









































Todas las medidas tecnológicas de investigación criminal que se introducen, son medidas que pueden suponer la vulneración del contenido esencial de los derechos que se regulan en el artículo 18 de la CE<sup>16</sup>.

El artículo 53.1 de la CE, nos señala que sólo por medio de una ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Pero se nos crea una pregunta, que implica un esfuerzo interpretativo; ¿qué significa contenido esencial?

Nuestro TC se posiciona dentro de la teoría relativa. Los defensores de esta teoría interpretan que la garantía de un DDFE no resulta vulnerada siempre y cuando las restricciones que afecten a éstos estén suficientemente justificadas. Estos derechos pueden ser restringidos, solo que es necesaria una matización, han de existir poderosas razones para ello. El TC dice que solo serán restringidos los DDFE por causas muy justificadas, y lo hacen mediante el instrumento del Principio de Proporcionalidad.

El TC entre la protección de los derechos fundamentales de la persona y el empleo de la tecnología, cuando se persigue un fin legítimo como es la investigación criminal por parte de las autoridades judiciales y policiales, señala que ha de existir la necesidad de establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades fundamentales (en particular, la intimidad personal) a causa del uso indebido de la información así como de las TIC durante la investigación criminal.

Los sofisticados instrumentos que aporta la revolución tecnológica, exige una reinterpretación funcional del artículo 18 de la CE. EL TC señala que los avances en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto del

---

<sup>16</sup> Art. 18 de la CE:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos

derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18 CE.<sup>17</sup>



---

<sup>17</sup> STC 70/2002, de 3 de abril

## **II. SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL ARTÍCULO 18 DE LA CE Y SU RELACIÓN CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL.**

Todas las medidas de investigación tecnológica que se introducen en el contenido de la reforma de la LECrim, mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre, son medidas que pueden suponer la vulneración del contenido esencial de los derechos que se consagran en el artículo 18 de la CE. (Derecho al honor, intimidad y propia imagen, derecho a la inviolabilidad del domicilio y derecho al secreto de las comunicaciones).

### **A) NATURALEZA Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.**

#### **1. Derechos del art. 18.1.**

Los Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establecidos en el artículo 18.1 de la CE, forman el bloque de los derechos de la personalidad. El objeto de éstos es la propia existencia, “el derecho a la personalidad consiste, subjetivamente, en la atribución o pretensión que a todos nos corresponde de valer, de ser tenidos y respetados como personas, como seres libres que tienen fines altísimos que cumplir. Objetivamente, es el conjunto de condiciones necesarias para que se mantenga vivo ese carácter en el ser humano, su condición superior excelsa del ser racional<sup>18</sup>

Estos derechos del artículo 18.1 de la CE se desarrollan a través de la LO 1/1982, de 5 de Mayo, sobre protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Aunque son tres derechos autónomos poseen rasgos comunes, y en este sentido el artículo 7 de la LO 1/1982 señala la intromisión ilegítima dentro del ámbito de protección civil de estos derechos, cuando sin hacer distinción alguna.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Bonilla Sánchez, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus, Madrid: 2010, pags. 27-30.

<sup>19</sup> a) Se emplace en cualquier lugar aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

b) Se utilicen aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

El constituyente español, pese a que existan entre ellos rasgos comunes, opta por diferenciar el contenido que ofrece el artículo 18.1 de la CE, reconociendo así una pluralidad de derechos, diferenciándose el honor, la intimidad y la propia imagen.

En primer lugar encontramos el honor, que posee un término metajurídico, de difícil definición y variable según épocas y lugares.<sup>20</sup> El TC señala que no puede encontrarse una definición de honor, ya que resulta jurídicamente indeterminado, además de que su contenido es débil y cambiante, dependiendo de las normas, valores e ideas vigentes en un determinado ambiente social. “Hay que buscarlo en el lenguaje de todos. El Diccionario de la Real Academia nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Tratado de Roma), la cual -como la fama y la honra- consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno.”<sup>21</sup>

Se observa en esta afirmación del TC una dimensión objetiva a la definición de honor, mientras que en la Sentencia 85/1992, donde se recoge la doctrina del Tribunal Supremo, éste otorga una dimensión subjetiva al concepto, afirmando que “El derecho al honor, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás.”<sup>22</sup>

En la actualidad el TC prefiere unificar las dos dimensiones al disponer que el honor “es la buena reputación de una persona, amparándola frente a expresiones o

---

c) Se divulgue hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

d) Se revele datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

e) Se capte, reproduzca o publique por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.

f) Se utilice del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

g) Se divulgue expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

<sup>20</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 333

<sup>21</sup> STC 223/1992

<sup>22</sup> STC 85/1992

mensajes que puedan hacerla desmerecer de la condición ajena al ir en su descrédito o menosprecio”<sup>23</sup>

Para entender la intimidad, el constituyente aclara que este derecho posee las mismas dificultades conceptuales que el caso anterior, “Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”<sup>24</sup>

Como bien se puede observar en el contenido del artículo 18.1 de la CE, el contenido de Intimidad posee dos dimensiones, el personal y el familiar o relacional. En primer lugar el TC entiende dentro de la dimensión personal el “reconocimiento de un ámbito a salvo de las injerencias de extraños, el derecho a no ser molestado y a guardar reserva sobre los datos que una persona no quiera revelar. En definitiva, el derecho a mantener una vida privada sin interferencias, para de este modo poder desarrollar una mínima calidad de vida”<sup>25</sup>

En cuanto a la dimensión familiar o relacional, el TC señala que el derecho a la intimidad no solo se extiende a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existentes con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo”<sup>26</sup>

Por lo que respecta al tercer derecho autónomo del artículo 18.1 de la CE, el TC proclama que el derecho a la propia imagen, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> STC 216/2006

<sup>24</sup> STC 171/1990

<sup>25</sup> STC 209/1988

<sup>26</sup> STC 231/1988

<sup>27</sup> STC 117/1994

Hoy en día, los avances y desarrollo de las TIC, supone la aparición de nuevas formas tecnológicas que pueden conllevar la vulneración de los derechos al honor, intimidad, y propia imagen, de una persona.

Siendo así, el avance de las TIC, da lugar a que los miembros de la Policía Judicial tengan en su poder nuevas herramientas de investigación de los delitos. El registro remoto sobre equipos informáticos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, son medidas que suponen, si se aplican, una vulneración a los derechos que regula el art 18.1 de la CE, por ello, para la utilización de estas medidas siempre será necesaria una autorización que le permita a los miembros de la Policía Judicial, realizar las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos, aunque supongan la vulneración, sobretodo de la intimidad y la propia imagen.

## **2. Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art 18.2).**

La inviolabilidad de domicilio es otro de los derechos de la personalidad, y lo podemos encontrar en el apartado segundo del artículo 18. Este es un derecho que protege el desarrollo de la personalidad en el espacio.<sup>28</sup> Importante en este Derecho es determinar el concepto de domicilio. En la STC 22/1985 se propugnó el establecimiento de un concepto constitucional de domicilio más amplio que el civil daba del mismo, establecido en el artículo 40 del CC, donde se reduce al punto de localización de la persona. En la STC se señala que la inviolabilidad del domicilio es un auténtico derecho fundamental de la persona en el que se garantiza el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública.

La STC continúa señalando que el domicilio es inviolable, es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretado en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades,

---

<sup>28</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional...cit.*, p 342



en las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.<sup>29</sup>

Este derecho posee una regulación supra nacional, ya que se reconoce en el artículo 12 de la DUDH de 1948. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, también puede verse afectado cuando la autoridad judicial autoriza nuevas medidas de investigación tecnológicas, tales como la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o el registro remoto sobre equipos informáticos. Estas medidas implican que los miembros de la Policía Judicial, invadan el espacio físico donde el investigado ejerce su libertad más íntima.

### **3. Derecho al secreto de las comunicaciones (art 18.3).**

El último de los derechos de la personalidad que se incluyen en el artículo 18 de la CE, lo encontramos en el punto tercero, y no es otro que el derecho al secreto de las comunicaciones. Éste es un derecho autónomo, que protege en definitiva la reserva de las comunicaciones o el mero proceso comunicativo intersubjetivo, independientemente del contenido o del nivel de intimidad del mensaje.<sup>30</sup>

En este marco conceptual del secreto, nuestro TC señala que no solo se cubre la opacidad de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos como es la identidad subjetiva de los interlocutores o los corresponsales.<sup>31</sup>

Debido al auge de las nuevas tecnologías, las comunicaciones alcanzan un nivel superior al de antaño. Hoy, ya no solo se considera comunicación, la producida por medio de un teléfono fijo, han aparecido otros sistemas de comunicación; teléfonos móviles, smartphones, tablets, ordenadores. Crece así, el marco de situaciones que deben quedar

---

<sup>29</sup> STC 22/1984

<sup>30</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional...cit.*, p 345.

<sup>31</sup> STC 114/1984

amparadas por el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo tanto, aumenta las situaciones en el que este derecho puede verse afectado o vulnerado.

La Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado reconoce, la protección constitucional del secreto de las comunicaciones, no solo a los medios conocidos, sino a todos los que van apareciendo o puedan aparecer en un futuro.

