

REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LECRIM PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS

José Luis González-Montes Sánchez

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Rey Juan Carlos

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. Reflexiones sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-06, pp. 1-41. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-06.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-06 (2015), 14 jun]

RESUMEN: Un nuevo escenario se perfila para el proceso penal como consecuencia de las recientes reformas que se proponen y que quedan pendientes del devenir legislativo procedente. Se ha abandonado, al menos de momento, la idea de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y ello a pesar de que la Comisión Institucional creada al respecto en marzo de 2012 entregó el texto de Código Procesal Penal en febrero de 2013. Ante una presunta falta de consenso, se ha optado por una nueva reforma parcial de la LECrim sobre materias que requieren una urgente modificación por medio de dos Proyectos de Ley: el primero destinado a recoger aquellas materias de carácter orgánico por afectar a derechos fundamentales, como el estatuto del investigado y la regulación de las nuevas medidas tecnológicas; mientras que el segundo, se ha reservado para materias ordinarias, entre las que se encuentran las medidas de agilización de la justicia

penal, la regulación de la generalización de la segunda instancia, así como los procesos monitorio penal, de decomiso autónomo o la ampliación del recurso de revisión.

Este trabajo se dedica exclusivamente a analizar las modificaciones derivadas del primero de los dos Proyectos de Ley que responde a dos prioridades fundamentalmente: (i) trasponer al ordenamiento español la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada e; (ii) introducir un conjunto normativo nuevo que regule el uso de las nuevas tecnologías en el proceso penal, ausente de la actual LECrim por tratarse de una Ley del Siglo XIX. A propósito del primer punto se estudian las principales novedades al respecto del conjunto de derechos de los que es titular el investigado en el proceso penal desde que adquiere tal condición, unificando así los criterios en esta materia a nivel europeo, e incluyendo un análisis del conjunto de derechos de los que es titular en relación con su letrado y las garantías de confidencialidad; y respecto del segundo punto, por último, se identifican los nuevos medios tecnológicos que se pretenden introducir, se analizan los presupuestos generales a que quedan sometidos tanto de carácter general como específicos de cada uno de ellos, haciendo una distribución siguiendo el proyecto entre el art. 579 que queda reservado para abordar la regulación de la correspondencia telegráfica y postal, así como el estudio del Capítulo IV creado ex novo, respecto de las

intervenciones telefónicas, las telemáticas y nuevos medios de investigación en el proceso penal como son la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos de seguimiento y captación de la imagen, así como el registro de dispositivos de almacenamiento masivo y registro remoto de equipos informáticos.

PALABRAS CLAVE: Asistencia letrada, medidas de investigación tecnológicas, secreto de las comunicaciones, PLECrím.

ABSTRACT. A new scenario is emerging for the criminal proceeding as a result of the recent reforms proposed, still pending the legislative evolution. At least for now, it has been abandoned the idea of adopting a new Criminal Procedure Act despite of the fact that the Institutional Committee set up in March 2012 gave the text of a Criminal Procedure Code in February 2013. Facing a probable lack of consensus, it has been opted for a new partial reform of the Criminal Procedure Act on matters requiring urgent amendment by two Bills: one collecting those matters of organic nature because they affect fundamental rights such as the status of the person investigated and the regulation of new technological measures; while the second one was focused on ordinary matters, such as measures to criminal justice expedite, the regulation of the generalization of the second instance, payment criminal processes, autonomous confiscation or the enlargement the petition for review.

This paper is dedicated exclusively to analyze

the modification resulting from the first of the two Bills that serves basically two priorities: (i) transposing into the Spanish law the Directive 2013/48/EU about the right to legal assistance and; (ii) introducing a new set of rules governing the use of new technologies in criminal proceedings, that was absented from the current Criminal Procedure Act because it is a law of the nineteenth century. With regard to the first point, the main new set of rights that the investigated owns in the criminal process are surveyed since he/she acquires such status, thus the criteria in this area is unified at European level now, including an analysis of the group of rights that he/she owns in relation to his counsel and guarantees of confidentiality. For the second point, finally, the new technological measures which are intended to introduce are identified, the general budgets that are subject are analyzed in both general and specific way to each one of them, making a distribution following the project between article 579 which is reserved for addressing the regulation of telegraph and mail and the study of Chapter IV created ex novo, for wiretaps, telematics intervention and new research measures in criminal proceedings such as capturing and recording oral communications by electronic devices, the use of tracking devices and image capture and recording such as mass storage devices and remote logging equipment.

