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes [...] deriva, por una parte, de lo que esa regulación específica dice y, por otra parte, de lo que esa brevísima e insuficiente regulación legal no dice».

la vigilancia física del sujeto investigado (las importantes diferencias entre vigilancias físicas y sistemáticas se irán explicando a lo largo del presente y siguiente precepto). La razón de este encuadramiento es la lógica complementariedad de ambas medidas, que hace que la tradicional vigilancia policial se acompañe en numerosas ocasiones de la medida de captación de imagen. Aunque la ordenación de estas medidas junto a las de seguimiento y localización ha provocado reticencias en algunos autores¹²⁹.

En el primer apartado del precepto, se nos informa de la posibilidad genérica que tiene la policía judicial de realizar seguimientos de los sujetos investigados, «Para averiguar los delitos...», de oficio¹³⁰ o siguiendo órdenes de la Fiscalía, sin especificar medidas complementarias, pero su ubicación en este primer apartado nos evidencia que sirve a modo introductorio de la medida de investigación que se tratará a continuación. Asimismo, podemos reseñar que se produce una translación casi literal del vigente art. 588 *quinquies* a 1º apartado.¹³¹ Prosigue el precepto en un segundo apartado, advirtiéndonos de la obligación de desarrollar esta medida exclusivamente en lugares públicos o espacios abiertos¹³², aviso que sirve de salvaguarda de situaciones que generaban un conflicto con los derechos fundamentales de terceros, y que habían provocado abundantes quejas de doctrina y jurisprudencia¹³³. Además, el apartado concluye haciendo una taxativa mención a la necesidad de autorización

¹²⁹ ARRABAL PLATERO, Paloma. *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020, pág. 195

¹³⁰ Realizando una función preventiva ampliamente admitida por la doctrina y jurisprudencia, como señala BELLIDO PENADÉS, Rafael en ob. cit. Pág. 159: «Sin embargo, en otras muchas ocasiones la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo no está preordenada desde el principio a la obtención de fuentes de prueba de un hecho delictivo, sino que se realiza en el ejercicio de funciones preventivas o de seguridad mediante sistemas de videovigilancia, ya sea por las autoridades públicas para contribuir al mantenimiento de la paz y de la seguridad ciudadana, ya sea por personas privadas, físicas o jurídicas, que desempeñan actividades y servicios de seguridad privada contratados por personas físicas o jurídicas para la protección de sus personas y bienes ».

¹³¹ LO 13/2015, ART.588 *quinquies* a, apartado 1: «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, 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».

¹³² BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pp. 320-321: «Respecto de lo que esa regulación legal específica dice, ya se advirtió que esa regulación legal parte de un doble error: considerar que la captación de imágenes en los espacios públicos no puede afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos –primero y estimar que la afectación a los derechos fundamentales consagrados en el art. 18. 1CE no requiere constitucionalmente autorización judicial –segundo–».

¹³³ STC 70/2002 ECLI:ES:TC: 2002:70 (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2002) y STC 173/2011 ECLI:ES:TC: 2011: 173 (BOE núm. 294 de 7 de diciembre de 2011).

judicial para realizar seguimientos sistemáticos usando dispositivos de seguimiento, localización u obtención de imágenes.

4.1.2. *Vigilancias sistemáticas.*

En el precepto **395** del Anteproyecto se sitúa el presupuesto específico de las vigilancias «sistemáticas», separándolo de las vigilancias «ordinarias», para dar mayor formalismo a un supuesto que requiere una mayor y mejor codificación con respecto a la vigente LECrim, con el fin de seguir con el carácter tuitivo del Anteproyecto en general y de «Las diligencias de investigación»¹³⁴ en especial.

En el apartado primero se define claramente que se entiende por «vigilancia sistemática»¹³⁵, donde se deduce una clara especialidad de este tipo de vigilancia, mucho más invasiva de los derechos fundamentales¹³⁶ de los sujetos investigados, y, por tanto, merecedoras de unas disposiciones especiales de carácter protector de los mismos.

En el apartado segundo se regula con exactitud, que las medidas sistemáticas con el añadido de medios técnicos de localización, seguimiento u obtención de imágenes tendrán por objetivo exclusivo a la persona investigada, mandato claramente corrector del vigente 588 *quinquies* a, apartado segundo¹³⁷ que permitía la extensión de la diligencia sobre «terceros», provocando una carencia en la preceptiva tutela judicial, que se debía a la creencia del legislador de no ser necesaria dicha autorización judicial en la captación de imágenes de terceros¹³⁸. Esta opinión del

¹³⁴ ANTEPROYECTO, Ob. cit. Pág. 43: «La perspectiva tuitiva que preside la normativa sobre los actos de investigación se evidencia, de entrada, en la propia sistemática del texto. Eludiendo el criterio de clasificación que atiende a la autoridad habilitada para realizar el acto, se opta por clasificar las medidas en función de la afectación que sufren los derechos de la persona sometida a la actividad investigadora».

¹³⁵ ANTEPROYECTO, Ob. cit. Pág. 50: «Se consideran sistemáticas las que duran más de treinta y seis horas ininterrumpidas o más de cinco días, consecutivos o no, dentro del plazo de un mes».

¹³⁶ CIRCULAR 4/2019 de 6 de marzo. Pág.30146: «Se aparta la regulación, de esta manera, de las previsiones que contenía el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, que venían a exigir también autorización judicial para las vigilancias policiales sistemáticas, es decir, aquellas que pudieran llegar a tener una mayor incidencia en el derecho a la intimidad al prolongarse durante un determinado plazo».

¹³⁷ LO 13/2015, art.588 *quinquies* a ,2: «La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma 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».

¹³⁸ CIRCULAR 4/2019 de 6 de marzo, pág. 30139: «Efectivamente, desde hace ya tiempo la jurisprudencia venía considerando legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas (SSTS 968/1998

legislador fue duramente criticada por jurisprudencia y doctrina, al considerar que dichas grabaciones de terceros aún en lugares públicos son merecedoras de protección, como ya advertía sutilmente la Circular 4/2019 de 6 de marzo.¹³⁹ Ahora bien, este precepto, contaría con unas excepciones tasadas, un primer caso «cuando concurran indicios fundados de que están relacionadas con las personas investigadas o de que se va a establecer dicha relación», y el segundo caso , «cuando la medida aparezca como necesaria para averiguar los delitos, descubrir a los autores y recoger efectos, instrumentos o pruebas». Pero aun así permitiría en casos excepcionales la afectación de terceros, si acompañan a los investigados, y resultase “inevitable”. Lógicamente estas excepciones deberían contar con la detallada explicación del criterio de excepcionalidad¹⁴⁰ que motiva su adopción, algo que debería tutelar la fiscalía en su solicitud al juez de garantías.

Una vez más tenemos la sensación de oportunidad perdida, al comparar los preceptos similares de ambos textos, ya que, lo que, en un principio, parece una reforma ampliamente correctora, termina convirtiéndose en una corrección escasa, sin desmerecer las modificaciones mencionadas.

4.1.3. *Requisitos.*

El artículo **396** del Anteproyecto codifica los requisitos que se habrán de tener en cuenta a la hora de adoptar las medidas de investigación que tratamos. En concreto en el primer apartado, se observa como realmente se regulan dos presupuestos

ECLI:ES:TS: 1998:4822 de 17 de julio de 1998, 67/2014 ECLI:ES:TS: 2014:558 de 28 de enero de 2014, 409/2014 ECLI:ES:TS: 2014:2209 DE 21 de 21 de mayo y 200/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1069 de 27 de marzo de 2017.) «Lo relevante es discernir cuando se trata de un espacio reservado a la autorización judicial, domicilio o lugar cerrado, o cuando por propia iniciativa los agentes pueden captar las imágenes cuestionadas por tratarse de "lugares o espacios públicos", pues en estos, incluyendo con carácter general todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el artículo 18.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) a la inviolabilidad domiciliaria o por el artículo 18.1 a la intimidad, podrá ser decidida por propia iniciativa por los agentes de policía» (STS 272/2017 ECLI:ES:TS: 2017: 1594 de 18 de abril de 2017.)), así como ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. pag.195.

¹³⁹ CIRCULAR 4/2019 DE 6 de marzo, pág. 30140: «incluso en lugares públicos, puede llegar a suponer una injerencia en el ámbito del derecho a la intimidad y propia imagen del sujeto grabado (art. 7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), intromisión que estará legitimada (art. 2.2 LO 1/1982) cuando, como en el caso que se analiza, se encuentra expresamente autorizada por la Ley».

¹⁴⁰ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág.321: «Y solo con carácter excepcional y por razones de urgencia, la consecución fin constitucionalmente legítimo -como la investigación y persecución de los hechos delictivos pueda justificar una intervención policial inmediata, pero necesitada siempre de una confirmación judicial posterior. Dicha jurisprudencia del TC coincide según se expuso con la del TEDH».

diferenciados entre sí, uno sería el ya analizado de «vigilancias sistemáticas», y el segundo sería la «aquella en la que se utilicen medios técnicos de seguimiento y localización o de obtención de imágenes», las cuales deberán contar siempre con la autorización del juez de garantía. Se vuelve a incidir así en la importancia que se concede a la tutela judicial efectiva¹⁴¹ a través de la nueva figura del citado juez de garantías. Así como una especial advertencia de asegurar el principio rector de proporcionalidad al adoptar la susodicha diligencia. Observamos aquí, por tanto, una de las principales modificaciones con respecto a la LECrim aún vigente, al extender la garantía judicial a los presupuestos de captación y grabación de imágenes en lugares públicos, algo que no se recoge en el actual texto legal.

En el apartado segundo se vuelve a hacer referencia al presupuesto de casos de extrema necesidad y urgencia como excepción de la regla general de previa autorización judicial, motivo ya avanzado en el artículo anterior, y que desarrollamos anteriormente¹⁴². En todo caso se deberá informar al juez de garantías en menos de veinticuatro horas para que ratifique «la instalación y utilización inmediata de dispositivos de seguimiento y localización o la utilización de dispositivos de captación de la imagen en lugares públicos o abiertos»¹⁴³, o la deje sin efecto (STS 881/2020 ECLI:ES:TS: 2020:881 de 13 de mayo de 2020 y STS 1601/2021 ECLI:ES:TS:2021: 1601 de 7 de abril de 2021).

4.1.4. *Autorización judicial.*

Sobre la autorización judicial se trata en el **art. 397**, un precepto extenso y minucioso, en el que se vuelve a observar la clara intención correctora de la escuetísima y deficiente regulación de esta medida en el vigente art.588 *quinquies*.¹⁴⁴ En el primer apartado se detalla minuciosamente el presupuesto, en el que la

¹⁴¹ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág,321: «...con arreglo a la jurisprudencia constitucional, no es cierto que, como regla general, la restricción del derecho a la intimidad —o del derecho a la propia imagen o del derecho a la protección de datos personales no requiera previa resolución judicial. Antes, al contrario, según esa jurisprudencia, la regla general que toda restricción de un derecho fundamental, entre ellos el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, o a la protección de datos personales, requiere el consentimiento del afectado, o autorización judicial previa».

¹⁴² *Vid.* Nota al pie 137.

¹⁴³ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. Art. 396.2.

¹⁴⁴ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 320: «Como antes se señaló, a mi juicio, la inconstitucionalidad de la escuetísima regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes en el art. 588 *quinquies* a) de la LECrim deriva por una parte de lo que esa regulación específica dice...».

captación y grabación de actividades de carácter íntimo en lugares privados¹⁴⁵ pueda observarse desde el exterior, que requerirá aun así la previa autorización del juez de garantías. Asimismo, se recoge el presupuesto de la captación y grabación de imágenes, acompañadas de sonido, la cuales exigen un plus de cobertura legal, cuya nula regulación en la actual LECrim había generado dudas sobre su constitucionalidad.¹⁴⁶ Remitiéndose a los límites del capítulo anterior, donde curiosamente si constaba la posibilidad de complementar la captación de conversaciones con imágenes, por supuesto todo ello, baja la autorización de la autoridad judicial.

El apartado segundo, registra la posibilidad que tiene el juez de garantías de solicitar de las empresas o compañías telefónicas la información que permita la localización geográfica del sujeto investigado, así como los números recibidos en su terminal, y los que se han dirigido al mismo, todo ello sin sujetarse a los límites por razón de delitos del art. 355. Señalar, que una deficiencia señalada en la LECrim actual respecto de estas medidas era el vacío existente con respecto a qué clase de delitos eran merecedores de esta diligencia de investigación.¹⁴⁷ Del tenor literal del artículo deducimos que la remisión al Título II sobre la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas, también alcanza a alguna de las disposiciones comunes, de modo, que tenemos la impresión de que dicho título actuaría de modo subsidiario en caso de defecto u omisiones del título III. Curiosamente se obvia la advertencia de incurrir en un delito de desobediencia para quienes incumplan esta obligación, que si establece el actual art 588 *quinqüies* b.

Por último, se codifica el presupuesto que constituye la excepción a la regla general de previa autorización judicial, donde se recoge claramente el motivo concreto-y así evitar arbitrariedades-, que permitiría la actuación de la fiscalía general del Estado. Se trataría de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, lo cual no obsta para que la decisión sea comunicada de manera motivada al juez de garantías en veinticuatro horas, requisitos-motivación y plazos-, inexistentes en la legislación actual. Del mismo modo, el juez deberá

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág.210: «En el artículo 588 *quinqüies* a. LECrim no se hace referencia a sonido, lo que distingue a esta medida de la captación de conversaciones orales en las que existe la posibilidad, además, de captar imágenes...».

¹⁴⁷ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 322: «La regulación contenida en el art. 588 *quinqüies* a) no define la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la medida...».

conceder o no la autorización en un máximo de veinticuatro horas desde que haya sido ordenada.

4.1.5. *Contenido de la Solicitud.*

En este **art. 398**, se contienen los requisitos que habrá de cumplir no solo la solicitud que se presente al juez de garantías, sino que en una muestra más de meticulosidad, se contempla también el presupuesto del decreto por parte de la fiscalía, en los casos de urgencia, tratados en el precepto anterior, actuando por tanto éste como una continuación.

La letra a contempla los indicios de carácter objetivo que presupongan la comisión de un delito tipificado. En el b, la identificación del sujeto investigado, a los datos que sirvan para identificarlo, o «las cosas, lugares o acontecimientos a los que se extienda la vigilancia», siendo esta frase en mi opinión algo ambigua. En la letra c se hace una evidente referencia a la necesidad de motivar la adopción de esta medida, (a lo largo de todo el artículo subyace la idea de sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida). En la letra d, se concretará la manera concreta en que se ejecutará la medida, algo que constituye otro vacío legal en la LECrim actual, que carece también de «...un control judicial efectivo de la ejecución de la medida»¹⁴⁸. Así como la duración de la medida, algo sobre lo que igualmente guarda silencio la «escuetísima» regulación del 588 *quinquies*.¹⁴⁹ Para terminar, en el segundo apartado se trata de prever todas las posibilidades, al advertir al fiscal de la obligación de acordar ajustándose a la ley del secreto parcial o total del procedimiento de investigación, y en su caso la formación de una pieza separada.

4.1.6. *Duración.*

En el primer apartado del **art. 399**, se regula la duración de la medida que establece un máximo de tres meses con la fecha de autorización como *dies a quo*, así como unas prórrogas sucesivas que no podrán superar los dieciocho meses, con carácter excepcional que el fiscal instructor deberá justificar ante el juez de garantías

¹⁴⁸ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág. 322.

¹⁴⁹ Ídem: «La regulación contenida en el art. 588 *quinquies* a LECrim no define la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la medida, ni fija un límite temporal a la duración de la ejecución de la medida...».

(pp. de excepcionalidad). Resulta llamativo que los plazos de duración de la medida de investigación tecnológica, así como las prórrogas de esta sean similares a la actual LECrim, a pesar del enconado debate que provocó según nos informa la Circular 4/2019.¹⁵⁰

En el segundo apartado se establece a modo de cierre del presupuesto el caso en el que debe cesar la medida, aún antes de la finalización de los plazos establecidos, que sería el supuesto en que cesen los presupuestos que lo motivaron o la consecución de los objetivos que se buscaban.

4.1.7. *Utilización posterior de las grabaciones.*

Con este artículo **400** se trata de solventar el vacío legal existente en la actual LO 13/2015 con respecto de la utilización de las grabaciones obtenidas durante las diligencias indagatorias en el proceso judicial,¹⁵¹ además de dar mayor formalismo jurídico a cada uno de los presupuestos que se contemplan en el artículo. En contraposición al actual y deficiente art. 599 *quinquies* c) de la LECrim que en tres apartados agrupa de manera desordenada los numerosos supuestos que en el actual Anteproyecto encuentran su particular acomodo de manera más sistematizada y concreta.

De manera general podemos avanzar que este precepto tiene como finalidad garantizar la custodia e integridad de las grabaciones obtenidas para presentarlas en el proceso con las debidas garantías de autenticidad.

En un primer apartado, se nos confirma esta idea al informarnos que las informaciones obtenidas gracias a estas medidas «serán incorporadas al

¹⁵⁰ CIRCULAR 4/2019 de 6 de marzo, pág. 30152: «No era esta la previsión inicial del «prelegislador» que, en el Anteproyecto, limitaba la posibilidad de su prórroga a una sola, previendo, por lo tanto, una duración máxima de la medida de seis meses. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de ley se sostenían dos posiciones dispares, considerando una de ellas que el plazo inicial de tres meses y su posibilidad de prórroga por otros tres resultaba desproporcionado por el alto grado de afectación del derecho a la intimidad que suponía esta medida, mientras que la posición mayoritaria no compartía esa crítica ante la escasa entidad de la medida para la limitación de la intimidad. El informe del Consejo Fiscal, por el contrario, propugnaba una ampliación de los plazos de prórroga, al no considerar justificado que el Anteproyecto estableciera plazos inferiores a los que se preveían para las intervenciones telefónicas, siendo ésta última una medida mucho más invasiva para los derechos fundamentales que el uso de balizas. Lo cierto es que el mantenimiento de la medida durante varios meses, como se ha dicho, incrementa la intromisión de esta en la intimidad del investigado, lo que deberá ser valorado en el juicio de proporcionalidad de la resolución judicial que la acuerde».