Dentro del marco de protección constitucional del secreto de las comunicaciones, se incluyen las medidas tecnológicas para la investigación criminal. La Policía Judicial tiene a su alcance medios de investigación, tales como la intervención de teléfonos o la grabación de conversaciones orales, que suponen, si se practicasen, la vulneración del derecho que se establece en art 18.3 de la CE. Por lo tanto, siempre que se practiquen estas medidas, y puesto que van dirigidas al ámbito de protección de la comunicación de un investigado, habrá de ser amparada y habilitada mediante una resolución o auto judicial.

## **B) TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS INVESTIGACIONES POLICIALES.**

### **1. Limitabilidad de los derechos fundamentales.**

Los Derechos Fundamentales, constituyen el punto de equilibrio del conflicto de intereses que se generan en un proceso penal, pero este hecho no implica que los mismos sean barreras infranqueables en todo caso.

Es necesario señalar que todos los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida son limitables en el proceso penal, siempre y cuando se respete una serie de condiciones:

Que la CE expresamente autorice la posibilidad de limitación de un derecho fundamental. Como es el supuesto de la inviolabilidad del domicilio. Este derecho fundamental señala que ninguna entrada o registro podrá hacerse en el domicilio sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo flagrante delito (artículo 18.2 CE) o en el supuesto del secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la CE señalando la excepción de la resolución judicial.

Cuando se tratan de derechos de los cuales no existe previsión expresa en la CE, se requiere la existencia de una ley que autorice expresamente la posibilidad de una restricción

de derechos fundamentales.<sup>32</sup> Muñoz Arnau, señala que el desarrollo legislativo del ejercicio de los derechos fundamentales no deja de ser problemático pues esa ley de desarrollo podría incurrir en limitaciones excesivas rayando la inconstitucionalidad, por lo que aquí se unen tanto una labor delimitadora como limitadora, debiendo ser analizada por los operadores jurídicos su adecuación al texto constitucional.<sup>33</sup>

Y por último hay que señalar que tal limitación ha de tener siempre una finalidad tendente a la consecución de un interés socialmente relevante.<sup>34</sup>

## 2. Requisitos exigidos para la limitación de los derechos fundamentales.

Los requisitos exigidos para la limitación de derechos fundamentales en el seno de un proceso penal, habrán de ser tenidos en cuenta no solo por el legislador que debe respetarlos, ya que podría una norma devenir inconstitucional, sino además por los Jueces y el resto de órganos públicos de la investigación que, en el supuesto de infringirlos, correrían el riesgo de sufrir la declaración de nulidad del concreto acto realizado<sup>35</sup>.

La reforma de la LECrim, por medio de la LO 13/2015, viene a regular el desarrollo de los derechos fundamentales del art 18, cuando se autoriza una medida de investigación tecnológica dirigida al investigado.

El primero de los requisitos exigidos para la limitación de un derecho fundamental en el proceso penal es el principio de legalidad. Como bien señala el artículo 53. 1 de la CE. *“Solo por medio de una ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales del Título I, Capítulo II de nuestra carta magna, se podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades.”*

La ley, como bien señala el artículo 53.1 CE, regula el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y determina así el alcance de una restricción autorizada y las condiciones que se imponen para ello, de manera que toda limitación no expresamente permitida estará prohibida. Dicho de otra forma, lo que la ley de desarrollo del derecho no contemple expresamente como restringible será absolutamente invulnerable.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> STC 11/1981

<sup>33</sup> Muñoz Arnau, J.A. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional español* Aranzadi, Pamplona, 1998, pág.105 y ss

<sup>34</sup> STC 37/1989

<sup>35</sup> Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal Penal.....cit.*, p 139

<sup>36</sup> Ídem.

El TEDH, a la hora de aplicar el CEDH elaboró una doctrina estableciendo los requisitos que ha de cumplir cualquier norma restrictiva de derechos fundamentales:

La norma ha de ser accesible y previsible. La ley ha de ser pública y proporcionar a los ciudadanos información suficiente para acondicionar su conducta a la misma y prever con la mayor precisión posible, las consecuencias que habrían de derivarse de una concreta actuación contraria a esta norma.

Además la norma no ha de abrir la puerta por su ambigüedad o amplitud a la arbitrariedad de los poderes públicos. En este punto cabría señalar que la LO 13/2015, contiene ciertas amplitudes que conllevan cierta arbitrariedad de los poderes públicos, así y como se desarrollará posteriormente, existen medidas de investigación tecnológicas que quedan al amparo exclusivo de la Policía Judicial, como es el caso de la captación y grabación del investigado en la vía pública, o la captación de códigos de identificación o etiquetas técnicas de los aparatos de telecomunicaciones del investigado, todo ello debido, a que el propio texto posibilita la medida sin necesidad de realizarse con autorización judicial.

El segundo de los requisitos exigidos para la limitación de un derecho fundamental es el Principio de Jurisdiccionalidad. Este principio señala que *toda limitación de un derecho fundamental ha de ser acordada u ordenada por una Autoridad Judicial*. Sin embargo esta afirmación requiere de ciertas matizaciones:

Es el supuesto de determinados derechos fundamentales, por ejemplo el de la inviolabilidad del domicilio, el propio texto constitucional determina una serie de condiciones dónde se habilita a otros elementos que no son la autoridad judicial a traspasarlo, son los supuestos del consentimiento o el delito flagrante.

Volviendo a la matización realizada anteriormente, en el Título VIII de la reforma que precisamente se llama “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art 18 de la CE” se establecen medidas que vulneran el contenido esencial de los derechos y no se precisa, para habilitar la medida un auto judicial.

El siguiente requisito que se exige para la limitación de los derechos fundamentales es el principio de proporcionalidad:

Si acudimos a la exposición de motivos de la LO 13/2015, en el punto IV se observa como el legislador señala que se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el TC ha definido como determinantes de la validez del acto de

injerencia. Así, en las medidas establecidas para la investigación tecnológica deben de satisfacerse los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, y cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.<sup>37</sup>

En el nuevo articulado que se nos presenta en la LECrim, podemos observar la necesaria exigencia del respeto a los principios, en toda medida tecnológica que autorice el juez. Pero, durante el desarrollo de las medidas, encontramos situaciones, tales como la urgencia, en el que para realizar la medida en cuestión, no será necesaria la habilitación judicial, por derivarse como irrepetible, aunque posteriormente, el juez deba de ratificarlo. Por lo tanto, existen situaciones, en el día a día que suponen vulneraciones de derechos fundamentales del art 18 de la CE. Sin el respeto a todos los requisitos exigidos para limitarse.

El legislador tiene presente el principio de proporcionalidad y habla de los subprincipios que se nos presentan dentro de éste. Así se recoge además en art 588 bis a).

El primer subprincipio, el principio de idoneidad, excluye la adopción de medios inadecuados que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. En el supuesto de la limitación de los derechos del artículo 18 de la CE se pretende que la medida haya de ser la idónea para descubrir el delito perseguido.<sup>38</sup>

Respecto al subprincipio de necesidad, se exige que de entre dos medios igualmente idóneos, es necesario elegir aquel que sea menos lesivo. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra. Bajo esta condición, se exige que sea aplicado el medio que interfiera en menor grado.<sup>39</sup>

Por último, el tercer subprincipio es el de proporcionalidad en sentido estricto, la medida de investigación tecnológica ha de ser proporcional a la gravedad del delito investigado, por lo que no podrá limitarse un derecho estableciendo una medida muy restrictiva, para delitos leves.

---

<sup>37</sup> Véase en la exposición motivos 13/2015 Sec. I. Pág. 90195.

<sup>38</sup> Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal Penal...cit.*, p 141

<sup>39</sup> Alexy, Robert., “*Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad... cit.*”, p. 15

En el supuesto del registro remoto sobre equipos informáticos, entendiendo que es una medida muy restrictiva en los derechos del investigado, puesto que, una vez autorizada pueden verse vulnerados todos los derechos del art 18. El legislador, amplía el elenco de los delitos; a los que sean cometidos contra menores, o sean delitos de traición y relativos a la defensa nacional.

El último de los requisitos que se establecen para una limitación de un derecho fundamental es la garantía en la ejecución de la restricción. Toda medida limitativa de uno de estos derechos habrá de adoptarse con respeto a unas mínimas garantías que tienden a asegurar tanto la fiabilidad del medio utilizado, cuanto la salud e integridad de la persona investigada. Estas garantías suponen una lista abierta que será aplicada a cada caso concreto en atención a la naturaleza del método limitativo y a sus circunstancias; por ejemplo, en la LO 13/2015, la intervención de una comunicación telefónica será siempre realizada por los miembros especialistas de los servicios de telecomunicación.

## **C) INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.**

### **1. Secreto de las comunicaciones y las nuevas tecnologías de investigación policial en la lo 13/2015.**

#### 1.1 Detención y apertura de la correspondencia Escrita y telegráfica.

##### 1.1.1 Consideraciones previas

Los aspectos relativos a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica se encierra regulado en el Capítulo III del Título VIII, conformado por el art 579 y 579 bis de la LECrim.

La pasada LECrim, estaba anclada en el pasado, los preceptos de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica hacían la medida inviable. El decimonónico esquema que presentaba la LECrim provocaba que la correspondencia privada del investigado no podría ser interceptada.