KEYWORDS: Legal assistance, measures of technological research, secrecy of communications, PLECrím.

Fecha de publicación: 14 junio 2015

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho a la asistencia letrada. 2.1. El derecho de defensa: modificación del art. 118 LECrim. 2.2. Derechos del detenido: modificación del art. 520 LECrim. 2.3. Detención y prisión provisional incomunicada: modificación de los artículos 509 y 527 LECrim. 3. Nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. 3.1. Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. 3.2. La interceptación de las grabaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos de equipos informáticos. 3.2.1. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. 3.2.2. Captación y aprobación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. 3.2.3. Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes. 3.2.4. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos. 4. Conclusiones.

1. Introducción¹

Atravesamos un momento muy relevante en materia de reformas penales y procesales penales que se contemplan para las próximas semanas. Además, desde el punto de vista político, a pocos meses de unas nuevas elecciones legislativas a nivel nacional, el gobierno actual trata de pisar el acelerador para la aprobación de importantes reformas en las materias referidas. No sabemos finalmente si todas se harán realidad o no pero a efectos ilustrativos conviene en estos instantes exponer muy sucintamente, la situación en que se encuentran estas reformas antes de entrar más en profundidad a examinar las principales novedades que comporta la reforma de la LECrim a través de los dos Proyectos que a continuación citaremos aprobados el 3 de marzo de 2015 por el Consejo de Ministros.

En primer lugar hemos de hacer referencia a la Reforma del Código Penal aprobada ya por el Congreso en fecha 26 de marzo de 2015. Afecta a casi 300 artículos con modificaciones también de la LOPJ, así como de la LECrim. Igualmente se ha aprobado la Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de terrorismo, como consecuencia del pacto entre el PP y PSOE que ha tenido lugar recientemente sobre esta cuestión.

No menos importante, aunque un poco menos extensa y orientada ahora a aspectos urgentes necesitados de reforma y no a la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal, están los Proyectos de Ley Orgánica de Reforma de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, así como el Proyecto de Ley de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, aprobados ambos en Consejo de Ministros el 13 de marzo de 2015 y que tienen su antecedente en el Anteproyecto de LECrim (en adelante, ALECRim) aprobado también en el Consejo de Ministros el 5 de diciembre de 2014.

En tercer lugar, resaltar la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana aprobada en el Congreso también en fecha 26 de marzo de 2015 y que acoge la importante reforma de derogar el Libro III del Código Penal suprimiéndose el capítulo relativo a las Faltas.

En cuarto lugar, el Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima, también en fase de finalización de tramitación parlamentaria que provoca a su vez la reforma de varios artículos de la LECrim.

Por último, citar los Proyectos de Ley Orgánica complementaria de la protección de la infancia y de la adolescencia que fue aprobada por el Consejo de Ministros el 20 de febrero de 2015.

¹ Artículo redactado en el marco del Proyecto de Investigación “Variables para una moderna Política Criminal superadora de las contradicciones expansionista/reduccionista de la pena de prisión”, del que forma parte el autor y cuyo investigador principal es D. Lorenzo Morillas Cuevas (Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada).

Todo lo anterior, habría que complementarlo con la posible aprobación en breves fechas de la reforma de la LOPJ. En definitiva, muchos textos de relevancia penal, o en su caso, procesal penal, que han sido ya aprobados o que podrían ver la luz en breves fechas con todas las consecuencias que de ellos se derivan.