¹⁵¹ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág.322: «...no establece condiciones ni plazos en los que las grabaciones deben ser puestas a disposición judicial (originales o copias, íntegras, resumidas o ambas...».

procedimiento y debidamente custodiadas para evitar su alteración o utilización indebida».

El segundo apartado, determina que se deberá entregar una copia de las grabaciones (autenticada) a las partes si la Fiscalía o alguna de las partes pretende presentar las mismas en el juicio oral como prueba. Dado que garantizar la autenticidad e integridad de las grabaciones es el objeto principal de este precepto, se establece que solo podrá impugnarse la prueba así obtenida, si se presentan indicios suficientes y motivados de una «manipulación» de la misma. Será el tribunal conecedor del proceso el que deberá someter la prueba basada en las medidas de investigación en cuestión, a un peritaje que constate la supuesta manipulación y el sistema empleado para ello.

Por último, en el tercer apartado, se recoge un presupuesto que sirve a modo de «cierre», al incluir supuestos menos frecuentes y que solían ser obviados en anteriores legislaciones, más en la actual LECrim que de modo general ignoraba el qué hacer con las grabaciones obtenidas. En concreto se trata del supuesto por el cual si se quieren hacer uso de las grabaciones obtenidas en otro proceso distinto al que fueron autorizadas, deberán contar con la autorización concreta del juez de garantías del nuevo proceso al que se quieran añadir, eso sí, siempre y cuando reúna los requisitos que permitieron su adopción inicial.

4.1.8. *Personas a las que debe ser notificada la medida.*

Este precepto (401), actuaría a modo de continuación del anterior y no sería más que una cobertura legal, para mayor formalismo y garantía procesal del «conocido derecho de acceso de las partes al proceso penal y con respecto al investigado o encausado, es expresión del derecho de defensa, que nace una vez se ha acordado el cese de la medida de investigación.»¹⁵². Este precepto, vuelve a funcionar como solución a la omisión o deficiencia a la hora de establecer concretamente qué hacer con las grabaciones constituidas en pruebas, llegado el momento del juicio oral, del vigente art. 588 *quinquies* c. En esta ocasión, se recoge el derecho a recibir notificación sobre la resolución judicial o decreto del ministerio fiscal de la persona investigada u otras personas afectadas en su intimidad durante el desarrollo de la citada medida.

¹⁵² SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág.157.

Venía siendo criticada¹⁵³ la omisión de este supuesto en el actual texto legal (LECrim). Para intentar solventar esta y otras carencias se hacen deficientes remisiones a las disposiciones comunes del art. 588 *bis*. Vemos en este precepto del Anteproyecto que aun solucionando este caso concreto vuelve a recurrirse a una técnica, en mi opinión huidiza, al remitirse al art. 365¹⁵⁴ como marco de actuación, mientras se deja a la voluntad del investigado la posibilidad de solicitar una copia de las grabaciones dejando claro que serán copias y no originales, algo que no quedaba definido en el art. 588 *quinquies c*,¹⁵⁵ en el que además la entrega de copias u originales se hacía al Juez, no a las partes afectadas.

4.1.9. *Cancelación de datos.*

La cancelación de datos obtenidos mediante la captación y grabación de imágenes, así como, los obtenidos mediante el uso de dispositivos de seguimiento y localización se codifican en el **art. 402** del nuevo Anteproyecto. Este precepto al igual que los dos anteriores, corresponden, en mi opinión, al intento de fragmentar el vigente art. 588 *quinquies c*, sobre «Duración de la medida», con el fin de corregir la breve y pobre regulación actual sobre el uso, manejo y tenencia del fruto de las diligencias técnicas, al haberse constituido en pruebas del proceso penal.

Así mismo, se percibe una mayor sensibilidad hacia las prácticas de protección de datos reguladas a través de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), algo de lo que trataremos más adelante.

En el precepto que nos ocupa se determina claramente que todos aquellos datos que no sean determinantes para el proceso deberán eliminarse, del tenor literal del apartado 2, se deduce que se seguirá un protocolo preestablecido para documentar la citada cancelación en el proceso en curso. Este supuesto constituía una de las mencionadas lagunas de la todavía vigente LO 13/2015, en la regulación

¹⁵³ BELLIDO PENADÉS, Rafael. Ob. cit. Pág.322.

¹⁵⁴ ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. Art.365.4: «Si la persona notificada lo solicita, se le entregará copia de la grabación de las comunicaciones en las que haya intervenido, siempre que no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en el que la medida haya sido adoptada».

¹⁵⁵ CIRCULAR 4/2019 de 6 de marzo, pág. 30152: «el apartado segundo del art. 588 *quinquies c*, establece que la Policía Judicial entregará al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones». Realmente, el precepto no aporta nada nuevo a lo que ya establecen el art. 588 *bis c* con carácter general y el art. 588 *ter f* para la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas».

específica, ya que de manera inadecuada nos remite a las disposiciones comunes de los arts. 588 *bis g* y 588 *ter f*¹⁵⁶.

En mi opinión la redacción del precepto, así como el propio título de este puede inducir a error, al tratar sobre un supuesto que se daría al finalizar la medida de investigación sobre el sujeto investigado, aunque pueda continuar el proceso penal incoado. Por ello, creo que hubiese sido más correcto encuadrarlo en un apartado nominado «Cese de la medida». Por otra parte, tampoco se detalla quién deberá hacerse cargo de dichas cancelaciones, entendiéndose, que lo hará como en la actualidad¹⁵⁷, el Letrado de la Administración de Justicia. Ahora bien, la destrucción material de los registros la llevan a cabo los agentes de la policía judicial, algo que actualmente se recoge en el art. 588 *bis k in fine*.

4.1.10. Utilización de las grabaciones obtenidas por medios técnicos de videovigilancia.

Como ya advertimos anteriormente este **art. 403** del Anteproyecto, continúa con la ampliación de la regulación relativa al manejo, uso y tenencia de las informaciones obtenidas gracias a los medios técnicos mencionados, y que apenas son mencionados en la actual LECrim. En concreto en este precepto se menciona un supuesto que ha venido generando suma polémica entre doctrina y jurisprudencia. Hablamos de las imágenes que son obtenidas en lugares públicos o dependencias privadas mediante dispositivos de vigilancia, a su vez, de carácter privado.

La dificultad de gestionar este presupuesto se debe a la confrontación de diversas legislaciones, como la «Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, así como, la Ley 5/2014 de 4 de abril, de Seguridad Privada». Es fácil entender que el problema aquí planteado se refiere al supuesto en el que una actividad

¹⁵⁶ CIRCULAR 4/2019 de 6 de marzo, pág. 30152: «En el caso de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización se entregarán, generalmente, copias electrónicas de los datos obtenidos, que tendrán diferente origen según se trate de dispositivos técnicos basados en sistemas de posicionamiento global o de datos electrónicos asociados a sistemas de comunicación telefónica. En el primer caso, la obligación incumbirá a la Policía Judicial, que habrá de entregar los datos recabados directamente del dispositivo que haya utilizado, debiendo aportarse en un formato que garantice su autenticidad, para lo que resultará suficiente, al igual que en el caso de los dispositivos de captación y grabación de comunicaciones orales directas, cualquier fórmula de sellado homologada que garantice su autenticidad. Cuando se trate de posicionamientos obtenidos de datos electrónicos asociados a sistemas de comunicación telefónica serán las compañías prestadoras de servicios de telecomunicación las que habrán de remitir tales datos, cuya autenticidad quedará garantizada por medio de los protocolos que se encuentran implementados en los sistemas empleados para la recepción de tales datos (SITEL, SILTEC, SIBORG, etc.)»

¹⁵⁷ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 227.

ilícita es recogida por un dispositivo de vigilancia privado, y se intenta aportar al proceso penal, ya que obviamente, dicha grabación no fue específicamente autorizada por la autoridad judicial.

Como ya hemos mencionado en este trabajo, estas grabaciones obtenidas en lugares públicos venían siendo admitidas mediante construcción jurisprudencial, debido a que se consideraba que por el hecho de ser un lugar público la «expectativa de intimidad» no podía darse¹⁵⁸. Ahora bien, se entendía que «las FF.CC.SS necesitaban de previa autorización judicial para la grabación indiscriminada de imágenes en lugares públicos, pero no es preceptiva cuando la captación de imágenes en la vía pública u otro espacio abierto se dirija a la vigilancia, registro o el seguimiento de sospechosos de cometer actividades delictivas.»¹⁵⁹. Aunque dichas grabaciones quedaban según la Circular 4/2019 fuera del ámbito de aplicación del art. 588 *quinquies*¹⁶⁰. Por tanto, estaríamos ante un precepto que trata de dar cobertura legal a un supuesto carente de concreta regulación y que se haya en zona límite con los DD. FF del investigado.

4.1.11. *Destrucción de las grabaciones.*

En el artículo **404** del Anteproyecto se recogen los dos supuestos-que en realidad son tres-, en los cuales deberá procederse a la destrucción de las grabaciones obtenidas mediante las medidas de investigación.

¹⁵⁸ STS 1709/2016 ECLI:ES:TS: 2106:1709 de 6 de mayo de 2016, STS 91/2017 ECLI:ES:TS: 2017:91 de 15 de abril de 2017, STC 188/1999 ECLI:ES:TC:1999:188 (BOE núm. 286 de noviembre de 1999), STC 185/2002 ECLI:ES:TC: 2002:185 (BOE núm. 271 de 17 de noviembre de 2002), STC 27/2020 ECLI:ES:TC: 2020:27 (BOE núm. 83 de 26 de marzo de 2020).

¹⁵⁹ ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. Pág. 196.

¹⁶⁰ CIRCULAR 4/2019 de 6 de marzo, pág.30140: « En consecuencia, en el supuesto de la previsión contenida en el art. 588 *quinquies* a su alcance se encuentra limitado a las actuaciones de la Policía Judicial que se desarrollan con la finalidad de preparar el juicio... averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos... y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim)[...] Pero no es el único supuesto de captación y grabación de imágenes que queda fuera de la previsión del art. 588 *quinquies* a. La regulación que se analiza convive también con la contenida en LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, que permite en su art. 1 la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos. En este caso, la diferencia entre ambas previsiones radica en que mientras que el objeto de la LECrim es la investigación y persecución de un delito concreto, la LO 4/1997 tiene por finalidad el mantenimiento de la seguridad y la prevención de delitos en lugares públicos, [...]Tampoco se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 588 *quinquies* a las grabaciones que se realicen al amparo de las previsiones contenidas en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada».

En primer lugar, se cita el supuesto de finalización del proceso por absolución o sobreseimiento libre y, el que, resultando en sentencia condenatoria, cumpla el plazo de cinco años desde el cumplimiento de la mencionada sentencia, o prescriba sin haberse cumplido. En ambos casos se producirá la destrucción de las grabaciones como anuncia el propio precepto. Ahora bien, el artículo **404** contiene una excepción a esta regla general de destrucción de las grabaciones que se producirá cuando las mismas-grabaciones-, sean utilizadas en otro proceso con la debida autorización judicial. Situación en la que obviamente deberán conservarse las grabaciones.

En este caso, la LO 13/2015 carece igualmente de regulación específica¹⁶¹, remitiéndose a la genérica del art 588 *bis* k¹⁶², que contiene los mismos supuestos que el **404** del Anteproyecto, con la diferencia de no incluir este último, la previsión de conservar una copia si el Tribunal así lo requiriese, además de la ya habitual modificación en el Anteproyecto de omitir la referencia a la policía judicial, aunque hemos de entender, será la encargada de realizar materialmente dicha destrucción.

¹⁶¹ LO 13/2015. Art.588 *quinquies* c: «La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida».

¹⁶² Curiosamente la Circular 4/2019 interpreta que la actual LECrim, sí recogería el presupuesto de destrucción de las grabaciones, aunque sea por remisión, al señalar en su pág. 30152: «Añade el art. 588 *quinquies* c la necesidad de que la información obtenida a través de esta medida sea debidamente custodiada para evitar su utilización indebida, debiendo ser finalmente destruida conforme a las previsiones del art. 588 *bis* k». Personalmente, opino que esta sutil alusión a un supuesto-destrucción de las grabaciones-, no recogido expresamente, supone una admisión tácita de la necesidad de corregir dicha carencia legislativa.

5. LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA ENTRADA Y REGISTRO, INTERVENCIÓN DE LIBROS, PAPELES Y DOCUMENTOS Y REGISTROS INFORMÁTICOS

En el título IV denominado «Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos, y registros informáticos» se hallan encuadrados los preceptos relativos al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información¹⁶³, registros remotos sobre equipos informáticos y cerrando el capítulo III, «las medidas de aseguramiento».

El encuadramiento de este tipo de medidas de investigación tecnológica junto con las «clásicas» diligencias de entrada y registro en domicilios o lugares cerrados, podría en principio llamar la atención, pero frente a la actual LO 13/2015, que engloba estas medidas por su similitud técnica, el actual Anteproyecto lo hace

«Eludiendo el criterio de clasificación que atiende a la autoridad habilitada para realizar el acto, se opta por clasificar las medidas en función de la afectación que sufren los derechos de la persona sometida a la actividad investigadora. Se parte, así, de los actos que afectan a la persona misma investigada –como las diversas formas de identificación y las inspecciones e intervenciones corporales-, continuando por las que suponen una intromisión en los derechos de la personalidad, fundamentalmente en su intimidad e imagen, y las que injieren el ámbito de desarrollo de su vida privada –con la consiguiente protección del domicilio-. A estas normas siguen las que son ajenas a la esfera de los derechos del ciudadano investigado: el cuerpo del delito, los testigos y los peritos. Finalmente, se

¹⁶³ CIRCULAR 5/2019 de 6 de marzo, pág. 30164: «Los dispositivos de almacenamiento de datos pueden ser definidos como la unión de una serie de componentes que tienen la capacidad de escribir, conservar y posteriormente recuperar o leer datos en un soporte de almacenamiento. A diferencia del soporte de almacenamiento de datos, que sería simplemente el material físico donde se escriben y almacenan esos datos, en el dispositivo de almacenamiento existen diversos componentes, no solo el soporte donde se graba la información, sino también los dispositivos que la escriben y leen, formando todo ello una unidad[...]los instrumentos capaces de grabar, almacenar y posteriormente recuperar o leer información digital, sino también los soportes empleados para ello y que carecen de funcionalidad sin el dispositivo que en ellos escribe o lee. Los dispositivos que hoy en día se utilizan de manera generalizada pueden agruparse en tres grandes categorías: dispositivos magnéticos (fundamentalmente, unidades de disco duro o HDD, del inglés *Hard Disk Drive*), dispositivos ópticos (CD, DVD o BD) y los dispositivos de memoria sólida o SSD (acrónimo inglés de *solid-state drive*) (tarjetas de memoria, memorias USB, etc.)».

regulan otros medios de investigación más complejos, como las investigaciones encubiertas y la obtención de datos protegidos.»¹⁶⁴.

A todo esto, podemos añadir la opinión de la jurisprudencia de los órganos judiciales supranacionales, que consideran sin lugar a duda que los datos que se guardan en sistemas informáticos, ya sea de almacenamiento o no, así como los datos generados por el tráfico en internet, se encuentran protegidos por el art.8 CEDH¹⁶⁵, al ser considerados datos cuyo conocimiento sin la debida autorización, serían considerados una injerencia en la intimidad personal de las personas.¹⁶⁶

Por todo ello, y ya, en el ámbito jurídico nacional, debemos señalar que es aceptado por la doctrina y jurisprudencia que «la información contenida en los dispositivos electrónicos puede afectar a varios derechos fundamentales[...]la intimidad personal¹⁶⁷ del art. 18.1 CE, [...] el secreto de las comunicaciones¹⁶⁸ previsto en el art. 18.3 CE, en los casos que se desvele un proceso comunicativo[...]inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE, cuando el dispositivo se encuentre en el interior de un lugar cerrado considerado domicilio,[...], e incluso en la protección de datos, art. 18.4 CE»¹⁶⁹. La presencia de tantos derechos fundamentales concernidos por esta medida de investigación ha provocado la creación jurisprudencial del llamado «derecho a la protección del propio entorno virtual»¹⁷⁰.

5.1. Registro de dispositivo de almacenamiento masivo de información.

Tiene bastante lógica que, el presupuesto de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, se encuentren junto a la de registro domiciliario, debido a lo que podríamos llamar «práctica secuencial» de estas diligencias: primero se entraría en el domicilio, y una vez allí, se tendría acceso al

¹⁶⁴ ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, *Memoria del Análisis de Impacto Normativo*, Ministerio de Justicia.2021, pág. 42.

¹⁶⁵SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 228.

¹⁶⁶ STEDH *Copland* c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, CE: ECHR: 2007:0403DEC6261700.

¹⁶⁷ STC 173/2011 ECLI:ES:TC: 2001:173 (BOE núm. 294 de 7 de diciembre de 2011, FJ 5).

¹⁶⁸ STC 115/2013 ECLI:ES:TC: 2013:115 (BOE núm. 133 de 4 de junio de 2013, FJ4).

¹⁶⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág.393.

¹⁷⁰ STS 1218/2016 ECLI:ES:TS: 2016:1218 de 10 de marzo de 2016.

dispositivo en cuestión, cumpliéndose así cierta previsibilidad en el hallazgo de estos objetos. Ahora bien, se ha de tener en cuenta, que la autorización judicial para realizar un registro domiciliario no habilitaría para el registro del dispositivo informático, que requeriría su propia y concreta autorización judicial.¹⁷¹ En todo caso, considero esta manera de sistematizar el presupuesto de registro informáticos dentro de este Título, más acertada por parte del legislador. Asimismo, considero que este ha sido el motivo de la modificación, el de facilitar la labor de la policía judicial en el desarrollo de los registros, así como de la propia actuación del fiscal instructor aproximando legalmente dos medidas de investigación, que en la práctica ya se encuentran muy cercanas.

Debemos señalar que la regulación en la actual LECrim de este tipo de registro¹⁷² se detalla en tres preceptos, mientras que el Anteproyecto lo hace en cuatro, siendo muy similares y sin apenas novedades, excepto la «concentración» de los presupuestos recogidos en los arts. 588 *sexies* a y b, en el nuevo art. 425 sobre Acceso a la información, mientras que el art. 588 *sexies* c, intitulado Autorización judicial, se «fragmenta» en tres nuevos, y más detallados arts. 426, 427 y 428.

