



LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS
FUNDAMENTALES

**Especial referencia a la interceptación de comunicaciones
escritas, telefónicas y telemáticas**

Trabajo Final de Grado

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Curso 2018-2019

Convocatoria: mayo 2019

Autora: Hanan Routbi Tahiri

Tutora: Dra. Sílvia Pereira Puigvert

«La justicia sin la fuerza es irrisoria; la fuerza sin justicia es tiranía»

Blaise Pascal (1623-1662)

Abreviaturas

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LeCrim	Ley Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Pág.	Página
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
SS	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

Abreviaturas.....	3
Introducción.....	8
I. La Fase de instrucción: breve aproximación.	10
1. La fase de instrucción: síntesis y aspectos generales.	10
1.1 La instrucción: Concepto y finalidades.	10
1.2 La instrucción en el proceso ordinario por delitos graves y en el procedimiento abreviado y enjuiciamiento rápido.	11
1.3 Referencia a las actividades que abarcan la fase instructora.....	17
2. Medidas limitativas de Derechos fundamentales: especial análisis del principio de proporcionalidad.	18
2.1 La adopción de medidas limitativas de Derechos fundamentales: presupuestos.	18
2.2 Especial análisis del principio de proporcionalidad.	20
2.2.1 Idoneidad.....	22
2.2.2 Necesidad.....	25
2.2.3 El principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	27
2.2.3 Los intereses del estado.....	29
2.2.3 El interés de la persecución final.....	29
2.2.3 Los intereses de los ciudadanos.....	32
2.2.3 Los efectos de la ponderación.....	33
II. Las diligencias de investigación que suponen una injerencia en la esfera de los Derechos Fundamentales.....	34
1. Las medidas limitativas de Derechos Fundamentales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	34
1.1 Diligencias de investigación:.....	34
1.2 Diligencias de investigación tecnológicas:.....	34
1.3 Otras medidas:.....	35
2. Diligencias de investigación.....	35
2.1 Entrada y registro en lugar cerrado.....	35

2.2	El registro de libros y papeles	36
2.3	La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica	37
3.	Diligencias de investigación tecnológicas.....	37
3.1	Disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológica de delitos	37
3.2	Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas	39
3.3	Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos	39
3.4	Utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización	40
3.5	Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información	41
3.6	Registros remotos sobre equipos informáticos.....	42
4.	Otras medidas.....	43
4.1	Inspecciones e intervenciones corporales.....	43
III. Particular estudio de la intervención de las comunicaciones personales: Visión doctrinal y jurisprudencial.....		47
1.	El derecho al secreto de las comunicaciones.....	47
2.	Diligencias de investigación limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones .	50
2.1	Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica	51
2.1.1	Concepto de correspondencia.....	51
2.1.2	Presupuestos y habilitación	52
2.2	La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas	54
2.2.1	Conceptos de comunicación e intervención telefónicas	54
2.2.2	Presupuestos y habilitación	56
2.3	Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.	59
2.3.1	Concepto	59
2.3.2	Presupuestos y habilitación	62
IV. Conclusiones.....		65
V. Bibliografía		70
VI. Legislación		73

VII. Anexo jurisprudencial.....	73
1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	73
2. Tribunal Constitucional.....	73
3. Tribunal Supremo.....	74
4. Audiencia Provincial	74

Introducción

La imperfección de nuestro ordenamiento ha conllevado importantes confrontaciones, debates, discusiones doctrinales y construcciones jurisprudenciales. Así, prestando especial atención a la justicia penal, parece que la mayoría de puntos de tensión y conflictos están directamente relacionados con la regulación de la fase procesal de instrucción.

Tengamos en consideración que el derecho penal es el sector del ordenamiento en el que más facultades se conceden a los poderes públicos a fin de restringir incluso aquellos derechos fundamentales protegidos por nuestra Norma Fundamental ya que, en el marco del procedimiento penal, y en particular en su fase de instrucción, por su naturaleza, es necesaria la adopción y la práctica de diligencias y actos de investigación. Por un lado, estos deben ser eficaces para la correcta persecución de los delitos y, por otro lado, deben respetar las garantías previstas por la Constitución.

Las diligencias de investigación, como ya se ha avanzado, limitan en determinados supuestos derechos fundamentales. A este respecto, no sorprende la colisión que se da entre las necesidades de persecución penal en aras de la tutela de los bienes esenciales de la comunidad protegidos por las normas penales y las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos más preciados del individuo.¹ Ello nos lleva a afirmar que, a pesar de tratarse de derechos fundamentales con garantía constitucional, no implica automáticamente que se trate de derechos absolutos.

Entonces, al implicar susodichas diligencias de investigación una limitación en los derechos de la más alta categoría, es lógico suponer, de entrada, que han de ser actos debidamente regulados por nuestro ordenamiento, en particular, por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, como se verá en el presente trabajo, se ha podido constatar que la regulación ha sido insuficiente en muchas ocasiones e incompleta en otras y ha sido necesario suplir estas carencias por las paulatinas construcciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional así como del Tribunal Supremo.

A lo largo del presente trabajo analizaremos con atención como se han solucionado los problemas tradicionales que ha presentado el proceso penal. Veremos cuál es el modo que tiene nuestro ordenamiento jurídico de razonar injerencias de semejante envergadura hacia los derechos fundamentales. En primer lugar, será objeto de estudio la fase procesal de la

¹ Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

instrucción, lo que implicará el análisis de los distintos preceptos regulados por nuestras normas. Asimismo, se expondrán brevemente todas aquellas diligencias de investigación limitadoras de derechos fundamentales y, finalmente, se hará un examen más exhaustivo de aquellos actos de investigación adoptados que supongan una injerencia en las comunicaciones personales.

Para la elaboración del presente trabajo resulta preciso el estudio de manuales de derecho procesal y obras de diversos autores que tratan las cuestiones que aquí interesan de un modo específico y detallado. De igual forma, es oportuno tener en cuenta las diversas monografías y artículos de revista doctrinales. Finalmente, para el apropiado examen y análisis de la materia objeto de estudio, es imprescindible atender a la legislación correspondiente y tener presente la jurisprudencia relevante.

I. La Fase de instrucción: breve aproximación.

Iniciaremos el presente trabajo mediante una necesaria síntesis de la fase de instrucción en términos generales en aquello que se refiere a los actos de comprobación y de averiguación judicial, es decir, las actividades que abarcan la fase instructora a fin de relacionarlo finalmente de una manera más directa con las medidas limitativas de Derechos Fundamentales que puedan acordarse durante este momento inicial del proceso penal vinculándolo así necesariamente con el principio de proporcionalidad.

1. La fase de instrucción: síntesis y aspectos generales.

1.1 La instrucción: Concepto y finalidades.

El proceso penal, en nuestro ordenamiento jurídico, se inicia mediante una fase de investigación: la instrucción penal.

En esta primera fase se procede al desarrollo de una serie de actuaciones y diligencias de investigación que tienen por finalidad recopilar información sobre un delito cometido, analizando con atención los hechos que podrían ser constitutivos de delito y estudiando el posible autor de susodichos hechos, todo ello a fin de decidir acerca de la continuación o no del procedimiento penal que se esté instruyendo. Así pues, el fin esencial de esta fase procesal inicial, a *grosso modo* es determinar, una vez practicadas las debidas actuaciones de investigación, si existen o no elementos suficientes para proseguir con el proceso penal celebrando así, un juicio oral o proceder al archivo de actuaciones.

No obstante, la fase de instrucción va más allá de la simple investigación de los hechos. Tal y como diferenció la Dra. Armenta ² encontramos diferentes finalidades en base el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del título IV relativo a la instrucción cuyo contenido dispone como sigue:

Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que

² Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ªed). Barcelona: Marcial Pons.

puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

De la referida disposición, Armenta diferencia tres finalidades en la fase de instrucción:

En primer lugar, la finalidad, aludida con anterioridad, de averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál pueda ser su autor y su culpabilidad, garantizando de este modo el interés público en la persecución de los delitos. Para seguir, preparar, en su caso, el juicio oral. Y por último: asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho.

Es debida una matización en cuanto a parte de la definición legal del art. 299 LeCrim relativa a la segunda de las finalidades de la fase de instrucción; en concreto: “*las actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral*” en este sentido Iñaki Riaño³ determina que la finalidad de la fase de instrucción “*no es propiamente preparar el juicio sino determinar si se dan los elementos suficientes para incoar el juicio oral con relación a una concreta y determinada persona*”. Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se pronuncia en este sentido, justificando la fase de la instrucción en “*la necesidad de realizar las actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir juicio contra persona determinada por el carácter estigmatizante que tiene el proceso penal*” STS de 20 de Julio de 2001.

Dicho brevemente, la instrucción cumple una doble finalidad que satisface las finalidades que se han venido considerando. Por un lado, podemos determinar que la instrucción va encaminada a recopilar todos aquellos datos que permitan adoptar una decisión en torno al sostenimiento o no de la acusación. En contrapartida, la instrucción va dirigida a la incoación del juicio oral, teniendo presente que sin acusación no puede haber enjuiciamiento.

1.2 La instrucción en el proceso ordinario por delitos graves y en el procedimiento abreviado y enjuiciamiento rápido.

En España existen diferentes procesos penales en los cuales, como norma general, su estructura general es idéntica en tanto que se divide primero en una fase de instrucción y sigue con una fase de enjuiciamiento en caso de que esta última sea procedente. Ahora bien, es preciso tener presente que en las distintas modalidades de procedimiento, que se expondrán a continuación, la coincidencia en la tramitación no es del todo completa y existen diferencias.

³ Riaño Brun, Iñaki (2008). *La instrucción Criminal en el Proceso Penal*. Navarra: Thomson- Aranzadi, SA.

Empezando el análisis comparativo siguiendo el estudio de Riaño referido *ut supra* nos centraremos en primer lugar en el sumario en el proceso por delitos graves.

La fase de sumario en el juicio ordinario por delitos graves se aplica en relación a aquellos delitos por los que nuestro Código Penal prevé penas privativas de libertad superiores a nueve años.

Así pues, el inicio de esta fase procesal se da cuando el Juez de Instrucción tiene conocimiento a través de los medios previstos en la ley (atestado policial, querrela, denuncia...) de la existencia de unos hechos presuntamente delictivos; procediéndose con ello al dictado de un auto de incoación de sumario que tiene como objetivo que se realicen los actos de investigación o de aseguramiento que se consideren oportunos y pertinentes. Actuaciones que pueden ser interesadas tanto a solicitud de las partes o de oficio, es decir a iniciativa del propio órgano instructor. A este respecto, se puede determinar que el acto de iniciación del procedimiento es el auto de incoación del sumario, que es una resolución judicial que implica una calificación previa y provisional sobre el carácter aparente delictivo de los hechos que motivan el comienzo de la instrucción.⁴

Acto seguido, se procede a la práctica de las diligencias de instrucción propuestas por las partes (Ministerio Fiscal, partes en la querrela...) diligencias que tienen como objetivo la investigación de los hechos, la determinación del autor, la adopción de medidas cautelares...

Finalmente, si practicadas las debidas diligencias para lograr el buen fin de la fase instructora y procesada la persona o personas sobre las que recaen los indicios racionales de criminalidad y si el Juez de Instrucción entiende que existen indicios racionales de criminalidad, se dictará resolución dando por finalizada la fase procesal del sumario prosiguiendo el proceso con la remisión de las actuaciones y de las pruebas materiales sobre la comisión del delito al correspondiente Tribunal enjuiciador.

Hasta aquí la fase de instrucción prevista para el procedimiento ordinario por delitos graves.

Prosigamos nuestro análisis con la instrucción en el procedimiento abreviado, en concreto, de las diligencias previas, procedimiento previsto para el enjuiciamiento de los delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a nueve años.

⁴ de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J.y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Previamente, cabe señalar, que el procedimiento abreviado persigue el objetivo de la celeridad en tanto que es necesario un procedimiento más rápido para supuestos en los que la averiguación del hecho delictivo no requiera de una tarea de investigación extremadamente detallada.

El fundamento de la celeridad, tal y como señala Riaño se halla en el la Exposición de Motivos apartado X de la LeCrim del 1882: *“la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no estuviera indefinidamente en lo incierto y que no se le causare más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siguiera de cerca de la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad”*⁵

Para comprender mejor el funcionamiento de la fase de instrucción en el procedimiento abreviado, es preciso tener en cuenta la existencia de una fase preliminar en este tipo de procedimiento. En particular, a las competencias que se le conceden al Ministerio Fiscal en virtud del artículo 773 LeCrim.

El segundo párrafo del apartado del precepto en cuestión establece: *En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal*

Extrapolando lo anterior, se puede deducir que el Fiscal establecerá los criterios generales y pautas que deberán seguirse en las actuaciones de investigación a fin de proteger las debidas garantías procesales y derechos de las partes. Ahora bien, esto no comporta que el Ministerio Fiscal tenga la obligación de hacerse cargo directo de la investigación en tanto que puede limitarse su función a controlar el desarrollo de las actuaciones policiales. En este sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª.) de 25 de abril de 2002 en la que el MF no se hace cargo de forma directa de la investigación dado que los hechos que dieron lugar a la resolución (la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio y protección del medioambiente) ya que estaban siendo investigados por funcionarios de policía sometidos a su control.

⁵ Vide, pág. 182

Entrando en cuestión, veamos el desarrollo de las diligencias previas:

La incoación de la fase de instrucción en este tipo de procedimiento se da del mismo modo que en el ordinario por delitos graves, es decir, cuando el Juez de Instrucción tiene conocimiento a través de los medios previstos en la ley (atestado policial, querrela, denuncia...) de la existencia de unos hechos presuntamente delictivos.

Ahora bien, a partir de ese momento es preciso tener en cuenta la celeridad que se da en el procedimiento abreviado y de la que ya venimos hablando, característica principal que distingue ambos procedimientos. Se trata entonces de un rasgo que conlleva, de entrada, que la práctica de diligencias judiciales tiene un carácter complementario con relación a la investigación policial y fiscal, aunque cuando estas sean insuficientes y no permitan la determinación de los hechos y del autor, será preciso practicar las oportunas diligencias de investigación. Una vez practicadas, sin demora, el Juez de Instrucción deberá dictar mediante auto una resolución que pondrá fin a las diligencias previas tal y como establece el art 779 de la LeCrim. La resolución del Juez deberá pronunciar-se y acordar el sobreseimiento que corresponda (libre o provisional) si estima que el hecho no es constitutivo de infracción penal, que no aparece suficientemente justificada su perpetración o en caso de no conocerse el autor⁶.

Para concluir y en relación al rasgo de celeridad, siguiendo a Riaño⁷, se manifiesta en distintos momentos y con relación a distintos sujetos, aunque hay que tener presente que este rasgo no debe proceder, en ningún caso, en perjuicio de los principios que nuestro ordenamiento jurídico prevé en la regulación del procedimiento penal. Así pues:

- A lo que se refiere al órgano instructor, la celeridad se denota por el carácter complementario de las diligencias a practicar.
- En relación al presunto autor de los hechos es vista la celeridad por la contemplación de una posible conformidad, en los supuestos que corresponda, la cual implica un reconocimiento de los hechos y un consenso. El artículo 775 LeCrim también lo muestra al contemplar la posibilidad de celebrarse el juicio en ausencia del imputado cuando se haya citado en el domicilio o a través de la persona por él designada.
- Finalmente, en cuanto al Ministerio Fiscal la celeridad se deduce en tanto que el Fiscal deberá instar la conclusión de esta fase procesal de investigación en cuanto determine

⁶ Caben otras posibilidades de resolución aunque no van a ser tratadas en estas páginas.