Mediante la reforma por medio de la LO 13/2015, se quiere diferenciar entre lo que pretende ser la detención y el registro de la correspondencia postal o telegráfica, y por otro lado la observación de estos medios comunicativos.<sup>40</sup>

En la reforma, afortunadamente se tiene en cuenta las realidades que en día tienen estos medios de correspondencia, el llamado Servicio Postal Universal, regulado por medio de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, y los derechos de los usuarios y del mercado postal. Tanto es así, que en el primer precepto de la ley, nos añade los faxes, burofaxes y giros, que el investigado reciba o emita.

Esta medida de investigación supone adoptar una limitación del derecho fundamental al secreto de la correspondencia postal, y telegráfica que nos señala el art 18.3 de la CE: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”. El contenido de la LO 13/2015, lo hace extensible además a los faxes, burofaxes y giros, servicios postales éstos no existentes cuando se proclamó la CE.

La medida consiste en la detención y el registro de la correspondencia privada del investigado, siempre que existan razones fundadas que permitan presumir que a través de esta medida puedan aparecer hechos importantes para la causa objeto de las diligencias de investigación.

Del contenido de la CE se sustrae que para limitar este derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, se precisa venir autorizada por medio de resolución judicial. Además, esta resolución judicial habrá de contener el juicio de proporcionalidad que justifique la aplicación de la medida, y así pueda verse afectado este derecho.<sup>41</sup>

De acuerdo con el artículo 11.1 de la LOPJ, “*si la medida de investigación no pudo realizarse de acuerdo con las exigencias establecidas, no podrán surtir a efecto las pruebas obtenidas, directa*

---

<sup>40</sup> Rodríguez Lainz, José Luis, *Sobre la Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales: La regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, págs 7 y 8. En: <https://goo.gl/f5m75w> (Consulta: 16/06/2016)

<sup>41</sup> González-Montes Sánchez, José Luis, *Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, págs 23 a 26. En <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-06.pdf> (Consulta 16/06/2016)

*o indirectamente, si se ha vulnerado los derechos o libertades fundamentales, por lo que si el auto judicial carece de una imputación objetiva, de concreción de la medida, implicará la nulidad de la injerencia al derecho fundamental regulado en el artículo 18.3 de la CE al secreto de las comunicaciones.”*

La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, siempre ha de ir dirigida a la investigación de un delito concreto, respecto del cual existiera en la causa suficientes indicios que acredite la necesidad de la limitación del derecho del investigado

#### 1.1.2 Disposiciones generales.

Esta medida de investigación policial no se puede realizar para todos los delitos, el art 579 de la LECrim, establece que solo será posible para delitos con pena superior a tres años de prisión, por lo que no es posible autorizar esta medida para delitos leves, y para delitos graves cometidos por organizaciones criminales o terrorismo. Aquí, habría de señalarse que si estos delitos no están ya comprendidos en el primer apartado.

El plazo por el que se acuerda la intervención de las comunicaciones escritas y telegráficas se fina en tres meses, aunque puede prorrogarse hasta un máximo de hasta dieciocho meses. Se equipara este plazo con los que se establece para la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemática, y con las de las medidas que implican grabación y seguimiento.

Se precisa para realizar la intervención, un auto judicial habilitando a los miembros de la Policía Judicial para la realización de la medida. Anteriormente, detallamos que para que toda medida que implique una afectación a uno de los derechos fundamentales, debía de venir regulada por medio de una Ley Orgánica, como es el supuesto de la LO 13/2015. Además, los requisitos contemplaban que siempre había de existir una autorización judicial habilitando la injerencia, el propio contenido del 18.3 de la CE, lo determina. Pero, en el texto del art 579 se establecen unos supuestos en el que se puede intervenir una comunicación sin mediar auto judicial. Estos son:

*Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.*

*Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.*



*Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.*

Encontramos así situaciones en las que puede verse afectado un derecho fundamental, sin mediar auto que habilite la injerencia, provocando que los miembros de la Policía Judicial, practique la limitación a su antojo, aproximando las medidas a las propias de un Estado de Policía.

De acuerdo con el Principio de especialidad, la restricción de un derecho fundamental, es este caso el del secreto de las comunicaciones, ha de subordinarse a la investigación de un delito en concreto. Pero durante la práctica diaria policial, podemos hallarnos ante situaciones en las que casualmente se encuentre una información no amparada por el auto habilitante, o que lo obtenido en una medida de investigación pueda ser útil en otro en el que se investigan hechos de alguna manera relacionados entre sí cuando no es procedente la acumulación por conexión.

Estos hallazgos casuales vienen recogidos en la LECrim, pero también vulnera el requisito de especialidad que ha de contener toda limitación de derechos fundamentales. La ley ampara estas eventualidades, siempre que sucedan de buena fe, ya que no es deseable prescindir de hallazgos respecto de un delito de cierta gravedad, ni tampoco prohibir el uso de su conocimiento útil para el enjuiciamiento de otros hechos.<sup>42</sup> La ley abre la puerta a estas eventualidades, pero han de sujetarse a unos requisitos que constituyen presupuestos constitucionales.

Se considerará válida la información obtenida en una interceptación de las comunicaciones escritas o telegráficas, pero se establecen una serie de precisiones:

1º Si el Juzgado que halló la nueva información era el competente para el delito, bastará con que dicte resolución que legitime lo encontrado. Dar la posibilidad de legitimar un hallazgo causal exclusivamente por que la información obtenida es de la misma competencia, posibilita a los jueces autorizar información sin mediar juicios de proporcionalidad, por lo que se estaría vulnerando otro de los requisitos exigidos para la limitación de un derecho fundamental.

2º Si el Juzgado no era el competente, la restricción del derecho requiere autorización por parte del Juez competente, lo cual implica varios resultados. En primer

---

<sup>42</sup> Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal Penal.....cit.*, pags 188 y 189.

lugar que el juzgado incompetente no puede mantener la restricción del derecho, sin deducir testimonio al competente para que se pronuncie acerca de continuar las diligencias o denegarlas. Y en segundo lugar, que todo lo actuado ante el incompetente, hasta el momento en que se inhiba y el competente asuma la competencia y dicte resolución autorizando la restricción, carecerá de valor probatorio, siendo una mera “notitia criminis”, es decir, un objeto de prueba y no un medio de prueba.<sup>43</sup>

## 1.2 La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

### 1.2.1 Consideraciones previas.

Gracias a la reforma de la LO 13/2015 todo lo relativo a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se encuentran reguladas en el Capítulo V del Título VIII del Libro II de la LECrim, el cual se encuentra comprendido por los artículos 588 ter a) a 588 ter m).

Hasta la entrada en vigor de la nueva LO 13/2015, todos los aspectos relativos a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se encontraba escasamente regulada en la LECrim. A través de la reforma, el legislador ofrece una regulación detallada y garantista de las intervenciones telefónicas y telemáticas en el proceso penal.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas ha venido realizándose gracias al SITEL. Este sistema de interceptación de comunicaciones permite un espionaje íntegro de las comunicaciones electrónicas, ya sea interceptando o grabando digitalmente conversaciones a través de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos tanto en formato oral como en escritura digital.

Hasta la entrada de la LO 13/2015, no teníamos una regulación que amparara el amplio espectro de comunicaciones que SITEL podría interceptar, y nos remitíamos a la jurisprudencia del TC, sobre las intervenciones telefónicas, estableciéndose en ellas los presupuestos mínimo para realizar la interceptación, por lo que provocaba una grave inseguridad jurídica.<sup>44</sup> Debido al desconocimiento que se poseía para acometer la medida.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*

<sup>44</sup> Bueno de Mata, Federico, Comentarios y reflexiones sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, *Diario la Ley*, n° 8627, p. 3.

La reforma no pasa por alto los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años, vemos que cabe la posibilidad de interceptar cualquier clase de comunicación que se realice mediante un teléfono móvil o cualquier otro sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Para así aglutinar los nuevos tipos de mensajería que se han establecido hoy en día en la sociedad tecnológica, tales como Whatsapp, Messenger Facebook, o Telegram.

El derecho fundamental objeto de protección al constituirse esta medida por parte de la autoridad judicial es el derecho al secreto de las comunicaciones. La protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, (postales, telegráficas y telefónicas), y también las que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse.<sup>45</sup>

La norma constitucional garantiza el secreto de la comunicación entre los interlocutores. El TC, además, “señala que *“la revelación de la comunicación por uno de los intervinientes en la comunicación no se configura como vulneración del art. 18.3 CE, sino como una violación del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, en tanto la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso de la comunicación, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”* (STC 70/2002, de 03 de abril).

La jurisprudencia del TS señaló la finalidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, y no es otra que captar el contenido de las conversaciones siempre que de por medio se encuentre la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios<sup>46</sup> (STS de 31 de octubre de 1994)

#### 1.2.2 El auto judicial en la medida de investigación tecnológica.

La diligencia que autorice la interceptación, será de los terminales o medios de comunicación habituales u ocasionalmente utilizados por el investigado, (excepto la interceptación de comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación pertenecientes a una tercera persona, cuando existan indicios para pensar que este tercero

---

<sup>45</sup> SSTs 367/2001, de 22 de marzo, y 1377/1999, de 8 de febrero, 301/2013, de 13 de abril

<sup>46</sup> STS de 31 de octubre de 1994

colabora con el investigado), así como al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, ya sea el investigado emisor o receptor.