5.1.1. *Acceso a la información.*

El art. 425, comienza en su primer apartado con una referencia explícita a la idea ya mencionada de «previsibilidad», al presentarnos el presupuesto de la incautación «de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos»¹⁷³, como consecuencia de una previa entrada y registro en domicilio o lugar cerrado (práctica secuencial de la diligencia). En el inicio de este precepto observamos con claridad el porqué de la clasificación de este medio

¹⁷¹ ANTEPROYECTO, Ob. cit. pág. 51.

¹⁷² SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 228: «La LECrim 2015 consolida la regulación y acervo europeo durante los primeros años de este siglo. En este sentido el Convenio de Budapest de 2001 sobre Ciberdelincuencia establece de forma expresa que el registro, decomiso y examen de los datos digitales almacenados en sistemas informáticos o en dispositivos de almacenamiento masivo forman parte de las medidas de investigación...».

¹⁷³ ANTEPROYECTO, Ob. cit. Art. 425.1: «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 autorización del Juez de Garantías habrá de extenderse, en su caso, a la justificación de las razones que legitiman el acceso a la información contenida en tales dispositivos...».

de investigación tecnológica junto, o más bien, a continuación de otras diligencias de investigación sin el carácter tecnológico. Por supuesto se exige la autorización previa del juez de garantías, así como nos advierte que la autorización de registro domiciliario no se extiende sobre los equipos informáticos incautados, que requerirán otra autorización específica del propio juez de garantías¹⁷⁴. Este precepto no contiene novedades significativas con respecto al aún vigente art. 588 *sexies* a LECrim.

El apartado segundo, al igual que el precepto 588 *sexies* b vigente-del que es una transliteración casi total-, detalla el supuesto en que los equipos informáticos sean incautados fuera del supuesto de un registro domiciliario, por lo cual, no podrá contar con la autorización judicial válida para el mismo, sino que los agentes que hayan realizado la incautación, deberá informar al Fiscal instructor, para que de manera inmediata solicite autorización al juez de garantías.

Un último párrafo del apartado segundo recoge la excepción a la regla general, ya habitual, de casos de urgencia, en los cuales, el Fiscal instructor podrá adoptar la medida sin la previa autorización del juez de garantías, con la condición inexcusable de informar al mismo en escrito motivado, en un plazo no superior a veinticuatro horas desde que se ordenó la medida. Este párrafo genera incertidumbres. En primer lugar, no se detalla como en otros casos qué delitos pueden provocar el caso excepcional de urgencia, como, por ejemplo, terrorismo y, en segundo lugar, el *dies a quo*, provoca confusión. La redacción del precepto señala que el Ministerio fiscal ordenará la medida, que comunicará al Juez (se entiende que de manera inmediata) y el Juez tendrá que pronunciarse en el plazo de 24 horas desde que la citada medida fue ordenada, no desde su comunicación. Por tanto, podría darse el caso en que por causas justificadas el Ministerio fiscal demore la comunicación en por ejemplo 20 horas, y siguiendo el tenor literal del precepto el Juez debería padecer dicho retraso y pronunciarse en las restantes 4 horas. No estoy seguro de qué esta situación haya sido tenida en cuenta por el legislador.

¹⁷⁴ CIRCULAR 5/2019 de 6 de marzo, pág.30165: «Como se ha señalado, con anterioridad a la reforma operada por LO 13/2015 existía una jurisprudencia consolidada que entendía que la habilitación judicial previa para el registro de un dispositivo de almacenamiento masivo de información, como un teléfono móvil inteligente, dependía del derecho fundamental que se pudiera ver comprometido. De esta manera, cuando se trataba del secreto de las comunicaciones se exigía siempre previa autorización judicial, pero no así cuando era simplemente la intimidad del investigado la que podía resultar limitada por el registro, como ocurría en los casos de inspección de la agenda de contactos de un teléfono móvil. La reforma procesal ha puesto fin a esta situación, incorporando casi textualmente al articulado de la LECrim el art. 347 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, que ya introducía la exigencia de autorización judicial necesaria en todos los casos de registro de esta clase de dispositivos».

5.1.2. *Autorización judicial.*

El **art. 426**, que trata sobre la autorización judicial de la medida es el primero de los tres preceptos del Anteproyecto en los que se divide el muy extenso art.588 *sexies c* de la LO 13/2015. Se denota en mi opinión una intención de ordenar con mayor claridad el vigente artículo. En este precepto se hace una evidente referencia a los principios rectores de especialidad, idoneidad y proporcionalidad, por cuanto se requiere del juez de garantías que se asegure que la medida de investigación que vaya a adoptar se base en indicios firmes de la existencia de un delito. Esta advertencia tiene una lógica razón de ser, al poseer los datos almacenados en estos dispositivos un carácter muy heterogéneo, pudiendo encontrarse en el dispositivo, gran cantidad de datos que no guarden ninguna relación con los hechos investigados, y que se verían afectados por la injerencia en el derecho de las comunicaciones, la intimidad o protección de datos.¹⁷⁵ De ahí, la necesidad de asegurar la relación directa entre la medida adoptada y el presunto hecho delictivo concreto, así como la utilidad y funcionalidad de la misma.¹⁷⁶ Este apartado supone un extra de seguridad jurídica con respecto al vigente 588 *sexies c*.

En el segundo apartado se recoge la obligación del juez de garantías de motivar en su autorización una serie de datos con el alcance y términos del registro, así como la posibilidad de realizar copias de los datos informáticos. Asimismo, se observa la importancia que viene adquiriendo desde la vigente LO 13/2015 los protocolos de protección de datos, al garantizar la integridad de los datos incautados, en este caso, para su posible uso en la realización de un dictamen pericial.

En el tercer apartado se produce una transposición literal del segundo punto del art. 588 *sexies c*, cuyo fin es el de evitar en la medida de lo posible la aprehensión del sistema informático como objeto físico, realizando siempre que sea posible y no perjudicial para el proceso la realización de copias, evitando así perjuicios al titular del mismo, y siempre que sea posible garantizar la integridad y autenticidad de las mismas.¹⁷⁷ Por último se añade un párrafo al apartado, inexistente en la LECrim actual que recoge la obligación por parte del juez de garantías de devolver los equipos

¹⁷⁵ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág.229.

¹⁷⁶ *Vid*, Principio de especialidad, página 9.

¹⁷⁷ LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS (LOPDGDD), art. 10.

informáticos incautados, a no ser que por sí mismos constituyan fuentes de prueba o hayan sido decomisados.

5.1.3. *Ampliación del objeto del registro.*

Este precepto, numerado **427**, del Anteproyecto regula los presupuestos que motivarían la ampliación de la autorización de la medida de registro de equipos informáticos. Se aplicará en los casos en que durante el transcurso de esta se necesite redirigir el dicho registro, hacia otros equipos o partes del propio sistema, siempre que cuente con la autorización del juez de garantías, para mayor formalidad procesal y seguridad jurídica.

En un segundo párrafo, sin constituir apartado propio, se desarrolla el supuesto de excepcional urgencia, en la que como habitualmente, sucede, podrá el fiscal adoptar la medida sin la pertinente autorización judicial, siempre que la solicite al juez en un escrito que recoja, «la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado». Del mismo modo, el juez de manera motivada revocará o confirmará la medida acordada por el fiscal instructor, en un plazo de veinticuatro horas.

En este caso, el presupuesto de excepcional urgencia parece mejor regulado, en cuanto al requerimiento de una serie de datos que sirvan de motivación al escrito del fiscal, pero sigue sin convencer la inconcreta mención a los plazos, más aún al compararlo con el vigente 588 *sexies* c, que detalla un plazo para la presentación de la solicitud de ampliación de la medida, en este caso, por parte de la policía judicial. En el presente Anteproyecto no se menciona plazo concreto, a excepción de las veinticuatro horas de las que dispone el Juez de garantías para revocar o confirmar la ampliación de la medida. Sin entrar en el hecho de la reducción de setenta y dos a veinticuatro horas, creo más acertada la redacción del vigente texto legal con respecto a este precepto, al ser más minucioso en los plazos, y en mi opinión más realista.

5.1.4. *Deberes de colaboración.*

Se regula en este artículo(**428**) el presupuesto recogido en la actualidad en el vigente art. 588 *sexies* c, apartado 5 , produciéndose una copia casi literal del mismo, en la cual se prevé el caso por el cual en el transcurso de las investigaciones los agentes encargados de las mismas , así como las autoridades¹⁷⁸, podrán conminar y obligar a

¹⁷⁸ Resulta curioso que en este precepto no se diferencie claramente quien podrá llevar a cabo esta medida, el juez de garantías sería lo más coherente con este nuevo anteproyecto, pero no se confirma,

cualquier persona con conocimientos técnicos para que colabore en el registro de los equipos informáticos, con el límite de que dicha obligación no resulte desproporcionada. Se advierte de la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia.

Al igual que en el vigente art. 588 *sexies* c ,5; se advierte que estas disposiciones no serán de aplicación en determinados casos. Esta advertencia es una evidente remisión¹⁷⁹ al derecho de defensa del investigado, así como de las personas que quedan exentas de prestar testimonio de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal (416).

Resulta de obligada mención, la desaparición en este Anteproyecto del punto 4¹⁸⁰ del art. 588 *sexies* c, cuyo tenor literal nos informaba de otra excepción al caso general: casos de «interés constitucional legítimo». En mi opinión es acertada la exclusión de este supuesto en el nuevo Anteproyecto, ya que el término «interés constitucional legítimo» es tan ambiguo que en la práctica podría conducir a situaciones arbitrarias, fronterizas con medidas abusivas o irregulares. Se trataría de impedir la adopción de una medida muy invasiva del ya mencionado derecho a la protección del propio entorno virtual, por parte de los agentes de la policía judicial sin la correspondiente tutela judicial, por lo que una regulación laxa podría dar lugar a un caso de vulneración de los DD. HH.

5.2. Registros remotos sobre equipos informáticos.

Una de las más novedosas modificaciones de las medidas de investigación tecnológica introducidas en la LO 13/ 2015 fue la consistente en la realización de un «registro de equipos informáticos, tanto directamente, como a través de un

por tanto, podrá adoptar la decisión el Fiscal instructor, ¿motu proprio?, ¿los agentes de la policía judicial?, ¿siguiendo órdenes del fiscal?, ¿por iniciativa propia? En mi opinión, existe una deficiencia en la redacción del artículo, o bien, se ha redactado así con el fin de dar mayor margen de actuación a las FF. CC. SS.

¹⁷⁹ LECRIM, arts. 416-417.

¹⁸⁰ LECrim. art. 588 *sexies* c.4: «En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo 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 forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida».

ordenador en red o del acceso remoto mediante la instalación de spyware»¹⁸¹. Esta medida plantea serios problemas por su alcance transnacional y carácter tremendamente invasivo de los derechos fundamentales del sujeto investigado, «por practicarse sin conocimiento de este».¹⁸²

Antes de empezar con el análisis de los preceptos, deberíamos hacer una breve referencia a las dos maneras habituales de realizar el acceso remoto a los equipos informático. Uno de ellos sería «a través de una red (*computer network*) que sea accesible a través del equipo que se ha localizado e intervenido físicamente, bien sea como consecuencia de una entrada y registro», y el otro, sería «mediante el acceso a los datos almacenados en equipos informáticos que no están físicamente localizados o accesibles, pero a los cuales puede accederse mediante la utilización de programas espía o *spyware*, un *software* específico que permite «entrar» en el equipo, sin que, de ordinario, su usuario lo advierta»¹⁸³.

5.2.1. Presupuestos.

El alto grado de injerencia de esta medida, ya había sido reseñado en la exposición de motivos de la LO 13/2015, por lo cual se reforzó el objeto de esta detallando «un listado *numerus clausus* de los delitos»¹⁸⁴ que pueden conllevar su adopción. Esta resolución se ha mantenido en el art. 429, en mi opinión, muy acertadamente. Una decisión, - crear un *numerus clausus*-, de supuestos que hemos echado en falta en la regulación de otras diligencias muy invasivas, como se recordará. Los presupuestos recogidos en el Anteproyecto son los mismos de la actual LO 13/2015, todos ellos, delitos graves o muy graves. Además, en el precepto se establece un sistema de plazos-un mes-, de duración de la medida, así como un sistema de prorrogas- iguales periodos de un mes hasta un máximo de tres meses-, sumado a la exhortación al fiscal instructor para solicitar al juez de garantías de manera motivada la medida en cuestión. Asimismo, termina el precepto antes de la enumeración de los delitos objeto de esta medida, recordando el principio de

¹⁸¹ BACHMAIER WINTER, Lorena. “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. *Boletín del ministerio de justicia, Estudio doctrinal*, núm. 2195, 2017, pág. 4.

¹⁸² ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. Pág.206.

¹⁸³ BACHMAIER WINTER, Lorena. Ob. cit. Pág.5.

¹⁸⁴ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág. 259.

legalidad que deben respetar, tanto fiscal instructor en su petición, como el juez de garantías en su concesión llegado el caso.

A mi juicio la redacción de este precepto es una de las más completas y detalladas de las analizadas hasta ahora. La inclusión de la duración de la medida, posible prórroga, así como los recordatorios a los principios rectores como medio de protección de los DD. FF del investigado, mejoran notablemente el tenor literal del vigente art. 588 *septies* a, al que podemos considerar homologo, en parte, del presente.

5.2.2. *Autorización judicial.*

Este art. **430**, constituye, junto al anterior, 429, así como, el posterior 431. El resultado de la decisión del legislador de dividir el muy extenso y heterogéneo art. 588 *septies* a sobre «Presupuestos» en vigor. Utilizando una técnica normativa más escrupulosa y esmerada.

La necesidad de autorización judicial ha sido señalada por el TC¹⁸⁵, más aún en este supuesto, por la ya mencionada gravedad de la injerencia de la medida, que como nos informa la Circular 5/2019 de 6 de marzo, presenta dos características esenciales que diferenciarían estos registros remotos, de los registros convencionales: clandestinidad y el dinamismo de este registro.¹⁸⁶

El contenido del precepto coincide en su casi totalidad con el apartado segundo del «presente» art. 588 *septies* a, con una enumeración concreta de los requisitos que deberá contener la citada resolución habilitante, constituyendo una aplicación de los principios rectores de la medida, justificando para el acceso a los dispositivos, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la diligencia. También se deberá concretar la medida concreta de acceso, que como hemos visto *ut supra* son dos, así como si se habrán de realizar copias o no, la identificación específica de los agentes¹⁸⁷ que vayan a desarrollar la medida y, como importante novedad, el

¹⁸⁵ STC173/2011 ECLI:ES:TC: 2011:173 (BOE núm. 294 de diciembre de 2011), que establece: «...que toda injerencia en el contenido de un ordenador personal- ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya, como en el presente caso, por vía manual- deberá venir legitimada, en principio, por el consentimiento de su titular, o bien por la concurrencia de los presupuestos habilitantes».

¹⁸⁶ CIRCULAR 5/2015 de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado, pág. 30185.

¹⁸⁷ Ibidem, pág. 30190: «La resolución judicial deberá indicar, igualmente, los agentes policiales que hayan sido autorizados para la ejecución de la medida. Se trata de una precaución necesaria para garantizar su control y facilitar la posibilidad de que el investigado pueda ejercitar su derecho de defensa, comprobando mediante el interrogatorio en juicio de tales agentes policiales la legalidad y alcance de la medida».

Anteproyecto añade una letra f, donde se requiere la fijación de la duración del registro remoto, que constituye una omisión del vigente 588 *septies* a, punto 2.

La modificación consistente en detallar la duración de la medida resulta acertada, completando un precepto que salvo esta carencia resulta bastante detallado; y cuya finalidad última -de estos requisitos-, sería la de garantizar la escrupulosa legalidad de la diligencia, así como facilitar al investigado -si llegase el caso-, información suficiente para que pudiese ejercer su derecho a la defensa.

Para finalizar, un apartado 2 nos informa que esta diligencia de registro remoto se deberá tramitar en pieza separada y secreta; previsión esta no contenida en el presente 588 *septies* a), sino en el art. 588 *bis* d) sobre «Disposiciones generales».

5.2.3. *Ampliación.*

En este artículo 431, se recoge de manera breve el supuesto detallado en la actualidad en el tercer apartado del art. 588 *septies* a). Éste prevé la posibilidad de «extender» la medida de registro remoto de dispositivos informáticos, a aquellos supuestos en los cuales (durante el transcurso de las diligencias), se sospeche de manera motivada- «las meras sospechas, conjeturas subjetivas o suposiciones no son suficientes para autorizar el registro de un equipo informático y menos aún su acceso remoto»¹⁸⁸-, que los datos perseguidos se encuentran en otro dispositivo o en parte de este. Cuando se dé este caso, el juez de garantías podrá ampliar la resolución habilitante. La única diferencia sería que en este precepto no se menciona específicamente a los «agentes», como los protagonistas activos de este supuesto, sino que utiliza una redacción impersonal, que dejaría la decisión de esta petición al fiscal instructor, entendiéndose, que con la información suministrada por los agentes de la policía judicial.

5.2.4. *Deber de colaboración.*

En el art. 432 se regula un extenso deber de colaboración, precepto, que coincidiría con el actual art.588 *septies* b), titulado igualmente, como Deber de colaboración. En este deber de colaboración por parte de terceros, se detalla la obligación de colaborar de los prestadores de servicio, titulares y/o responsables de los dispositivos informáticos, además de los previstos en los registros de dispositivos de almacenamiento masivo, detallados en el art. 428.

¹⁸⁸ BACHMAIER WINTER, Lorena. Ob. cit. pág. 9.

A continuación, se reproducen casi literalmente los apartados dos y tres del art. 588 *septies* b), incluyendo las excepciones subjetivas que ya se recogían en el art. 428: «Esta disposición no será aplicable a la persona investigada o encausada, a las personas que estén dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco o secreto profesional.»¹⁸⁹. También se recuerda en ambos puntos terceros, la obligación de secreto por parte de los requeridos.