Acudiendo ya a partir de este instante al tema principal que nos ocupa en estas páginas, hemos escuchado en numerosas ocasiones críticas, de las cuales participamos, acerca de la imperiosa necesidad de implantar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en nuestro ordenamiento habida cuenta de la evidente falta de adaptación del actual texto normativo a la realidad social y penológica que rige nuestros días, tratándose como es sabido de una ley que data ya de 1882. También han sido objeto de crítica los numerosos parches que ha ido asumiendo esta norma a lo largo de los años para tratar de ir adaptando cuestiones más o menos puntuales o, incluso de entidad, necesitadas de reforma².

Esta permanente situación de provisionalidad de la actual LECrim, parecía que iba a tener fin en la presente legislatura en el momento en el que el Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 constituyó, a través del respectivo Acuerdo, una Comisión Institucional para la elaboración de un Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha Comisión cumplió con su trabajo y presentó una propuesta de Código Procesal Penal en fecha 25 de febrero de 2013, que actualmente se encuentra en fase de información pública y debate.

Pues bien, sea más o menos acertada la propuesta presentada que, como todas, puede ser objeto de críticas y alabanzas según la perspectiva desde la que se observe, y teniendo presente todas las opciones de opinión que puede presentar un texto tan importante y amplio como un Código Procesal Penal o Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cierto es que tras este ingente trabajo, se considera a día de hoy que no existe el consenso suficiente para abordar semejante cambio de nuestro modelo de proceso penal que, entre otras cuestiones y por primera vez, atribuía al Ministerio Fiscal la investigación en los procesos por delitos.

En este contexto, el Ministerio de Justicia ha considerado conveniente no abordar dicha reforma al completo pero sí introducir una nueva e importante reforma parcial de la LECrim de 1882, por medio de dos Proyectos de Ley: uno regulador de las cuestiones que afectan a derechos fundamentales (Proyecto de Ley Orgánica), como el estatuto del investigado y las diligencias de investigación tecnológica, y el otro las de índole procesal, entre las que se encuentran las medidas de agilización de la justicia penal y otras garantías como el proceso monitorio penal, la generalización de la segunda instancia y la ampliación del recurso de revisión. Son los Proyectos de Ley Orgánica de Reforma de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológi-

² Sobre la necesidad de implantar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal puede Vid., entre otros, GONZÁLEZ MONTES, J.L., "La justicia en el Siglo XXI", Granada, 2010, págs. 99 y ss.

ca, así como el Proyecto de Ley de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, aprobados ambos en Consejo de Ministros el 13 de marzo de 2015³.

Los principales objetivos que tratan de conseguirse con ambas reformas de la LECrim ya venían descritos en la Exposición de Motivos (Epígrafe I) del APLE-Crim⁴, e identificaba qué tipo de actuaciones debían realizarse en la reforma de nuestro modelo procesal penal con carácter inmediato y sin aguardar a la futura reforma integral del mismo: (i) implantación de medidas que permitan agilizar el proceso penal con el objetivo último de evitar las tan denostadas dilaciones indebidas; (ii) establecer mecanismos de reforzamiento de las garantías y derechos procesales adecuando así el marco normativo interno a las exigencias europeas; (iii) inclusión del conjunto normativo regulador de las medidas de intervención tecnológica en relación con el art. 18 de la CE; (iv) generalización de la segunda instancia penal; (v) creación de un procedimiento autónomo de decomiso y (vi) ampliación del recurso de revisión.

Da la sensación que el prelegislador trata de evitar un mal mayor con la reforma finalmente planteada de la LECrim, y es que, ante la presunta dificultad (quizás más que dificultad falta de consenso) para abordar al completo la modificación de nuestro proceso penal, se ha optado por introducir ciertos cambios, numerosos eso sí, que permitan una modificación urgente de aspectos procesales sobre los que no cabe más espera. Una primera reflexión merece este cambio de postura. A nuestro juicio, se ha perdido una oportunidad inmejorable para abordar en este tiempo la reforma integral de nuestro proceso penal. Este tipo de modificaciones, por su importancia y tramitación, requieren de actuaciones que conlleven prácticamente una legislatura completa, y esto se había conseguido iniciando como se ha dicho los trabajos respectivos con la creación de la Comisión Institucional en torno a marzo de 2012, pero la aludida falta de consenso lo ha impedido. Como segunda reflexión, debe valorarse muy positivamente, al menos en abstracto, la loable voluntad del legislador de acometer reformas que respondan a la nueva criminalidad organizada, a la nueva realidad social, a la implantación en el ámbito de la investigación de los delitos de todas aquellas nuevas tecnologías que por razones obvias no pudo recoger en su momento una Ley del siglo XIX. Así, y sin perjuicio de posteriores matizaciones, creo acertada la introducción de medidas para la limitación