⁷ Riaño Brun, Iñaki (2008). *La instrucción Criminal en el Proceso Penal*. Navarra: Thomson- Aranzadi, SA.

que las actuaciones de investigación llevadas a cabo hasta el momento, han sido suficiente.

La instrucción en el procedimiento abreviado finaliza con el correspondiente auto de conclusión de las diligencias previas y se procede a dar traslado a las diligencias al MF, a las partes personadas para que soliciten apertura de juicio oral, el sobreseimiento de la causa o la práctica de diligencias complementarias aunque esta última opción es interesada con excepcionalidad.

Abarquemos, ahora, la instrucción regulada para un distinto procedimiento, en concreto, el enjuiciamiento rápido. Es un proceso regulado con el fin de aplicarlo para la instrucción y el enjuiciamiento de delitos castigados con penas privativas de libertad que no excedan de cinco años.

Se trata de un procedimiento que, al introducirlo en nuestro ordenamiento procesal penal, se diferenciaba de los demás procedimientos por la notable reducción de los plazos. En particular, nos referimos a los plazos que van desde que se tiene conocimiento del delito hasta que se lleva a cabo el desarrollo del juicio; consiguiendo así, dar respuesta a una necesidad técnica y social en tanto que es una tipología de proceso que tiene como finalidad gestionar eficazmente la delincuencia pequeña y reiterada.

La instrucción, en este procedimiento, se caracteriza por ser extremadamente breve, en tanto que se trata de una fase de instrucción judicial mínima y concentrada. Así pues, tal y como establece el art. 795 LeCrim, el Juzgado de Guardia incoará el proceso siempre en virtud de un atestado policial y siempre que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición judicial o que, sin detenerla, se haya citado para que esta comparezca ante el Juzgado de Guardia.

Entrando al desarrollo de las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia hay que tener en consideración en primer lugar y fundamentalmente el art. 797 de LeCrim cuyo tenor literal establece: *El juzgado de guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes.[...]* Si esto es así, se incoarán diligencias urgentes si se dan los requisitos del art. 795 arriba mencionado, es decir, que exista atestado policial, que haya detenida una persona o que se haya citado para que comparezca ante el Juzgado de Guardia.

El precepto 797 continúa: *Sin perjuicio de las demás funciones que tiene encomendadas, practicará, cuando resulten pertinentes, las siguientes diligencias, en el orden que considere más conveniente o aconsejen las circunstancias, con la participación activa del Ministerio Fiscal.* De modo que, el Juzgado cuando sea preciso practicará las diligencias que

correspondan, con la participación activa del Ministerio Fiscal. Sin embargo, es necesaria una aclaración. En este sentido, y siguiendo a Riaño, si bien se requiere de una participación activa del Ministerio Fiscal, no debe entenderse erróneamente el hecho que el art 797 no haga referencia a las demás parte pues, se entiende necesaria su participación en aplicación del principio de contradicción, y del derecho a un proceso con todas las garantías.⁸

Veamos con detalle, las diligencias que la ley prevé que deberán practicar-se:

Para empezar, se recabará por el medio más rápido los antecedentes penales del detenido o persona investigada. Luego, si fuera necesario para la calificación de los hechos imputados, el Juzgado podrá recabar, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial. También ordenará, en los casos que sea pertinente y proporcionado, que el médico forense examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial. De igual modo, podrá, además, ordenar la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial.

A continuación, el Juzgado de guardia tomará declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que haya comparecido a la citación policial (en los términos establecidos en el art 775 LeCrim). En caso de que el investigado falte a la citación policial ante el órgano judicial, la orden de comparecencia, en virtud del artículo 487 LeCrim, podrá convertirse en orden de detención.

En seguida, el órgano judicial tomará declaración a los testigos citados por la Policía Judicial que hayan comparecido. Ante la falta de comparecencia de cualquier testigo será de aplicación lo que establece el artículo 420 LeCrim, es decir, que podrá ser sancionado con una multa de 200 a 5.000 euros y en caso de persistir su resistencia a comparecer será conducido a la presencia del Juez instructor y perseguido por delito de obstrucción a la justicia. Además, cabe tener en consideración, que ante la negativa de declarar lo que se supiese acerca de los hechos sobre los que fuere preguntado, se incurrirá también en sanción de multa y podrá ser perseguido por un delito de desobediencia grave a la autoridad.

En esta fase procesal, el Juez encargado de la instrucción practicará, si resultare procedente, practicará el reconocimiento en rueda del investigado, ordenará el careo entre testigos, entre testigos e investigados o investigados entre sí. Así mismo, ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él.

⁸ Vide pág. 196 Riaño Brun, Iñaki (2008). *La instrucción Criminal en el Proceso Penal*. Navarra: Thomson- Aranzadi, SA.

Por último, en estas diligencias practicadas de forma previa se prevé de forma residual la posibilidad que se ordene la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.

A continuación, según expresa el art. 798 LeCrim y una vez practicadas las diligencias pertinentes previstas en el art 797 LeCrim, el Juez oír a todas las partes acerca el sentido de la resolución a dictar que pondrá fin a esta fase del proceso que venimos tratando. El Juez, en primer lugar, puede considerar suficientes las diligencias practicadas por lo que procederá a dictar auto en forma oral determinando con ello la continuación del procedimiento y la entrada en la fase de preparación del juicio oral. En segunda instancia, y en caso de que considere insuficientes las diligencias practicadas, el Juez procederá a ordenar que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado. Por otro lado, puede dictar alguna de las decisiones previstas en el artículo 779 LeCrim, es decir, archivar las actuaciones si considera que no existe infracción penal; decretar el sobreseimiento provisional cuando no se hubiera determinado la identidad del autor; o, por último, inhibirse, en su caso, a favor de la jurisdicción que considere competente.

Concluimos con ello nuestro análisis de las distintas y principales modalidades de instrucción en los procesos penales en España. Es preciso mencionar, a fin de tener presente, aunque no se trate en estas páginas, que existen otros procedimientos penales; nos referimos al proceso ante el Tribunal del Jurado, a la instrucción en el procedimiento de menores y finalmente, a la instrucción penal en los delitos de violencia de género.

1.3 Referencia a las actividades que abarcan la fase instructora

En cuanto a las actividades que dan contenido, en términos generales y sintéticos a la fase judicial instructora, y tomando las palabras de Armenta Deu,

“En una clasificación pormenorizada de Ortells, las actividades abarcan:

- *actos de ejercicio de la acción penal y de resolución sobre la misma;*
- *actos de iniciación del procedimiento diferentes a la querrela, la denuncia, el atestado y la iniciación de oficio;*
- *actos de investigación consistentes en buscar y examinar las fuentes de prueba, así como asegurar tales fuentes limitando en ocasiones derechos fundamentales (entrada y registros, intervención de la correspondencia o de la comunicación telefónica);*
- *actos de imputación;*
- *actos para adoptar, modificar o extinguir medidas cautelares;*

- *actos de prueba anticipada, excepcionalmente*⁹

En lo aquí interesa, debemos referirnos en especial a aquellas diligencias de investigación, llevadas que implican actuaciones de los poderes públicos que restringen derechos fundamentales. Nuestro ordenamiento jurídico, permite, bajo determinadas exigencias y presupuestos, la limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

2. Medidas limitativas de Derechos fundamentales: especial análisis del principio de proporcionalidad.

2.1 La adopción de medidas limitativas de Derechos fundamentales: presupuestos.

En la fase procesal de instrucción del proceso penal, teniendo presente las particularidades, expuestas en líneas anteriores, de los diferentes procedimientos, es cuando se practican, entre otras, diligencias de investigación que limitan derechos fundamentales. Es el momento en el que se acuerda la injerencia de los derechos y libertades individuales.

Entonces, Para ENRIQUE BACIGALUPO¹⁰, *es un hecho que durante la instrucción se deben tomar medidas cuya ejecución comporta serias limitaciones legales de derechos fundamentales.*

Como ya se ha apuntado, existen en nuestro sistema jurídico una serie de diligencias que sobresalen por restringir derechos catalogados como fundamentales. Se trata de medidas que están previstas en nuestra LeCrim, en particular, en su Título VIII¹¹.

Nuestro ordenamiento es consciente de la dicotomía que supone la práctica de este tipo de actos de investigación, pues es significativo el hecho que afecten derechos fundamentales que tienen una protección constitucional. Además, aunque los poderes públicos tengan la potestad de limitar derechos fundamentales no comporta que puedan hacerlo sin ningún tipo de restricción. Es por esto que es necesario para la adopción de medidas de semejante envergadura,

⁹ Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ªed). Barcelona: Marcial Pons. Pág.117

¹⁰ Bacigalupo, Enrique (2002) *Justicia penal y Derechos Fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.

¹¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *TÍTULO VIII De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*

que se cumplan una serie de presupuestos y exigencias a fin de conciliar los puntos de tensión entre el respeto de los derechos fundamentales del investigado y el interés en la persecución penal.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión elaborando una doctrina que estableció los requisitos necesarios para la adopción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Siguiendo ahora a BERNARDO SAN JOSÉ¹², la doctrina del TC ha establecido unos presupuestos: Justificación teológica, la habilitación legal, la autorización judicial motivada y la proporcionalidad.

En primer lugar y en relación a la justificación teológica, la medida limitativa únicamente podrá ser justificada si tiene una finalidad constitucionalmente legítima y socialmente relevante. En el marco del proceso penal, el interés público de la persecución de delitos y la investigación de estos, justifica, de entrada, la adopción de estas diligencias.

Por otro lado y en cuanto a lo que se refiere a la habilitación legal, será necesaria la previsión legal, cualquier limitación de un derecho fundamental debe estar prevista por ley. A este respecto, se pronuncia la STC 49/1999 en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones. La necesidad de esa previsión legal se fundamenta en el principio de legalidad formal y material.

Por otra parte, y en atención al presupuesto de la autorización judicial motivada, se trata de medidas cuya adopción únicamente puede darse en el seno de un proceso, es decir, será un órgano jurisdiccional el que decidirá la restricción del derecho fundamental del que se trate. La decisión del Juez tendrá que ser motivada; la motivación de las resoluciones es un deber general y relativo a todas las resoluciones, no obstante, parece ser que se subraya esta exigencia al tratarse de medidas adoptadas con el fin de limitar derechos fundamentales o libertades públicas. En este sentido y tomando las palabras de BERNARDO SAN JOSÉ¹³, *La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (STC 37/1989 y 7/1994, entre otras). La motivación de la resolución cumple en*

¹² Bernardo San José, Alicia (2009) La restricción de los derechos fundamentales en las diligencias de investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C* (24), 7-26 Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968002>

¹³ Bernardo San José, Alicia (2009) La restricción de los derechos fundamentales en las diligencias de investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C* (24), 7-26 Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968002>

todo caso una doble finalidad: posibilita la impugnación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales cuando no sean acordes con los posicionamientos de las partes y evita la inseguridad jurídica que se produciría como consecuencia de una arbitraria actuación judicial.

Finalmente, es necesaria que la medida esté sujeta al principio de proporcionalidad en sentido amplio, se trata de uno de los principios que limita la configuración de la instrucción penal. Nos detendremos, en las líneas que siguen, al examen del principio de proporcionalidad.

2.2 Especial análisis del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es fundamental desde el momento en el que se acepta que no existen derechos absolutos y que, con independencia del rango de estos derechos, cabe la posibilidad de que estos sean limitados.¹⁴

El principio de proporcionalidad, siguiendo a GONZALEZ- CUELLAR SERRANO¹⁵, es un principio general del Derecho que, obliga a los órganos jurisdiccionales a tratar de alcanzar el punto de equilibrio entre los intereses en conflicto. Como principio general del Derecho, también debe aplicarse en el Derecho procesal penal en tanto que es el lugar en el que se dan los verdaderos puntos de tensión entre intereses opuestos.

El origen del principio de proporcionalidad lo encontramos en la elaboración de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación de la República Federal Alemana. Es importante tener presente, que en nuestro ordenamiento jurídico no encontramos expresamente recogido el principio por la legislación procesal penal y hace relativamente poco que ha sido formulado por los procesalistas.¹⁶ Es, con la promulgación de la Constitución Española de 1978 y a raíz de la abundante jurisprudencia del TEDH que la jurisprudencia constitucional y la doctrina

¹⁴ Alexy, R. Bernal Pulido, C. Juan Moreso, J. Prieto Sanchis, L. Clérico, L. Villaverde Menéndez, I. Castiñeira, M. Ragués, R. Sánchez Gil, R. Lopera Mesa, G. Avila Santamaría, R. (2008) El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos* (1) 1-352 Recuperado de: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4271.pdf>

¹⁵ Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

¹⁶ En referencia al tiempo al que ha sido formulado el principio por los procesalistas, cabe tener en consideración que el Dr. Cuellar publicó su obra en 1990. En este sentido, en la pág. 22 comenta que la formulación del principio de proporcionalidad de forma expresa por parte de los procesalistas había tenido lugar en fechas muy recientes por aquel entonces. Por ello, casi tres décadas después es preciso indicar que es relativamente breve el tiempo desde que se formula expresamente el principio.

consideran aplicable el principio de proporcionalidad siguiendo las pautas establecidas por el Derecho alemán.¹⁷

Abarquemos, ahora, de forma limitada, el tema de la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad. Debe incidirse primeramente en que otorgarle rango constitucional, ha supuesto la aplicación por parte de nuestro TC de nuevos criterios de interpretación y además ha exigido cuestionarse por el apoyo del principio en los distintos preceptos constitucionales¹⁸. Sin embargo, hay que tener presente que los derechos fundamentales se encuentran garantizados por preceptos constitucionales. A este respecto, es por el respeto que nuestra Constitución exige hacia los derechos fundamentales (y no, por el posible sostén en distintos artículos de la CE) donde encontramos la importancia práctica de la protección constitucional del principio de proporcionalidad. En este sentido, el TC ha establecido que *“la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”*¹⁹

Se trata de derechos que tienen semejante nivel de protección; por ello, son derechos que reclaman la utilización de criterios muy estrictos en el enjuiciamiento de las medidas restrictivas que puedan afectar a su contenido. La falta de las exigencias, a las que nos detendremos a continuación, de la proporcionalidad conllevaría de inmediato la transgresión del artículo constitucional que ampara el derecho fundamental del que se trate.

GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, hace una clasificación de los presupuestos exigidos para las restricciones de los derechos reconocidos en el Capítulo 2 del Título 1 de la Constitución. Así pues, desde la perspectiva de la proporcionalidad, los requisitos son la legalidad y la justificación teleológica. Siguiendo con la clasificación, es necesario distinguir según el autor, de los requisitos que son extrínsecos a las medidas y los requisitos intrínsecos.

En cuanto a los requisitos extrínsecos puede diferenciarse el requisito de judicialidad y el de motivación sobre los que ya tuvimos ocasión de reflexionar con anterioridad.