Para continuar, debemos señalar que el analizado artículo 432 contiene dos llamativas omisiones, una «heredada», y otra de nueva «adquisición». Por una parte, en el art. 432 no se recoge la posibilidad de excusarse-el requerido-, cuando se derive de la colaboración demandada una carga «desproporcionada», previsión contenida en el art. 428. Esta omisión se da igualmente en la actual LO 13/2015, entre 588 *septies* b, y el 588 *sexies* c. Aunque debemos recordar que la Circular 5/2019 de la FGE la considera relativa.¹⁹⁰

Por otra parte, la novedosa omisión de este Anteproyecto sería el apartado cuarto¹⁹¹ del art. 588 *septies* b, que realiza una remisión al art. 588 *ter* e.³¹⁹², para advertir de la responsabilidad a los sujetos mencionados en los primeros apartados del precepto. Esta omisión de la advertencia de la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia se ha convertido en regla general del nuevo Anteproyecto y que ya comentamos *supra*.

Por último, debemos reseñar una nueva omisión, en este caso el vigente art. 588 *septies* c, sobre la duración de la medida, desaparece, Para ser rigurosos, no desaparece, sino que es literalmente traspasado al art. 429 sobre los presupuestos, donde en mi opinión resulta más adecuada su ubicación.

¹⁸⁹ CIRCULAR 5/2015 de 6 de marzo de la Fiscal General del Estado, pág. 30192.

¹⁹⁰ Ibidem, pág. 30192: «Esta omisión, sin embargo, debe considerarse relativa. Deberá reconocerse la posibilidad de que el requerido se excuse por suponer para él la colaboración una carga desproporcionada en aquellos casos en los que la colaboración suponga para el sujeto requerido infringir deberes legales o derivados del ejercicio legítimo de sus derechos, de un oficio o de un cargo (art. 20. 7º. CP). El respeto a los derechos fundamentales también aparece recogido en el art. 591 LEC como fundamento de la excusa del deber de colaboración con la Administración de Justicia».

¹⁹¹ LO 13/2015, art. 588 *septies* b.4: «Los sujetos mencionados en los apartados 1 y 2 de este artículo quedarán sujetos a la responsabilidad regulada en el apartado 3 del artículo 588 *ter* e».

¹⁹² Ibidem, art. 588 *ter* e.3: «Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia».

5.3. Medidas de aseguramiento.

Los siguientes tres preceptos sobre las «Medidas de aseguramiento», forman el capítulo V, de este título IV. Su finalidad consiste, en asegurar la conservación de ciertos datos para su incorporación posterior al proceso judicial. Esta medida se refiere a datos almacenados y que podrían perderse. Por ello, existe un carácter preventivo en las medidas de aseguramiento, es decir, se trataría de garantizar posteriores diligencias de investigación que serían imposibles de llevar a cabo sin la existencia de esos datos almacenados.

En el caso del nuevo Anteproyecto, de la lectura detallada de sus preceptos se percibe la mayor importancia que se da en esta ocasión a la protección de datos, algo por otra parte, ya anunciado en el preámbulo del Anteproyecto.¹⁹³

Forman el capítulo tres artículos en los que el legislador ha dividido su homólogo actualmente vigente (art. 588 *octies* LECrim), con el fin de conseguir una mejor ordenación de los presupuestos contenidos en ellos, prácticamente similares al mencionado 588 *octies*.

5.3.1. Orden de conservación de datos.

El artículo numerado con el **433**, prevé la posibilidad que tiene el fiscal instructor para imponer a terceros la obligación de salvaguarda y custodia de datos, de los que haya tenido conocimiento, u obren en su poder, en relación con una investigación en curso: Este requerimiento será temporal, hasta la llegada de la solicitud habilitante del juez de garantías, conforme a los requisitos detallados en los preceptos anteriores.

El precepto analizado del Anteproyecto coincide literalmente con el primer párrafo del art. 588 *octies*, salvo, la ya habitual omisión a la policía judicial, en un ya advertido y mencionado interés del legislador en guardar una mayor formalidad en el desarrollo de estas diligencias por su carácter invasivo en los DD. FF del investigado¹⁹⁴.

¹⁹³ ANTEPROYECTO, ob. cit. Pp. 56 y ss.

¹⁹⁴ Omisión matizable en mi opinión, porque, aunque se quiere dar una mayor rigurosidad a la diligencia, otorgando el protagonismo activo de la misma al Fiscal instructor; esto no dejará de ser en la práctica un mero formalismo, ya que las diligencias en sí seguirán siendo realizadas por los agentes de la policía judicial.

Como informa el profesor Santos Martínez, en este precepto se materializa la obligación del legislador de transponer la legislación internacional adoptada por el Reino de España, a través de su participación en diversos acuerdos como el Convenio de Budapest de 2001 sobre Ciberdelincuencia, así como la Directiva 2002/58/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de julio de 2002¹⁹⁵.

5.3.2. *Duración.*

El art. 434 señala de manera escueta un periodo de conservación de los datos de noventa días, con un solo plazo prorrogable de otras noventa, de manera, que, si no llegase la autorización antes, el máximo plazo que se podrá exigir a terceros en la guarda y custodia de los datos será de ciento ochenta días, coincidiendo así el contenido de este precepto, con el segundo párrafo del 588 *octies*, en vigor.¹⁹⁶

5.3.3. *Deber de colaboración.*

En el precepto 435, se detallan las dos obligaciones concretas a las que estarán obligados los terceros requeridos por las autoridades, en el transcurso de una diligencia de registro de dispositivos y/ equipos informáticos.

La primera será la propia obligación de colaborar con las autoridades, y la segunda consistirá en el deber de guardar secreto sobre aquellos datos o informaciones de los que llegue a tener conocimiento en el desarrollo de la citada colaboración. Bien es cierto que en el Anteproyecto se ha omitido la advertencia de incurrir en un posible delito de desobediencia, que sí es concretado en el art. 588 *octies*.¹⁹⁷

¹⁹⁵ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág. 281. El autor considera que el vigente art.588 *octies* y, por tanto, el nuevo 435, por su similitud, serían transposiciones directas del art.16 del Convenio de Budapest, relativo a la conservación rápida de datos informáticos almacenados, además del art. 15.1 de la Directiva, para la conservación por parte de los Estados de datos por un plazo limitado.

¹⁹⁶ LECRIM, ART. 588 *OCTIES*: «Los datos se conservarán durante un periodo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días...».

¹⁹⁷ LECRIM, ART. 588 *OCTIES*, 3ª párrafo: «El requerido vendrá obligado a prestar su colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a la responsabilidad descrita en el apartado 3 del artículo 588 ter e».

6. LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS.

En el Título VII denominados «Las investigaciones encubiertas», engloba en tres capítulos las diligencias a desarrollar por los agentes de las fuerza y cuerpos de seguridad del estado, utilizando una identidad ficticia, con el fin de acercarse lo más posible a las estructuras de organizaciones criminales de cierta complejidad. Para este trabajo sobre Las medidas de investigación tecnológica, nos competen, el capítulo II sobre «El agente encubierto», de manera genérica, y muy especialmente, el capítulo III titulado, «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación», o como es habitualmente conocido entre la doctrina¹⁹⁸, judicatura¹⁹⁹ y las propias FFCCSS del Estado, el «agente encubierto informático».

El Anteproyecto trata de actualizar²⁰⁰ este tipo de investigaciones, ya recogidas en la modificación de la LO 13/2015, en un extensísimo art. 282 *bis*.

6.1. El Agente encubierto. (Disposiciones comunes).

Con el objeto de vencer la dificultad que supone obtener información de organizaciones criminales que actúan en la clandestinidad, y gran opacidad, para evitar las investigaciones de las autoridades; se creó esta figura dentro de la policía judicial, que como señala el magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, Joaquín Delgado Martín, sería el «funcionario policial que se introduce subrepticamente en un grupo de delincuencia organizada , participando de sus actividades y/o integrándose en su estructura , con la finalidad de obtener datos sobre las actividades delictivas de esa organización».²⁰¹

6.1.1. Antecedentes históricos.

Dentro de las modificaciones que se introdujeron en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la LO 5/1999, se encontraba la figura del «agente encubierto»,

¹⁹⁸ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág.288.

¹⁹⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág.475 y 517. El magistrado Delgado, también se refiere a esta figura como «agente encubierto en Internet», o «agente encubierto virtual», para diferenciarlos, del que él denomina, «agente encubierto tradicional».

²⁰⁰ ANTEPROYECTO LECRIM 2020, Pág. 55: «En este punto, la regulación contenida en el artículo 282 bis de la ley procesal en vigor se corresponde a un ordenamiento penal sustantivo ya superado, en el que las organizaciones criminales no estaban definidas como tales».

²⁰¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 475 y 517.

dentro de unas medidas de perfeccionamiento de la lucha contra las organizaciones criminales de estructura compleja. En concreto, esta modificación se hizo teniendo en mente la lucha contra el tráfico de drogas, cuyas organizaciones delictivas se hacían cada vez más difíciles de investigar, más aún de obtener datos,²⁰² por su opacidad, internacionalización y secretismo.

Para ello, se introdujo el art. 282 *bis* de la LECrim, que supuso «la habilitación legal del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada²⁰³».

Contiene unos supuestos tasados creados para intentar obtener una definición del concepto «delincuencia organizada», por ser estos supuestos los que se consideran habitualmente relacionados con las organizaciones criminales. La utilización de este agente policial con identidad supuesta supone una injerencia en el derecho a la intimidad de las personas investigadas, lo que provoca que deba contar con una cobertura procesal en la correspondiente norma penal, que dé mayor formalismo jurídico a las actividades de investigación de dicho agente en las opacas estructuras criminales.

Porque la finalidad última de esta figura es, como nos refiere el propio Anteproyecto, «...la necesidad de averiguar las circunstancias relativas a la propia estructura, características, medios y personas que forman el entramado, en principio opaco y clandestino, de la organización criminal²⁰⁴».

Siguiendo con la explicación que ofrece el propio Anteproyecto, la regulación actual contenida en el art. 282 *bis*, «se ha visto superada por la realidad criminal presente, que ha motivado que organizaciones criminales que atentan gravemente contra la paz social no sean consideradas como tales en la LECrim vigente». La noción de delincuencia organizada consolidada actualmente procede de la LO 5/2010 de 22 de junio. Debido a ello, se considera de aplicación en este caso, la regulación del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011, que no llegó a ver la luz, pero ha servido de inspiración al actual Anteproyecto, en el sentido de unir esta diligencia a la investigación de los delitos protagonizados por organización criminal.

²⁰² SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 289.

²⁰³ IBIDEM, Pág. 290.

²⁰⁴ ANTEPROYECTO LECRIM 2020, pág. 55.

Dentro de estas diligencias de investigación, el agente encubierto, provoca una intromisión en la intimidad de las personas, que solo podrá justificarse por la gran peligrosidad, complejidad u opacidad de la organización investigada, haciendo así extraordinariamente difícil indagar en ella, de ahí la necesidad de regular unos supuestos tasados.

Debido a lo anterior, se considerará excluida la utilización del agente encubierto en los delitos leves, así como los que sean cometidos por «grupos criminales», con la única excepción de los «grupos criminales terroristas»²⁰⁵.

Con la modificación promovida por la LO 13/2015, se dio entrada en la LECrim a la especialidad del «agente encubierto virtual», al añadir los puntos 6 y 7 del art 282 *bis*.²⁰⁶

6.1.2. *Regulación legal.*

Aunque la figura codificada en el art. 282 *bis* de la actual LECrim, sobre el agente encubierto²⁰⁷, quedaría fuera del objeto del presente trabajo, por no tener relación directa con los medios de investigación tecnológicos, considero oportuno hacer un somero análisis de su regulación legal debido a la importante relación entre este, y su derivado, que sería el agente encubierto informático.

El legislador en el momento de dictar la LO 13/2015 consideró oportuno, por razones de sistemática dejar fuera esta figura del Título referido a las medidas de investigación limitativas de los DD. FF recogidos en el art. 18 CE. Aunque de modo personal estoy de acuerdo con parte de la doctrina que critica esta clasificación, creyendo, que existe una evidente relación con estas medidas, y por tanto tendría más sentido su inclusión en el art. 588²⁰⁸.

²⁰⁵ ANTEPROYECTO LECRIM 2020, pág. 56: «Quedará, de esta forma, excluida la investigación mediante agente encubierto cuando la organización criminal se dedique a la comisión reiterada de delitos leves. Y tampoco podrá utilizarse este medio de investigación en relación con los meros «grupos criminales». En este último punto se consigna una sola excepción: los grupos criminales terroristas».

²⁰⁶ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 475.

²⁰⁷ Para referirnos al agente encubierto cuyas actividades no requieran la utilización de medios tecnológicos, en adelante utilizaremos de manera indistinta, al igual que hace la doctrina, los términos: agente encubierto tradicional o clásico.

²⁰⁸ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 289: «En efecto, a la evidente vinculación de la figura con las medidas de investigación tecnológica, se une la existencia de ciertos rasgos que la distancian de la figura tradicional del agente encubierto. Asimismo, el hecho de que no se regule en el título VIII del Libro II de la LECrim puede resultar distorsionador, máxime cuando la generalidad de los principios rectores y disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológicas le son de

En todo caso, el nuevo Anteproyecto corrige ligeramente esta «distorsionadora» clasificación, al conceder a cada una de las figuras un capítulo propio, el II para el «agente encubierto» y, el III para el «agente encubierto virtual», aunque suponemos que para evitar confusiones o redundancias, se utiliza para titularlo, el término «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación», haciendo mención al ámbito objetivo de la medida, y prescindiendo del subjetivo, como ya hemos comentado.

Asimismo, estos dos capítulos se encuentran dentro del título VII sobre «Investigaciones encubiertas», que siendo al igual que la actual LO 13 /2015 un encuadramiento ajeno a las medidas de investigación tecnológica, mantienen la lógica relación de hallarse clasificadas dentro del mismo Libro III «De las diligencias de investigación».

En nueve detallados y extensos artículos -del 500 al 508 del Anteproyecto- se detallan el ámbito de aplicación y los delitos tasados que pueden ser objeto de esta medida, así como diversas características y requisitos de la actividad del agente; los sujetos que pueden actuar de forma encubierta- de manera exclusiva, agentes de la policía judicial-, las condiciones que ha de cumplir la solicitud del ministerio fiscal, los requisitos que deberá completar la resolución habilitante del juez de garantías; los límites de actuación de los agentes de la policía judicial en el desempeño de sus funciones; el desarrollo de las mismas; una referencia a la responsabilidad por conductas delictivas durante la infiltración por parte del agente encubierto; la posibilidad de declaración testifical bajo identidad ficticia, así como el uso de los datos recabados por el mismo en otros procedimientos, distintos al que motivo la inicial autorización judicial.

6.1.3. *Agente provocador*

Uno de los principales problemas que presenta la figura del agente encubierto, tanto tradicional, como virtual, es la distorsión que se produce entre las dos personalidades que presentan; ya que no debemos olvidar que su condición de funcionario policial, a la vez que se oculta bajo una identidad ficticia que le permitirá operar en entornos criminales cerrados. Por ello, en su personalidad simulada es

aplicación. En este sentido, el legislador debería haber optado por regularla en dicho título, sin perjuicio de remitir el contenido del art. 282 *bis* LECrim con relación a los aspectos generales».

previsible que se vea obligado a cometer algún acto ilícito propio de la condición de miembro de una organización delictiva, que aparenta ser.

Una de las más evidentes similitudes entre el agente encubierto clásico y el informático es la «la necesaria participación física en el entorno físico o virtual en el que se infiltre»²⁰⁹. Un ejemplo de ello sería la posibilidad de intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos en relación con su contenido, para disimular así su condición de funcionario policial-este era un supuesto específicamente reseñado en la vigente LO 13/2015²¹⁰-, que en la *lege ferenda* ha desaparecido. De igual manera que entendemos que el agente policial que así actúe estará «exento de responsabilidad criminal».

Debido a esta exención se puede llegar a plantear un problema; que sería la indeseable posibilidad de una extralimitación por parte del funcionario policial en el ejercicio de sus funciones. Como señala el profesor Santos Martínez «dicha exención no implica que el agente encubierto disponga de una absoluta libertad para delinquir mientras lleva a cabo su actuación, sino que se limita a aquellos hechos que, en primer lugar, guarda la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación y, por otro lado, no constituyan una provocación al delito».²¹¹

Según la asentada jurisprudencia del TS, el delito provocado surge cuando la voluntad de realizar un acto delictivo no aparece de manera libre, ni por la propia decisión del sujeto actuante, sino que es resultado de la actuación de otro individuo²¹². La jurisprudencia ha ido delimitando las características que conformarían el delito provocado²¹³, por el cual este se produciría cuando el agente policial encubierto de manera engañosa crea una situación artificial que induce al sospechoso/investigado a realizar un acto ilícito que no tenía previsto realizar. Los tres elementos que contempla el TS serían, el elemento subjetivo, consistente en la existencia de una actuación engañosa dirigida a delinquir; el elemento objetivo consistente en la ulterior detención del sujeto víctima del delito provocado, junto a las pruebas de esos

²⁰⁹ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág.301.

²¹⁰ LO 13/2015. Art.282 bis 6: «El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido...».

²¹¹ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág. 303.

²¹² STS 4107/2003 ECLI:ES:TS: 2003:4107 de 13 de junio de 2003.

²¹³ STS 2114/2014 ECLI:ES:TS: 2014:2114 de 13 de mayo de 2014; STS 1954/2015 ECLI:ES:TS 2015:1954 de 24 de abril de 2015.

supuestos delitos y; por último, el elemento material, que consistiría en la inexistencia en la realidad de un riesgo cierto para un bien jurídico, ya que en todo momento la situación estuvo controlada del agente provocador.²¹⁴

6.2. Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación.

Como habíamos avanzado en el capítulo III, denominado de esta manera, nos encontramos con la regulación referente a la figura más conocida como «agente encubierto informático».

Por razones de sistemáticas la regulación del agente encubierto virtual no se encuentra encuadrada en el mismo título de “Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas”, en concreto el capítulo IV sobre la captación y grabación de sonidos, método habitualmente empleado por el mismo, en el curso de su actividad.

El legislador ha tenido a bien clasificarlo, más que por su relación con otros medios de investigación tecnológicos, con su mayor proximidad con la actividad encubierta, es decir, por su similitud con la actuación clandestina, haciendo uso de una identidad supuesta, y haciendo uso del engaño; por ejemplo, con la actividad del agente encubierto tradicional.