³ La denominación que han tenido finalmente estos Proyectos de Ley ha sido la siguiente: Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y Proyecto de Ley de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, aprobados ambos en Consejo de Ministros el 13 de marzo de 2015.

⁴ En donde por cierto, se incluían de forma conjunta tanto las materias orgánicas como las ordinarias objeto de modificación en un único texto que aprobó como Anteproyecto de reforma de LECrim el Consejo de Ministros el 5 de diciembre de 2014.

temporal de las instrucciones en los procesos por delitos, el no envío a los Juzgados de los atestados policiales sin autor conocido, la regulación de un procedimiento autónomo de decomiso, o la nueva regulación de las medidas tecnológicas en el proceso penal, entre otros.

Por otra parte, el Estado español debía proceder a la adaptación de cierta normativa europea mediante la transposición de dos Directivas cuyo contenido se introduce en los dos Proyectos de Ley citados, este es el caso de la Directiva 2013/48/UE sobre asistencia letrada y la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Debido a la importante extensión de las materias objeto de reforma, vamos a reservar el contenido de las siguientes páginas para abordar las principales novedades que introduce en la LECrim el Proyecto de Ley Orgánica para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, dejando para otro artículo que será publicado también en recientes fechas por este mismo autor, el análisis de las materias no orgánicas de modificación del Proyecto de LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Adviértase eso sí, que todas las valoraciones que puedan efectuarse en este trabajo tienen el necesario carácter provisional que presenta la reforma, ya que pueden producirse importantes cambios en el texto del Proyecto que hoy día usamos que como referencia para la conformación de este trabajo, si finalmente como consecuencia del devenir legislativo, tienen lugar cambios en el contenido de los preceptos analizados y que pudieran afectar a las interpretaciones jurídicas que en esta sede se aporten.

2. El derecho a la asistencia letrada

Una de las finalidades que persigue la reforma de la LECrim según se ha expuesto en la Exposición de Motivos (Epígrafe III), es trasponer al ordenamiento español una serie de Directivas de reciente promulgación que afectan a diversos ámbitos procesales.

En este sentido adquiere toda su relevancia la Directiva 2013/48/UE⁵ sobre el derecho a la asistencia letrada, que tiene como principal objetivo conseguir establecer en los Estados Miembros criterios uniformes en esta materia aumentando las garantías del sujeto pasivo en varios supuestos, tanto en el nivel de información que éste ha de recibir desde el momento en que es investigado en relación con la existencia de unos hechos de apariencia delictiva, así como el conjunto de derechos que a este sujeto pasivo se le han de reconocer al respecto de la relación con su letrado

⁵ Sin perjuicio de lo que se ha dicho con ocasión del procedimiento autónomo de decomiso introducido Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, y que analizamos en otra sede.

y las garantías de confidencialidad que han de mantener las entrevistas que éste realice con su abogado defensor.

Según el informe del CGPJ emitido al respecto de la aprobación del APLECrím, la transposición de la Directiva 2013/48 sobre derecho a la asistencia letrada debería en correcta técnica venir precedida o acompañada de la transposición de la Directiva 2012/13, relativa al derecho a la información en los procesos penales, para dotar de uniformidad y coherencia al estatuto jurídico del sujeto pasivo. Dicha Directiva se refiere al derecho de los sospechosos y acusados a ser informados “con prontitud” sobre el derecho a la asistencia letrada, a la asistencia jurídica gratuita, a ser informado de la acusación, a la interpretación y traducción y a permanecer en silencio.