El artículo 18.3 de la CE señala que se garantiza el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial. Toda limitación de este derecho, deberá ser autorizada por medio del juez competente. La solicitud de autorización judicial se ha de sujetar a los requisitos que establece el artículo 588 bis b), añadiendo además, la justificación que ha de llevar a cabo la autoridad judicial respecto a la idoneidad, la excepcionalidad y la necesidad de la medida. Y siempre atendiendo al Principio de especialidad.

*Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:*

*1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.*

*2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a (principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida), así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.*

*3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.*

*4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.*

*5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.*

*6.º La forma de ejecución de la medida.*

*7.º La duración de la medida que se solicita.*

*8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.*

*La restricción de éste derecho tiene una finalidad limitada a la investigación de un delito concreto, determinado y definido con anterioridad a la resolución que ordene la limitación del derecho. Por lo tanto, no puede ser posible, la limitación para el descubrimiento de delitos, si no para la investigación de los definidos con anterioridad en el auto judicial.*

Para el supuesto de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, a esta lista detallada que siempre deberá contener el auto que habilita la investigación tecnológica, se añadirá la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de la intervención, y los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

### 1.2.3 Disposiciones generales a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

El objeto de la diligencia viene establecida en el artículo 588 ter a), y es la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en los que medie: *Delitos dolosos castigados con pena con límite de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo, o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos y otra tecnología similar, en cuyo caso la norma admite superar los límites previstos.*

Cuando la medida viene determinada por la comisión de delitos en el seno de una banda armada o terroristas, la autorización podrá ser prestada por el Secretario de Estado, debiendo el juez competente ratificarla o levantarla en un plazo de setenta y dos horas. Este hecho supone una excepción a la habilitación por medio de un auto del juez competente. Quizá, pueda estar justificada la medida por considerar estos delitos como muy graves, pero se nos plantea en esta medida excepcional, si realmente existe una verdadera separación del poder judicial con respecto al poder ejecutivo. ¿Por qué se posibilita a un Secretario de Estado la función que ha posee un juez de instrucción? Es que se cree que no están preparados para llevar a cabo sus funciones judiciales ante situaciones como estas, en las que media delitos considerados como muy graves.

Periódicamente se deberán entregar al juez una transcripción de aquello que considere de interés para la causa, seleccionado por ella misma, así como las grabaciones íntegras. El juez debe controlar ambos extremos, pues las decisiones que adopte han de basarse en su análisis, sin limitarse a las selecciones policiales y sin que sea suficiente para motivar las prórrogas reproducir mecánicamente las peticiones policiales asumiendo sus inferencias subjetivas. La ausencia de un control judicial efectivo hace devenir la medida ilícita.<sup>47</sup>

La duración máxima de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual

---

<sup>47</sup> Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal Penal.....cit.*, pags 196

duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses. Las prórrogas han de basarse en los hallazgos derivados de las interceptaciones, siempre que vengan referidos al delito investigado. Las prórrogas están sujetas a los mismos requisitos que las autorizaciones iniciales, no pudiendo ser prospectivas.

Cabe la posibilidad que se pueda descubrir hallazgos casuales cuando se intervienen las comunicaciones, este hecho implica que se deberá deducir testimonio inmediato al juez competente, no siendo lícito esperar al final de las escuchas para hacerlo.<sup>48</sup>

Con respecto a los hallazgos casuales existe cierta polémica, puesto que al realizarse un registro en el ordenador, teléfono móvil, o cualquier otro dispositivo que se componga de multitud de archivos, es muy normal que se produzcan hallazgos casuales de pruebas electrónicas para las que no se tiene autorización expresa y que, por lo tanto, cabe la posibilidad de que se vulnere con frecuencia la intimidad del investigado al inspeccionar material que no es objeto de la diligencia, ya que este contenido sería material privado.

Cabe señalar que también se regula el acceso a los datos necesarios para la identificación de los usuarios, los terminales y dispositivos de conectividad.

Puede que los agentes de la Policía Judicial, en sus labores de prevención y descubrimientos de los delitos, descubrieran una determinada dirección IP en el que se estarían cometiendo ciertos hechos delictivos. Es necesaria en este punto que, se conozca quien está detrás de esta dirección IP. Para ello se solicita al juez de instrucción que requiera a los prestadores de servicios para que entreguen a los agentes la información y así identificar a los sospechosos.

La persecución de los delitos cometidos desde una determinada dirección IP, son tremendamente dificultosos, ya que no solo en la necesidad se ha de acudir a los prestadores de servicios para la identificación de los sospechosos, si no que una vez sabida la identidad, estas personas se encuentran alojados fuera de nuestras fronteras, en países donde resulta muy complicado acceder a esa información.<sup>49</sup>

Los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o

---

<sup>48</sup> *Ibidem*

<sup>49</sup> González-Montes Sánchez, José Luis, Reflexiones sobre el anteproyecto de Ley Orgánica...cit, p 35.

IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Siempre que fuera, en el marco de una investigación en el que no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación.

Así se posibilita el acceso a los datos personales del investigado, fundamental para continuar con el desarrollo de la investigación, para gestionar sin su conocimiento un acceso a los datos de identificación de su teléfono, o de cualquier otro dispositivo.

*Permitir esta vía de acceso a información privada del investigado a buen seguro es muy útil para las unidades de Policía Judicial pero supone una injerencia sin el necesario control judicial ¿Qué impide que la Policía Judicial, exponiendo los hechos que pudieran atribuírsele al investigado pueda solicitar al instructor en el mismo escrito los códigos de identificación (para lo que habrá que requerir a los prestadores de servicios) y la intervención de las comunicaciones? De esta forma se conseguiría que todo el proceso quedara controlado judicialmente y sujeto a los presupuestos generales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.<sup>50</sup>*

2 Secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio y las nuevas tecnologías de investigación policial de la LO 13/2015.

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

2.1.2 Consideraciones previas

Los aspectos relativos a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos se encuentran regulados en el Capítulo VI del Título VIII, capítulo introducido por el Artículo único apartado quince de la LO 13/2015 y conformado por los artículos 588 quater a) a 588 quater e) LECrim.

Estas captaciones y grabaciones orales son uno no de los puntos de partida que provocó la reforma de la LECrim, por medio de la LO 13/2015. Es necesario por ello, traer a colación para el estudio de este apartado, la STC 145/2014, de 22 de Septiembre, en la que el TC se pronunció sobre la posibilidad de acordar la intervención judicial de las

---

<sup>50</sup> Ibídem

conversaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales, resolviendo que no tenía amparo legislativo acordar tales medidas porque carecían de habilitación legal. Además, en la STC 513/2010, de 2 de junio, encontramos dos votos particulares, de los magistrados Perfecto Andrés Ibáñez y José María Maza Martín, quienes argumentan que no existe regulación expresa que autorice la grabación de conversaciones privadas directas entre los detenidos o presos, produciéndose así, una vulneración del derecho a la intimidad.

En el preámbulo de la LO 13/2015, se refleja el interés que conlleva captar las conversaciones orales, en determinadas ocasiones, siempre que tengan relación con ciertos hechos investigados, cuando se produzcan en un contexto de investigación de un hecho delictivo. Dispone el texto que *“la experiencia demuestra que, en la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal y cuyo alcance se aborda con sujeción a dos ideas clave. La primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida”*.

La adopción de la medida supone encontrar una serie de derechos fundamentales afectados. Así, se puede señalar que cuando se realiza la captación y la grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, estaríamos afectando el derecho al secreto de las comunicaciones, así lo determina el propio texto de la LO 13/2015, diciéndonos la necesidad de un auto judicial que habilite la medida.<sup>51</sup>

Ahora bien, la extensión de la medida prevé grabar tanto las conversaciones orales directas que mantenga el investigado en vía pública, en su domicilio, o en cualquier otro lugar cerrado. Por lo tanto, estaríamos inexorablemente en la afectación también del derecho a la intimidad del art 18 de la CE. El legislador establece que, cuando se quiere realizar esta medida tecnológica ha de realizarse siempre con una resolución habilitante.

El art 282 LECrim, señala que dentro de las funciones de la PJ, la captación de las comunicaciones orales no implicaba la necesidad de la autorización judicial, ya que encontraba al amparo del articulado en cuestión.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Cónde-Pumpido, Paloma, *Captación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, p 5 y 6. En <https://goo.gl/fUqWsj> (Consulta: 15/06/2017)

<sup>52</sup> *Ibidem*



Sentencias del TS, permitan a la Policía Judicial de esta clase de medios tecnológicos, para así constatar los hechos objeto de la investigación criminal sin la previa autorización.<sup>53</sup>

Pero, en atención al desarrollo del art 588 quater la posibilidad, anteriormente comentada, queda sin efecto puesto que ahora siempre será necesaria la autorización judicial habilitando a la Policía Judicial la realización de esta medida tecnológica.