Para definir lo que debemos entender por un canal cerrado de comunicación, podemos remitirnos al profesor Santos que nos señala que: «un canal cerrado de comunicación es toda aquella página, foro, chat o servicio de internet de carácter restringido y para cuyo acceso es necesario un registro previo, así como la obtención de permisos facilitados por el administrador del canal. Por tanto, será abierto todo aquel canal de internet de público acceso sin restricciones²¹⁵».

6.2.1. Régimen general.

En este primer artículo (509) del capítulo tercero, se hace una minuciosa descripción de la figura del agente encubierto informático, así como de sus límites de actuación, con especial hincapié en la sujeción a los principios rectores que deberán inspirar su actuación, para de esta manera ponderar la afectación de los DDF de los investigados durante el transcurso de la diligencia en concreto.

²¹⁴ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pág. 304.

²¹⁵ IBIDEM. Pág. 294.

En el primer apartado del precepto se hace una referencia al ámbito de aplicación de la medida, que, en este caso, queda constreñida a los supuestos que se enumera en el art 355²¹⁶ del Anteproyecto.

Asimismo, el apartado uno, advierte de la necesidad de autorización del juez de garantías a solicitud del fiscal instructor. De esta manera se inicia una redacción más concreta y esmerada para el caso concreto del agente encubierto virtual, al cual la actual LO 13/2015 le dedica unos escasos dos puntos del extensísimo y en mi opinión, a veces caótico art. 282 *bis*. En el que se limita a regular de manera genérica la figura del agente tradicional, con las evidentes lagunas que esto supone, para una figura innovadora en nuestro ordenamiento, como es el agente encubierto en internet.

En el punto segundo se detalla de manera concisa a la vez que taxativa el ámbito subjetivo de actuación de la figura, por la cual, sólo podrá desempeñarla un funcionario de la policía judicial, algo que ya advierte de manera tácita el vigente art. 282 *bis*.6.

En el apartado tercero se hace una expresa invocación del principio rector de necesidad, al exigir que, para la adopción de la mencionada diligencia, no exista otro modo o manera de «descubrir la actividad delictiva e identificar a sus responsables». Esta mención expresa al principio rector de necesidad, no aparece como tal en el actual art. 282 *bis*, ni en sus apartados referido a al agente encubierto tradicional, ni en los específicos 6 y 7, aunque bien es cierto que se percibe de manera sutil, del enunciado de algunos apartados como el quinto.

El cuarto punto es una firme advertencia, de no provocar, instigar o promover un delito²¹⁷ por parte del agente en el curso de su actividad indagatoria, como advierte igualmente el art. 282 *bis*.

²¹⁶ Como ya habíamos adelantado *ut supra*, esta medida debido a su alto grado de injerencia en el derecho a la intimidad del investigado, por el uso del engaño y disimulo en la misma, así como, por la gravedad de los delitos de sus supuestos autores, como pertenecientes a una organización criminal, exige la existencia de unos presupuestos tasados concretos, que permitirán la adopción de la medida. En concreto, el art. 355 del Anteproyecto cita: a) Delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión.

b) Delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de esta.

c) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación.

²¹⁷ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. Pp. 302-303.

En el apartado quinto se realiza una mención a los principios de especialidad, idoneidad y excepcionalidad, al señalar que esta diligencia, al desarrollarse mediante medios tecnológicos, debe desarrollarse a distancia de los propios investigado. En el caso de tener contacto con los investigados, la diligencia deberá continuar -se entiende tácitamente que se permite continuar con ella- con arreglo a los requisitos y condiciones recogidos en la figura del agente encubierto tradicional.

Por último, se reseña un límite objetivo material, por el cual y de acuerdo con el ya mencionado principio de especialidad y legalidad²¹⁸, por el cual, no podrán utilizarse los datos e informaciones recabados durante la investigación en cuestión, para otros procesos penales, todo ello, lógicamente para evitar situaciones arbitrarias o abusivas²¹⁹. Esta prohibición tendrá su excepción en el caso de contar con la autorización del juez de garantías que tutele el nuevo proceso que solicite los citados datos o informaciones.

6.2.2. *Solicitud del ministerio fiscal.*

En el apartado primero del **art. 510** se vuelve a hacer referencia a los principios rectores, cuyas exigencias serán mayores cuanto mayor grado de intensidad en la injerencia en los derechos del investigado, debido a la adopción de las medidas de investigación. El principio de necesidad es requerido al fiscal instructor en el momento de solicitar al juez de garantías la adopción de la investigación por parte del agente encubierto informático.

Continúa el segundo apartado con una enumeración de las condiciones que habrán de cumplirse obligatoriamente en la mencionada solicitud.

En el punto tercero, se invocan de manera expresa los principios de necesidad y proporcionalidad y, de manera tácita, el de idoneidad, al advertir al fiscal instructor de su deber de justificar ante el juez de garantías la necesidad de continuar con las investigaciones por parte del agente encubierto, así como la de justificar que sean esas las medidas adecuadas y no otras.

²¹⁸ Ibidem. Pp. 45- 46.

²¹⁹ STEDH *Malone* c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, CE: ECHR:1984:0802DEC869179.

Para finalizar, se ordena al fiscal instructor, la obligación de formar pieza separada de la diligencia y decretar el secreto²²⁰ total o parcial, de acuerdo, con el ya habitual protocolo de actuación formalizado en este Anteproyecto.

6.2.3. *Resolución judicial.*

En una muestra más de minuciosidad del Anteproyecto, y para garantizar al máximo los DD. FF de los investigados y, el cumplimiento de las exigencias derivadas de los principios rectores que inspiran el propio texto procesal, el **art. 511** detalla un listado de requisitos que deberá cumplir el juez de garantías en el momento de dictar la resolución habilitante que permita la investigación mediante el agente encubierto virtual. Al ser esta medida una intromisión extraordinaria en la intimidad de las personas y ser inherente a la propia figura del agente encubierto el engaño, ha querido el legislador revestir la resolución judicial que lo autorice del mayor formalismo posible, exigiendo el cumplimiento de un completo listado de requisitos para evitar en lo posible abusos en su desarrollo o una situación de indefensión para los investigados.

En el segundo apartado, se recuerda la necesidad de pronunciarse sobre la ratificación o no de la extensión de la medida de secreto solicitada en su momento por el fiscal instructor, que como señala el último párrafo a modo de cláusula de cierre, vuelve a hacer referencia el principio de necesidad e idoneidad, que deberá acreditar el fiscal instructor ante el juez de garantía en la resolución dirigida a este último.

Como recuerda el profesor Santos Martínez la obligación de autorización judicial es inexcusable en estos casos, ya que «la intervención del policía judicial informático en canales cerrados de comunicación supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y, del derecho a la intimidad»²²¹.

²²⁰ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 289. La necesidad de declarar secretas las actuaciones coincidiendo con los principios rectores ya venía siendo señalada desde la entrada en vigor de la LO 13/2015, en concreto en el art. 282.1 bis: «la resolución será reservada y deberá consignarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad».

²²¹SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 293.

6.2.4. *Ámbito de la autorización. Ampliación a nuevos hechos o personas.*

El art. 512 no deja de ser un recordatorio más de la rigurosidad con la que el nuevo Anteproyecto trata todas aquellas diligencias de investigación tecnológica limitativas de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE.

De esta manera, se especifica claramente que en virtud del seguimiento que se han de hacer de los principios rectores ya mencionados, la resolución judicial habilitante que se adopte para el uso de la figura del agente encubierto virtual deberá tener por objeto un caso concreto, evitando así confundir la «prevención de un delito», con el «...indagar a ciegas conductas delictivas...»²²². De esta manera, no podrá extenderse la mencionada resolución a otros ámbitos objetivos-otros delitos-, ni subjetivos- a otros sujetos-, a no ser que siguiendo con un escrupuloso respeto al principio de especialidad, el juez de garantía conceda otra autorización judicial para la indagación de una nueva actividad delictiva.

Gracias a este precepto, se palía la omisión que existe en el vigente art. 282 bis, en el que no se recoge estos supuestos de actividades conexas, relativamente comunes en la práctica procesal, y que podrían provocar una vulneración de la tutela judicial del investigado.

6.2.5. *Desarrollo de la Investigación.*

En el art. 513, se regula un supuesto de gran importancia por lo delicado de su adopción, ya que realmente supone la adopción de otra medida de investigación tecnológica que sirve de complemento a la propia actividad del agente encubierto informático; pero que lógicamente supone un plus en el grado de injerencia en los derechos fundamentales del sujeto investigado.

Empieza el precepto haciendo otra insistente referencia al principio de especialidad, por el cual la autorización judicial que ampare la actuación del agente encubierto virtual solo tendrá validez para el delito concreto que se detalle en la misma. Para a continuación, desarrollar el supuesto, advirtiéndonos de la posibilidad de complementar la actividad del agente con «la grabación y obtención de imágenes de las comunicaciones entre el agente encubierto y la persona investigada.» supuesto ya recogido en la actual LO 13/2015²²³.

²²² STS 1954/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1954 de 18 de abril de 2017.

²²³ LO 13/ 2015, art. 282 bis 7: «En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las

Es fácil comprender la complicación que supone la adopción de esta diligencia, ya que supone la injerencia en derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y, el derecho al secreto de las comunicaciones. La explicación a la regulación de este supuesto es dar cobertura específica a una parte de la actividad del agente encubierto virtual, como es la de grabar imágenes o conversaciones de reuniones o encuentros en el curso de sus actividades indagatorias. No tendría mucho sentido, que el agente encubierto tradicional pudiese desarrollar estas acciones, mientras que el novedoso agente encubierto virtual no tuviese la correspondiente cobertura legal para realizar unas acciones que en muchos casos coinciden con la de su homólogo «analógico»²²⁴.

Dispone el artículo que será el fiscal instructor quien solicite esta nueva medida al juez de garantías el cual impondrá los requisitos necesarios para asegurar la tutela judicial de los derechos de los afectados por la medida, así como ser informado del desarrollo de esta por parte del Ministerio fiscal. Me permito señalar, que no se especifica ningún protocolo de actuación respecto al seguimiento de la citada medida, quedando en manos del criterio del juez de garantías, con los riesgos que ello puede suponer, en cuanto a posibles arbitrariedades, o en el mejor de los casos diferencias entre casos, dando lugar a indeseados agravios comparativos, al determinar que: «El fiscal informará al Juez de Garantías, en la forma en que este disponga...».

Es importante señalar, que el propio precepto reseña un límite material de actuación al advertir que esta medida se habrá de solicitar con el fin de: «asegurar la fuente de prueba», de lo cual se deduce que la medida «complementaria» de captar o grabar imágenes y sonido, no es el objetivo final de este artículo, sino que es un mero acto de aseguramiento de la principal acción de las diligencias desarrolladas por el agente encubierto virtual.²²⁵

conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

²²⁴ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 301: «Asimismo, el agente encubierto clásico puede-bajo autorización judicial-, obtener imágenes y grabar las conversaciones que pueda mantener en los encuentros previstos entre el agente y el investigado (art 282 bis), lo que elimina la responsabilidad penal que se pudiera irrogar por la eventual vulneración del derecho a la intimidad. No siendo descartable que esa misma posibilidad se produzca en el ámbito de una investigación desarrollada a través de un agente encubierto informático».

²²⁵ STS 8299/2007 ECLI:ES:TS: 2007:8299 de 15 de noviembre de 2007, «la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos (aunque nada impide que lo sea), sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo

Podría parecer que el legislador ha omitido en este precepto la posibilidad de «... intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos», en comparación con su homólogo vigente, el art. 282 *bis*. 6, pero no es así ya que ha preferido encuadrar este supuesto en el anterior art. 509 apartado 4 *in fine*.

tales datos y elementos los que, a la postre, conforman la convicción judicial». DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. Pág.518.

7. LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN BASADOS EN DATOS PROTEGIDOS.

En el nuevo Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal se ha creado un título VIII denominado «Los medios de investigación basados en datos protegidos». El cual se haya conformado por un único capítulo titulado «El acceso y tratamiento de datos personales». Lo forman siete artículos en los cuales subyace la influencia de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre , de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD) , así como la recepción en nuestro ordenamiento de las consideraciones contenidas en la Directiva 680/ 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, «relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos ²²⁶». Esta Directiva europea ha sido recientemente transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (en adelante, LO 7/2021).

7.1. Regulación legal (LOPDGDD y RGPD).

Como breve recordatorio histórico de la creación y aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD), debemos mencionar que el Anteproyecto de esta Ley Orgánica impulsada por el ministro de justicia el 23 de junio de 2017, que fue aprobado por las Cortes Generales el 10 de noviembre de 2017 cuyo objeto principal era transponer las disposiciones del Reglamento Europeo de Protección de datos con algunas mejoras. Fue publicada el 6 de diciembre de 2018. Se encuentra compuesta por un preámbulo, 10 títulos, 22 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, 16 disposiciones finales y un total de 97 artículos.

²²⁶ ANTEPROYECTO LECRIM 2020. Pág. 57.

Es llamativa la doble acepción que recoge la Ley de «Protección de Datos Personales»²²⁷ en clara relación con el mandato del art. 18.4 CE y por otra parte «la garantía de derechos digitales». De ello se infieren las múltiples diferencias con respecto de su predecesora la LOPD del año 1999, entre ellas las derivadas de la necesaria adaptación de las disposiciones europeas para como señala el propio preámbulo de la Ley «En esta labor se han preservado los principios de buena regulación, al tratarse de una norma necesaria para la adaptación del ordenamiento español a la citada disposición europea y proporcional a este objetivo, siendo su razón última proporcionar seguridad jurídica».

Como sabemos, el principio de primacía del derecho de la Unión hace que las normas nacionales siendo plenamente válidas queden subordinadas a la normativa emanada del legislador europeo. En este caso se observa de manera clara esta preeminencia al utilizar el legislador europeo un reglamento y no una directiva para unificar la normativa en lo referente a la protección de datos en el conjunto de la Unión Europea.

El Reglamento Europeo sobre Protección de datos (RGPD) fue aprobado tras cuatro años de debate el catorce de abril de 2016, para sustituir la desfasada Directiva 95/46/CE de 24 de octubre, que como sabemos al ser una directiva no fue de aplicación inmediata, sino que debía ser transpuesta por cada Estado con las consiguientes y esperadas divergencias entre los mismos. Por ello, la aprobación del RGPD de aplicación directa consiguió una armonización y uniformidad real en la materia de protección de datos dentro de la Unión Europea.

Hay que señalar por su importancia que uno de los objetivos principales de la creación de este marco uniforme es el de ofrecer «un modelo de protección de datos personales homogéneos que permite el intercambio de datos e información»²²⁸.

El reglamento ha ampliado no solo los derechos en sí, sino también el contenido de estos. Serían los siguientes: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de

²²⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. El reglamento europeo de protección de datos y la LOPDGDD: Todo lo que necesitas saber. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020. Pág. 280: Advierte el autor que la utilización de mayúsculas en todas las palabras del término no es casual y, el legislador con ello ha querido remarcar la importancia del derecho fundamental a la protección de datos personales.

²²⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Ob. cit. Pág.31.

supresión, derecho al olvido, derecho de portabilidad, derecho de oposición y derecho de limitación de tratamiento. De manera coloquial se hace referencia a los citados derechos usando las siglas ARSOPOL²²⁹.

Para finalizar el epígrafe haremos una breve referencia a las cuestiones²³⁰ comunes al ejercicio de los derechos por parte de los titulares, como serían:

- a) Que son derechos independientes, no siendo necesaria ejercer uno para a su vez ejercer otro.
- b) No son de carácter personalísimo, sino que pueden ser ejercidos por representante legal o voluntario.
- c) La información para ejercer estos derechos debe ser proporcionada de manera sencilla por el responsable de tratamientos.
- d) Debe indicarse en contrato si los derechos deben ser atendidos por el encargado de tratamientos y no por el responsable de tratamientos.
- e) El ejercicio de estos derechos será gratuito.
- f) Los derechos de protección de datos en menores de catorce años serán ejercidos por sus representantes legales.
- g) Los familiares y herederos ejercerán los derechos ante el responsable o encargado de tratamientos de los familiares fallecidos.
- h) El plazo para responder al ejercicio de los derechos será de un mes, aunque el RGPD permite ampliarlo a dos meses.
- i) El interesado deberá informar de que derecho quiere ejercer e información adicional que considere oportuna.
- j) La carga de la prueba de que se ha atendido debidamente recae en el responsable de tratamiento de datos.

7.2. El acceso y tratamiento de datos personales.

En cuanto al acceso y tratamiento de datos, se han de distinguir, como nos informa el preámbulo del Anteproyecto, entre distintos grados de tutela judicial, dependiendo del tipo de datos a los que se desee acceder. Básicamente existen dos niveles

²²⁹ Los conocidos derechos ARCO (derecho de acceso, rectificación cancelación y oposición) en sentido estricto ya no existirían por aplicarse los ampliados derechos ARSOPOL del RGPD, pero debemos reseñar, aunque sea como curiosidad que el derecho de cancelación en el RGPD no tiene ese nombre sino el de «supresión».

²³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Ob. cit. Pp. 178-179.

distintos, de datos. Uno sería el formado por todos aquellos datos e informaciones que se encuentran disponibles en «canales abiertos de información», es decir, datos relativos a sujetos investigados que pueden ser consultados en fuentes abiertas de información.²³¹ Obviamente al proceder de fuentes públicas, los agentes de la policía judicial están habilitados para recopilar estas informaciones de oficio, sin ser necesaria la habilitación del juez de garantías.

Otro nivel, sería en consistente en la recopilación de datos e informaciones de manera «sistemática y continuada», cuya finalidad es la de crear un «registro histórico de la actividad de la persona investigada en el entorno digital²³²». En este caso el nivel tuitivo debe ser mayor con respecto al anterior, por parte de las autoridades judiciales, y en lógica habrá de contar con la correspondiente resolución habilitante del juez de garantías, que deberá comprobar el grado de intromisión en el «entorno digital»²³³ del sujeto investigado.