Precisamente la Comisión Europea ha abierto un expediente a España por superar el plazo de transposición de esa Directiva ante una denuncia efectuada. El límite de la aplicación de la Directiva venció el 2 de junio de 2014 y la respuesta de España a la Comisión es que se está llevando a cabo la reforma legislativa, es decir, ésta que comentamos que aún no ha finalizado.

La Comisión ha apuntado que si el procedimiento legislativo en curso no concluye con una “solución satisfactoria”, el caso podrá llevarse ante el TJUE que es el que tiene la competencia para determinar si un Estado miembro ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados.

Para conseguir el objetivo expuesto se procede a la reforma de los artículos 118, 520 y 527 LECrim. Ciertamente, se encuentran muy dispersos en la LECrim los preceptos dedicados a la asistencia letrada, sin embargo, el PLECrím pretende introducir la transposición de la Directiva 2013/48/UE por medio, solamente, de los tres artículos enunciados. El primero de ellos se encuentra ubicado en el Título V relativo al derecho de defensa y a la asistencia jurídica gratuita en los juicios criminales; mientras que el segundo y tercero (520 y 527 LECrim), se ubican en el Título VI referente a la citación, detención y prisión provisional, como medidas cautelares de naturaleza personal del proceso penal y, en concreto, en Capítulo IV cuya denominación es: “*Del ejercicio de defensa de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos*”.

En todo caso, como señala ARMENTA DEU⁶: “*el derecho a la asistencia letrada, contemplado en el art. 24.2 CE, constituye un derecho fundamental reforzado por la asistencia de letrado al detenido en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3 CE). Según constata el Tribunal Constitucional, su contenido va ineludiblemente unido al derecho de defensa (SSTC de 22 de abril de 1987 y de 6 de marzo de 1995, entre otras)*”.

⁶ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, quinta ed., Madrid, 2010, pág. 92.

2.1. *El derecho de defensa: modificación del art. 118 LECrim*

El actual art. 118 LECrim señala en su primer párrafo que: “*Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho*”.

A) En primer lugar, el art. 118 en la versión del Anteproyecto de LECrim identificaba como *sujetos pasivos del proceso penal* todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la ley y a los que indiciariamente les fuera atribuida la realización del hecho punible.

El cambio de denominación que operaba el APLECrím acudiendo al concepto de “sujeto pasivo del proceso penal” parece haberse abandonado. El APLECrím adolecía de falta de uniformidad al referirse al denominado “*sujeto pasivo del proceso penal*” y existía un riesgo de confusión según la perspectiva procesal del término sujeto pasivo del proceso o sustantiva (sujeto activo del delito).

A nuestro juicio podría mantenerse el término sujeto pasivo del proceso penal como concepto genérico sin connotaciones técnico-procesales para considerar que nos encontramos ante aquellos sujetos (en los términos del art. 118.1 ALECrím) a los que se les puede atribuir la realización del hecho punible en sentido amplio. Es decir, aquellos frente a los cuales se dirigen las diligencias de investigación. De forma deliberada aludimos a este término y no otro, puesto que podría llegar a englobar tanto las diligencias de investigación seguidas ante el Ministerio Fiscal o autoridades policiales correspondientes, como aquellas otras que pudiéramos ya ubicar en el ámbito de un proceso penal ya incoado, sea por medio de Diligencias Previa (Procedimiento abreviado) o por medio de un Sumario (Procedimiento ordinario).

Entendemos que el derecho a la asistencia letrada inexorablemente debe comportar no solo el proceso penal ya abierto sino también cualquier tipo de diligencia de investigación en manos de la Policía o el Ministerio Fiscal. De estas últimas por supuesto, pueden desprenderse igualmente consecuencias procesales de relevancia para el sujeto pasivo del proceso por lo que resulta esencial que su letrado pueda estar presente en las mismas o tener al menos acceso a las actuaciones correspondientes para ejercitar correctamente el derecho de defensa.