Por último, la resolución judicial que habilite el acceso a las grabaciones de comunicaciones orales en el domicilio del investigado, implicaría una afectación a la inviolabilidad del domicilio. Para realizar la medida, el legislador recuerda que será precisa la resolución habilitante judicial expresando la necesidad de la misma.

### 2.1.2 Disposiciones generales.

*La utilización de los dispositivos ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación.*

*Solo podrá autorizarse cuando concurren los siguientes requisitos:*

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

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.*
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*
- 3.º Delitos de terrorismo.*

*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.*

Estos presupuestos que autorizan la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, son los mismos que se exigen para el acuerdo de la detención de la correspondencia escrita y telegráfica. Este hecho implica que existan autores como Casanova Martí mostrando su discrepancia en la intervención de las comunicaciones orales en los delitos castigados con una pena máxima de, al menos, tres años de prisión. En ésta, considera que una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo puede encontrar su justificación cuando lo que se persigue sea un delito grave, entendiendo que

---

<sup>53</sup> SSTs 299/2006, 1733/2002, 180/2012

no solo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena sino también su trascendencia y repercusión social.<sup>54</sup>

La utilización de la medida ha de contener los requisitos que se señalan en el Capítulo IV, añadiendo una “*mención concreta al lugar o dependencias, así como los encuentros del investigado que van a ser sometidas a vigilancia..*” Debido a la intromisión que puede suponer a la intimidad del investigado, cuando lo que se pretenda es realizar la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónico.<sup>55</sup> (Conde Pumpido p11)

El art 588 quater a) 3, posibilita que junto a la grabación de voz, se pueda además grabar imagen, siempre que así lo autorice el juez mediante orden.

Ante este precepto, y siempre que sea en vía pública, cabe preguntarse si no sería mejor utilizar la medida para la obtención y grabación de imágenes del investigado en un lugar público.

El legislador en el artículo 588 quater d) *hace constar que la Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.*

El juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

La grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial. En este sentido es necesario reseñar que en el Capítulo VI, en el que estamos inmersos, no contiene ninguna referencia respecto de las duraciones de las medidas. Este hecho puede ser considerado un grave descuido del legislador puesto que la colocación de aparatos de escucha con carácter permanente o indefinido supondría convertir esta medida en las propias de un Estado de policía, provocando un abuso a nuestro sistema democrático. Por todo ello, es necesario que el legislador establezca un plazo de duración máximo para el

---

<sup>54</sup> Casanova Martí, R., “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, 8674, 2016, p.4.

<sup>55</sup> Cónde-Pumpido, Paloma, *Captación de comunicaciones orales...*cit p 11

establecimiento de la intervención, así como que especifique los momentos de inicio y finalización del mismo.<sup>56</sup>

### **3 Intimidad y propia imagen y las nuevas tecnologías de investigación policial de la LO 13/2015.**

#### 3.1 Captación de la imagen en espacios públicos.

##### 3.1.1 Consideraciones previas.

La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización se encuentra regulada en el Capítulo VII. Este capítulo es introducido por el artículo único apartado dieciséis de la LO 13/2015. Concretamente el apartado para la captación de imágenes en lugares o espacios públicos lo localizamos en el artículo 588 quinquies a).

El artículo en cuestión posibilita a la Policía Judicial *“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.”*

Cuando se autoriza por medio de una resolución judicial esta medida de captación de la imagen en espacios públicos de la persona investigada, se podrá vulnerar la protección constitucional a la intimidad y propia imagen del art 18.1 de la CE. (Ricardo Martín Morales)

Puede ocurrir incluso que *“esa intromisión venga acompañada de otra en el derecho al honor, también reconocido en este precepto. Aunque la captación de la imagen propiamente dicha no provoque una lesión inicial del derecho al honor, ésta puede producirse después, cuando se divulgue o difunda lo anteriormente grabado. Dependerá además de que el contenido de la grabación incorpore elementos capaces de producir deshonra, independientemente de que, por sí misma, esa captación ya suponga una lesión del derecho a la intimidad.”*<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Casanova Martí, R., “La captación y grabación de comunicaciones orales... *cit*, p 6.

<sup>57</sup> Martín Morales, Ricardo, “El derecho a la intimidad: Grabaciones con videocámaras y microfonía oculta” p 1. En <https://goo.gl/rWJ1Rx> (Consulta: 13/06/2017)

La utilización de una medida de captación de la imagen en espacios públicos no supone una vulneración al secreto de las comunicaciones. El sentido de la comunicación ha de conllevar unas características esenciales, tales como realizadas a una cierta distancia y se han de efectuar por medio de una estructura de comunicación, teléfonos, ordenadores... Las captaciones que pueden derivarse de esta medida, serán de conversaciones *cara a cara*, y estas no se encuentran en el contenido que protege el art 18.3 de la CE.<sup>58</sup>

### 3.1.2 Disposiciones generales.

A diferencia de lo que se señalaba con respecto a la captación y grabación de comunicaciones orales directas, la obtención de imágenes del investigado en lugares o espacios públicos, en contra de lo que ocurría en el domicilio o lugar cerrado, no precisa de autorización judicial, dejando a voluntad de los agentes de la Policía Judicial la decisión de la intervención.

Uno de los fundamentos principales que señala la exposición de motivos de la LO 13/2015, es que no se podría determinar una medida tecnológica de investigación, sin la autorización habilitante del juez, puesto que estas medidas suponen una intromisión al contenido esencial de los derechos fundamentales del art 18 de la CE. Pero encontramos, que en el articulado de la reforma, se posibilita a la Policía Judicial pueda acometer esta medida sin la previa autorización judicial, sin atender a los principios de especialidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esta es otra de las tantas deficiencias que posee el contenido de la LO 13/2015, y que habrá de dar solución con el transcurso de los años por vía jurisprudencial.

## 3.2 Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

### 3.2.1 Consideraciones previas.

La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y de localización se encuentra regulada en el Capítulo VII introducido por el artículo único apartado dieciséis de la LO 13/2015. Los artículos donde se regula esta medida de investigación, 588 quinquies b) y c).

---

<sup>58</sup> Ídem p 2

La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y de localización se encuentra regulada en el Capítulo VII introducido por el artículo único apartado dieciséis de la LO 13/2015. Los artículos donde se regula esta medida de investigación, 588 quinquies b) y c).

Por medio de esta medida de investigación tecnológica, se le permite a la Policía Judicial la utilización de una serie de dispositivos técnicos, denominadas balizas, posibilitando una vez colocado en un dispositivo, tener conocimiento en todo momento de dónde se encuentra, ya que emite de manera continuada una señal, permitiendo un seguimiento a distancia.

Existen numerosas balizas, pero hoy la que mejores prestaciones posee son las que emiten señales GPS, delatando la situación del aparato en todo momento. Además, en el mercado se pueden conseguir balizas luminosas o ultrasónicas.

El uso policial de las balizas, implica un gran avance para la labor diaria de los miembros de la Policía Judicial. Estas balizas, antes eran suplidas con la tediosa labor de la persecución de las personas investigadas, hoy ya no solo implica un ahorro personal, incluso para las personas investigadas puede llegar a ser más efectivo para demostrar la inocencia si se demuestra, por medio de estos dispositivos que en el momento de sucederse los hechos investigados, éste no estaba en el lugar donde se cometieron. Y así no depender del subjetivo testimonio que los agentes de la Policía Judicial pudieran dar.<sup>59</sup>

Las balizas de seguimiento y localización, puede llegar a dar información de la localización de un investigado durante todo el día, éste hecho puede llegar a dar un conocimiento de determinados hábitos, comportamientos o relaciones del investigado, por ello es necesario señalar que estamos ante una situación de afectación a los derechos fundamentales del investigado.

El TEDH, (Uzun contra Alemania, de 2 de septiembre de 2010) determinó que la utilización de estas balizas de seguimiento y localización puede llegar a suponer la intromisión en la vida privada del investigados, y así vulnerar el art 8 del CEDH. *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”*.

En este mismo tribunal, se determinó que no toda utilización de las balizas suponen una vulneración de la privacidad. Así, por medio de la STS 798/2013, de 5 de noviembre,

---

<sup>59</sup> Uriarte Valiente, Luis M, *Nuevas técnicas de investigación restrictivas de derechos fundamentales*, p 6. En <https://goo.gl/fkZxrf> Consulta: 16/06/2017

*“se entenderían que las balizas de seguimiento GPS, para la localización de embarcaciones en alta mar, no poseen relevancia constitucional, ya que se tratarían de diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que posee la Policía Judicial, siempre y cuando en su colocación no se interfiriera en los derechos fundamentales que requería la intervención judicial”.*

El TS también ha tenido manifestaciones es sentido contrario. La STS de 19 de diciembre de 2008, señala que las técnicas de geolocalización supondrían la vulneración de la intimidad de las personas investigadas.

La doctrina del TEDH, realizada por casos como las STEDH Koop contra Suiza de 25 de marzo de 1998; Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia de 24 de abril de 1990, señalaba a los países miembros, que era necesaria la introducción de éstas medidas de investigación policial en los ordenamientos procesales penales.<sup>60</sup> (URIARTE)

### 3.2.2 Disposiciones generales.

Del art 588 quinqués b) 1, podemos sustraer que la LO 13/2015, se acoge al pensamiento en el que establece que la medida de seguimiento y localización supone una afectación a los derechos fundamentales del investigado, por ello es necesario que el auto habilitante la colocación de balizas ha de ser por razones de necesidad, y siempre de forma proporcionada.