También debemos tener en cuenta las disposiciones emanadas de la ya mencionada LOPDGDD²³⁴, donde se dispone que «será el fiscal como director del procedimiento de investigación oficial, quien esté autorizado para requerir la entrega de datos personales -necesarios para el esclarecimiento de hechos punibles-, que estén contenidos en ficheros públicos o privados, salvo que una concreta disposición legal exija autorización legal²³⁵».

Por supuesto queda excluido de este régimen general el acceso a datos e informaciones consentido por el propio afectado, así como el acceso a ficheros

²³¹ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. Ob. cit. pág. 293: «Pues al ser ámbitos donde cualquier usuario puede acceder y, por ende, gozan de carácter público, no sería lógico exigir una habilitación judicial expresa para disponer de acceso donde todo usuario de internet lo tiene de forma libre (STS 4144/2010 ECLI:ES:TS: 2010:4144 de 14 de julio de 2010; y STS 1484/2016 ECLI:ES:TS: 2016:1484 de 6 de abril de 2016)».

²³² ANTEPROYECTO. Pág. 57.

²³³ ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. pág. 168: «El derecho al propio entorno virtual o derecho a la privacidad del entorno virtual o digital es un derecho constitucional de nueva generación que protege la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos».

²³⁴ ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. pág. 162: «el derecho a la protección de datos, también conocido como derecho a la autodeterminación informativa o habeas data ha sido definido como la garantía que tiene toda persona física -no se reconoce para las personas jurídicas- de control y disposición sobre sus datos personales frente a terceros y a los poderes públicos».

²³⁵ VV. AA, COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir). Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 443.

mantenidos por persona físicas para actividades únicamente personales y/o domésticas, siendo redirigido este supuesto a la regulación recogida en el título IV del Anteproyecto sobre «Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registro informáticos», que sí deberán contar con su correspondiente autorización por parte del juez de garantías.

Por último, no podemos olvidar la ya mencionada aplicación del Reglamento (UE) 2016/ 679, (en adelante RGPD) y la novedosa LO 7/2021 sobre protección de datos personales en procesos penales.

7.2.1. *Búsqueda y obtención de datos a través de fuentes y canales abiertos.*

El **art. 514** abre este capítulo I sobre el acceso y tratamiento de datos penales. Como ya adelantamos *supra*, dentro de los diferentes niveles de acceso a datos en relación con el grado de injerencia en el derecho a la intimidad²³⁶ del sujeto investigado, el relativo a la obtención de los mismos en «fuentes y canales abiertos», requiere un nivel tuitivo de menor intensidad. Es por ello, por lo que el primer apartado del precepto nos confirma la posibilidad de obtener datos e información en las mencionadas fuentes abiertas, -por parte de la policía judicial «por sí o por orden del Ministerio Fiscal»-, remarcando, lo innecesario de solicitar para «averiguar los delitos o descubrir a los responsables de su comisión», una expresa autorización del juez de garantías.

En el segundo apartado, advierte que la obtención de datos en esas mismas fuentes abiertas que se realice de «forma sistemática y continuada con el objeto de crear un registro histórico de la actividad del investigado en el entorno digital», sí requerirá de manera obligatoria de la correspondiente resolución habilitante del juez de garantías, para de esta forma, garantizar el nivel tuitivo superior, que demanda este supuesto²³⁷

Para finalizar, el tercer apartado del precepto nos presenta el supuesto, en el cuál durante el transcurso de las investigaciones detalladas anteriormente, sea necesario el «acceder a canales cerrados de comunicación o de hacer uso de una identidad supuesta por parte de la policía», en cuyo caso se nos remite al capítulo

²³⁶ ETXEBARRÍA GUDIRI, José Francisco. *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, pág. 160.

²³⁷ STJUE C-207/16 de 2 de octubre de 2018, ECLI: UE:C: 2018:788.

anterior, es decir, será de aplicación las normas de las «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación».

7.2.2. *Acceso a datos personales contenidos en ficheros.*

El **art. 515**, recoge el supuesto ya avanzado *supra*, por el cual se codifica la posibilidad de acceder a ficheros de titularidad pública o privada, previa petición a sus responsables por parte del fiscal instructor. Subyacen en él los principios rectores como el de necesidad, «resulte indispensable el conocimiento de los datos personales registrados...», y proporcionalidad,²³⁸ «salvo que la cesión de estos esté expresamente sujeta a autorización judicial.» El propio enunciado del artículo nos da una definición concreta de que deberemos considerar un fichero: «todo conjunto de datos de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.»²³⁹

En el segundo punto se enumeran los requisitos que deberá cumplir el Ministerio fiscal a la hora de completar el decreto de requerimiento de cesión. Entre ellos están, la identidad de los titulares de los mencionados datos como sujetos de la diligencia, así como una concreción exacta de los datos que deben cederse, en cumplimiento de los principios rectores como el de proporcionalidad y especialidad. Ahondando en ellos, se especificará la finalidad de los datos requeridos, así como su importancia para la investigación en curso²⁴⁰.

Se añade un párrafo en el que se concreta el supuesto en que sea necesario acceder a un fichero no público. Por ello, se extreman las garantías fundamentales del sujeto investigado²⁴¹ aumentando los requisitos previos ya que se deberán citar

²³⁸ El propio art. 22. 3 de la LOPD, actual.... Dispone que «la recogida y tratamiento por las FF. CC. SS de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta...».

²³⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 136: «Los ficheros con fines no jurisdiccionales, quedan sometidos al régimen general de protección de datos (art. 236 *quáter*, 2º LOPJ, es decir, al RGPD (y eventual normativa interna de desarrollo) Tabla descriptiva».

²⁴⁰ DIRECTIVA 680/2016, Considerando 36: «...los fines específicos a los que obedezca el tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de la recopilación de los datos personales. Los datos personales deben ser adecuados y pertinentes en relación con los fines para los que se tratan...».

²⁴¹ STC 119/2001 ECLI:ES:TC.2001:119 (BOE núm. 137 de 8 de junio de 2001), FJ 5: «derechos que han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad... En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección ... también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.».

los indicios que indiquen la posible perpetración de uno o más delitos, castigados con penas iguales o superiores a tres años. En el caso de la cesión de datos de carácter público la carencia señalada por la jurisprudencia y doctrina, por la falta de una concreta regulación sobre la misma, a consecuencia de la falta de transposición de la Directiva europea citada, ha sido solucionada como hemos mencionado hace breve tiempo con la aprobación de la LO 7/2021²⁴². Hasta su aprobación se recurría al art.11.2 d de la LOPD y al art. 236 *quáter* (LOPJ), innominado como «Cesión de datos al Ministerio Fiscal o a Jueces o Tribunales».²⁴³

El apartado tercero, hace una remisión al capítulo III sobre « el registro de libros, papeles, efectos y documentos o para las intromisiones y registros en ordenadores o dispositivos electrónicos o sistemas de almacenamiento masivo de memoria.», que será el de aplicación en los presupuestos en que los citados ficheros sean mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades meramente domésticas o personales, sin contar con el consentimiento previo, que lógicamente haría innecesario, el decreto de cesión por parte del fiscal instructor.

7.2.3. *Cruce automatizado o inteligente de datos.*

Con los avances operados en los sistemas informáticos se han desarrollado medios para el análisis automatizado de datos, como el crecimiento de la capacidad de los procesadores, de almacenamiento de los equipos y sobre todo la creación de protocolos de análisis usando modelos matemáticos²⁴⁴ , que han mejorado notablemente la capacidad de obtener datos e informaciones para el esclarecimiento de hechos delictivos, pero al mismo tiempo, suponen un peligro para los derechos fundamentales del investigado, en concreto, del art. 18.4 CE²⁴⁵.

²⁴² LO 7/2021. Art. 7: «Las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, proporcionarán a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas».

²⁴³ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 150.

²⁴⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 156.

²⁴⁵ STC 292/2000 ECLI:ES:TC: 2000:292 (BOE núm. 4 de 4 de enero de 2001), por el cual este precepto constitucional se traduce en el control de la persona de sus datos que obren en poder de terceros: «cualquier uso de los datos que una persona genera cuando utiliza un entorno digital afecta a este derecho fundamental; de tal forma que ese uso ha de estar consentido por el interesado, quien goza de los derechos de acceso, cancelación y rectificación».

Una de estas técnicas es la recogida en el art. 516 del Anteproyecto que habilita al fiscal instructor a solicitar al juez de garantías, la «utilización de sistemas automatizados o inteligentes de tratamiento de datos para cruzar e interrelacionar la información disponible sobre la persona investigada con otros datos obrantes en otras bases de titularidad pública o privada», consistente en comparar de manera automatizada (cruce, comparación y contraste), los datos personales que obren en archivos automatizados que obren en poder de personas físicas o jurídicas.²⁴⁶ Este supuesto se encuentra recogido de forma desorganizada en el art.588 ter j 2²⁴⁷, que ya prevé la obligación de autorización del juez -en este caso de instrucción-, para la adopción de esta invasiva medida de investigación. En este artículo del Anteproyecto se detalla de manera más escrupulosa una serie de requisitos que deberá cumplir el ministerio fiscal y que están inspirados en los principios rectores de especialidad, proporcionalidad y necesidad²⁴⁸.

El apartado segundo especifica que la técnica de cruce de datos necesitará el previo paso del acceso a la propia base de datos, al remitirnos al art 515 anterior, sobre el acceso a ficheros; en una redacción que puede resultar confusa.

Por último, el punto tercero a modo de cláusula de cierre prevé que si existieran dudas en el supuesto del uso de datos cuya cesión requiera autorización judicial deberá inexcusablemente solicitarse. De este modo, se garantiza ante la duda la intervención del juez de garantías en la autorización de la diligencia en cuestión.

7.2.4. *Búsquedas selectivas a partir de rasgos distintivos.*

En el mastodónico art. 517, se recoge otra de las técnicas creadas por el avance de los sistemas tecnológicos. La misma consiste en «una evaluación automatizada de datos personales de una persona física, para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la

²⁴⁶ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 159.

²⁴⁷ LO 13/2015. Art. 588 ter j 2: «Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial».

²⁴⁸ La necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en el acceso y tratamiento de datos ha sido señalada muy acertadamente por: ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. “Europa: Auge y caída de las investigaciones penales basadas en la conservación de datos de comunicaciones electrónicas”. Revista General de Derecho Procesal, núm. 52, 2020.

salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado»²⁴⁹. Hay que recordar que esta técnica también recibe el nombre de «mecanismo de decisión individual automatizado y elaboración de perfiles»²⁵⁰. En el primer apartado de los nueve con que cuenta, se detalla la obligación de solicitar al juez de garantías por parte del fiscal instructor, con el fin de encontrar al responsable de un hecho delictivo, «el tratamiento cruzado de datos de carácter personal mediante sistemas automatizados que se encuentren almacenados en archivos correspondientes a cualesquiera personas, organismos o instituciones públicos o privados distintos de los archivos policiales.» Me resulta llamativo la indiferencia que muestra el precepto entre un archivo público o privado, distintos de los policiales.²⁵¹

En el segundo punto se reseñan los requisitos que deberá cumplir la solicitud del fiscal instructor, que básicamente consisten en el respeto a los principios de especialidad y proporcionalidad. En el primer caso se establece un límite material al requerirse una pena de tres o más años para que pueda solicitarse la medida, y en el segundo que la citada medida no pueda ser sustituida por otra menos gravosa.

En el punto tercero, se detallan las condiciones que deberá recoger, en este caso, la resolución habilitante judicial, como «los datos que es preciso obtener en cada caso para realizar la comparación, el nombre de la persona, institución u organismo obligado a facilitarlos y los criterios de búsqueda conforme a los que han de ser tratados los datos.»

En el apartado cuarto, se da la curiosa circunstancia de la adjudicación de una acción a la policía judicial-una de las escasísimas en el nuevo Anteproyecto, en contraposición a su habitual presencia en la vigente LO 13/2015-, al encargar a la misma, la misión de obtener los datos indicados en la resolución a la persona o institución requeridas. Se añade un párrafo al apartado, para advertir de la posibilidad que el cumplimiento del requerimiento sea desproporcionado, para lo que se facilita el cumplimiento de este por parte de los requeridos, siempre teniendo especial cuidado de que se utilicen únicamente los datos estrictamente necesarios para la investigación de los hechos delictivos.

²⁴⁹ RGPD. Considerando 71.

²⁵⁰ RGPD. Considerando 71 *in fine* y 72.

²⁵¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Ob. cit. pág. 154 tabla.

En el punto quinto, se refiere la obligación de toda institución, organismo o persona de colaborar con la autoridad en la mencionada diligencia²⁵².

Se explica en el sexto punto el protocolo de actuación que se deberá seguir en el momento de encontrar concordancias entre los datos requeridos y las informaciones registradas, de manera que estas coincidencias deban custodiarse en un lugar diferente, para con ello garantizar que no se produzca un uso indiscriminado de esta técnica, lo cual vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.4 CE.

Se prevé en el apartado séptimo que esta diligencia sea realizada de manera «pseudonimizada»²⁵³, consistente en mantener cierto grado de anonimato en el desarrollo de esta. Es fácil deducir que este punto tiene por objeto proteger en lo posible, el derecho a la intimidad de los sujetos que puedan verse implicados.

En el octavo, se recoge la obligatoriedad de la cancelación de los datos que no sean necesarios para la identificación del sujeto bajo sospecha, una vez hayan sido cotejados los mismos, y cribados los innecesarios.

En el último de los puntos se plantea el cumplir con el derecho de las personas investigadas, a ser informadas de las diligencias que se hayan realizado contra ellos. Este punto tiene una clara finalidad de garantizar el derecho de las partes a recibir la información que les tenga a ellos por protagonistas, con el fin a su vez de garantizar su derecho a la defensa. Ahora bien, se añade un párrafo final en el que se contempla unas excepciones a esta regla general, como pueden ser que las diligencias hayan sido declaradas secretas, «pudiera ponerse en peligro la finalidad de esta, la integridad física o la libertad de alguna persona, o si genera un riesgo cierto para bienes jurídicos de singular relevancia», todo lo cual deberá consignarse motivadamente en el procedimiento que se siga.

²⁵² Al igual que en la Cesión de datos, podemos encontrar el fundamento jurídico de esta obligación en los arts. 118 CE y 17 LOPJ sobre el deber de colaborar con los Jueces y Tribunales, así como la obligación de denunciar, recogidas en los arts. 259 y 262 LECrim.

²⁵³ RGPD, Art. 25.1: «...el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la «seudonimización», concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos...».

7.2.5. Tratamiento de datos.

Este art. 518, que regula en tratamiento de datos durante el proceso penal, testimonia más que ningún otro la notable influencia, ya advertida en el propio preámbulo de la *lege ferenda*, de normas nacionales y europeas específicas, como son la LOPDGDD, RGPD y la LOPJ.

En el primer apartado se advierte de la posibilidad de los investigados de ejercer sus derechos de información, acceso y rectificación y cancelación²⁵⁴, codificados en las correspondientes normativas específicas de la materia, con lo que la remisión y subordinación ante ellas, resulta constatable. Ahora bien, se delimita esta posibilidad a los supuestos en «que no suponga un menoscabo para los fines de la investigación», lógica excepción a la norma general de respeto por los derechos ARCO, pero que pudiera suscitar controversia entre la jurisprudencia. Asimismo, se nos advierte de otra delimitación, en este caso de ámbito material, «para los datos tratados con fines jurisdiccionales». Se ha introducido un párrafo más a este primer apartado, cuya lectura, denota un ánimo taxativo de cerrar cualquier duda sobre la utilización del derecho al acceso a los datos con fines jurisdiccionales cuando las diligencias correspondientes hayan sido declaradas secretas o reservadas, prohibiéndolo de manera concluyente (En todo caso, se denegará...).

En el segundo punto se nos presenta a una figura clave en el campo de la protección de datos, como es el responsable del tratamiento de datos²⁵⁵, al cual se le realiza un llamamiento para que en el ejercicio de sus funciones establezca los protocolos oportunos para garantizar la fiabilidad e integridad de los datos recabados, «sobre el acceso a los equipos y dispositivos utilizados para el tratamiento y transmisión de la información.»²⁵⁶

²⁵⁴ ARRABAL PLATERO, Paloma. Ob. cit. Pág. 167. Conocidos coloquialmente, como derechos ARCO, por sus iniciales.

²⁵⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *El reglamento europeo de protección de datos y la LOPDGDD: Todo lo que necesitas saber*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020. Pág. 84: Resulta curiosa la utilización de este término, ya que el RGPD se refiere al encargado del tratamiento de datos como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento». De tal manera que siempre ha provocado controversia entre la relación del encargado de tratamiento y, el responsable de tratamiento, hasta el punto de haber sido objeto de codificación en el art. 28 RGPD, que exige la celebración de un contrato entre ambos. En todo caso, ninguno de los dos recibe la denominación de «encargado de tratamiento», omisión esta que no deja de causar perplejidad, pudiendo provocar dudas durante el proceso.

²⁵⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Ob. cit. Pág. 77: Como reseña el autor, el término clave que utiliza el RGPD, y por el principio de supremacía del derecho de la unión, el LOPDGDD, es el de tratamiento y no fichero, y esto vuelve a crear otra curiosa discordancia, ya que el anterior LOPD hablaba de un «encargado de ficheros», que estaría obligado a notificar un fichero del que sería

Continúa el legislador conminando al referido responsable de datos a la creación de un registro donde recopilará una serie de características de la recogida de datos realizada,²⁵⁷ como «la finalidad del tratamiento, los datos tratados, su relevancia para la investigación y la extensión de su tratamiento, así como «...aquellos medios y medidas que se adopten antes y durante el tratamiento de datos para garantizar la efectividad de los principios de protección de datos»²⁵⁸».

7.2.6. *Cesión de datos entre procesos penales.*

El supuesto por el cual el Ministerio fiscal podrá hacer uso de la técnica ya citada de tratamiento cruzado de datos²⁵⁹ es codificado en el art. **519**. Para garantizar el respeto a los principios rectores que garantizan los derechos de los investigados, se establecen una serie de delimitaciones, la primera de ellas es la finalidad de la medida « a los fines de averiguación del delito o determinación del paradero de una persona buscada en relación con el procedimiento», con el fin ya advertido en este Anteproyecto de evitar abusos y arbitrariedades, permitiendo una investigación de carácter general, que no se ajustaría a los condicionantes de proporcionalidad, idoneidad y necesidad²⁶⁰. En segundo lugar, que dichos datos procedan de «distintos procedimientos penales» y, por último, que la finalidad de la información o datos así obtenidos sea exclusivamente a «investigación en cuestión».