Sin embargo, en la transición del APLECrím al texto del Proyecto de Reforma LECrim (en adelante, PLECrím), ya no se alude al término sujeto pasivo sino que se ha introducido a través de una Disposición Adicional Segunda, una sustitución de términos de tal suerte que al imputado se le pasa a denominar investigado y al procesado encausado.

Que verdaderamente este cambio de denominación sea necesario nos ofrece enormes dudas. Se dice por la Exposición de Motivos que: “*el cambio obedece a la intención de eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado o reo..... así como la necesidad de evitar connotaciones negativas y estigmatizadoras de esas expresiones* (Epígrafe V Exp. Motvs)”.

Hasta el momento los contornos del término imputado y sus consecuencias jurídico-procesales se encontraban perfectamente delimitados⁷, no ha lugar por tanto a nuevos inventos terminológicos toda vez que en el futuro próximo, en caso de producirse finalmente la reforma, los términos investigado y encausado, tendrán idéntica connotación estigmatizadora que hoy día puedan tener los términos imputado o procesado.

Por otro lado, la regulación que se propone en el PLECrím en el art. 118 LECrim sobre el derecho de defensa, ha subsanado la deficiencia que presentaba el APLECrím en la medida en que la asistencia letrada se ha de producir tanto con anterioridad a los interrogatorios policiales (v.gr. rueda de reconocimiento, careos o diligencias de reconstrucción de hechos), como en las diligencias policiales y actuaciones ante el Ministerio Fiscal, como prueba la referencia que realiza al respecto el art. 118.2.II PLECrím, cuando señala que *el abogado estará presente en todas las declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos*”.

Por consiguiente, la extensión del derecho de defensa ha de tener lugar desde el momento en que se le atribuya al sujeto pasivo (ahora llamado investigado) un hecho punible, periodo temporal indeterminado no aclarado por el texto del PLECrím pero que debe comportar cualquier diligencia de investigación con independencia de la naturaleza de ésta y la autoridad o agente encargada de la misma. No obstante, el art. 118.1 PLECrím señala que el derecho de defensa se puede ejercitar desde el momento en que se le atribuya y comunique el hecho delictivo, haya sido detenido o haya sido objeto de cualquier medida cautelar o, en último caso, haber sido procesado.

B) El art. 118.3 ALECrím recogía qué tipo de *actuaciones debían contener el derecho de defensa*. En este instante nos referimos a aquellas que facultan al investigado a ser informado de los hechos delictivos que se le atribuyen y su posible cambio, a conocer las actuaciones, a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa.

Se realiza una previsión más genérica en el PLECrím a “*actuar en el proceso penal*”, que debe comportar necesariamente la posibilidades de intervención a las que aludía el APLECrím y que han sido retiradas por estar comprendidas en esa

⁷ Salvo por algunas incomprensibles interpretaciones recientes del término imputado a propósito precisamente de la imputación por el TS del Diputado Chaves y del Senador Griñán, por todos conocidas.

formulación genérica de actuar en el proceso penal: “*formular alegaciones de carácter fáctico o jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los demás actos procesales en los que la ley no excluya su presencia e impugnar las resoluciones desfavorables*”.

Asimismo, el apartado b) del art. 118.1 PLECrím identifica como uno de los derechos del investigado el “*derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación*”.

Debemos valorar positivamente que se incluya de forma expresa qué tipo de actuaciones pueden comportar el ejercicio del derecho de defensa a pesar de la propia delimitación que de estas cuestiones ha venido haciendo ya la jurisprudencia. Evidentemente, tener *acceso a las actuaciones* resulta de vital importancia en este asunto, no cabe un correcto ejercicio del derecho de defensa si no conocemos de qué cuestión debemos defendernos o no tenemos acceso a la totalidad de las actuaciones.