Por otro lado, tenemos los requisitos, que aquí interesan, conocidos como intrínsecos: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*. En este mismo sentido y en

¹⁷ Vide pág. 21-22

¹⁸ Vide pág. 52 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

¹⁹ STC 656/2007 de 17 de Julio

palabras extraídas de ARMENTA DEU, “*la exigencia de proporcionalidad abarca un triple aspecto: idoneidad, necesidad y proporcionalidad sensu stricto.*”²⁰

2.2.1 Idoneidad

La comprobación del cumplimiento de los requisitos propios del principio de proporcionalidad empieza con el examen del principio de idoneidad. Para GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, “*El principio de idoneidad [...] hace referencia [...] a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación.*”²¹

En la misma dirección, y en palabras de GONZALEZ BEILFUSS, el principio de idoneidad “*constituye una regla jurídica de carácter negativo que obliga a expulsar del ordenamiento las medidas que, ya en el momento de su adopción, no puedan contribuir a la consecución de la finalidad perseguida*”²²

Se infiere de la precedente información que el principio de idoneidad se basa, en términos generales, en el esquema medio-fin. Así pues y en base a este principio, debe tenerse en consideración si la injerencia es adecuada para la obtención de una finalidad determinada.

Del propio concepto de idoneidad, podemos extraer que es necesario calificar la medida como adecuada y apropiada para algo, es decir, que reúne las condiciones necesarias u óptimas para un fin determinado. Por ello, se ha de analizar si la injerencia facilita la satisfacción del fin previsto por la norma. En relación a la adecuación de la medida, no se sugiere con este principio la obtención de una eficacia absoluta. En suma, la idoneidad no es una exigencia que implique que se garantice el fin pretendido, es decir, que no se consiga el fin no conlleva que la medida sea inidónea.

En este estado de cosas, el *quid* de la cuestión recae pues, en determinar el grado de eficacia requerido por el principio de idoneidad. “*El problema consiste en trazar la frontera*

²⁰ Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ªed). Barcelona: Marcial Pons. Pág.142

²¹ Vide pág. 154 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

²² González Beilfuss, Markus (2003). *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra: Thomson-Aranzadi,

*entre las medidas no absolutamente idóneas que deben reputarse legítimas desde el punto de vista de la observancia del principio de idoneidad y aquellas que deben excluirse por resultar inidóneas y, por tanto, desproporcionadas.*²³ Entonces, son los órganos enjuiciadores los que deberán valorar, en el marco de sus potestades, tales dificultades.

El examen de la idoneidad no finaliza con la determinación de la adecuación de la medida con el fin pretendido. Es necesario analizar, la finalidad con la que el órgano decide la limitación de un derecho fundamental, finalidad que no puede ser distinta de las que vienen previstas por ley. Por ende, será inconstitucional, cualquier injerencia encaminada a la obtención de fines no previstos por la normativa.

El principio de idoneidad, conlleva más exigencias: la causalidad de la medida debe serlo tanto cualitativamente como cuantitativamente, así como adecuada a lo que se refiere a la determinación del ámbito subjetivo de aplicación. Veámoslo con detención a continuación.

Por lo que se refiere a la adecuación cualitativa podemos distinguir entre la adecuación cualitativa en el sentido abstracto de la medida y la adecuación referida a la aptitud de la medida. Así pues, se requiere que las medidas sean idóneas por su propia naturaleza es decir, adecuadas para la consecución de los fines perseguidos por las normas. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO indica que la idoneidad en el sentido expuesto es abstracta e insuficiente en tanto que es preciso también analizar si la medida es apta en el caso concreto que se esté tratando.²⁴

Además de la adecuación cualitativa deberá atenderse a la adecuación cuantitativa de la injerencia que se quiera practicar. El principio de idoneidad exige que una medida procesal restrictiva de derechos fundamentales sea adecuada cuantitativamente en cuanto a su duración e intensidad, de modo que la prolongación y el grado de la intensidad deben adaptarse a la propia finalidad que se pretenda alcanzar. Entonces, una medida cualitativamente idónea puede considerarse inconstitucional si su adecuación cuantitativa, es decir, duración e intensidad, no es la que corresponde para la obtención del fin pretendido.

Por último, y como ya se ha mencionado más arriba, la idoneidad de la medida no sólo deberá serlo cualitativamente y cuantitativamente si no también adecuada en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo de aplicación.

En primer lugar, cuando los poderes públicos deban practicar las injerencias será necesario individualizar al sujeto pasivo cuyos derechos se verán restringidos por la injerencia.

²³ Vide pág. 156

²⁴ Vide pág. 161 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

Por ello, deberá aplicarse la medida limitativa de derechos fundamentales previa la individualización de los particulares.²⁵ Acerca de esto siguiendo al autor que venimos refiriendo: *“los órganos de la persecución penal no pueden someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten al ejercicio de sus derechos fundamentales. Es preciso, por tanto, que concurran determinadas circunstancias que constituyan la base para la realización de un pronóstico desde el que se prevea cierta probabilidad de éxito de la injerencia (STC 37/89 de 15 de febrero)”*²⁶

Dicho con otras palabras, se infiere de la mención anterior que los órganos instructores deberán analizar las circunstancias concretas del sujeto pasivo cuyos derechos fundamentales se pretenda limitar. En esta línea, será preciso estudiar si las circunstancias, son las ideales para alcanzar el fin, que como sabemos, es el previsto por la ley.

La individualización de los sujetos pasivos de la injerencia ha sido cuestión de debate, ya que las medidas restringidas pueden aplicarse hacia terceras personas que no sean investigadas en el marco del proceso penal. Se trata entonces, de una cuestión problemática, pues ha supuesto dificultades determinar si la medida puede afectar a terceros particulares que no sean investigados. Si bien no corresponde entrar en este epígrafe en esta compleja discusión, es necesario apuntar que determinadas medidas limitativas de derechos fundamentales pueden, efectivamente, afectar a terceros que por cualquier motivo se relacionen con la causa, siempre que, sea necesario limitar sus derechos para alcanzar el fin perseguido por la normativa.

En relación con lo anterior, el principio de idoneidad prohíbe que se extienda el ámbito subjetivo de la aplicación de la injerencia. Esta prohibición, en términos generales, conlleva que la medida deberá aplicarse únicamente sobre los sujetos que se hayan determinado tras la correspondiente individualización. No se permite, en consecuencia, limitar los derechos de otros sujetos pasivos que no sean necesarios para alcanzar las finalidades interesadas en el marco del proceso penal del que se trate.

En contraste con lo anterior, y, de nuevo, en términos sintéticos, el principio de idoneidad prohíbe asimismo que se restrinja el ámbito subjetivo de aplicación. En palabras de GONZALEZ- CUELLAR SERRANO *“Las injerencias procesales penales deben ser aplicadas a todos aquellos cuyos derechos sea necesario limitar para alcanzar la finalidad prevista. [...] Semejante afirmación indica que el Estado [...] debe someter en todo caso su actuación a los fines contenidos en la ley. Las medidas con ámbitos de aplicación excesivamente restringidos*

²⁵ Vide pág. 179

²⁶ Vide, pág. 180

*son medidas ineficaces [...]*²⁷ Es decir, la prohibición va dirigida a que los órganos jurisdiccionales que deban aplicar las medidas que correspondan, en tanto que tendrán la obligación de aplicar la injerencia hacia a todos aquellos cuyos derechos sea necesario limitar para alcanzar la finalidad prevista.

Recapitulando, el principio de idoneidad exige que la causalidad de la medida lo sea cualitativamente, es decir, adecuada al fin perseguido, también exige que lo sea cuantitativamente, por tanto, de una duración y una intensidad ideal para la finalidad perseguida. Por último, exige que se determine correctamente el ámbito subjetivo de aplicación, es decir, que se delimite los particulares cuyos derechos sea necesario restringir a fin de alcanzar el objetivo que como sabemos es el que prevé la normativa.

2.2.2 Necesidad

El principio de necesidad, también es denominado como << *de la alternativa menos gravosa* >>. Se trata de un principio que impone a los poderes públicos el deber de comparar las medidas restrictivas aplicables para la satisfacción del fin perseguido, y a elegir, finalmente, aquélla medida que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos²⁸.

En *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, el autor que venimos siguiendo, propone una definición que establece lo siguiente: “*es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos*”

Extrapolando lo anterior, es pertinente considerar que el rasgo fundamental del principio de necesidad es el de que se trate de un principio que podemos calificar como comparativo. Comparativo en tanto que el principio de necesidad obliga a los órganos jurisdiccionales, que les corresponde la aplicación de la limitación del derecho fundamental, a tener presente, si existen otras medidas que fueran subsumibles en el caso del que se trate, además de la medida que se pretende aplicar. Se infiere también, que la comparación debe hacerse con alternativas con las que pueda alcanzarse el fin pretendido.

²⁷ Vide pág. 184 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

²⁸ Vide pág. 189 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

Tomando las palabras de GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, “*determinar si un medio presenta una eficacia suficiente es un ineludible presupuesto de aplicación del principio de intervención mínima, aunque constituya una tarea que no siempre es fácil de realizar [...] Las dificultades que presenta el pronóstico sobre la aptitud de las medidas alternativas, dificultades que se acrecientan por la más alta inseguridad que provoca la mayor benignidad de los medios sustitutivos y la complejidad, en muchos casos de los fines a los que tienden*”²⁹.

En definitiva, el principio de necesidad impulsa al órgano a la búsqueda de alternativas que sean menos lesivas. Sin embargo, se plantea una dificultad cuando hay que comprobar la eficacia de las medidas alternativas, que como sabemos, deben ser aptas para la consecución de la finalidad perseguida.

Otra nota esencial del principio de necesidad a tener presente, es, según GONZALEZ-CUELLAR, “*la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados*”. Esta característica presupone, en cualquier caso, y siempre que existan alternativas menos gravosas, que deberá rechazarse las medidas que supongan un grado de intervención más alto en la esfera del derecho fundamental del caso. El objetivo perseguido por esta particularidad, es el de disminuir las consecuencias nocivas que acarrearán la adopción de medidas de esta categoría y, obteniendo con ello, menos sacrificio de los derechos, pero no obstante, únicamente y siempre que asegure su mayor grado de eficacia.

Finalizando con el principio de necesidad, es importante tener en consideración que, a la hora de hacer la comparación entre medidas, hay que tener presente más factores que el del grado de restricción del contenido del derecho fundamental. Así pues, hay que sopesar los efectos que derivan de los factores de la duración e intensidad de las injerencias, así como de todos los perjuicios que acarrea la limitación de un derecho fundamental, tanto de forma directa como indirecta. Así que, será la valoración de este conjunto de aspectos la que, en términos generales, puede medir, de un modo jurídicamente adecuado, la trascendencia de las medidas equiparadas.³⁰

En resumen, tal y como ha indicado CASANOVA MARTÍ³¹, el TC ha señalado de forma contundente que “*todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido*”³²

²⁹ Vide pág. 198

³⁰ Vide pág. 200

³¹ Casanova R (2014) *Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa* (Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Catalunya) Recuperado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/293904/Tesi%20.pdf?sequence=1>

³² STC 154/2002 de 18 de julio

2.2.3 El principio de proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad *sensu stricto* se aplica una vez examinadas la idoneidad y la necesidad de una medida. La concurrencia de estos dos requisitos permite entrar a analizar y determinar si la limitación y la injerencia de los derechos individuales guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. En este sentido, si el sacrificio de intereses resulta excesivo deberá inadmitirse la medida, aunque se den los demás presupuestos exigidos del principio de proporcionalidad.³³

Siguiendo al autor del que venimos hablando³⁴, existen tres notas esenciales que caracterizan al principio de proporcionalidad en sentido estricto: es un principio valorativo, ponderativo y de contenido material.

Analicemos con más detalles los rasgos fundamentales del principio de proporcionalidad *sensu stricto* y ateniendo, en primer lugar al principio como principio valorativo. Así pues, la característica de valorativa implica “*el estudio de la relación empírica medida-finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad, pero, sin embargo, su campo propio de aplicación se encuentra en el terreno de los valores,[...] toda relación de este tipo de trascendencia en el proceso penal, además de ser empírica, comprende un <<par de valores>> que se resumen finalmente en la relación de tensión existente entre los intereses estatales e individuales*”. El autor viene a decir que, el requisito del principio de proporcionalidad en sentido estricto presupone que se ha estudiado, al examinar la idoneidad y la necesidad, la relación medida-finalidad de la injerencia que se pretende acordar. Por ello, para el correcto análisis de la exigencia de la proporcionalidad en sentido estricto hay que analizar la relación medio-fin, pero en el sentido de resolver, los puntos de tensión y la dicotomía central que se da entre los intereses del Estado y los intereses de los ciudadanos.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto es considerado como un principio ponderativo. La ponderación pretende encontrar la solución a los puntos de tensión que se dan cuando hay que adoptar de la medida, pues la dicotomía se encuentra entre los derechos individuales y los intereses estatales. Para una solución eficaz, este principio ponderativo, indica que será preciso un análisis de los valores e intereses involucrados en el caso concreto del que se trata y sólo así podrá determinarse la razonabilidad, que conllevará,

³³ Vide pág. 225

³⁴ Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

con ello, la proporcionalidad del fin perseguido. En definitiva, se trata de sopesar los fines pretendidos con los medios utilizados para ello.

Finalmente, con la ponderación cabe aludir que no se trata de un rasgo meramente formal y por tanto vacío contenido, se trata entonces de una característica con fundamento material. A este respecto, GONZALEZ- CUELLAR, y con el fin de evitar que se llegue a estimar que se trata de un principio meramente formal del que no se puede extraer los criterios de ponderación, ni la manera de medir los intereses en conflicto, ni, con ello, los criterios para resolver los conflictos, se le dota al principio de un contenido que nos permite fundamentar que se trata de un principio material y no de un principio sencillamente formal. El contenido del principio se ha podido configurar, fruto de *la inclusión del principio en el marco propio del Derecho procesal penal y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales vigentes*” Por estas razones se ha podido establecer el contenido y podría determinarse que la proporcionalidad está conformada por:

- un conjunto de valores e intereses constitucionalmente protegibles,
- unos criterios de medición,
- y, por la advertencia de los valores preferentes.

Es imprescindible relacionar lo expuesto hasta el momento en cuanto a los rasgos del principio de proporcionalidad en sentido estricto con la Teoría de los Valores.

Cuando hablamos de la Teoría de Valores, nos referimos, en términos necesariamente sintéticos, a la técnica que facilita la ponderación de los valores y el equilibrio de los intereses en conflicto del caso concreto en cuestión. Por tanto, la Teoría de Valores es esencial en la construcción del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A lo que aquí interesa, en definitiva, es que en el desarrollo de cada proceso penal será preciso adaptar la ley al caso concreto. Será preciso también tener siempre presente los intereses en conflicto; asegurando con ello, que la medida restrictiva que se adopte, cumpla con las previsiones legales vigentes del momento.³⁵

En sintonía con todo lo expuesto hasta el momento, queda por delimitar cuáles son los intereses, que hemos venido refiriendo y que entran en colisión con la adopción de las medidas restrictivas de derechos y libertades individuales. A este respecto, los intereses que analizaremos son, en primer lugar, los intereses del estado, en segundo lugar, el interés de la persecución final y por último, los intereses de los ciudadanos. Se abordará también cuáles son los efectos de la ponderación.