7.2.7. *Valor de los datos.*

El apartado primero del **art. 520**, advierte de la imposibilidad de utilizar los datos obtenidos mediante las técnicas expuestas, excepto como fuente de prueba, sin que ello sea óbice para que con posterioridad sean estos recopilados total o parcialmente, por alguno de los medios de prueba detallados en el presente anteproyecto.

Una vez más, el punto final no solo del precepto, sino del capítulo sirve a modo de cláusula de cierre, para apercibir a los operadores jurídicos de la obligación

responsable. Ahora bien, el actual LOPDGDD no recoge esta obligación, sin embargo, el considerando 82 del Reglamento europeo sí menciona el «deber de mantener registro de las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad».

²⁵⁷ RGPD. Considerando 82.

²⁵⁸ RGPD. Considerando. 24.2.

²⁵⁹ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir.). Ob. cit. Pp. 444 y ss.

²⁶⁰ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Ob. cit. Pp. 26 y ss.

de sujetarse de manera estricta a lo legislado en esta, «...para fines de prevención, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales», garantía última del respeto a los principios rectores que inspiran los DD. FF de los investigados.

8. CONCLUSIONES.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, han sido diversas las razones que han movido al legislador a realizar una completa y profunda reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una reforma largamente esperada y en numerosas ocasiones aplazada.

Al estar nuestro trabajo dedicado a un aspecto muy concreto de la mencionada reforma, obviaremos en lo posible esas otras importantísimas novedades para ceñirnos al objeto concreto del presente trabajo que son las «medidas de investigación tecnológica».

Si hacemos un poco de memoria recordaremos que antes de la reforma operada por la LO 13/2015 sobre las diligencias de «investigación tecnológica», existía según la opinión de gran parte de la doctrina y jurisprudencia, una regulación insuficiente, y en algunos casos inexistentes, respecto de determinadas diligencias en la ley procesal penal. Estas carencias eran cubiertas mediante construcción jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Gracias a la LO 13/2015 se paliaron en gran medida dichas carencias, pero quedaron latentes ciertos fallos o deficiencias por parte del legislador que seguían provocando inseguridad jurídica. Algunos de esos artículos- art. 588 *quinquies* LECrim- fueron prontamente señalados como inconstitucionales, o en el mejor de los casos deficientes o inexactos.

Por este motivo, el legislador que aprovecha la reforma integral que ha supuesto la redacción del Anteproyecto de LECrim, ha introducido una serie de modificaciones en estas medidas de investigación tecnológica para corregir dichas deficiencias. Ahora bien, la opinión favorable a las modificaciones introducidas en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal no es óbice para sentir cierto grado de decepción al considerar que se debió aprovechar una oportunidad como esta para profundizar en las reformas que afecten a las medidas de investigación tecnológica. El propio preámbulo del Anteproyecto señala que: «la voluntad que preside la presente ley no es la de enmendar la totalidad de esfuerzos -y mucho menos los que han llegado a plasmarse en normas legislativas- realizados en el camino conjunto hacia la implantación de un nuevo modelo procesal, sino la de aprovechar todas las contribuciones previamente efectuadas en cuanto pueden tener algo de valioso. Es por ello por lo que la normativa introducida

en 2015 es respetada y reproducida en lo esencial...». Sentencia que parece admitir tácitamente que la reforma operada no ha sido todo lo profunda que podría esperarse.

A pesar de ello, el Anteproyecto presenta un número considerable de modificaciones con respecto a la vigente LECrim y la LO 13/2015, constituyendo las mismas una notable mejora en algunos puntos concretos que habían creado incertidumbre sobre su legalidad y eficiencia, que a continuación pasamos a enumerar:

1º Entre los puntos positivos cabría señalar la nueva sistematización del Anteproyecto, que en este caso ordena las medidas de investigación en función de la injerencia que sufren los derechos de la persona investigada, denotándose el espíritu altamente tuitivo que inspira todo el texto normativo.

De esta manera se abandona el actual criterio de la autoridad habilitada para realizar el acto, propio del Libro II «del Sumario» donde se incrustaron las medidas de investigación tecnológica mediante la LO 13/2015 en un agrupamiento que respondía únicamente al carácter temático -tecnológico-, de las medidas de investigación.

2º Mientras que en la LO 13/2015 todas las medidas de investigación tecnológica se agruparon en un título VIII del Libro II, al introducir siete capítulos (del IV al X) en el Anteproyecto se encuentran agrupadas en varios títulos propios que le otorgan mayor peso normativo dentro del Libro III sobre «diligencias de investigación». En mi opinión es acertada esta nueva técnica al considerar que en la práctica real de las diligencias de investigación prima lo que podríamos denominar el criterio temporal de las diligencias al estar engarzadas unas con otras según se realizan sobre un mismo investigado, por ejemplo, tiene lógico sentido que la diligencia de «registro informáticos» se halle encuadrada en el título de «Los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos, y registros informáticos», ya que en la práctica real el acceso a equipos informáticos que puedan ser objeto de investigación suelen producirse después de haber accedido a una estancia o lugar cerrado, que necesitaría previamente de una autorización judicial para la entrada y el registro ordinario de los objetos hallados en su interior.

3º También se refuerza la figura del fiscal como instructor de las diligencias, reduciendo el protagonismo de la policía judicial en las mismas que, aunque en la práctica siguen realizando diligencias, deberán en todo momento actuar bajo las órdenes y supervisión del fiscal instructor.

4º Con respecto a los medios de investigación relativos a la «interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas» en donde se reúnen tanto la propia interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación de sonido ambas van precedidas de unas «disposiciones comunes». Siendo esta una de las modificaciones introducidas al omitirse unas disposiciones comunes para todas las medidas de investigación tecnológica, introduciendo en cada título unas disposiciones comunes específicas de la diligencia concreta. Un acierto, en mi opinión, por las diferencias que presentan las diferentes medidas. Así como evitar duplicidades entre preceptos de las disposiciones comunes que regulan supuestos idénticos a los recogidos en las disposiciones «específicas». Ahora bien, consideramos que no se han evitado todas las duplicidades posibles, persistiendo alguna de ellas.

5º Asimismo, se corrigen deficiencias como la falta de regulación de la forma en que deberían presentarse los resultados de la diligencia de investigación en el juicio oral con la incorporación del art. 349 de las disposiciones comunes que avanza de manera genérica lo que posteriormente se especifica en el art. 367 sobre «La utilización de las grabaciones en el juicio oral» con la positivación de la incorporación de la prueba obtenida mediante interceptación de las comunicaciones en el juicio oral.

6º Además de esto, podemos reseñar entre los puntos positivos la incorporación del presupuesto en el que se aúnan la captación de imágenes con la interceptación de las comunicaciones dentro del art. 383 sobre la «objeto» de la medida, presupuesto deficientemente regulado en la actual LECrim. Sin llegar a independizar ambas medidas en el art. 384 sobre «garantía judicial» se exige una autorización judicial expresa con lo que en la práctica se produce dicha separación.

7º Como ejemplo claro de la idea general de un texto legal más riguroso con las garantías de los investigados podemos mencionar los arts. 356, 357 y 358 donde se enumeran una serie de requisitos objetivos, subjetivos y materiales que en la vigente LECrim se regularían un único y as impreciso art. 588 *ter* d. Precisamente en el art. 356 sobre de «requisitos de la intervención» se acoge el presupuesto de la interceptación de las comunicaciones del investigado con su abogado, supuesto este que se encuentra en la legislación actual separado de las diligencias de investigación en lo que parece un sinsentido sistemático que se ha solucionado de manera óptima en mi opinión , además de concretar los requisitos para que esta medida excepcional pueda llevarse a cabo.

8° De manera general, subyace en todo el Anteproyecto la idea de precisar con gran minuciosidad los requisitos a cumplir para poder llevar a cabo las mencionadas medidas. El texto introduce varios preceptos que recogen los presupuestos de afectación de terceros, control judicial de la medida, duración de la medida, la utilización de la información recabada en otros procesos. También se regula la de una manera más precisa la posibilidad de las partes de acceder a las pruebas obtenidas incluidas las captaciones y grabación de sonido, mejora ampliamente esperada. Se encuentra regulada en los arts. 352.3, 366. 1, 2, 3 y 4 así como en el 392.

9° También se observa como el legislador ha prestado gran atención a la custodia de las pruebas obtenidas mediante el uso de estas medidas tecnológicas, así como en su destrucción cuando dejen de ser necesarias en el proceso penal, como nos advierten los arts. 352 sobre grabaciones de sonido o el 404 sobre grabaciones de imágenes.

10° Entre los puntos negativos podemos señalar que el anunciado -en el preámbulo del propio Anteproyecto- papel de colaborador especial de la AEPD, parece haberse difuminado, al desaparecer su figura en el Anteproyecto de la LECrim, en su versión pública. Precisamente estaba previsto la participación de la AEPD en la custodia y destrucción de las grabaciones del art. 352 que hemos mencionado en el punto anterior.

11° Del mismo modo sigue el Anteproyecto sin llegar a coordinar las normas procesales con las penales, al requerir algunas de las medidas de investigación tecnológica una gravedad concreta en el delito que se persigue de tres años, mientras que la norma penal considera esa gravedad a partir de cinco años en abstracto.

12° Con respecto al título III de «Observaciones y vigilancias físicas y utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen», que correspondería con el capítulo VII de la actual LECrim, una somera observación nos convence de la intención del legislador de reforzar el formalismo y las exigencias jurídicas del título al pasar de tres preceptos a once, más minuciosos. Por este motivo la regulación vigente había sido criticada por ser «escuetísima».

13° Tiene el legislador un gran acierto al comenzar con dos artículos (arts. 394 y 395) en los que se incide en la definición y diferencias que hay entre vigilancias físicas (no sistemáticas) y vigilancias sistemáticas por la distinta afectación de derechos fundamentales que se ven afectados en una u otra, así como por la complementariedad de ambas medidas.

14° Se muestra el título riguroso a la hora de determinar requisitos para determinar la autorización judicial, el contenido de la solicitud, así como la duración de la misma, la naturaleza de los delitos que puedan conllevar la medida, si se entregarán a las partes y en el proceso copias u originales de las grabaciones y someter la medida a un efectivo control judicial. Muy oportunamente recoge los supuestos de utilización de las pruebas obtenidas en el juicio, así como la posibilidad de cancelación de datos y destrucción de las grabaciones. Y se subsana la carencia largamente criticada de considerar que en las grabaciones de imágenes obtenidas en lugar público no se producía afectación de los derechos fundamentales de los investigados. Algo considerado inconstitucional por una amplia parte de la doctrina y jurisprudencia y que el legislador muy oportunamente ha recogido en el art. 396. Asimismo, se corrige la deficiencia a la hora de aportar la prueba obtenida en el proceso mediante los arts. 400 y siguientes.

15° En cuanto al capítulo sobre «Registro de dispositivos de almacenamiento de información», ya avanzamos *ut supra* que el legislador de manera conveniente ha decidido encuadrarlo en el Título IV. Además, se crean cuatro preceptos más precisos sobre todo a la hora de especificar los supuestos en que pueden tomarse esta medida, así como el claro sometimiento a los principios rectores de proporcionalidad, necesidad, legalidad por parte del juez que autorice la medida, sus límites y alcance, la exhortación al juez de garantías para que conserve los datos y regulándose los supuestos de la ampliación del objeto del registro y el deber de colaboración de terceros.

16° Con respecto al capítulo IV de «registro de equipos remotos», también encuadrado en el Anteproyecto dentro del Título IV, se percibe el esfuerzo del legislador por dar el mayor impulso a la consecución de una amplia cobertura tuitiva ante una medida que implica un alto grado de intromisión en la esfera privada de la persona investigada, ya que como sabemos el sujeto sometido a dicha medida no es consciente de la misma al contrario que en un registro físico de un equipo informático. De ahí la necesidad de concretar claramente los presupuestos habilitantes de la medida. así como su alcance, en general conseguidos en la reforma del Anteproyecto, ya que concreta mucho más los requisitos previos a la realización de la medida. Pero no podemos dejar de mencionar como aspectos negativos que siguen persistiendo inconcreciones como en los plazos para la ampliación de la medida del art. 427, así como una omisión del legislador a la hora de establecer un listado de delitos concretos (*numerus clausus*) que merecerían la aplicación de estas medidas en el art. 429 sobre «presupuestos».

Por último, en el capítulo V de «medidas de aseguramiento» volvemos a percibir la gran importancia que el legislador ha otorgado a las medidas dirigidas a proteger los datos personales recabados durante las diligencias de investigación.

17º En el título de «investigaciones encubiertas», nos referiremos en concreto al capítulo II sobre «el agente encubierto» y el capítulo III sobre «investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación», donde se introdujo en la LO 13/ 2015 la figura del «agente encubierto virtual» que es la que nos concierne y, que fue regulada de manera muy somera en el art. 282 *bis* 6 y 7. El legislador ha querido paliar esa parquedad legislativa ampliando a cinco artículos la regulación de esta figura, con especial cuidado de respetar los principios rectores que inspiran el presente Anteproyecto, señalando el ámbito de aplicación, así como el límite objetivo material. No debemos olvidar el especial cuidado que conlleva la aplicación de esta figura, tanto por el tipo de delitos que persigue, como por el matiz de engaño que comporta su realización. Por último, en este título podemos señalar que en el Anteproyecto se produce una flexibilización respecto del ámbito de actuación al aumentar el número de delitos investigables a través de esta figura en el caso del agente encubierto ordinario, mientras que como crítica debemos señalar que no se delimita correctamente el campo de actuación de agente encubierto informático, al existir cierta vaguedad con respecto a qué debemos entender por «canales cerrados».

18º En el título VIII de «medios de investigación basados en datos protegidos», el legislador que sigue con su ánimo tuitivo de protección de los datos personales de los involucrados en un proceso penal ha introducido este título compuesto por siete artículos basados en la aplicación de la Ley de protección de datos actualmente vigente, así como la transposición de legislación europea del mismo ámbito. Nada que objetar al particular, si acaso el hecho de ir habitualmente a remolque de la legislación de la U.E, aunque la primacía del derecho de la unión y la búsqueda de armonizar legislaciones nacionales haga que esto sea inevitable (bien es cierto que la recientísima aprobación de la LO 7/2021 corrige en cierta medida esta dejadez normativa). Acierta el legislador al aumentar la importancia de las medidas destinadas a informar al investigado y personas afectadas cuya intimidad se haya visto afectada, la cancelación de datos personales obtenidos durante la investigación y la destrucción posterior si no se dispone lo contrario una vez finalice el proceso.

En resumen, podemos decir que en el esfuerzo realizado por el legislador al redactar este Anteproyecto es elogiado, pues se ha buscado paliar una serie de defectos u omisiones que provocaban incertidumbre y, por tanto, inseguridad jurídica.

Con respecto de las «medidas de investigación tecnológica», que son el objeto concreto de este trabajo hemos de decir que se ha realizado un trabajo eficiente al subsanar las más graves carencias en la falta de regulación de determinadas diligencias que eran incluso catalogadas por doctrina y jurisprudencia, como de inconstitucionales. Asimismo, es encomiable el esfuerzo realizado por el legislador en orden a dar un mayor rigor y formalismo a estas medidas, que son muy limitativas de derechos fundamentales y por tanto pueden resultar lesivas con los derechos de los investigados.

Ahora bien, no podemos evitar cierta sensación de oportunidad perdida, al considerar que se ha dejado pasar una oportunidad única de realizar una reforma integral y claramente modernizadora de estas medidas. Siguen existiendo duplicidades, además de dispersión en el enunciado de requisitos a cumplir o supuestos objeto de determinadas medidas. Algunos supuestos siguen sin ser concretados con claridad como los plazos de extensión de las «vigilancias sistemáticas», o los delitos que serían susceptibles de motivar la «excepcional urgencia» en los preceptos en los que se recoge dicha figura como motivo para aplicar -como en el art. 425- determinadas medidas sin exigir el cumplimiento de todos los requisitos. De esta manera se puede producir un caso de inseguridad jurídica al no quedar claro cuando se da la excepción a la regla general, pudiendo desvirtuarse dicha excepción.

9. BIBLIOGRAFÍA.

ARRABAL PLATERO, Paloma. *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020.

BACHMAIER WINTER, Lorena. “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. Boletín del ministerio de justicia, Estudio doctrinal, núm. 2195, 2017.

BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (Propuestas de reforma)*. Valencia: Tirant lo Blach, 2020.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir), OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (Coord), CATALINA BENAVENTE, María Ángeles (Coord), ALCOBEA GIL, Juan Manuel (Coautor). *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *El reglamento europeo de protección de datos y la LOPDGDD: Todo lo que necesitas saber*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020.

DELGADO CARRAVILLA, Enrique. *La implantación del nuevo reglamento general de protección de datos de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blach. 2018.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel y LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*. Valencia: Tirant lo Blach, 2018.

ETXEBARRÍA GUDIRI, José Francisco. *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*. Valencia: Tirant lo Blach. 2011.

FUENTES SORIANO, Olga. *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blach, 2017.

LÓPEZ CAUSAPÉ, Eduardo. “Las medidas de investigación tecnológica en la ley de enjuiciamiento criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre.

Referencia a las disposiciones comunes”. Boletín digital AJFV Penal, núm. 6, julio 2016.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. “Europa: Auge y caída de las investigaciones penales basadas en la conservación de datos de comunicaciones electrónicas”. Revista General de Derecho Procesal, núm. 52, 2020.

SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Hospitalet del Llobregat (Barcelona). Wolters Kluwer.2017.

INTERNET

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-53-5.PDF

<https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/210427-aprobacion-del-anteproyecto-de-fiscalia-europea>

LEGISLACIÓN

ANTEPROYECTO de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (Versión docencia).

ANTEPROYECTO de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (Versión para información pública).

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Memoria del Análisis de Impacto Normativo, Ministerio de Justicia.2021

CIRCULAR 1/2019 de 6 de marzo, de la fiscal general del Estado *sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. BOE N°70 de 22 de marzo de 2019.