Esta cuestión solo puede tener una limitación consistente en que se haya podido dictar en el ámbito de la investigación del delito el *secreto de las actuaciones* conforme al art. 302 LECrím, pero ninguno más. Es decir, todas las partes, también el investigado, han de tener acceso sin condición a todos los autos, ya sean judiciales porque se haya incoado proceso penal, o incluso preprocesales, porque se estén investigando por el Ministerio Público o por la Policía Judicial. No cabe interpretación subjetiva al respecto del instructor en esta materia, no debe ser posible decidir a qué documentación se da acceso y a cual no sobre la base de criterios de pertinencia o utilidad de la posible diligencia de prueba que pretenda plantearse por el sujeto pasivo⁸.

En conexión con lo anterior, deben hacerse dos valoraciones, en primer lugar, nótese cómo el art. 118.8 ALECrím señalaba que si la investigación hubiera sido declarada secreta esta comunicación – se refiere a la comunicación de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional a la persona detenida o frente a la que se dirija el procedimiento-, podría aplazarse cuando resultase perjudicial para la finalidad perseguida por el secreto, pero no podría tomarse declaración al sujeto pasivo en tanto no se realizara dicha comunicación. Sin embargo este párrafo ha sido suprimido en el Proyecto.

Que se le comuniquen o no los derechos cuando existe el secreto puede concul-

⁸ Para ilustrar lo que comentamos no deben permitirse actuaciones, alguna de las cuales hemos sufrido en la práctica forense, que impidan el acceso a informes de organismos o instituciones internacionales como podría ser la DEA o el HSI, de relevancia en el proceso ante los tribunales españoles y de las que las partes tengan constancia de que existen como consecuencia de otras diligencias practicadas y no se permita por el instructor el acceso de la defensa a las mismas. La información del HSI o DEA ha podido servir al Ministerio Público para interponer querrela frente a unos presuntos autores españoles de un delito contra la salud pública, en consecuencia, todo aquello que forme parte de las actuaciones de una u otra forma debe ser puesto en conocimiento de todas las partes para garantizar el derecho de defensa y a eso se refiere expresamente el art. 118.3 PLECrím. Lo contrario podría viciar de nulidad todo el procedimiento.

car claramente el art. 24.2 CE y quizás por ello haya desaparecido esta previsión en el Proyecto. Pero estamos de acuerdo en que, en determinadas ocasiones, el acceso del investigado a las actuaciones que se están practicando puede poner en riesgo el éxito de la instrucción, por lo que la resolución que acuerda el secreto de las actuaciones procede en numerosas ocasiones. Sin embargo, encontramos también cierto abuso en la extensión temporal del secreto de las actuaciones cuya prórroga, aunque no prevista legalmente, se ha permitido por la vía jurisprudencial.

Un tiempo demasiado prolongado de secreto influye directamente en el derecho de defensa que se ve sustancialmente mermado, en donde el Ministerio Fiscal que ejerce en la mayoría de los casos como parte acusadora, no se ve limitado en dicho acceso y le confiere una enorme ventaja competitiva que debe ser moderada por el instructor acordando como secretas las actuaciones el tiempo absolutamente necesario.

Estando secretas las actuaciones, con carácter general, no procede⁹ que el investigado declare ante la Policía, Ministerio Fiscal o en sede judicial, pues al no conocer las actuaciones podría incurrir en “errores” que influyeran en su estrategia de defensa futura en la instrucción llegando incluso a autoincriminarle, sobre todo, cuando el propio Ministerio Fiscal puede realizar preguntas previo acceso a todas las actuaciones al no afectarle al Ministerio Público el secreto tal y como lo permite el art. 302 LECrim.

Por otra parte, manteniéndonos en el análisis de los apartados b) y c) del art. 118.1 PLECRim, el derecho en abstracto a poder “actuar en el proceso penal”, debe incluir *la posibilidad de formular alegaciones, proponer diligencias de investigación y prueba o intervenir en su práctica*. Es por todos conocido cómo en ocasiones esa opción en abstracto se convierte en un brindis al sol desde el momento en que el órgano instructor, basándose precisamente en estar en esta fase y no en la fase de juicio oral, fase en donde se ha de proceder a la práctica de prueba ante el órgano jurisdiccional llamado a dictar sentencia, se tienden a inadmitir numerosas diligencias de prueba o de investigación por no ser pertinentes o útiles para la instrucción y abriendo la puerta a que dichos medios de prueba sean reproducidos en el juicio oral.