Encontramos en esta medida la posibilidad de colocar dispositivos de seguimiento y localización sin la previa autorización judicial, siempre que por motivos de urgencia, la no colocación de los dispositivos de una manera inmediata, implicara que se frustrara la investigación.

Una cuestión que se debería de replantearse, es qué se entiende por motivos de urgencia, en que momento puede llegar a darse una situación en el que se frustre una investigación policial. Por lo que, a través de la experiencia diaria, por vía jurisprudencial se deberá solucionar este problema.

Por último, respecto al plazo, se establece un periodo de tres meses a contar a partir de la fecha de la autorización. Cabe la posibilidad, siempre por medio de una autorización judicial, de establecer una prórroga hasta llegar al límite máximo de dieciocho meses.

---

<sup>60</sup> Ídem p. 7

### 3.3 Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

#### 3.3.1 Consideraciones previas.

El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información se encuentra regulado en el Capítulo VIII, introducido en la reforma por el Artículo único apartado diecisiete de la LO 13/2015, hallándose comprendido por los artículos 588 sexies a) a c).

De acuerdo con la definición que nos brinda Delgado Martín, estos dispositivos de almacenamiento masivo de información consisten en la utilización de un lenguaje binario a través de un sistema que transforma impulsos o estímulos eléctricos o fotosensibles y, por cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónico, genera y almacena la información. Dicho lenguaje es un código inteligible sólo para los informáticos, y la visualización del texto en pantalla es una traducción en lenguaje común, descodificado.<sup>61</sup> Del contenido de la regulación se extrae la conclusión que por dispositivos de almacenamiento masivo de información, no solo serán considerados los dispositivos de información capaz de albergar información durante mucho tiempo, como son los discos duros externos, USBs, pendrives, CDs, DVDs. También serán considerados como tales los dispositivos electrónicos que tenga capacidad de guardar información, aun de modo temporal y de forma secundaria a las funciones que constituyan su objetivo primario, como son los ordenadores, teléfonos móviles o las tablets.

En tal sentido la reciente Sentencia de la Sala 2ª del TS nº 204/2016 de 10 de marzo, pone de relieve que *por lo que se refiere al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, que incluyen los instrumentos de comunicación telefónica y, en consecuencia, los terminales de telefonía móvil, el nuevo capítulo VIII del Título octavo de la Lecrim establece una regulación específica presidida por el principio de la necesidad de autorización judicial.*

En la misma resolución el TS recuerda *que la razón de ser de esta exigencia de carácter generalizado reside en la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE).* La diversa naturaleza de los datos que pueden alojarse en estos dispositivo, que

---

<sup>61</sup> Delgado Martín, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario la ley*, núm 8693, 2016, pags 2-3.

constitucionalmente tienen otorgado un distinto grado de protección, ha sido causa de que por el Legislador se otorgue un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual.

### 3.3.2 Disposiciones generales.

Del contenido de los arts. 588 sexies a), b) y c), podemos observar varias formas para la incautación y el registro de estos dispositivos de almacenamiento de información.

El primero de ellos, es la incautación y acceso a dispositivos que se hallaren debido a un registro domiciliario.

Con anterioridad a la reforma de la LECrim, por medio de la LO 13/2015, existían no pocas discrepancias, tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia, entendiéndose algunos que para realizar el registro de los dispositivos de almacenamiento, situados en el domicilio, no era necesaria el dictado de una orden judicial complementaria, al de entrada al domicilio, presuponiendo que ya estaba autorizado tal registro.<sup>62</sup>

Habría que señalar en este sentido, que los miembros de la Policía Judicial, con el fin de evitar posibles nulidades con respecto a que se entendiera ilícita la medida, ya realizaban la solicitud para la incautación de los dispositivos en cuestión.<sup>63</sup>

Sin embargo, el art. 588 sexies a), señala la necesidad de un auto judicial independiente a la de entrada al domicilio, habilitando a la Policía Judicial a realizar esta medida.

Cabe la posibilidad, siempre que se practique en presencia del letrado de administración de justicia, de practicar la medida in situ.

En el contenido del art. 588 sexies a) se desprende, de acuerdo con la STS 864/2015 que el artículo *“pretende romper y abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada a los domicilios del investigado amparaba cualquier acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio.”* Con la reforma el legislador pretende, que sea el juez de instrucción el que dé las razones que justifiquen la

---

<sup>62</sup> STS 864/2015, 691/2008

<sup>63</sup> Martín Martín de la Escalera, Ana María, El registro de dispositivos de almacenamiento... cit. P 7



intromisión en cada uno de los espacios de exclusión que el ciudadano tiene frente a terceros.

Hoy en día, y debido a este cambio radical, todo registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, sin la oportuna habilitación legal, será entendida como nula.

La segunda de las situaciones que nos plantea el contenido del art. 588 sexies, es la incautación de dispositivos fuera del contexto domiciliario. *Para los supuestos de ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos.*

Los repositorios telemáticos a los que se refiere el art. se entenderán como aquellos datos archivados en la nube, o cualquier otro sistema que preste servicios al usuario, como es la de un banco o una entidad médica. Habría que señalar en este sentido, que para el establecimiento de esta medida, primero es necesario el requerimiento a su vez del previo acceso al dispositivo incautado desde el cual se conecta el investigado con la información alojada en tales repositorios.<sup>64</sup>

Por último, otro de los supuestos que nos establece la reforma, es el registro de dispositivos informáticos, para los casos de urgencia. Esta es una medida que, junto con la autorización o consentimiento del investigado, suponen la posibilidad de realizar la medida sin la previa autorización habilitante por parte del juez. 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.

Cabe plantearse, si a tenor de lo dispuesto en el art en cuestión, se puede admitir un examen directo de los datos contenidos en el dispositivo, en caso de urgencia donde se aprecie un interés constitucional legítimo, sin distinción por razón del derecho fundamental que puede verse afectado.

*“Si se trata de comunicaciones ya concluidas, como correos electrónicos ya abiertos, puede comprenderse la extensión siempre dentro del principio de proporcionalidad. Pero pueden suscitarse dudas*

---

<sup>64</sup> Ibídem p 8

*sobre los datos referentes a registros de llamadas o mensajería no leída, y quizá exija la limitación por vía jurisprudencial, por afectar al secreto de las comunicaciones”.*<sup>65</sup>

La autorización para el registro ha de contener los dispositivos que serán objeto de registro, así como la posibilidad de realizar copias. Además, fijará la integridad de los datos y las garantías de su preservación.

Rubio Alamillo, considera que en este apartado primero del artículo 588 sexies c) el legislador se limita a hacer una previsión, sin indicar cómo ha de producirse el acceso de los agentes a la información para garantizar la integridad y preservación de los datos informáticos, ni sugerir ningún tipo de mecanismo que pudiese prevenir una falta de fidelidad entre los datos originales incautados y las copias que han de incorporarse en el proceso. Esta carencia legislativa tiene consecuencias muy graves, ya que no se especifica en la norma que se realizarán copias de los dispositivos, sino de los datos, lo que genera una inseguridad muy alta teniendo en cuenta que para copiar los datos es necesario acceder a los dispositivos, por lo que la prueba quedaría contaminada y los discos podrían ser alterados sin dejar rastro de la manipulación.<sup>66</sup>

Rubio Alamillo, subraya que en la reforma de la LO 13/2015 no se hace hueco a la conservación de la cadena de custodia de los dispositivos informáticos intervenidos. Este hecho implica que tanto el Juez como la Policía Judicial son libres para realizar la conservación de la cadena de custodia de estos. Éste hecho no es baladí, puesto que la conservación de la cadena de custodia es vital para las garantías procesales del investigado, ya que si en un examen forense posterior a la intervención domiciliaria, se detecta que los dispositivos utilizados como prueba, pueden estar contaminados, se podría llegar a cuestionar o, incluso, invalidar todo el proceso.<sup>67</sup>

Es necesario señalar que para esta medida de investigación tecnológica en el que se registran dispositivos de almacenamiento masivo de información, nada se dice del tiempo que ha durar la medida.

---

<sup>65</sup> La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos. Centro de estudios Jurídicos, Jornadas de especialistas en materia de criminalidad informática 2016.

<sup>66</sup> Rubio Alamillo, J., “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Diario La Ley*, núm 8662, 2015, p 8.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.6.

Al igual que sucedía con la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, puesto que se está afectando derechos fundamentales, cabría establecer unos periodos, para no pensar que no podemos encontrar con verdaderos estados de policía.

### 3.4 Registro remoto sobre equipos informáticos

#### 3.4.1 Consideraciones previas

El registro remoto sobre equipos informáticos se encuentra regulado en el Capítulo IX, introducido en la reforma por el Artículo único apartado dieciocho de la LO 13/2015, hallándose comprendido por los artículos 588 septies a) a c).

El Consejo de la Unión Europea en el 2008 recomendó a los países comunitarios la necesaria inclusión de esta medida de investigación tecnológica en sus procedimientos penales, por medio de la Council Conclusions on a concerted meeting, de noviembre de 2008. Pero, no es hasta pasados siete años de la recomendación, que en España no se vino a recoger en la LECrim esta medida. Quizá un tanto tardía.