³⁵ Vide pág. 300 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

2.2.3 Los intereses del estado

Veamos, en primer lugar, los intereses del Estado. GONZALEZ- CUELLAR sostiene que además del interés del Estado en la persecución penal de los delitos hay que tener en consideración que el Estado tiene otros intereses que pretende alcanzar. Así pues, tiene un interés en la protección de los derechos fundamentales del individuo, tiene interés en la tutela de otros bienes de protección constitucional y finalmente, el Estado tiene un interés en el correcto desarrollo del proceso y en el adecuado funcionamiento de las instituciones procesales

Es relevante detenerse en el interés del Estado en la protección de los derechos fundamentales del individuo en tanto que el Estado de Derecho debe respetar los derechos constitucionales con independencia de la finalidad que se pretenda alcanzar, lo que en consecuencia conlleva que también deberá respetarlos cuando el interés estatal sea estrictamente el de la persecución penal. Es preciso apuntar, en este sentido, que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos no es únicamente un interés individual sino que se trata, además, de un interés del Estado. No obstante, y en palabras de GONZALEZ- CUELLAR SERRANO *“la afirmación sobre la posible existencia de un interés del Estado en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en la adopción de las medidas procesales restrictivas, debe ser referida a aquellas medidas que no tratan de salvaguardar el interés en la persecución penal, sino resolver los problemas de colisión entre derechos fundamentales que puedan acaecer con ocasión del proceso”*³⁶ El Estado tiene interés en la persecución penal de los delitos y tiene interés en la protección de los derechos fundamentales constitucionalmente protegibles. Estos intereses deben ponderarse y limitarse recíprocamente en aplicación del principio de proporcionalidad.

2.2.3 El interés de la persecución final

Examinemos ahora, el segundo de los intereses del Estado arriba referenciados.: interés de la persecución final. Este interés debe relacionarse con el interés de la persecución penal. Es necesario establecer a qué nos referimos con persecución penal. Así, y en términos sintéticos, se trata de un objetivo que persigue el Estado de Derecho y que va encaminado a proteger aquellos bienes jurídicos que gozan en virtud de la Constitución de su correspondiente protección y amparo. GONZALEZ- CUELLAR SERRANO afirma que una vez definido³⁷, es preciso

³⁶ Vide pág. 246

³⁷ A riesgo de repetirse, se refiere a la definición y delimitación del interés estatal de la persecución penal.

determinar la medición del peso o importancia de persecución penal para compararlo con la relevancia de los derechos fundamentales limitados en el caso concreto. El autor, siguiendo las orientaciones de la doctrina alemana determina, fija cuáles son los criterios a seguir a fin de establecer el grado de importancia del interés estatal de la persecución penal. En esta línea, la doctrina alemana ha establecido los siguientes criterios:

- la consecuencia jurídica,
- la importancia de la causa,
- el grado de la imputación;
- y el éxito previsible de la medida.

El criterio de la consecuencia jurídica es el criterio esencial para medir el interés estatal; obliga a tomar en consideración la gravedad de la pena que el legislador haya previsto contra los ataques perpetrados hacia los bienes jurídicos que nuestro ordenamiento jurídico ampara

En cuanto al criterio de la importancia de la causa, es necesario mencionar, aunque no podemos detenernos en ello, que se ha considerado que es un criterio vacío de contenido y contra el cual se han planteado serias objeciones. De todas maneras, este criterio comprende diferentes respuestas según si se entiende el criterio de la importancia de la causa como “gravedad del hecho”, como “interés público en el éxito del proceso” o como “peligro de reiteración”³⁸

Veamos el contenido del criterio de la importancia de la causa desde la perspectiva de la gravedad del hecho. Los órganos jurisdiccionales deberán ponderar una serie de circunstancias siempre que sean conocidas en el momento de adoptar la medida. Nos referimos a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, las causas de extinción de la responsabilidad, la forma de comisión del delito, el grado de participación del imputado y las posibilidades de aplicación de las normas que regulan el concurso ideal de delitos.³⁹

En cuanto al criterio de importancia de la causa des del parámetro del interés público en el éxito del proceso, el autor solamente viene a reflexionar acerca de la constitucionalidad de

³⁸ Vide pág. 256. Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex En este sentido, el autor indica que en la doctrina alemana ha constituido el criterio de la importancia de la causa como criterio residual del que se puede justificar la adopción de medidas que aparecen “inadmisibles desde la perspectiva del resto de los parámetros de medición de interés público, principalmente cuando la gravedad de la pena revista para el delito cometido no es relevante.”

³⁹ Vide pág. 257 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

que el interés estatal de persecución penal quede supeditado al interés público de obtener un eficaz y rápido castigo del culpable, por la alarma social producida por los hechos.⁴⁰

Finalmente veamos qué se entiende por criterio de importancia de la causa si se observa desde el peligro de reiteración. De nuevo, se cuestiona la constitucionalidad de tener en cuenta el peligro de reiteración de hechos análogos y aplicar medidas limitativas de derechos fundamentales con fines preventivos.⁴¹

Prosigamos a continuación con los criterios para la medición del peso del interés que tiene el estado hacia la persecución penal de los delitos. El criterio del grado de la imputación o dicho en otras palabras la fuerza de la sospecha. Como ya se mencionó en su momento, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de las injerencias que se quieran acordar al investigado y a los terceros con relación con la causa. En este sentido, el criterio del grado de imputación se tiene en cuenta para la limitación de derechos que deba sufrir el investigado dejando de lado a los terceros relacionados con la causa. Esto es así debido a la gravedad de algunas de las medidas limitativas de derechos fundamentales, pues por su gravedad únicamente pueden ser acordadas sobre el investigado siempre teniendo en cuenta el grado de imputación del investigado.⁴²

GONZALEZ- CUELLAR SERRANO sostiene que el grado de imputación además de ser un indicador que facilita conocer el hecho punible y de facilitar la individualización del ámbito de aplicación de las medidas, *“es un criterio de necesaria ponderación en el marco del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en cumplimiento de una doble función de proporcionalidad en sentido estricto, en cumplimiento de una doble función que podría considerarse subjetivamente excluyente y objetivamente ordenadora.”*⁴³

Extrapolando lo anterior, podemos determinar que el criterio del grado de imputación desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene una doble función: una subjetivamente excluyente y una objetivamente ordenadora. La primera de sus funciones impide que las medidas más gravosas se apliquen sobre terceros. Por otro lado, la segunda de las funciones tiene como objetivo salvaguardar la eficacia del principio de presunción de inocencia antes del dictado de sentencia condenatoria una vez practicadas las pruebas. La función “objetivamente ordenadora” *“reclama un cálculo de probabilidades más seguro, en relación con las injerencias más graves que puede sufrir el imputado”* El autor

⁴⁰ El autor reflexiona y estudio la constitucionalidad del interés público que pueda tener la adopción de la medida limitativa de libertad de la prisión provisional. No corresponde en este trabajo tener en cuenta el análisis.

⁴¹ En el mismo sentido que la citación núm. 40.

⁴² Vide pág. 264

⁴³ Vide pág. 264

entiende que no se garantiza el principio de inocencia si durante el desarrollo de la instrucción se adoptan graves medidas sin tener en consideración el grado de participación del investigado.

En las normas procesales de nuestro ordenamiento jurídico se establecen distintos grados de imputación como presupuesto de las medidas, de modo que, se requiere un alto grado de imputación en relación con las medidas más graves y se requiere, en relación con las medidas menos graves la existencia, “*de circunstancias que, según las experiencias de la vida y también según experiencias criminológicas, señalen la probabilidad de que el afectado haya cometido un delito como autor o partícipe*”⁴⁴

Por último, abarcaremos el criterio del éxito previsible de la medida. Este indicador tiene como finalidad excluir aquellas medidas cuya aplicación suponga una satisfacción mínima del interés de la persecución penal. Se trata de un indicador que permite “*equilibrar la gravedad de las injerencias según los resultados esperados, debiéndose solicitar de las más graves medidas muy importantes ventajas para el proceso*”⁴⁵

2.2.3 Los intereses de los ciudadanos

Finalmente, y en cuanto a los intereses de los ciudadanos fundamentalmente se puede determinar que es el del pleno disfrute de sus derechos frente a las injerencias que se adoptan en el marco del proceso penal y también frente a una sentencia de condena.

Ahora bien, ha supuesto dificultades determinar cuáles son los intereses individuales que los órganos jurisdiccionales deben sopesar junto a los intereses estatales. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, siguiendo a Degener, afirma que el interés individual debería ser medido tomando en consideración la magnitud de la intervención estatal, según la intensidad y la duración temporal de la injerencia.

Dicho lo anterior y además de tener en cuenta la intensidad y duración temporal de la injerencia, cabe tener en cuenta las consecuencias perjudiciales que acarrea la puesta en práctica de semejantes medidas. Se alude con ello, a que los órganos jurisdiccionales, en el marco de sus potestades, deberán valorar las secuelas derivadas de susodichas medidas. A este respecto,

⁴⁴ Vide pág. 272 Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex

⁴⁵ Vide pág. 273

el autor sostiene que será preciso tener en consideración las consecuencias que puedan originar en la salud, física y psíquica, y en la vida familiar, social y profesional del sujeto pasivo.⁴⁶

2.2.3 Los efectos de la ponderación

Para concluir con el análisis del principio de proporcionalidad, es precisa una breve referencia a los efectos de la ponderación. La correcta contraposición de los intereses enfrentados faculta al órgano de persecución penal la determinación de considerar si la medida es proporcional o si se muestra desproporcionada.

En palabras extraídas de GONZALES- CUELLAR SERRANO: *“La decisión depende de la fuerza normativa con la que esté dotada la protección de los intereses individuales afectados, pues a mayor normatividad [...] aumenta el haz de posibilidades que el derecho contempla para tutelar los intereses de los particulares en la aplicación de la ley al caso concreto”*

Según lo descrito con anterioridad, el respeto y protección que nuestra Constitución prevé hacia los derechos fundamentales implica que, cuando en el marco del proceso penal se limite el contenido de los derechos reconocidos en el Capítulo 2 del Título 1 de la Constitución, deba rechazarse, por parte del órgano instructor, una medida si el interés estatal de persecución penal no goza de una fuerza superior al peso del interés individual con el que se vea controvertido.

En definitiva, puede afirmarse que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico para determinar si cierta injerencia en un derecho fundamental es o no contraria a la Constitución.⁴⁷

⁴⁶ Creo pertinente una pequeña aclaración sin entrar en la complejidad de la cuestión. Así, el autor tiene en consideración que en la ponderación de los intereses individuales en contraposición de los intereses del Estado hay que tener en cuenta los factores que se han venido considerando; aunque, sin perder de vista que no se puede supeditar, por una sobreestimación judicial de los intereses individuales, el interés de la persecución penal al examen de potenciales desventajas para el ciudadano.

⁴⁷ Bernal Pulido, C. (2005) Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera *Revista española de derecho constitucional* (74) 417-444 Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1993791>

II. Las diligencias de investigación que suponen una injerencia en la esfera de los Derechos Fundamentales

Se dedicaran las próximas líneas a exponer brevemente las diferentes medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución. Será necesario determinar, en términos sintéticos, el contenido del derecho fundamental que resulte afectado por la adopción de susodichas medidas en el marco del procedimiento penal.

1. Las medidas limitativas de Derechos Fundamentales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En primer lugar, es preciso mencionar que la LeCrim regula en su Título VIII, las medidas de investigación que limitan los derechos reconocidos en el Capítulo 2 del Título 1 de la Constitución. Enumeremos, en segundo lugar, las diligencias previstas por nuestro ordenamiento; es preciso clasificar las diligencias de investigación en dos grupos. Por un lado hallamos las diligencias de investigación y por otro lado las diligencias de investigación tecnológicas.

1.1 Diligencias de investigación:

- La entrada y registro en lugar cerrado
- El registro de libros y papeles
- La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica

1.2 Diligencias de investigación tecnológicas:

- Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas
- Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos
- Utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización y captación de la imagen
- Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información
- Registros remotos sobre equipos informáticos

1.3 Otras medidas:

- Inspecciones e intervenciones corporales

2. Diligencias de investigación

2.1 Entrada y registro en lugar cerrado

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado la encontramos regulada en la LeCrim desde su artículo 545 al 572. De la misma denominación podemos extraer que, en realidad, se alude a dos actos diferentes pues; por un lado, la entrada puede consistir en aquella diligencia que tiene por única finalidad la detención de una persona, y por otro lado, el registro consiste en examinar un determinado lugar a fin de encontrar, los posibles instrumentos del delito, los libros u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación.⁴⁸

Aunque de lo que se acaba de apuntar, podría deducirse que se trata de dos actuaciones totalmente distintas, hay que tener en consideración que a pesar de que la entrada no implica necesariamente el registro, este último supone necesariamente la entrada⁴⁹. En este sentido, la entrada no siempre implica la realización, en el lugar penetrado, de operaciones de búsqueda y reconocimiento, pues, puede practicarse cuando hubiese indicios de encontrarse allí la persona presuntamente responsable de los hechos delictivos a fin de proceder a su inmediata detención.⁵⁰ Finalmente apuntar que, a pesar de lo expuesto, en la práctica se ha podido comprobar que son actuaciones que suelen ir unidas.⁵¹

⁴⁸ MORALES MUÑOZ, E. (2007). Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia (I). *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2036) 1841-1858 p. 9 Recuperado de: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428046437?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1-may%2C1.pdf&blobheadervalue2=1288793444603>

⁴⁹ Campos Sánchez, M., Orenes Barquero, M. *Las diligencias de investigación en el proceso penal*. Recuperado de: http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=111

⁵⁰ Hinojosa Segovia, R. (1996) *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Madrid: Edersa

⁵¹ Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal*(9ªed). Barcelona: Marcial Pons. Pág. 180

A fin de establecer el contenido de las actuaciones, se puede determinar que *“consiste en la penetración en un recinto aislado, del exterior, bien con finalidad de buscar y recoger fuentes de investigación y prueba, bien con la de ejecutar una medida cautelar personal contra el imputado”*

La injerencia descrita acarrea, la limitación del contenido del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Es un derecho regulado y amparado por la Norma Fundamental, en concreto en el apartado 2º de su artículo 18 y proclama que *“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”* De la literalidad del artículo podemos extraer que la entrada y registro domiciliario sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento del titular, mediante resolución judicial o en caso de tratarse de delito flagrante.

2.2 El registro de libros y papeles

El registro de libros y papeles está regulado en los arts. 573 a 578 de la LeCrim. La adopción de esta medida conlleva que aquellos libros, papeles, y demás objetos que pudieran guardar relación con la causa deberán ser exhibidos.

Consiste en una obligación que contempla el artículo 575 LeCrim que, prevé, además, que en caso de negativa a exhibir aquellos objetos se impondrá una multa pecuniaria. Además se contempla que, en caso que el objeto o papel fueran de importancia y la naturaleza del delito lo aconsejare, se procese al que se niega a exhibirlos, como autor de desobediencia a la Autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor.

Es necesario tener en consideración que la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado puede comprender la diligencia de registro de libros y papeles. En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 785/2008 de 25 de noviembre en su fundamento jurídico tercero, determinando que la policía está habilitada a recoger todos los objetos de los que puede deducirse la comisión del delito y que se hallen en el domicilio registrado.

La adopción de esta medida conlleva la limitación al derecho fundamental de la intimidad personal garantizado en el artículo 18.1 de la CE. Por ello, su adopción conllevará un previo análisis del principio de proporcionalidad.

2.3 La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica

El art. 579 LeCrim faculta al Juez para acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, fax o burofax y giros que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios, el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa.

Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal limita su ámbito objetivo de aplicación, pudiéndose aplicar la medida únicamente respecto a determinados delitos. Se trata de los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; de aquellos delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o los delitos de terrorismo.

La regulación, con las respectivas especificidades de la medida, la hallamos desarrollada en los artículos 579 a 588 de la LeCrim.

La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, limita el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas garantizado en el art. 18.3 CE. Se constata con la adopción esta injerencia que, aunque se trata de un derecho fundamental, la perspectiva constitucional establece límites al derecho al prever su injerencia mediante resolución judicial cuando se pueda averiguar o comprobar algún hecho o circunstancia importante para la causa.

3. Diligencias de investigación tecnológicas

3.1 Disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológica de delitos

Es oportuno prestar atención en que la LeCrim establece una serie de disposiciones comunes a fin de regular detalladamente aquellas medidas de investigación penal vinculadas a la tecnologías des de la reforma de la LeCrim operada por LO 13/15 de 5 de octubre.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal previa a la regulación singular de cada una de las diligencias de investigación tecnológica establece tal y como indica VELASCO NÚÑEZ

“las disposiciones comunes a modo de parte general que afectan a toda medida de investigación penal vinculada a las tecnologías”⁵²

En las referidas disposiciones, en particular desde el art. 588 bis a) hasta el art. 588 k) LeCrim, se recogen los principios por los que se rigen las medidas de investigación, el presupuesto indispensable de autorización judicial para su práctica, su carácter secreto, duración, prórrogas, control judicial de la medida, cese y destrucción de lo que se registre y la afección de las mismas a terceros o su cesión para uso en otras investigaciones diferentes.

Sintetizando los preceptos indicados y a los es obligatorio que nos remitamos, primeramente, en cuanto a los principios rectores se exige que la autorización judicial que acuerde la adopción de la medida esté dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad, y proporcionalidad de la medida.

Asimismo, se establece que las actuaciones relativas a la medida se sustancien en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

Al respecto de la duración de las injerencias, estas tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos; podrán ser prorrogadas, mediante auto motivado, siempre que subsistan las causas que motivaron su adopción.

El Juez, acordará el cese de la medida bien porque han desaparecido las circunstancias que justificaron su adopción; bien porque resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos o bien por haber transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada. Entonces, y una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida; conservándose una copia bajo custodia del secretario judicial.

Finalmente, apuntar que la medida estará sometida a un control judicial, que cuando se den los requisitos y las condiciones, las medidas podrán afectar a terceras personas y finalmente, se establece que podrá usarse la información obtenida en un procedimiento distinto con arreglo a lo que la ley disponga.

⁵² Velasco E. *Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%2520Velasco%2520Nu%25C3%25B1ez.%2520Eloy.pdf?idFile=7b2fdf75-4a93-41bd-9adc-fe3042c95cc0

3.2 Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

La diligencia de interceptar las comunicaciones telefónicas tiene por objeto la interceptación de aquellos terminales o medios de comunicación, utilizados de manera habitual u ocasional por el investigado.

Cabe aludir al art 588. ter.b) en tanto que establece que la intervención podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el investigado, como emisor o receptor, pudiendo afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario.

La LeCrim señala, además, en su art. 588 ter.a) que, la autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas sólo cabe cuando la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, y c) delitos de terrorismo o los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Esta injerencia limita el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, previsto y garantizado en el artículo 18 en su apartado tercero de la Constitución.

3.3 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

La medida permite que mediante resolución judicial y tal y como establece el art. 588 quarter a) LeCrim, se proceda a colocar y a usar dispositivos electrónicos que permitan la captación y la grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

El precepto arriba referenciado prescribe, además, que si fuera necesario la entrada en el domicilio o algún espacio destinado a la privacidad, la resolución habilitante deberá extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

Finalmente, cuando expresamente lo convenga la resolución que acuerde la medida, se podrá complementar con la obtención de imágenes, la escucha y grabación de las conversaciones privadas.

De nuevo, el ámbito objetivo de aplicación de la medida queda limitado únicamente cuando la injerencia tenga por objeto la investigación de alguno de los siguientes delitos: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, y c) delitos de terrorismo o los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

La práctica de esta diligencia limita el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, garantizado en 18.3 CE, el derecho a la intimidad (art 18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art 18.2 CE)

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

Para empezar, y en palabras de ARMENTA: *“Se trata en realidad de dos objetivos: la captación de imágenes y el seguimiento y localización, cuya finalidad es facilitar la identificación, localizar instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para esclarecer los hechos.”*⁵³

Así y en primer lugar, la LeCrim prevé, en su art. 588 quinquies a), la captación de imágenes en lugares o espacios públicos como medida de investigación; se faculta a la Policía Judicial a fin de que pueda 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.

Es necesario destacar que la adopción de la medida de captación de imágenes en lugares o espacios públicos, no requiere de previa autorización judicial ni contempla un plazo máximo de duración en tanto que con la práctica de esta diligencia de investigación no se ve afectado ningún derecho fundamental siempre y cuando se trate de espacios públicos.⁵⁴

⁵³ Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons. (9ªed) Pág. 198

⁵⁴ En este sentido se pronuncia abundante jurisprudencia, a modo de ejemplo la STS 201/17 de 27 marzo 2017.

Por otra parte, el art. 588 quinquies b) LeCrim regula la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. Este precepto prescribe que cuando concurren acreditadas razones de necesidad, el Juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

La diligencia de investigación podrá llevarse a cabo si una resolución judicial así lo indica; pues la medida implica la utilización de medios que permiten ubicar y seguir a la persona investigada limitando con ello el derecho fundamental de la intimidad personal del art.18.1 CE.

3.5 Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Para comprender mejor esta medida, es preciso hacer hincapié en que se trata de una diligencia directamente relacionada con la medida de registro domiciliario. En este sentido, nuestro ordenamiento prevé, en el art.588 sexies a. LeCrim, que cuando con la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

Extrapolando lo anterior, podemos afirmar que es necesaria una autorización expresa y debidamente motivada a fin de acceder al contenido de los dispositivos hallados en un registro domiciliario. En esta línea, el art 588 sexies.a) 2 LeCrim dispone que la simple incautación de cualquiera de los dispositivos referidos *ut supra*, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el juez competente.

Finalmente, apuntar que la adopción de esta diligencia supone una injerencia al derecho constitucional de la intimidad personal.⁵⁵

⁵⁵ Nos remitimos de nuevo al art. 18.1 CE: *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

3.6 Registros remotos sobre equipos informáticos

En atención al art. 588 septies a. LeCrim la diligencia de investigación de registros remotos sobre equipos informáticos consiste en la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos.

La adopción de esta medida tiene un ámbito objetivo de aplicación limitado en tanto que, en base al precepto ya mencionado solo podrá adoptarse la medida en cuanto se persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos: a) delitos en el seno de organizaciones criminales; b) delitos de terrorismo; c) delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente; d) delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; d) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Del mismo modo que se ha venido considerando con las medidas de investigación anteriores, para la práctica de esta diligencia de investigación es presupuesto imprescindible la resolución judicial que autorice el registro en tanto que se ve afectado el derecho fundamental de la intimidad personal que, como sabemos, prevé nuestra Constitución en su art 18.1.

Conviene subrayar que la resolución judicial que autorice el registro deberá especificar: *“a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida. b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información. c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida. d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos. e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.”*⁵⁶

⁵⁶ Literalidad del artículo 588 septies a. 2 Ley Enjuiciamiento Criminal.

4. Otras medidas

4.1 Inspecciones e intervenciones corporales

Cuando hablamos de otras medidas de investigación, nos referimos a ciertas diligencias que tienen en común que su adopción implica la afeción hacia los derechos fundamentales de la persona. Así pues, se trata de las inspecciones e intervenciones corporales.

Es necesario destacar, siguiendo a ARAGONESES MARTÍNEZ⁵⁷, que se trata de diligencias con una regulación legal insuficiente e inconcreta, motivo por el cual se ha debido acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional a fin de construir un régimen jurídico, pues en algunos casos la realización de algunas operaciones podría ser incluso inconstitucional y por tanto, intolerable en un Estado de Derecho.

En sintonía con lo expuesto y en palabras extraídas de ARMENTA: “ *A falta de una configuración legal concreta, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y muy concretamente, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, diferencia entre inspecciones e intervenciones corporales, como actos de investigación que afectan, en el caso de las inspecciones y registros corporales a la intimidad personal (art.18.1 CE), y en el de las intervenciones corporales al derecho fundamental a la integridad física (art 15 CE)*”⁵⁸

Apuntaremos a continuación, a efectos puramente informativos, en qué consisten las distintas diligencias relacionadas con las inspecciones e intervenciones corporales.

Veamos en primer lugar, las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado. Debemos partir de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que reforma el Código Penal y que ha introducido en la LeCrim algunas disposiciones sobre la *obtención y examen de pruebas biológicas y de ADN*.⁵⁹

Se trata de una diligencia que tiene por objeto la obtención de un perfil de ADN a partir de muestras biológicas que, como es sabido, permite establecer la identidad de una persona, en este caso, el investigado.

La previsión legal de las intervenciones para determinar el perfil del ADN del investigado la encontramos en el segundo párrafo del art.363 LeCrim que dispone: “*Siempre*

⁵⁷ de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J.y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

⁵⁸ Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ªed). Barcelona: Marcial Pons. Pág. 201

⁵⁹ de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J.y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 385.

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

Desgranando el precepto transcrito, debe considerarse los presupuestos exigidos para la práctica de esta medida de investigación. En primer lugar, únicamente mediante resolución judicial motivada se podrá acordar la adopción de esta medida. Además, el Juez de Instrucción sólo podrá acordar la diligencia cuando concurran *acreditadas razones que lo justifiquen*, refiriéndose a que para la obtención de muestras biológicas del sospechoso a fin de determinar su perfil de ADN deberán concurrir los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad *sensu stricto*.

La obtención de un perfil de ADN acarrea consigo la injerencia de los derechos fundamentales de la integridad física (art. 15 CE) y el derecho fundamental de la intimidad de las personas (art.18 CE). Por ello, y siguiendo a ARAGONESES MARTÍNEZ, se pretende salvaguardar la constitucionalidad de esta diligencia a través del art. 363 LeCrim ya que es un precepto con rango de ley orgánica que establece las exigencias de jurisdiccionalidad, motivación de la resolución, y proporcionalidad.

Finalmente, es conveniente hacer hincapié en que los diferentes derechos fundamentales son susceptibles de sufrir intromisión durante la toma de la muestra, su análisis y su posterior registro del perfil en la base de datos.⁶⁰

En segundo lugar y en cuanto al *cacheo*, podemos definirlo como un acto de investigación llevado a cabo por la policía y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Es una diligencia que supone una actuación externa sobre el cuerpo humano. DÍAZ CABIALE⁶¹ define el cacheo como “*una intervención corporal llevada a cabo para descubrir el cuerpo del delito: la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo y la indumentaria del sujeto.*”

⁶⁰ Soletó, Helena (2016). *Garantías y errores en la investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch

⁶¹ Velasco Nuñez, E. (1996). *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Es preciso apuntar que el cacheo debe practicarse por alguien del mismo sexo, en un lugar íntimo, asistiendo sólo quienes efectúan la diligencia, y sin provocar posturas ni situaciones humillantes.⁶²

Finalmente y en cuanto a los derechos fundamentales afectados podría entenderse limitado el derecho a la intimidad personal. No obstante, cabe tener en consideración, siguiendo a DÍAZ CABIALE, que la injerencia en la intimidad personal tiene un mayor o menor alcance dependiendo de la intensidad del cacheo.

Abarquemos, a continuación los reconocimientos médicos, los análisis de sangre y exploraciones radiológicas.

Podemos definir primeramente que los reconocimientos médicos suponen la actuación de personas con especiales conocimientos sobre el cuerpo humano.⁶³ El reconocimiento médico tiene el mismo contenido y finalidad que los cacheos y proceden ante el resultado infructuoso de este. Los reconocimientos médicos suponen, a diferencia del cacheo son medidas de más envergadura lo que conlleva una mayor afcción al derecho fundamental de la integridad física. Para su práctica, es necesaria resolución judicial que lo autorice a falta de consentimiento expreso y libre del afectado.

A lo que se refiere a los análisis de sangre, en tanto que es una clara intervención corporal y por tanto es obvia la vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE); se requiere para su práctica de la correspondiente autorización judicial y del consentimiento del titular.⁶⁴

En atención a las exploraciones radiológicas, hay jurisprudencia encontrada en tanto que su práctica no acarrea la limitación de ningún derecho fundamental. Así pues, hay un sector que considera que es necesaria una previa resolución judicial y, en sentido contrario, se considera que para las exploraciones radiológicas no es necesaria una autorización judicial motivada que así lo permita.

Finalmente, y en relación a la prueba de alcoholemia, consiste en la verificación del aire espirado para determinar la tasa de alcohol en el mismo por medio de etilómetros, y, subsidiariamente, la comprobación de la tasa de alcohol en sangre mediante los alcoholímetros.

⁶² Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ªed). Barcelona: Marcial Pons. Pág. 207

⁶³ Velasco Nuñez, E. (1996). *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Pág 146.

⁶⁴ A este respecto, Armenta además, nos remite a las Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1984,103/1985 y 241/1992 y STS de 21 de junio de 1994.

Si el resultado de la primera espiración de aire es positivo o si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se somete al sujeto a una segunda prueba pasado un intervalo de diez minutos. El interesado puede optar por contrastar estas pruebas con análisis de sangre, orina, o los que estime el personal facultativo más adecuado.⁶⁵

DÍAZ CABIALE, hace una matización que cabe tener en consideración, pues sostiene que en realidad, no cabe hablar de prueba de alcoholemia sino de un acto de investigación practicado por la policía. Además, incide en que es preciso distinguir entre las distintas intervenciones corporales que pueden originarse por la práctica de una prueba de alcoholemia. Se refiere, en primer lugar a la espiración de aire, y en segundo lugar al análisis de sangre u orina que solicita el afectado.⁶⁶

En cuanto a la espiración de aire, es un acto de investigación que implica, aunque sea de manera muy leve, una intervención corporal. En relación al análisis de sangre u orina, es un acto llevado a cabo por los facultativos médicos aunque, no es un acto de investigación, pues lo solicita el afectado tal y como ya se mencionó más arriba y por tanto, se trata de una manifestación del derecho de defensa. En esta línea y en palabras de DÍAZ CABIALE, *“Carece de sentido proceder a su examen ya que el consentimiento del interesado y el hecho de que se practique por su iniciativa son suficientes para justificar su procedencia. La única relación que guarda con el acto de investigación que se estudia⁶⁷ es la influencia que tiene a efectos de determinar la validez del mismo.”*

Para concluir, destacar que con la práctica de esta prueba se puede determinar, después de paulatina jurisprudencia del TC, que no resulta ningún derecho fundamental vulnerado.

⁶⁵ En este sentido, José Antonio Díaz Cabiale en pág. 175 de Velasco Nuñez, E. (1996): *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. En idéntico sentido también Teresa Armenta Deu en pág. 207 de Armenta Deu, Teresa (2010). *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons.

⁶⁶ Vide pág. 176. Velasco Nuñez, E. (1996). *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Pág 146.

⁶⁷ La prueba de alcoholemia.