CIRCULAR 2/ 2019 de 6 de marzo de la fiscal general del Estado, *sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas*. BOE N°70 de 22 de marzo de 2019.

CIRCULAR 3/2019 de 6 de marzo, de la fiscal general del Estado, *sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*. BOE N°70 de 22 de marzo de 2019.

CIRCULAR 4/ 2019 de 6 de marzo, de la fiscal general del Estado, *sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización*. BOE N°70 de 22 de marzo de 2019.

CIRCULAR 5/2019 de 6 de marzo, *sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos*. BOE N°70 de 22 de marzo de 2019.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (CONSEJO FISCAL). *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid. 2015.

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. (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2021).

MINISTERIO DE JUSTICIA. Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. «Memoria del análisis de impacto normativo». Madrid. Enero 2021.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

JURISPRUDENCIA

TEDH

STEDH Piersack y De Cubber c. Francia, de 1 de octubre de 1982, CE: ECHR: 1982:101DEC869279.

STEDH *Malone* c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, CE: ECHR:1984:0802DEC869179.

STEDH *Valenzuela Contreras* c. España, de 30 de junio de 1988, CE: ECHR:1988:0630DEC2767195.

STEDH *Krusling* c. Francia, de 24 de abril 1990, CE: ECHR: 1990:0424DEC1180185.

STEDH *Niemietz* c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, CE: ECHR: 1992:1216DEC1371088.

STEDH *Burghartz* c. Suiza, de 22 de febrero de 1994, CE: ECHR:1994:0222DEC1621390.

STEDH *Khan* c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2000, CE: ECHR: 2000:0527DEC3539497.

STEDH *P.G y J.H* c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, CE: ECHR:2001:0925DEC4478798.

STEDH *Prado Burgallo* c. España, de 18 de febrero de 2003, CE: ECHR: 2003:0218DEC005849600.

STEDH *Von Hannover* c. Alemania, de 24 de junio de 2004, CE: ECHR:2004:0624DEC40660.

STEDH *Vetter* c. Francia, de 31 de mayo de 2005, CE: ECHR:2005:0531DEC5984200.

STEDH *Wisse* c. Francia, de 20 de diciembre de 2005, CE: ECHR: 2005:1220DEC7161101.

ATEDH *Coban* c. España, de 25 de septiembre de 2006, CE: ECHR: 2006:0925DEC001706002.

STEDH *Copland* c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007, CE: ECHR: 2007:0403DEC6261700.

TJUE

STJUE C-207/16 de 2 de octubre de 2018, ECLI: UE:C: 2018:788.

TC

STC 5/1981 ECLI:ES:TC: 1981:5 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1981).

STC 22/1984 ECLI:ES:TC: 1984/22 (BOE núm. 59 de 9 de marzo de 1984).

STC 114/1984 ECLI:ES:TC: 1984:114 (BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 1984).

STC 171/1990 ECLI:ES:TC: 1990:171 (BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 1990).

STC 254/1993 ECLI:ES:TC: 1993:254 (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1993).

STC 34/1996 ECLI:ES:TC: 1996:34 (BOE núm. 93 de 17 de abril de 1996).

STC 49/1996 ECLI:ES:TC: 1996:49 (BOE núm. 102 de 27 de abril de 1996).

STC 41/1998 ECLI:ES:TC: 1998:41 (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 1998).

STC 145/1998 ECLI:ES:TC: 1998:154 (BOE núm. 131 de 30 de julio de 1998).

STC 49/1999 ECLI:ES:TC: 1999:49 (BOE núm. 100 de 27 de abril de 1999).

STC 144/1999 ECLI:ES:TC: 1999:144 (BOE núm. 204 de 22 de agosto de 1999).

STC 162/1999 ECLI:ES:TC: 1999:162 (BOE núm. 263 de 3 de noviembre de 1999).

STC 188/1999 ECLI:ES:TC: 1999:188 (BOE núm. 286 de noviembre de 1999).

STC 127/2003 ECLI:ES:TC: 2003:127 (BOE núm. 181 de julio de 2003).

STC 189/2009 ECLI:ES:TC: 2009:189 (BOE núm. 254 de 21 de octubre de 2009).

STC 50/2000 ECLI:ES:TC: 2000:50 (BOE núm. 76 de 29 de marzo de 2000).

STC 292/2000 ECLI:ES:TC: 2000:292 (BOE núm. 4 de 4 de enero de 2001).

STC 292/2000 ECLI:ES:TC: 2000:292 (BOE núm. 4 de marzo de 2001).

STC 119/2001 ECLI:ES:TC: 2001/119 (BOE núm. 137 de 8 de junio de 2001).

STC 10/2002 ECLI:ES:TC: 2002:10 (BOE núm. 34 de 8 de febrero de 2002).

STC 70/2002 ECLI:ES:TC: 2002:70 (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2002).

STC 185/2002 ECLI:ES:TC: 2002:185 (BOE núm. 271 de 17 de noviembre de 2002).

STC 94/1999 ECLI:ES:TC: 1999:94 (BOE núm. 181 de 30 de julio de 2003).

STC 184/2003 ECLI:ES:TC: 2003:184 (BOE núm. 272 de 13 de noviembre de 2003).

STC 299/2000 ECLI:ES:TS: 2000:1686 (BOE núm. 14 de 16 de enero de 2001).

STC 104/2006 ECLI:ES:TC: 2006:104 (BOE núm. 110 de 9 de mayo de 2006).

STC 150/2006 ECLI:ES:TC: 2006:150 (BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006).

STC 189/2009 ECLI:ES:TC: 2009:189 (BOE núm. 254 de 21 de octubre de 2009).

STC 173/2011 ECLI:ES:TC: 2011: 173 (BOE núm. 294 de 7 de diciembre de 2011).

STC 12/2012 ECLI:ES:TC: 2012:12 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2012).

STC 29/2013 ECLI:ES:TC: 2013:29 (BOE núm. 61 de 12 marzo de 2013).

STC 115/2013 ECLI:ES:TC: 2013:115 (BOE núm. 133 de 4 de junio de 2013).

STC 170/2013 ECLI:ES:TC: 2013:170 (BOE núm. 267 de 7 de noviembre de 2013).

STC 145/2014 ECLI:ES:TC: 2014:145 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014).

STC 39/2016 ECLI:ES:TC: 2016:39 (BOE núm. 85 de 8 de abril de 2016).

STC 27/2020 ECLI:ES:TC: 2020:27 (BOE núm. 83 de 26 de marzo de 2020).

TS

ATS 11430/2005 ECLI:ES:TS: 2005:11430A de 27 de septiembre de 2005.

STS 692/1997 ECLI:ES:TS: 1997:6660 de 7 de noviembre de 1997.

STS 173/1998 ECLI:ES:TS: 1998:853 de 10 de febrero de 1998.

STS 968/1998 ECLI:ES:TS: 1998:4822 de 17 de julio de 1998.

STS 755/2000 ECLI:ES:TS: 2000:755 de 4 de febrero de 2000.

STS 900/2000 ECLI:ES:TS: 2000:6333 de 28 de julio de 2000.

STS 1078/2001 ECLI:ES:TS: 2001:4864 de 8 de junio de 2001.

STS 4107/2003 ECLI:ES:TS: 2003:4107 de 13 de junio de 2003.

STS 1241/2005 ECLI:ES:TS: 2005:6544 de 27 de octubre de 2005.

STS 8299/2007 ECLI:ES:TS: 2007:8299 de 15 de noviembre de 2007.

STS 1876/2010 ECLI:ES:TS: 2010:1876 de 31 de marzo de 2010.

STS 4144/2010 ECLI:ES:TS: 2010:4144 de 14 de julio de 2010.

STS 2476/2011 ECLI:ES:TS: 2011:2476 de 14 de abril de 2011.

STS 4451/2011 ECLI:ES:TS: 2011:4451 del 26 de mayo de 2011.

STS 3884/2012 ECLI:ES:TS: 2012:3884 de 1 de junio de 2012.

STS 4446/2012 ECLI:ES:TS: 2012:4446 de 6 de junio de 2012.

STS 419/2013 ECLI:ES:TS: 2013:419 de 14 de mayo de 2013.

STS 67/2014 ECLI:ES:TS: 2014:558 de 28 de enero de 2014.

STS 2114/2014 ECLI:ES:TS: 2014:2114 de 13 de mayo de 2014.

STS 409/2014 ECLI:ES:TS: 2014:2209 de 21 de mayo de 2014.

STS 2459/2014 ECLI:ES:TS: 2014: 2459 de 17 de junio de 2014.

STS 4091/2014 ECLI:ES:TS: 2014:4091 de 1 de octubre de 2014.

STS 1954/2015 ECLI:ES:TS 2015:1954 de 24 de abril de 2015.

STS 991/2016 ECLI:ES:TS: 2017:47 de 12 de enero de 2016.

STS 1218/2016 ECLI:ES:TS: 2016:1218 de 10 de marzo de 2016.

STS 1484/2016 ECLI:ES:TS: 2016:1484 de 6 de abril de 2016.

STS 1709/2016 ECLI:ES:TS: 2106:1709 de 6 de mayo de 2016.

STS 476/ 2017 ECLI:ES:TS: 2017:476 de 15 de febrero de 2017.

STS 200/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1069 de 27 de marzo de 2017.

STS 91/2017 ECLI:ES:TS: 2017:91 de 15 de abril de 2017.

STS 272/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1594 de 18 de abril de 2017.

STS 1594/2017 ECLI:ES:TS: 2017:1594 de 18 de abril de 2017.

STS 272/2017 ECLI:ES:TS: 2017: 1594 de 18 de abril de 2017.

STS 91/2017 ECLI:ES:TS: 2017:91 de 15 de abril de 2017.

STS 881/2020 ECLI:ES:TS: 2020:881 de 13 de mayo de 2020.

STS 1601/2021 ECLI:ES:TS:2021: 1601 de 7 de abril de 2021.

10. ANEXO I (TABLAS COMPARATIVAS).

ANTEPROYECTO 2020	LECRIM 2015
CAPÍTULO I DISPOSICIONES COMUNES (ARTS. 345-352)	CAPÍTULO IV DISPOSICIONES COMUNES (ARTS. 588 BIS)
Art. 345 Autorización judicial	Art. 588 <i>bis</i> b Solicitud de autorización judicial
Art. 346 Autorización de terceros	Art. 588 <i>bis</i> h Afectación de 3ª personas Art. 588 <i>ter</i> c Afectación a terceros
Art. 347 Control judicial de la medida	Art. 588 <i>bis</i> g Control de la medida
Art. 348 Duración	Art. 588 <i>bis</i> e Duración
Art. 349 Utilización de la información en un proceso distinto Art. 350 Descubrimientos casuales	Art. 588 <i>bis</i> i Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. (Nos remite al art. 579 bis)
Art. 351 Cese de la medida	Art. 588 <i>bis</i> j Cese de la medida
Art. 352 Destrucción de las grabaciones	Art. 588 <i>bis</i> k Destrucción de registros
CAPÍTULO II INTERCEPTACIÓN COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS (arts. 353-367)	CAPÍTULO V INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS (arts. 588 <i>ter</i>)
<i>Sección 1ª Disposiciones generales</i>	<i>Sección 1ª Disposiciones generales</i>
Art. 353 Objeto de la diligencia	Art. 588 <i>ter</i> a Presupuestos Art. 588 <i>ter</i> b Ámbito Art. 588 <i>ter</i> d Solicitud de autorización judicial
Art. 354 Garantía judicial	Art. 588 <i>ter</i> d Idem
Art. 355 Ámbito de aplicación	Art. 588 <i>ter</i> a Presupuestos
Art. 356 Requisitos de la intervención Art. 357 Solicitud del Mto. Fiscal Art. 358 Resolución judicial	Art. 588 <i>ter</i> d Solicitud de autorización judicial
Art. 359 Ampliación a nuevos hechos o personas	Art. 588 <i>ter</i> c Afectación a tercero
Art. 360 Ejecución de la medida	Art. 588 <i>ter</i> f Control de la medida
Art. 361 Colaboración de empresas de telefonía y telecomunicaciones en la ejecución de la medida	Art. 588 <i>ter</i> e Deber de colaboración
Art. 362 Duración de la intervención	Art. 588 <i>ter</i> g Duración
Art. 363 Prórroga de la intervención	Art. 588 <i>ter</i> h Solicitud de prórroga
Art. 364 Cese de la medida en el supuesto de detención de la persona investigada	
Art. 365 Notificación de la resolución Judicial tras el cese de la Intervención	
Art. 366 Comparecencia de la persona Investigada para el examen de las grabaciones Art. 367 Utilización de las grabaciones en el juicio oral	Art. 588 <i>ter</i> i Acceso de las partes a las grabaciones

<i>Sección 2ª Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados</i>	<i>Sección 2ª Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados</i>
Art. 368 Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios	Art. 588 <i>ter j</i> Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios
<i>Sección 3ª Acceso a los datos necesarios para la identificación del usuario y del terminal</i>	<i>Sección 3ª Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad</i>
Art. 369 Identificación mediante una dirección IP	Art. 588 <i>ter k</i> Identificación mediante Número IP
Art. 370 Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o sus componentes	Art. 588 <i>ter l</i> Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes
Art. 371 Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad	Art. 588 <i>ter m</i> Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.

CAPÍTULO IV LA INTERCEPTACIÓN DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS POR MEDIOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DEL SONIDO	CAPÍTULO VI CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE CONVERSACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS
Art. 383 Objeto Art. 384 Garantía judicial	Art. 588 <i>quáter a</i> Grabación de las comunicaciones orales directas
Art. 385 Ámbito de la vigilancia acústica Art. 386 Requisitos	<i>Art. 588 quáter b</i> presupuestos
Art. 387 Solicitud del Mto. fiscal	
Art. 388 Resolución judicial	Art. 588 <i>quáter c</i> Contenido de la resolución judicial
Art. 389 Ejecución de la medida y supervisión judicial	Art. 588 <i>quáter d</i> Control de la medida
Art. 390 Cese y ampliación	Art. 588 <i>quáter e</i> Cese
Art. 391 Comunicación al juez de garantías y afectados	
Art. 392 Comparecencia de la Persona investigada	
Art. 393 Utilización posterior de las Grabaciones	

ANTEPROYECTO 2020	LECRIM 2015
<p>TÍTULO III OBSERVACIONES Y VIGILANCIAS FÍSICAS Y UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO, LOCALIZACIÓN Y CAPTACIÓN DE LA IMAGEN</p>	<p>CAPÍTULO VII UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN</p>
<p>Art. 394 Vigilancia físicas Art. 395 Vigilancia sistemáticas</p>	<p>Art. 588 <i>quinquies</i> a) Captación de imágenes en lugares o espacios públicos</p>
<p>Art. 396 Requisitos Art. 397 Autorización judicial Art. 398 Contenido de la solicitud</p>	<p>Art. 588 <i>quinquies</i> b) Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización</p>
<p>Art. 399 Duración Art. 400 Utilización posterior de las Grabaciones Art. 401 Personas a las que debe ser notificada la medida</p>	<p>Art. 588 <i>quinquies</i> c) Duración de la medida</p>
<p>Art. 402 Cancelación de datos</p>	
<p>Art. 403 Utilización de las grabaciones obtenidas por medios técnicos de videovigilancia</p>	
<p>Art. 404 Destrucción de las grabaciones</p>	

TÍTULO IV LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA ENTRADA Y REGISTRO, INTERVENCIÓN DE LIBROS, PAPELES Y DOCUMENTOS Y REGISTRO INFORMÁTICOS	
CAPÍTULO III REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN	CAPÍTULO VIII REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN
Art. 425 Acceso a la información	Art. 588 <i>sexies</i> a) Necesidad de motivación individualizada Art. 588 <i>sexies</i> b) Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio investigado
Art. 426 Autorización judicial Art. 427 Ampliación del objeto del Registro Art. 428 Deberes de colaboración	Art. 588 <i>sexies</i> c) Autorización judicial
CAPÍTULO IV REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS	CAPÍTULO IX REGISTRO REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS
Art. 429 Presupuestos Art. 430 Autorización judicial Art. 431 Ampliación	Art. 588 <i>septies</i> a) Presupuestos
Art. 432 Deber de colaboración	Art. 588 <i>septies</i> b) Deber de colaboración
	<i>Art. 588 septies c) Duración</i>
CAPÍTULO V MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	CAPÍTULO X MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO
Art. 433 Orden de conservación de datos Art. 434 Duración Art. 435 Deber de colaboración	Art. 588 <i>octies</i> Orden de conservación de datos

TÍTULO VII LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS	
CAPÍTULO II EL AGENTE ENCUBIERTO	TÍTULO III DE LA POLICÍA JUDICIAL
Art. 500 Ámbito de aplicación	Art. 282 <i>bis</i> 1
Art. 501 Sujetos que pueden actuar de forma encubierta	Art. 282 <i>bis</i> 2
Art. 502 Solicitud del Mto. Fiscal	Art. 282 <i>bis</i> 3
Art.503 Resolución judicial	
Art. 504 Actuación mediante identidad supuesta	Art. 282 <i>bis</i> 2
Art. 505 Desarrollo de la investigación	Art. 282 <i>bis</i> 3
Art. 506 Responsabilidad por conductas delictivas durante la infiltración	Art. 282 <i>bis</i> 5
Art. 507 Declaración testifical del agente encubierto	
Art. 508 Utilización de las informaciones obtenidas en otros procesos	
CAPÍTULO III INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS EN CANALES CERRADOS DE COMUNICACIÓN	
Art. 509 Régimen general Art. 510 Solicitud del Mto. Fiscal Art. 511 Resolución Art. 512 Ámbito de la autorización Ampliación a nuevos hechos o personas Art. 513 Desarrollo de la investigación	Art. 282 <i>bis</i> 6 y 7

TÍTULO VIII	
LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN BASADOS EN DATOS PROTEGIDOS	
Art. 514 Búsqueda y obtención de datos a través de fuentes y canales abiertos	
Art. 515 Acceso a datos personales contenidos en ficheros	
Art. 516 Cruce automatizado o inteligente de datos	
Art. 517 Búsquedas selectivas a partir de rasgos distintivos	
Art. 518 Tratamiento de datos	
Art. 519 Cesión de datos entre procesos penales	
Art. 520 Valor de los datos	