A través de la nueva regulación, se posibilita a la Policía Judicial, la instalación de una serie de programas informáticos de carácter malicioso, en forma de Spyware, con fines legítimos, y tendentes a la investigación que se encuentra en curso, para poder controlar el contenido que el investigado posee en sus dispositivos informáticos.

La forma de la instalación de estos programas se puede manifestar de manera física en el soporte, cuando la Policía Judicial se encuentre en el domicilio del afectado, o bien, enviando un software que colonice el dispositivo del investigado, por medio de un mensaje o correo electrónico aprovechando las brechas de seguridad que tienen todos los programas informáticos.<sup>68</sup>

Esta diligencia de investigación tecnológica supone una afectación muy intensa a los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la protección de datos, a la intimidad y a la propia imagen de la persona investigada, debido a la posibilidad de practicarse sin el conocimiento del titular o usuario.

---

<sup>68</sup> Conde-Pumpido Tourón, Cándido; “La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos”, p 13. En <https://goo.gl/ezTuZG> Consula 15/06/2017.

Como consecuencia, y la imposibilidad de utilizar medidas de investigación con fines preventivos o prospectivos, es necesario, como señala el art. 588 bis a), el respeto al Principio de especialidad. Éste, exige que una medida siempre deberá estar relacionada con la investigación del delito objeto de estudio. No se podrá posibilitar una medida, como es el registro remoto, teniendo por objeto el descubrimiento de delitos nuevos o despejar meras sospechas sin base objetiva .

En definitiva, la solicitud de la medida de registro remoto sobre equipos informáticos, deberá siempre referirse a unos hechos concretos, y habrá de explicar el origen de la información que sustenta las sospechas objetivas.

Esta medida de investigación tecnológica implica la afectación de los derechos fundamentales del art, 18 de la CE. Por lo que la autorización del registro remoto sobre equipos informáticos, hace necesario el cumplimiento de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>69</sup>

#### 3.4.2 Disposiciones generales.

Respecto a los delitos por los que se puede llevar a cabo esta medida tecnológica de investigación, el art. 588 septies a) 1, amplía el elenco de los delitos para los que se podía acordar esta medida de investigación tecnológica, añadiendo a los ya conocidos, por la comisión de delitos cometidos en el seno de una organización criminal y terrorismo, los delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos de traición y los relativos a la defensa nacional o los cometidos a través de instrumentos informáticos.

González Cuellar, ante estos presupuestos, señala que existe un llamativo elemento de flexibilidad en la interpretación del listado y, debería ser más cerrado. En él encontramos delitos de singular gravedad (delitos de terrorismo y delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente), delitos atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima (delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente), delitos que atienden a una pluralidad de sujetos activos (delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales), o a la metodología delictiva (delitos cometidos a

---

<sup>69</sup> Bachmaier Winter, Lorena, “Registreo remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la LO 13/2015”, *Boletín del ministerio de justicia*, núm. 2195, 2017, pags 21-25.

través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación). Todo ello provoca, un amplio abanico delictivo con el que justificar la injerencia y superar el examen de su legitimidad.<sup>70</sup>

Como toda medida de investigación tecnológica, exceptos los supuestos estudiados durante el trabajo, siempre será necesaria la autorización judicial posibilitando el acceso a los ordenadores, dispositivos electrónicos, o sistemas informáticos. Este auto deberá contener el proceso de acceso y la aprehensión de los datos, o la como se debe realizar la introducción del software. Además, habrá de señalar quienes serán los agentes que llevarán a cabo el registro remoto, y cabría la posibilidad de realizar copias de los datos y como éstos deberán ser conservados.

En el contenido del art. 588 septies nada se dice sobre la excepcionalidad de la urgencia, en el que se posibilitaría a los miembros de la Policía judicial, la realización de estos registros, siempre que tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o parte de él. Siempre con la posterior ratificación o revocación judicial en un plazo de 24 horas.

Pero, ¿puede entenderse que se posibilite esta medida de urgencia si nada se dice de ello en el articulado de la LO 13/2015?

Quizá esta sea una de las medidas que se haya de responder por vía jurisprudencial, debido de las carencias en las que se puedan ver inmiscuidos los miembros de la Policía Judicial.

Debido a la efectividad de la protección de los derechos fundamentales y la interpretación garantista de éstos, cabe pensar que si no se ha posibilitado la medida mediante orden judicial, no será nunca posibilitando la instalación del Spyware.<sup>71</sup>

Con respecto a la duración de la medida en el que se registra remotamente equipos informáticos, y debido a lo restrictiva que supone esta medida a los derechos fundamentales del art 18 de la CE, sólo se puede acordar durante el tiempo que se necesite para el esclarecimiento de los hechos. Pero siempre se establece un límite máximo con posibilidad de prórrogas. Para el registro remoto de equipos informáticos, se utiliza un

---

<sup>70</sup> González-Cuellar Serrano, N; Marchena Gómez, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...* cit, p.388

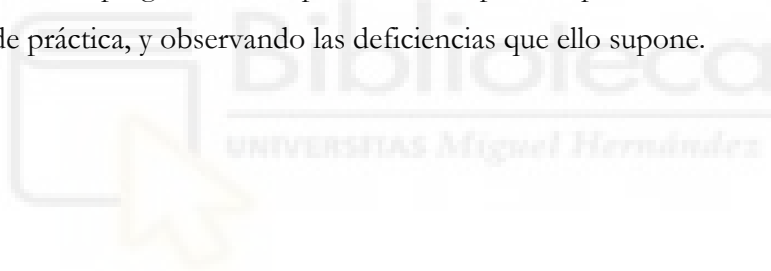
<sup>71</sup> Bachmaier Winter, Lorena, "Registreo remoto de equipos informáticos..." cit. P 8.

límite menor a las ya estudiadas. El plazo que se establece es de un mes prorrogable hasta un máximo de tres meses.

La justificación de esta medida radica, en el que si el objetivo es permitir el acceso al contenido de un ordenador o equipo informático, y obtener datos de ella, por la instalación de un Spyware, la clonación de los datos pueden llevarse a cabo en un periodo de tiempo más breve que las otras medidas de investigación tecnológica. Por lo tanto, una vez obtenido el contenido habría de cesar, por lo que el motivo de la injerencia ya está cumplida, y necesariamente deberá desinstalarse el Spyware.<sup>72</sup>

Una vez llegados a este punto, cabe plantearnos que ocurre cuando nos encontramos bajo el supuesto en el que se ha practicado esta medida de registro remoto mediante el envío del spyware por correo electrónico. Puede darse el caso, que el titular o usuario no abra el contenido del correo hasta bien pasado un tiempo. ¿Y si esta operación se demora más de un mes, incluso los tres meses de la prórroga, habría de cesar la medida?

Quizá, a esta pregunta se le podrá dar respuesta, por vía de la jurisprudencia, pasados años de práctica, y observando las deficiencias que ello supone.



---

<sup>72</sup> *Ibíd*em p 18

## CONCLUSIÓN

La finalidad de este trabajo ha sido realizar un análisis y un estudio de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, con el propósito de observar cómo se solucionan los problemas que plantean estas medidas respecto a las injerencias en los derechos fundamentales del art 18 de la CE. En tal sentido, podemos dejar sentadas las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Durante el 2015, España se sitúa en un marco de tiempos convulsos, en el que se considera que la seguridad ha de imperar, hasta ser considerado incluso como un valor superior del ordenamiento jurídico. Siendo así, y encontrándonos al final de una legislatura en el que se tenía por seguro que ya no iban a existir las mayorías parlamentarias de antaño, se lleva a cabo la realización de una reforma express que recoge las medidas tecnológicas de investigación.

El TC, debido al auge de las nuevas tecnologías, y como éstas facilitan la investigación de los delitos, cree necesaria una legislación que las desarrolle, puesto que pueden suponer una injerencia en los derechos fundamentales a la privacidad del investigado.

Por ello, y en atención al sentido imperante de seguridad, se realiza una reforma controvertida, a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales del investigado, cuando se le aplica una medida tecnológica de investigación.

SEGUNDA.- La Policía Judicial es el órgano auxiliar de los Jueces y Tribunales en la investigación penal. La actuación de éstos, para aplicar las medidas tecnológicas en la investigación criminal, deberá venir acompañada de un auto judicial que lo habilite, o eso es lo que debería de ser. Tras la reforma de la LO 13/2015 se le entrega la capacidad, para que en determinadas diligencias de investigación puedan aplicar las medidas cuando así lo estimen oportuno sin la previa autorización judicial, ya sea por el devenir urgente de la aplicación de la medida, o porque el propio texto le confiere la posibilidad de aplicar medidas que suponen la vulneración de derechos fundamentales sin la preceptiva autorización. Podemos atisbar que se les confiere a éstos competencias propias de un Estado de Policía, o competencias propias de situaciones como son los Estados de

excepción o sitio, en los que cabe limitar los derechos fundamentales, sin acudir a una habilitación judicial.