III. Particular estudio de la intervención de las comunicaciones personales: Visión doctrinal y jurisprudencial.

Analizaremos a continuación, con más profundidad desde un punto de vista doctrinal y un punto de vista jurisprudencial aquellas diligencias de investigación que suponen la intervención de las comunicaciones personales y que afectan principalmente, como sabemos, al derecho al secreto de las comunicaciones al cual también nos detendremos.

1. El derecho al secreto de las comunicaciones

El art. 18.3. de la Constitución Española ⁶⁸ consagra el derecho al secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas salvo intervención judicial. Es un derecho que nuestra Norma Fundamental respeta siguiendo las normas supranacionales; en particular, el art. 12 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos, el art 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Es preciso tener en consideración que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones tiene una relación directa con el derecho a la intimidad⁶⁹ ya que este derecho está incluido con los demás derechos que el artículo 18⁷⁰ abarca y que tienen en común la protección de la intimidad personal y/o familiar⁷¹. Además, en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo se pone de manifiesto el vínculo entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. En este sentido, y a modo de ejemplo, se pronuncia la STS de 20 de Diciembre de 1996 en su Fundamento Jurídico 5º “*el secreto de las comunicaciones que en sede constitucional se trata de garantizar no es sino una manifestación, y muy cualificada, del derecho a la intimidad personal y familiar*”. En esta misma línea, la STS de 20 de Febrero de 1999 establece en su Fundamento Jurídico 2º que “*la tutela del secreto de*

⁶⁸ “ *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”

⁶⁹ Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Trabajo de investigación de Doctorado, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1>

⁷⁰ Es decir, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la protección de datos personales.

las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida personal y familiar”

De lo expuesto hasta el momento, y como indica ELVIRA PERALES, podría deducirse que todos los aspectos del artículo 18 no son más que distintas manifestaciones de la protección del derecho a la intimidad. No obstante, esto no es así ya que el derecho al secreto de las comunicaciones es autónomo y tiene una entidad propia puesto que las comunicaciones deberán ser protegidas con independencia de si se trata o no de comunicaciones íntimas. Pues a juicio de MARCO URGELL⁷², siguiendo a JÍMENEZ CAMPO, si bien todas las comunicaciones serán secretas, no implica que sean necesariamente íntimas lo que conlleva que el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones privadas *“se hallan estrechamente vinculados si bien no siempre su ámbito de protección coincide”*. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones se configura como un derecho autónomo con un significado que no necesariamente implica el derecho a la intimidad. En sintonía con esta visión, es necesario tener en consideración la importante STC 114/1984, de 29 de Noviembre de 1984 que estableció de forma expresa que: *“el concepto de “secreto” en el art 18.3 tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”* La referida Sentencia, además, indica en su FJ 7º que la protección constitucional *“alcanza no sólo el contenido de lo comunicado, tanto si éste es o no íntimo, sino también el proceso comunicativo”*⁷³

Podemos definir el concepto de comunicación como la acción en la que dos o más personas transmiten o reciben un mensaje. Según la RAE consiste en la transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor. Es un concepto que el art. 18.3 no define de manera directa, no obstante menciona expresamente que serán objeto de protección las comunicaciones postales, telegráficas o las telefónicas. La doctrina mayoritaria sostiene que no se trata de un precepto *“numerus clausus”* en tanto que se pueden incluir otros medios de comunicación teniendo en cuenta los avances tecnológicos que han ocurrido, sobre todo a lo largo de los últimos años, y que han traído en consecuencia nuevas formas de comunicación

⁷¹ Elvira, A. (2007) *El derecho al secreto de las comunicaciones*. Recuperado de: http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/

⁷² Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Trabajo de investigación de Doctorado, Universitat Autònoma de Barcelona, Cataluña) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1> pág. 109. Siguiendo a JÍMENEZ CAMPO, Javier: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 35 y ss.

⁷³ Es debido referirse que en este sentido se pronunció antes el TEDH en concreto en el caso Malone en sentencia del 02 de Febrero de 1982. Referencia obtenida de la tesis doctoral que se ha venido referenciando de Marco Urgell, Anna.

como la telefonía móvil, el correo electrónico de Internet, entre otros. Este estado de cosas, supone, en consecuencia, que al extenderse los medios de comunicación se extiendan las vías de injerencia de los derechos fundamentales lo que implica necesariamente la aparición de nuevos ámbitos de protección. En otras palabras, deberá incluirse en el ámbito objetivo de aplicación del derecho al secreto de las comunicaciones, todas aquellas comunicaciones que se efectúen con medios técnicos.

Empero lo dicho, no es suficiente que se traten de comunicaciones que se efectúen por medios técnicos a fin de considerar que se trata de comunicación y que por tanto es susceptible de protección constitucional; pues, son necesarios unos presupuestos que se han establecido con criterio unánime. Así pues y según MARCO URGELL⁷⁴ a fin de considerar que existe comunicación en los términos del art 18.3 CE, es requisito indispensable que haya una infraestructura o artificio comunicativo en tanto que se exige una distancia real entre los comunicantes. No sólo se exige la existencia de esta infraestructura comunicativa, sino que también se exige que la comunicación se realice por canal cerrado ya que si no se hace por canal cerrado no habrá expectativa de secreto y por tanto no procedería la protección que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones.

Es pertinente apuntar la afirmación de MARTÍN MORALES en el sentido que sostiene que se considerará dentro del ámbito de aplicación del art 18.3 CE *“la comunicación, cuya interceptación prohíbe la Constitución, es la realizada sin publicidad, la no susceptible, por su propia naturaleza, de ser conocida por terceros”*⁷⁵

En definitiva, y haciendo mención de nuevo a la STC 114/1984 *“sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia “erga omnes”) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”* Es decir, la injerencia en las comunicaciones se define esencialmente por la presencia de terceros que son ajenos a la comunicación.

En cuanto a los sujetos a los que afecta, es decir, a quien corresponde la titularidad del derecho la doctrina jurisprudencial se pronuncia pacíficamente, unánimemente y

⁷⁴ Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1> pág 49 y ss.

⁷⁵ Martín Morales, Ricardo (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: S. L. Civitas Ediciones. pág.46

reiteradamente. Baste como muestra la STS de 20 de Febrero de 1995⁷⁶ que dispuso: “*Del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad*” Asimismo sirve para ilustrarlo que se acaba de afirmar la STS de 4 de febrero de 1997 dictada en la Sala segunda que estableció que: “*La CE garantiza en su art. 18.3 el secreto de las comunicaciones del que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como al identidad de los interlocutores*”⁷⁷

2. Diligencias de investigación limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones

Como hemos visto, nuestro ordenamiento jurídico prevé una serie de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales que se adoptan en el marco del proceso penal y en aras de salvaguardar el buen curso del procedimiento penal la LeCrim regula dichas medidas⁷⁸. Centrando la atención ahora en las medidas que limitan el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, tal y como se expusieron anteriormente, podemos afirmar que son las que se enumeran a continuación: en primer lugar, la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica; en segundo lugar, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; y por último, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

Antes de examinar cada una de ellas es conveniente mencionar que si bien es clara la injerencia que supone la intervención a la correspondencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas respecto del derecho al secreto de las comunicaciones; la afeción del derecho⁷⁹ respecto la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales

⁷⁶ Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Trabajo de Investigación de Doctorado, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1> pág 69

⁷⁷ Rodríguez Fernández, Ricardo (1999). *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Granada: Editorial Comares S.L. Pág.246

⁷⁸ Es preciso incidir en que, como ya sabemos, la LeCrim no regula las diligencias de investigación únicamente para salvaguardar el buen curso del procedimiento penal, sabemos que es regulación que tiene por finalidad la correcta aplicación de las diligencias en tanto que determina los presupuestos necesarios para su práctica y por ende, los requisitos que deben darse para una injerencia constitucional hacia los derechos fundamentales que puedan verse afectados.

⁷⁹ Al secreto de las comunicaciones.

mediante la utilización de dispositivos electrónicos no ha sido del todo clara, no obstante es una cuestión en la que ahora no podemos detenernos y a la que volveremos más adelante.

2.1 Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica

2.1.1 Concepto de correspondencia

En primer lugar, hay que determinar qué se entiende por correspondencia pues no se trata de un concepto delimitado expresamente por la normativa y por ende ha dado lugar a diferentes interpretaciones. *Prima facie*, históricamente se ha considerado que la correspondencia consiste en la comunicación por escrito entre dos o más personas; dicho con otras palabras: un intercambio de cartas. No obstante, esta definición es insuficiente y es el Tribunal Supremo quien, fruto de paulatina construcción jurisprudencial, adoptó un criterio extensivo. Así pues tal y como indica ARAGONESES MARTÍNEZ⁸⁰ en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el 4 de abril de 1995, se adoptó un criterio extensivo que *“bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas –correspondencia epistolar- sino todo género de correspondencia postal, entre ella los paquetes postales, al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial”*

Entonces, parece que el concepto de correspondencia es amplio y además de las cartas, se incluyen los paquetes postales ya que estos podrían contener en su interior, mensajes de carácter privado. Para ilustrar mejor lo que se viene diciendo en este sentido se pronuncia la STS de 2ª de 23 de marzo de 1995⁸¹ *“la naturaleza de derecho fundamental del secreto de las comunicaciones postales ha de propiciar una interpretación amplia en cuanto al sentido a asignar a la “correspondencia,” extendiendo a los paquetes postales las garantías constitucionales referidas al secreto e inviolabilidad de aquélla”*

No obstante, a pesar de que *a priori* se equipare las cartas con los paquetes postales hay que tener en consideración que la protección constitucional no incluye determinados tipos de paquetes; nos referimos con ello, a aquellos objetos abiertos y aquellos que ostenten etiqueta verde, pues en base al art. 31.1⁸² del Real Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, por el que se

⁸⁰ de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J.y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 379

⁸¹ Rodríguez Fernández, Ricardo (1999). *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Granada: Editorial Comares S.L. Pág.228

⁸² *“A los efectos del reconocimiento de los envíos postales se tendrá presente que, en general, puede efectuarse de oficio y sin formalidades especiales sobre los objetos abiertos y sobre cuantos ostenten*

aprueba el Reglamento de los Servicios de Correos, no serán necesarias formalidades para la intervención de los objetos abiertos y a cuantos ostenten etiqueta verde.⁸³ Asimismo, se excluye de la protección constitucional la correspondencia “*cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos cuyo exterior se hace constar su contenido*”⁸⁴ Es decir, aquella correspondencia cuyo contenido puede deducirse con el simple examen exterior.

Una vez delimitado el ámbito objetivo que supone la correspondencia privada postal, es preciso apuntar que el apartado primero del artículo 579 de la LeCrim establece que será objeto de detención además de la correspondencia privada postal, la correspondencia privada telegráfica, incluyendo así los faxes, burofaxes y giros postales.

2.1.2 Presupuestos y habilitación

Al tratarse de un derecho fundamental el que se ve afectado con la intervención de la correspondencia, es imprescindible que para proceder a su detención y apertura se den unos requisitos puesto que su ausencia supondrá una vulneración del derecho al secreto de comunicaciones.

Se establece en los arts. 579 al 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los requisitos y el procedimiento, sintetizados a continuación, que ha de seguirse para la correcta aplicación de la diligencia de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

El artículo 18.3 garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones y establece como presupuesto a fin de proceder a su injerencia la existencia de una resolución judicial. Entonces, el control de la correspondencia será acordada mediante resolución judicial por el órgano jurisdiccional, en cualquier momento de la instrucción. Así, el juez acordará en resolución motivada el control de las comunicaciones que tendrá, de entrada, una duración de hasta tres meses que podrá ser prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses (art. 579.3 LeCrim).

etiqueta verde. La intervención de los objetos cerrados y no provistos de etiqueta verde no podrá en ningún caso practicarse más que en presencia de los destinatarios.”

⁸³ Respecto al contenido del artículo al que se alude es importante recalcar que ha sido corroborado de forma unánime por el Tribunal Supremo, a modo de ejemplo: STS de 13 de marzo de 1995. Esto lo ha indicado, ARAGONESES MARTÍNEZ en de la Oliva A., Aragoneses S., Hinojosa R., Muerza J.y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 379

⁸⁴ STS 382/2000 de 8 de marzo

Además, según el art. 579.1 LeCrim, se podrá acordar la diligencia mediante resolución judicial motivada, que tendrá forma de auto, cuando hubiera indicios de obtener por estos medios, el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa.⁸⁵ Asimismo, el auto determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas (art. 583 LeCrim)

En cuanto a la detención de la correspondencia, el juez instructor, atendiendo a lo dispuesto en los arts. 580 a 581 LeCrim, podrá delegar su práctica al Juez de Paz del territorio o a cualquier Autoridad o agente de la Policía, así como al Administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la oficina en que la correspondencia debe hallarse. También podrá ordenar que por cualquier Administración de Telégrafos se le faciliten copias de los telegramas por ella transmitidos. Asimismo, la normativa advierte que la correspondencia detenida deberá ser remitida inmediatamente al Juez instructor de la causa.

Una vez remitida la correspondencia detenida al Instructor, este la abrirá por sí mismo y después de leerla para sí apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria. En este sentido, la correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante (art 586 y 587 LeCrim)

Para la apertura y registro de la correspondencia se citará al interesado, puesto que la ley prevé que el procesado o la persona que él designe presencien la operación. Tal y como establecen los preceptos 584 y 585 LeCrim el juez procederá con la apertura de la correspondencia aunque el procesado estuviere en rebeldía, o no quisiera presenciar la operación ni designar a nadie para que lo haga en su nombre.

El art. 588 prescribe que la correspondencia se hará constar por diligencia (firmada por el Juez instructor, el Secretario y demás asistentes) en la que se referirá cuanto en aquella hubiese ocurrido.

Finalmente y en palabras extraídas de ARMENTA⁸⁶, *“La práctica de la medida, sujeta como todas al principio de proporcionalidad, debe procurar incidir lo mínimo imprescindible en el derecho fundamental garantizando el Letrado de la Administración de justicia la custodia (arts. 563-580 LeCrim)*

⁸⁵ Como se expuso con anterioridad, al enumerar las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales, esta diligencia tiene un ámbito objetivo de aplicación limitado en tanto que únicamente puede practicarse para la investigación de los delitos previstos en el art. 579.1 LeCrim, al que nos remitimos.

⁸⁶ Armenta Deu, Teresa (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ª ed). Barcelona: Marcial Pons. Pág. 187

Por tanto, siguiendo a ARAGONESES MARTÍNEZ⁸⁷ la eficacia de esta diligencia está condicionada por la concurrencia del presupuesto constitucional de su adopción mediante resolución judicial, so pena de ilicitud y por el cumplimiento de las disposiciones de la LeCrim en cuanto a los requisitos y el procedimiento que ha de seguirse para su práctica, so pena de nulidad.

En definitiva, se considerará vulnerado el derecho garantizado por el art 18.3 cuando se produzca una detención de la correspondencia arbitraria o contra derecho. En este sentido, afectará también la inviolabilidad de la correspondencia su intencionado curso anormal, su apertura, sustracción, destrucción, retención u ocultación y, en general, cualquiera de los actos de infidelidad en su custodia.⁸⁸

2.2 La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

2.2.1 Conceptos de comunicación e intervención telefónicas

Se entiende por comunicación telefónica aquella comunicación realizada por medio del teléfono. Podríamos definirlo como aquel sistema de comunicación que transmite la voz y el sonido a larga distancia por eléctricos o electromagnéticos.⁸⁹ Se trata pues, de un sistema que permite la comunicación entre personas que no se hallan en el mismo lugar físico.

La aparición de nuevos medios y formas de comunicación es consecuencia y resultado de los avances tecnológicos que ha habido a lo largo de los últimos años; en tanto que es, además, el medio de comunicación usado por excelencia en la actualidad. Aparece por tanto, una diversidad en la comunicación telefónica que surge fruto de los nuevos medios comunicativos transmitidos por tecnología digital; diversidad que ha supuesto sumar al teléfono tradicional alámbrico, el teléfono inalámbrico y el teléfono móvil (analógicos, digitales o por satélite)⁹⁰

Por lo que se acaba de exponer sintéticamente, en consecuencia, las comunicaciones telefónicas son intervenidas con mayor frecuencia al ser las más habituales en la actualidad.

⁸⁷ de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J.y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 381

⁸⁸ Artículo 27 del Real Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Correos

⁸⁹ Definición ofrecida por Spanish Oxford Living Dictionaries

⁹⁰ Se ha seguido a Anna Marco Urgell y a Ascensión Elvira Perales en sus respectivas obras que ya han sido objeto de referencia a lo largo del presente trabajo.

Al buscar una definición de qué se entiende por intervención telefónica, nos encontramos, de nuevo, con un vacío legal si atendemos únicamente a su regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han intentado suplir dichos vacíos legales. Hay que tener en consideración que el vacío legal podría “justificarse” en tanto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lógicas razones, en su redacción original de 1882 no previó la intervención y la observación telefónicas.⁹¹

Así, el TS en su destacada sentencia 2093/1994 de 31 de Octubre de 1994 delimitó el concepto de las intervenciones telefónicas, estableciéndolo como doctrina que fue reiterada en resoluciones posteriores⁹²

La resolución referenciada estableció el concepto que sigue de intervenciones telefónicas: "*...Unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado bien frente a conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la portación en su caso, de determinados elementos probatorios*"⁹³

Es importante apuntar y tener en consideración que la regulación en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas ha sido reformada y ampliada. A este respecto y antes de la reforma de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la intervención de las comunicaciones era una diligencia que sufría una precaria regularización. Esta insuficiencia supuso problemática en tanto que se trataba de una diligencia importante la cual limita, como sabemos, derechos fundamentales; lo que conllevó, por ende, construir su régimen jurídico a través de doctrina jurisprudencial. Así, la

⁹¹ En este sentido, Sara Aragonese Martínez en de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J. y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 376

⁹² Se refiere el autor José Luis Rodríguez Lainz ,en la obra citada en la siguiente citación, a la STS 246/1995 de 20 de Febrero, la STS 711/1996 de 19 de octubre y la STS 11596/1997 de 19 de Diciembre.

⁹³ Rodríguez Lainz, J (2002) *La intervención de las comunicaciones telefónicas*.(Primera edición) Barcelona: Editorial Bosch, En el mismo sentido, S.A. Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Trabajo de investigación de Doctorado, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1>

reforma⁹⁴ tenía como objetivo el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.⁹⁵

2.2.2 Presupuestos y habilitación

Como se trata de una medida que supone una injerencia al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, es estrictamente necesaria que para su válida adopción se den unos presupuestos.

Se regulan en los arts. 588 ter a) a m) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los requisitos y el procedimiento, sintetizados a continuación, que ha de seguirse para la correcta aplicación de la diligencia de interceptación de las comunicaciones telefónicas.

Nuestra Constitución, como ya se ha ido considerando, garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones en su art. 18.3 salvo resolución judicial; de ahí que la resolución judicial sea una exigencia constitucional indiscutida. Entonces, la interceptación telefónica será acordada por el Instructor mediante resolución judicial motivada cuando la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: a) delitos dolosos castigados con pena límite máximo, de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, y c) delitos de terrorismo o los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter.a) LeCrim).

La resolución judicial que acuerde la diligencia y que tendrá forma de auto, lo hará en base al art.588 ter b. 1. LeCrim, sobre aquellos terminales o medios de comunicación utilizados habitual u ocasionalmente por el investigado. Entonces, el control de las comunicaciones telefónicas será acordada por el órgano jurisdiccional, en cualquier momento de la instrucción; así, el juez acordará en resolución motivada el control de las comunicaciones que tendrá, de entrada, una duración de hasta tres meses que podrá ser prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses (art. 588 ter g. LeCrim).

⁹⁴Aunque es imposible entrar a analizar en el presente trabajo la reforma en cuestión, es preciso indicar que la diligencia de intervención telefónica estaba antes regulada únicamente por el antiguo art. 579 LeCrim –ya modificado- motivo por el cual se habla de una insuficiente y precaria regularización y motivo por el cual fue necesaria doctrina y jurisprudencia que compensara el vacío legal.

⁹⁵ Cavero G. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9

En cuanto a los sujetos de la medida, además del propio investigado, pueden serlo otros sujetos siempre y cuando se den una serie de requisitos. De manera que, podrá serlo la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o su intimidad (art. 588 ter. b) 2 LeCrim).

Asimismo, la medida podrá afectar a terceros siempre que se den los requisitos que el art. 588 ter c dispone y que se transcriben a continuación: a) exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o b) el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

La resolución judicial que acuerda la medida además de los requisitos generales deberá contener, según el art 588 ter d LeCrim, los siguientes requisitos específicos: a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Es importante destacar que, en casos de urgencia, y cuando las investigaciones tengan por objeto la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la intervención en las comunicaciones, podrá ser ordenada por el Ministro del Interior o, en su defecto, el secretario de Estado de Seguridad. Entonces, inmediatamente se comunicará en el plazo máximo de 24 horas la medida al juez competente que deberá de forma motivada, revocar o confirmar tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida (588 ter d. 3 LeCrim).

La ley prevé un deber de colaboración para el correcto desarrollo de la diligencia hacia todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Así, tendrán la obligación la asistencia y colaboración precisas al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida. Estos sujetos, están obligados a guardar secreto de las actividades requeridas y en caso de no cumplir con su deber de colaboración podrían incurrir en delito de desobediencia (art 588 ter e LeCrim).

Finalmente, el art. 588 ter. i LeCrim prescribe que si el sujeto⁹⁶ sobre el que se ha aplicado la medida lo solicita, se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida en que no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida.

En cuanto al acceso de las partes a las grabaciones, el precepto acabado de referenciar⁹⁷ en su apartado primero dispone que alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

En cuanto a las comunicaciones telemáticas, si bien se añaden al nombrar la regulación de la diligencia regulada en los arts. 588 ter a) al 588 ter m) podemos afirmar que se asimilan a las telefónicas puesto que parece ser que, en palabras extraídas de CAVERO FORRADELLAS *“todavía no hay necesidad de establecer una diferenciación académica (científica, técnica o simplemente semántica) entre los calificativos de “telefónico” y “telemático” si es que ello fuera posible”*⁹⁸

Para finalizar, es preciso apuntar en términos necesariamente sintéticos que esta medida de investigación tendrá dos funciones, funciones que han sido sentadas por la doctrina y la jurisprudencia. Así, en primer lugar la intervención de las comunicaciones en la instrucción tendrá los efectos que le son propios, es decir, es un medio útil para la investigación de determinados delitos y la identificación de sus autores. En segundo lugar, puede utilizarse como medio de prueba, en particular, como prueba documental.⁹⁹

Valgan como ejemplo de la abundante jurisprudencia del TS en cuanto a la doble naturaleza jurídica de la medida de intervención telefónica, la STS de 24 de Marzo de 1999 en la que se establece que: *“la intervención telefónica puede tener una doble naturaleza en el proceso penal. Puede servir de fuente de investigación de delitos, orientando la encuesta policial, o puede ella misma utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso ha de reunir las*

⁹⁶ Recordemos que además del investigado, puede tratarse de la víctima o de terceros.

⁹⁷ art. 588 ter. i LeCrim

⁹⁸ Caveró G. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9 Pág 14.

⁹⁹ Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Trabajo de investigación de Doctorado, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1> pág 64 y ss.

*condiciones de certeza y credibilidad que sólo queda garantizado con el respeto a las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo”*¹⁰⁰

En definitiva y para concluir, siguiendo a ARAGONESES MARTÍNEZ¹⁰¹ la eficacia de esta diligencia está condicionada por la concurrencia del presupuesto constitucional de su adopción mediante resolución judicial, so pena de ilicitud y por el cumplimiento de las disposiciones de la LeCrim en cuanto a los requisitos y el procedimiento que ha de seguirse para su práctica, so pena de nulidad.

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

2.3.1 Concepto

Veamos en primer lugar qué debe entenderse y qué es lo que implica la captación y grabación de comunicaciones orales directas mediante dispositivos electrónicos.

Se trata de una diligencia que ha sido recientemente regulada por la reforma de la LO 13/2015 de modificación de la LeCrim, lo que nos lleva a destacar que la regulación previa la reforma respecto a esta diligencia era inexistente. El desarrollo normativo de esta diligencia tiene por objetivo establecer los requisitos necesarios y la forma en la que ha de adoptarse esta medida.

Así las cosas, se puede determinar que la injerencia afecta a las comunicaciones orales directas¹⁰². Ha sido comúnmente definida la comunicación oral directa como aquella que se establece entre dos o más personas haciendo uso de un idioma o código compartido a través del aire. Al inferirse que las comunicaciones directas se hacen a través del aire son necesarios medios adecuados que permitan la injerencia en las referidas comunicaciones. Por ello, se habilita para la práctica de esta diligencia, la utilización de dispositivos electrónicos a fin de poder captar y grabar las comunicaciones orales directas entre los sujetos que sufren la medida.

¹⁰⁰ STS, 2ª de 24 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2052)

¹⁰¹ de la Oliva A., Aragonese S., Hinojosa R., Muerza J. y Tomé J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 383

¹⁰² Así lo establece el art. 588 quarter a. LeCrim en su apartado primero.

Como indica CASANOVA MARTÍ¹⁰³ “la diligencia consiste en la colocación de aparatos o instrumentos de escucha, transmisión, grabación del sonido o de la imagen en espacios públicos o privados, con la necesidad, en determinadas ocasiones, de entrada física” Se infiere de la afirmación transcrita que para proceder a la captación y a la grabación de las comunicaciones será preciso la utilización de dispositivos electrónicos, en particular, dispositivos de escucha, transmisión, grabación del sonido o de grabación de la imagen. Además, según el art. 588 quarter a) LeCrim la colocación de susodichos aparatos podrá hacerse tanto en la vía pública o en otro espacio abierto, en el domicilio del investigado o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Expuesto lo anterior, podemos entrar a considerar qué implica la puesta en práctica de esta diligencia y con ello nos referimos a qué derechos fundamentales se ven afectados por la adopción de esta medida.

En primer lugar, parece indiscutible que la diligencia puede suponer en determinados supuestos la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por el art. 18.2 CE en tanto que la ley permite, en su caso, colocar los dispositivos correspondientes en el domicilio del investigado.

En segundo lugar, y abarcando ya una cuestión más controvertida, ha habido discusión doctrinal en cuanto si la injerencia afecta al derecho al secreto de comunicaciones (18.3 CE) al derecho a la intimidad (18.1 CE) o a ambos.

Así, un sector de la doctrina argumenta que de la literalidad del artículo 18.3 CE se puede extraer que se garantiza de forma expresa las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas y que por tanto, se incluyen las comunicaciones que se efectúen mediante aparatos electrónicos lo que excluye, en consecuencia, las comunicaciones directas al realizarse por medio del aire. En este caso, los autores que comparten esta visión consideran que el derecho vulnerado, en su caso, es el derecho a la intimidad.¹⁰⁴ Pues ROSALES LEAL, siguiendo a MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, afirma que la restricción de derechos que supone la práctica de esta diligencia es más intensa que la producida por la interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas en tanto que la expectativa de

¹⁰³ Casanova R. (2016). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. *Diario La Ley* (8674) Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000229187/20151210/La-captacion-y-grabacion-de-comunicaciones-orales-mediante-la-utilizacion-de-dis>

¹⁰⁴ Elvira, A. (2007) *El derecho al secreto de las comunicaciones*. Recuperado de: http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/

privacidad de quien se encuentra en su domicilio es mucho más evidente que la de aquel que se vale de un telefónico para comunicarse.¹⁰⁵

Por otro lado, hay una corriente que considera que el precepto constitucional que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones protege todo tipo de comunicación sin importar el medio utilizado para ello. Se ha fundamentado esta postura en base a la ya mencionada y destacada Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 y que como ya sabemos, estableció el concepto de comunicación como sigue: “*“sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia “erga omnes”) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”* Teniendo en cuenta la literalidad de lo que se acaba de transcribir, se entiende que se considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones con la captación y grabación mediante dispositivos electrónicos de las comunicaciones orales directas; pues la práctica de esta medida no deja de ser una injerencia por parte de terceros que son ajenos a la comunicación misma.

Compartimos, esta segunda visión en tanto que, a nuestro juicio, a pesar de no utilizarse un dispositivo para comunicarse en el caso de las comunicaciones orales directas no dejan de ser comunicaciones subsumibles dentro del ámbito objetivo de aplicación del art 18.3 CE ya que siguen siendo comunicaciones en el sentido definido por la STC 114/1984 acabada de referenciar. Por todo ello, podría considerarse que el derecho al secreto de las comunicaciones se ve afectado en cuanto existe con la práctica de la captación y grabación de las comunicaciones orales directas una limitación de su contenido ya que, como se ha indicado, supone la penetrabilidad de terceros ajenos a la comunicación misma.

En definitiva, y de acuerdo con CASANOVA MARTÍ¹⁰⁶, la diligencia supone una injerencia al derecho al secreto de las comunicaciones aunque también puede llegar a afectar al derecho a la intimidad “*cuando la conversación grabada corresponda a la esfera más reservada de la persona*”. No olvidemos que conlleva además, la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio en aquellos supuestos en que la práctica deba llevarse a cabo en el domicilio del investigado.

¹⁰⁵ Rosales, M (2018). Captación y grabación de comunicaciones orales directas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (30) Recuperado de: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/05_ROSALES.htm

¹⁰⁶ Casanova R. (2016). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. *Diario La Ley* (8674) Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000229187/20151210/La-captacion-y-grabacion-de-comunicaciones-orales-mediante-la-utilizacion-de-dis>

2.3.2 Presupuestos y habilitación

Como se acaba de indicar, la adopción de esta diligencia de investigación conlleva la limitación del derecho a la intimidad, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que en consecuencia supone que son imprescindibles tener en cuenta para su adopción que se cumplan unos requisitos exigidos y que se siga un procedimiento concreto que se expondrá abreviadamente a continuación.

Indiquemos en primer lugar que encontramos regulada la captación y la grabación de las comunicaciones mediante dispositivos electrónicos en los art. 588 quarter a) hasta el art. 588 quarter e) LeCrim.

Por la injerencia a los derechos fundamentales que se acaban de indicar, sabemos que es exigencia constitucional que se acuerde imprescindiblemente la adopción de esta diligencia mediante autorización judicial la cual deberá ser dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad¹⁰⁷

La adopción de esta diligencia tiene por finalidad captar y grabar aquellas 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 (art. 588 quarter b LeCrim)

El art 588 quarter a) faculta la autorización a fin de colocar y utilizar dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado.