TERCERA.- Todas las nuevas medidas de investigación que se regulan en la LO 13/2015, modificando el Título VIII del Libro II de la LECrim, pueden suponer un acto de injerencia a los derechos fundamentales de la privacidad.

Por lo tanto, para llevarlas a cabo es necesario acudir, y se han de respetar una serie de requisitos establecidos. Así lo determina el TC mediante la STC 140/1986, en el que dijo expresamente que *“el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites”*

CUARTA.- Los derechos fundamentales, en principio son invulnerables, y tan solo se puede llegar a limitar su contenido mediante una ley que fije los requisitos atendibles en cada caso. Una ley de desarrollo de los derechos fundamentales ha de establecerse atendiendo a unos requisitos, que deben de cumplirse inexorablemente. Esta norma es una ley de límites y no de reconocimiento, y ha de permitir a la ciudadanía obtener una información suficiente y precisa, sobre las consecuencias que podrían derivar de una actuación contraria de la ley. Además, la norma no ha de permitir por su amplitud la arbitrariedad de los poderes públicos.

La LO 13/2015, de 5 de octubre, debido al marco político convulso, otorga en el contenido del texto, la posibilidad de que las Unidades de la Policía Judicial pueda aplicar una medida de investigación tecnológica incluso sin mediar auto habilitante.

Si las consecuencias de un acto ilícito cometidas por un ciudadano han de estar contenidas en la ley de forma clara, de igual modo, han de estar los límites a la intervención del Estado.

QUINTA.- En base al principio de exclusividad jurisdiccional que se proclama en el art 117 de la CE, los derechos fundamentales únicamente pueden ser limitados si media y ha sido acordada u ordenada por la Autoridad Judicial.

Acudiendo al texto literal de la LO 13/2015, se nos presentan situaciones en las que la Policía Judicial puede aplicar una medida tecnológica de investigación, sin mediar auto judicial que lo habilite.



Son las situaciones en las que la policía judicial puede aplicar una medida tecnológica, por motivos de urgencia, y en tanto de no realizarse supondría un grave quebranto para la investigación. Pero ¿cuándo se podrá considerar urgencia?, si se corre el riesgo de lesión de una exigencia básica a la hora de limitar el ejercicio de un derecho fundamental, no se deberían crear situaciones que pueden crear ambigüedad, pues las Unidades de la Policía Judicial pueden entender la urgencia de acuerdo a su parecer. Por ello sería aconsejable establecer unas pautas para limitar un derecho fundamental por un motivo de urgencia.

Además se contempla la posibilidad de realizar registros de comunicaciones escritas, u obtener imágenes de los investigados en vía pública, sin mediar auto judicial que lo habilite. Estos supuestos que la ley contempla, no sólo no cumplen con el requisito esencial de auto judicial, para la limitación de un derecho fundamental, en este caso los derechos a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, sino que puede crear situaciones cercanas a un verdadero estado de policía.

SEXTA.- Ha de existir, para la aplicación de la medida tecnológica de investigación, una imputación concreta contra el sujeto pasivo del proceso, el investigado. Es necesario, en tal sentido, que exista una sospecha delictiva concreta y determinada para que se pueda aplicar la medida de investigación y así poder incidir en los derechos fundamentales.

Sin embargo, el texto nos señala la posibilidad de la licitud de los hallazgos fortuitos que se obtengan de un delito, cuando no medie una concreta imputación.

La aceptación de la licitud de un hallazgo casual supone variar el contenido de los derechos fundamentales del art 18 de la CE, ya no solo porque se estaría aplicando una medida de investigación contra una persona que no es la investigada, si no porque estaría viéndose afectado el tercer requisito o exigencia para que se pueda limitar los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad.

SÉPTIMA.- Otro de los principales problemas de la reforma es el establecimiento de un plazo temporal para aplicar la medida tecnológica de investigación, con la posible afectación así de los derechos fundamentales de la privacidad. Poder limitar durante tres meses un derecho fundamental es un plazo excesivo de tiempo, y más aún cuando se pueda estipular sucesivas prórrogas. En el texto literal de la ley se señalan incluso medidas como son los casos de la captación y grabación de comunicaciones orales, o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, sin alusión al tiempo que puede

durar la medida. Cabe pensar, al respecto, que si no se da solución a estas deficiencias tan graves, estaríamos ante aproximándonos a verdaderos estados de policía.

OCTAVA.- La reforma de la LECrim dirigida a regular las medidas tecnológicas de investigación eran, desde luego, un asunto capital, y así lo estimó el TC cuando en la STC 145/2014 declaraba que es “de suma importancia una legislación que desarrollase las medidas de investigación, y así dar seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales”. Pero del contenido de la reforma podemos observar que el texto fue realizado de una manera precipitada, atendiendo más a legitimar la seguridad, que el propio respeto a los derechos fundamentales que posee el investigado, y dejando un margen excesivamente amplio al aplicador de la norma. Se crean, pues, situaciones que alejan a nuestro Estado de un sistema democrático, puesto que estos derechos parecen situarse en un peldaño inferior cuando de una investigación policial se trata. No todo vale en ésta, pues el respeto de los requisitos esenciales para poder limitar los derechos fundamentales, intrínsecos al ser humano, es un punto de partida inexcusable.



## BIBLIOGRAFÍA

**Alexy Robert** Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional.*, 2011.

**Álvarez Conde Enrique y Tur Ausina Rosario** *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2013.

**Asencio Mellado José María**, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

**Bachmaier Winter Lorena** Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2195, 2017.

**Bonilla Sánchez Juan José** *Personas y derechos de la personalidad*, Editorial Reus, Madrid 2016.

**Bueno de Mata Federico** Comentario y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, *Diario la ley*, nº 8627, 2015.

**Casanova Martí Roser** *Intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch procesal, Barcelona, 2014.

**Casanova Martí Roser** La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, *Diario La Ley*, nº 8674, 2016.

**Casanova Martí Roser** La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, *Diario la ley*, nº 8674, 2016.

**Conde-Pumpido Paloma** Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos . En:  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4).

**Conde-Pumpido Tourón Cándido** La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informático-En:  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Conde-Pumpido%20Tour%C3%B3n.pdf?idFile=4d9fe168-e9ee-4cd9-a783-68eab6158e47](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Conde-Pumpido%20Tour%C3%B3n.pdf?idFile=4d9fe168-e9ee-4cd9-a783-68eab6158e47).

**Delgado Martín Joaquin** Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por la LO 13/2015, *Diario la ley*, nº8 8693, 2015.

**Díaz Revorio Francisco Javier** La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos, *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº71-72, 2008.

**García San Martín Jerónimo** Consideraciones en torno 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, *Diario La Ley*, nº 8468, 2015

**González-Cuellar Serrano Nicolás y Marchena Gómez, Manuel** , *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015* ,Castillo de Luna, Madrid, 2015.

**González-Montes Sánchez José Luis** Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17-06, 2015.

**Leal Medicina Julio** Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Docta Ignorancia Digital*. - nº 4, 2013, págs. 5-43.

**López-Barajas Perea Inmaculada** Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: Previsión legal y calidad de la ley, *Revista de Derecho Político*. UNED, págs. 91-119, 2017

**Martín Martín de la Escalera Ana María** El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. En- [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Mart%C3%ADn%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%C2%AA.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mart%C3%ADn%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%C2%AA.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5).

**Martín Morales Ricardo** Fepsu [En línea] // El derecho a la intimidad: Grabaciones con videocámaras y microfonía oculta. En <http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.pdf>.

**Ormazábal Sánchez Guillermo** Introducción al Derecho Procesal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

**Ortiz Pradillo Juan Carlos** [En línea] // La investigación del delito en la era digital. - En: [http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades\\_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf).

**Pérez-Ugeda María** Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías, *Revista de Derecho Político*, nº 54, 2002.

**Richard González Manuel** Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica., *Diario La Ley*, nº 8808, 2016

**Rubio Alamillo Javier** La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Diario la Ley*, 2015.

**Rubio Alamillo Javier** La informática en la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal. *Diario la ley*, 2015. - pág. 8.

**Uriarte Valiente Luis M.** Fiscal [En línea] // Nuevas técnicas de investigación restrictivas de derechos fundamentales. -

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Uriarte%20Valiente.pdf?idFile=ec583d09-edd5-4a96-b303-a9fca37cf99e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Uriarte%20Valiente.pdf?idFile=ec583d09-edd5-4a96-b303-a9fca37cf99e).

**Villagómez Muñoz Ana** Fiscal [En línea] // Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el artículo 18 C.E..En

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137).

**Zoco Zabala Cristina** *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Pamplona : Aranzadi, 2016.

### Otras referencias consultadas

Cuerpo Nacional de Policía:

[https://www.policia.es/org\\_central/judicial/estructura/funciones.html](https://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/funciones.html)

Guardia Civil:

<http://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/estructuraorganizacion/orgcentral/direcadjunope/index.html>

Apuntes de Derecho Constitucional, profesora Rosario Tur Ausina. Facultad de Ciencias Jurídicas. Univesidad Miguel Hernández de Elche.

Apuntes de Filosofía del Derecho y Deontología, profesor Tomás de Domingo.

Apuntes de Derecho Procesal Penal, profesora Olga Fuentes Soriano.

Constitución Española de 1978.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.