El precepto dispone que podrá colocarse dichos dispositivos tanto en la vía pública o en algún otro espacio abierto o en espacios cerrados e incluso en el domicilio del investigado. Cabe incidir que en aquellos casos en que sea precisa la entrada en el domicilio del investigado, la resolución habilitante para la práctica de la diligencia habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

En esta misma línea, se podrá complementar la escucha y grabación de las conversaciones con la obtención de imágenes siempre que la resolución judicial así lo autorice.

Finalmente, cabe tener presente que se exige que la resolución judicial deberá contener una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

¹⁰⁷ Art. 588 bis a LeCrim

La LeCrim delimita en su art 588 quarter b. los presupuestos concretos a fin que pueda autorizarse la medida.

Así pues, en primer lugar, establece cuál es el ámbito objetivo de aplicación en tanto que solo podrá adoptarse para cuando la investigación de los hechos sean constitutivos alguno de los delitos que se enumeran a continuación: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; c) delitos de terrorismo.

En segundo lugar, la ley establece como segundo requisito para autorizar la práctica de la diligencia 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.

Para seguir, la Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes acompañada de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará además, los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida (art. 588 quarter d LeCrim)

Finalmente, cuando cese la medida bien porque han desaparecido las circunstancias que justificaron su adopción; bien porque resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos o bien por haber transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada, supondrá que será necesaria una nueva autorización judicial para la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o para la captación de imágenes de tales momentos (art. 588 quarter e.)

Para concluir, siguiendo a CASANOVA MARTÍ¹⁰⁸, podemos afirmar que la diligencia objeto de estudio podría considerarse la medida de investigación que puede adoptarse en el marco del proceso penal más limitativa de derechos fundamentales debido a la “*cuantitativa y cualitativa afectación de derechos fundamentales que conlleva su realización*” Tiene sentido tal afirmación si atendemos a que son tres los derechos fundamentales que se ven limitados con la adopción de esta diligencia. Asimismo, la eficacia de esta diligencia está condicionada por la concurrencia del presupuesto constitucional de su adopción mediante resolución judicial, so

¹⁰⁸ Casanova R. (2016). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. *Diario La Ley* (8674) Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000229187/20151210/La-captacion-y-grabacion-de-comunicaciones-orales-mediante-la-utilizacion-de-dis>

pena de ilicitud y por el cumplimiento de las disposiciones de la LeCrim en cuanto a los requisitos y el procedimiento que ha de seguirse para su práctica, so pena de nulidad.

IV. Conclusiones

- I. Aunque el desarrollo de la fase instrucción, en los distintos procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico penal, no tenga una tramitación completamente coincidente y existan diferencias, se ha podido constatar que tiene las mismas finalidades. Pues, es un momento procesal sumamente importante en el que se averigua y se hace constar si se cometió o no el delito y cuál pueda ser el autor y su culpabilidad, garantizando así el interés público en la persecución de delitos. Asimismo, es interesante el hecho que a pesar de que la LeCrim¹⁰⁹ establezca que es una fase encaminada a preparar el juicio oral, esto no sea del todo cierto en tanto que en realidad no se trata de preparar el juicio oral sino de constatar si se dan los elementos necesarios para incoar el juicio oral contra una persona determinada. Es decir, es una fase procesal en la que se hace un estudio previo de aquellos requisitos que deben darse antes de incoar juicio contra una persona porque se tiene presente en todo momento que el proceso penal tiene un carácter estigmatizante.

- II. Las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales han puesto de manifiesto que a pesar de tratarse de derechos con garantía constitucional y por tanto de derechos de la más alta categoría, no hablamos de derechos absolutos e ilimitados. No obstante, la limitación de estos derechos está sometida a determinadas exigencias y presupuestos y parece justificarse por las necesidades de persecución penal en aras de la tutela de los bienes esenciales de la comunidad protegidos por las normas penales. Por ello, los presupuestos que se han establecido son la justificación teológica, la habilitación legal, la autorización judicial motivada y la proporcionalidad.

- III. El principio de proporcionalidad limita la configuración de la instrucción penal y es considerado un principio constitucional, aunque no sea posible sostenerlo en los preceptos constitucionales, ya que los derechos fundamentales sí tienen una garantía constitucional. La esencialidad del principio recae principalmente en el hecho de que sirve para determinar si el interés constitucionalmente protegido y perseguido es proporcional con la injerencia de los poderes públicos en el ámbito de los derechos más preciados del individuo; motivo por el cual deberá rechazarse una medida cuando el interés perseguido no goce de una fuerza superior al peso del

¹⁰⁹ En el art 299.

interés individual con el que se vea controvertido en tanto que sería una injerencia intolerable en un Estado de Derecho.

- IV. La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en su Título VIII, las medidas de investigación que limitan los derechos reconocidos en el Capítulo 2 del Título 1 de la Constitución, en concreto en su artículo 18. Es necesario destacar, en particular, y en cuanto a las medidas de investigación que suponen una intervención en las comunicaciones personales que ha sido de suma importancia la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015 ya que hasta la reforma se trataba de unas diligencias que padecían de una insuficiente regulación y que tuvieron que ser superadas a través de las construcciones jurisprudenciales.

Baste como muestra de la precaria regulación a la que nos referimos, la que padecía la diligencia de investigación de interceptación de las comunicaciones telefónicas ya que previa la reforma estaba únicamente regulada por el antiguo art. 579 LeCrim motivo por el cual se habla de una insuficiente regularización y motivo por el cual fue necesario que la doctrina y la jurisprudencia colmaran las lagunas legales.

Asimismo, des de la reforma en cuestión, la LeCrim establece una serie de disposiciones comunes a fin de regular detalladamente aquellas medidas de investigación penal vinculadas a las tecnologías y que afectan por ende, a dos de las diligencias que han sido objeto de estudio en el presente trabajo, es decir, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

- V. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art 18.3 de la Constitución está vinculado directamente con el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE. No obstante, cabe tener presente que el derecho al secreto de las comunicaciones no es una simple manifestación de la protección del derecho a la intimidad puesto que se trata de un derecho autónomo e independiente que deberá ser garantizado con independencia de si las comunicaciones sean o no íntimas.

El art 18.3 no establece un listado cerrado de los medios de comunicación que pueden ser objeto de control aunque menciona expresamente que serán objeto de protección las comunicaciones postales, telegráficas o las telefónicas.

En este sentido, la jurisprudencia se ha visto en la obligación de suplir las carencias normativas en cuanto a qué se entiende por correspondencia en la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, determinando que se incluirán además de la correspondencia epistolar, los paquetes postales exceptuando los paquetes abiertos y aquellos que ostenten etiqueta verde, es decir, aquellos paquetes que deban ser abiertos por las autoridades para el control de su contenido.

Asimismo, hay que tener presente, que al no haber un listado tasado respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de control, se entenderán como comunicaciones aquellas que se realicen por todos los medios de comunicación; por lo que será necesario tener en consideración los avances tecnológicos, que han traído, en consecuencia, nuevas formas de comunicación más modernas y que deberán incluirse en el ámbito objetivo de aplicación que protege el derecho al secreto de las comunicaciones.

Empero lo dicho, no es suficiente que se traten de comunicaciones que se efectúen por medios técnicos a fin de considerar que se trata de comunicación y que por tanto es susceptible de protección constitucional. Pues, es necesario que se den unos presupuestos: por un lado, es necesario que exista una infraestructura o artificio comunicativo en tanto que se exige una distancia real entre los comunicantes; por otro lado, que la comunicación se realice por canal cerrado ya que si no se hace por canal cerrado no habrá expectativa de secreto y por tanto no procedería la protección que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones.

- VI. Se ha podido afirmar claramente que las diligencias de investigación que suponen la injerencia al derecho al secreto de las comunicaciones son la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica y la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Aunque, siguiendo en esta dirección, la afección al derecho al secreto de las comunicaciones respecto la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos no ha sido del todo clara ya que, las comunicaciones son directas a través del aire, y no se usa un medio de comunicación. Por ello, ha habido discusión doctrinal en cuanto si la injerencia afecta al derecho al secreto de comunicaciones (18.3 CE) al derecho a la intimidad (18.1 CE) o a ambos. Al no

usarse un medio de comunicación; una corriente determina que queda excluido del ámbito objetivo de aplicación del art 18.3 CE y correspondería, por ende, su protección vía art. 18.1 CE. Por otro lado, hay una visión que considera que el art. 18.3 CE garantiza todo tipo de comunicación sin importar el medio utilizado para ello.

Finalmente, a nuestro juicio, hemos considerado que el derecho al secreto de las comunicaciones también se ve afectado en tanto que supone la penetrabilidad de terceros ajenos a la comunicación.¹¹⁰ Se ha fundamentado esta postura en base a la ya mencionada y destacada Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 que estableció que *“la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia “erga omnes”) ajenos a la comunicación misma”*

- VII. Se ha podido constatar que las medidas de investigación que suponen una intervención en las comunicaciones se adoptan cuando se dan determinados presupuestos. Conviene destacar que el legislador limita el ámbito objetivo de aplicación para adoptar estas diligencias, por lo que se da entender que está prevista su práctica únicamente para la investigación de delitos suficientemente graves. Así, en las tres diligencias que han sido examinadas se prevé la práctica de la diligencias cuando se tenga por objeto la investigación de delitos castigados con pena máxima de, al menos, tres años de prisión.¹¹¹

No obstante, consideramos que este presupuesto no supone una limitación del uso de estas diligencias exclusivamente para la investigación de delitos graves en tanto que podrán ser adoptadas y practicadas para la investigación de delitos con condena mínima de 3 años. En este sentido, también se ha pronunciado CASANOVA

¹¹⁰ No hay que olvidar que, como ya se trató en su momento oportuno en el presente trabajo, con la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos se pueden ver limitados los derechos fundamentales de la inviolabilidad del domicilio así como el derecho a la intimidad.

¹¹¹ Conviene aclarar que no se quiere dar a entender que únicamente el legislador limita el ámbito objetivo de aplicación con el presupuesto de la investigación de delitos castigados con pena máxima de, al menos, tres años de prisión, sino que el legislador contempla la limitación del uso de las diligencias para la investigación de otros delitos; presupuestos que ya han sido expuestos al analizar cada una de las diligencias de investigación que suponen la intervención en las comunicaciones y a los que nos remitimos.

MARTÍ¹¹² y además de manifestar la crítica a este presupuesto en la misma dirección expuesta, propone de forma interesante la modificación de este presupuesto por una limitación que, aunque la autora la proponga para la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, es aplicable, a nuestro juicio, para las demás diligencias que hemos estudiado. Así pues y en sus palabras: *“proponemos limitar esta medida de investigación a los delitos castigados con pena con límite máximo de, al menos, cinco años de prisión. La justificación del límite que planteamos la encontramos en el art 33. del Código Penal, donde se clasifican las penas en graves, menos graves y leves. Así, en el mencionado precepto, se entiende, entre otras, por pena grave, la prisión superior a cinco años, y es por esta razón que entendemos que, si se habla de pena grave, inevitablemente se hace referencia al castigo de un delito grave.”*

VIII. Finalmente, para concluir, es conveniente remarcar que así como es abundante la jurisprudencia y la doctrina en cuanto a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica y en relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, no se puede afirmar lo mismo respecto a la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos puesto que es una diligencia fruto de la reciente reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015. En definitiva, previa la reforma el desarrollo normativo respecto a esta última diligencia era inexistente.

¹¹²Casanova R. (2016). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. *Diario La Ley* (8674) Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000229187/20151210/La-captacion-y-grabacion-de-comunicaciones-orales-mediante-la-utilizacion-de-dis>

V. Bibliografía

- ARMENTA DEU, TERESA (2016). *Lecciones de derecho procesal penal* (9ªed). Barcelona: Marcial Pons.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (2002) *Justicia penal y Derechos Fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.
- DE LA OLIVA A., ARAGONESES S., HINOJOSA R., MUERZA J.Y TOMÉ J. (2007) *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.) Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA (2018), *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi
- GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS (2003). *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra: Thomson-Aranzadi,
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLAS (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL (1996). *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Madrid: Edersa.
- MARTIN MORALES, RICARDO (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: S. L. Civitas Ediciones.
- RIAÑO BRUN, IÑAKI (2008). *La instrucción Criminal en el Proceso Penal*. Navarra: Thomson- Aranzadi, SA.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO (1999). *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Granada: Editorial Comares S.L
- RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS (2002) *La intervención de las comunicaciones telefónicas*.(Primera edición) Barcelona: Editorial Bosch

- SOLETO, HELENA (2016). *Garantías y errores en la investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch
- VELASCO NUÑEZ, ELOY (1996). *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Alexy, R. Bernal Pulido, C. Juan Moreso, J. Prieto Sanchis, L. Clérico, L. Villaverde Menéndez, I. Castiñeira, M. Ragués, R. Sánchez Gil, R. Lopera Mesa, G. Avila Santamaría, R. (2008) El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos* (1) 1- 352 Recuperado de: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4271.pdf>
- Bernal Pulido, C. (2005) Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera *Revista española de derecho constitucional* (74) 417-444 Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1993791>
- Bernardo San José, A. (2009) La restricción de los derechos fundamentales en las diligencias de investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C* (24)., 7-26 Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968002>
- Campos Sánchez, M., Orenes Barquero, M. *Las diligencias de investigación en el proceso penal*. Recuperado de: http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=111
- Casanova R (2014) *Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa* (Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Catalunya) Recuperado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/293904/Tesi%20.pdf?sequence=1>
- Casanova R. (2016). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. *Diario La Ley* (8674) Recuperado de: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000229187/20151210/La-captacion-y-grabacion-de-comunicaciones-orales-mediante-la-utilizacion-de-dis>

- Cavero G. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9
- Elvira, A. (2007) *El derecho al secreto de las comunicaciones*. Recuperado de: http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/
- Marco, A. (2008). *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E)* (Trabajo de investigación de Doctorado, Universitat Autònoma de Barcelona, Catalunya) Recuperado de: <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1>
- Morales Muñoz, E. (2007). Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia (I). *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2036) 1841-1858 p. 9 Recuperado de: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428046437?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1-may%2C1.pdf&blobheadervalue2=1288793444603>
- Rosales, M (2018). Captación y grabación de comunicaciones orales directas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (30) Recuperado de: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/05_ROSALES.htm
- Velasco E. *Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%2520Velasco%2520Nu%25C3%25B1ez,%2520Eloy.pdf?idFile=7b2fdf75-4a93-41bd-9adc-fe3042c95cc0

VI. Legislación

- Constitución Española
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Correos

VII. Anexo jurisprudencial

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH del 02 de febrero de 1982 caso Malone contra el Reino Unido (TEDH 1984/1)

2. Tribunal Constitucional

- STC 114/1984, de 29 de noviembre
- STC 37/89 de 15 de febrero
- STC 207/1996, de 16 de diciembre
- STC 49/1999 de 5 de abril
- STC 154/2002 de 18 de julio
- STC 656/2007 de 17 de Julio

3. Tribunal Supremo

- STS 2093/1994 de 31 de octubre
- STS 246/1995 de 20 de febrero
- STS 365/1995 de 23 de marzo
- STS 914/1996 de 20 de diciembre
- STS 160/1997 de 4 de febrero
- STS 512/1999 de 20 de Febrero
- STS 2052/1999 de 24 de marzo
- STS 382/2000 de 8 de marzo
- STS 4945/2001 de 20 de Julio

4. Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª.) de 25 de abril de 2002