Tanto el TS como el TC han sustentado la denegación de este tipo de diligencias en considerar que no se trata de un derecho absoluto el acceso a diligencias de prueba o investigación de las partes.

Estamos de acuerdo en la falta del carácter absoluto del acceso de las distintas partes a diligencias de prueba o de investigación, sin embargo también es cierto que el sujeto pasivo puede tener evidente interés de que algunas cuestiones queden dilucidadas ya en instrucción y no esperar a formularlas o que se practiquen en fase de juicio oral. Entre otras cosas, porque puede perseguir acceder ya en fase de

⁹ O al menos, no es conveniente.

instrucción a resoluciones como el sobreseimiento provisional que impidan finalmente pasar a la fase de juicio oral. Es más, muchas de esas diligencias que pudieran plantearse en instrucción podrían dar lugar a supuestos de nulidad que debieran esperar a la fase de cuestiones previas o turno de intervenciones del procedimiento ordinario o del abreviado, respectivamente.

También forma parte del derecho de defensa poder intervenir en las diligencias policiales o judiciales que se practiquen. Aunque la interpretación jurisprudencial que se ha realizado sobre esta cuestión, tanto por el TC como por el TS (Vid. STC 252/1994, de 19 de septiembre, y STS 645/2001, de 17 de abril), ha sido rechazar la necesidad de asistencia letrada en todas estas diligencias, creemos que debe huirse de ciertas prácticas, sobre todo policiales, en donde no se produce un aviso al letrado aún estando ya el investigado detenido, y se procede a practicar diligencias de vital importancia como la entrada y registro en domicilio o la apertura de correspondencia sin la presencia de éste. No basta en absoluto para alguno de estos supuestos en ampararse en figuras que permite la Ley pero entendemos que con carácter subsidiario, como el hecho de que en el registro esté presente un individuo familia del detenido mayor de edad o en presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo (art. 569 LECrim).

Si el investigado ya está detenido debe cumplirse escrupulosamente con la llamada al letrado para que esté presente en las actuaciones que se estén practicando, de lo contrario, cualquiera de las pruebas obtenidas en las mismas podría estar viciada de nulidad. Desde luego, nada bueno se persigue si las autoridades policiales no avisan en tiempo y forma al letrado para que éste pueda presenciar la práctica de la diligencia cuando pudieron hacerlo y pueda asistir según proceda en la misma a su representado¹⁰.

C) Otra de las valoraciones a realizar tiene que ver a su vez con el contenido del art. 118.1. apartados g) y h) PLECrím en donde se recoge que aquel sujeto al que se le atribuya un hecho punible, tiene *derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, a no contestar a alguna de las preguntas que se formulen, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*.

Si bien se mantiene la opción al investigado de no declarar o contestar a alguna pregunta si lo desea, sin embargo, no se ha incluido aquel párrafo del ALECrím que en este punto determinaba que, ante el silencio o negativa a declarar, no podría atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación,

¹⁰ Recordemos que el art. 520 LEC establece que el abogado puede comparecer para asistir a su defendido ante una detención en el plazo de ocho horas, plazo que se pretende reducir a 3 horas en la nueva redacción del art. 520 PLECrím como luego se verá. No puede servir de excusa este plazo para no avisar al letrado defensor sobre la base de una presunta diligencia de investigación de naturaleza urgente, entendemos que en estos supuestos se conculca igualmente el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso.

explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate.

Creemos que su inclusión potenciaba el derecho de defensa del investigado por lo que debería haberse mantenido aunque, en una interpretación analógica pudiera pensarse que con la redacción del Proyecto no pueden atribuirse consecuencias perjudiciales a la conducta de no declarar. Debe interpretarse en sentido amplio el derecho a no declarar y no confesarse culpable, hasta el punto de no anudar consecuencias negativas a la voluntad del sujeto pasivo de no declarar. Pueden ser diversas las razones por la que finalmente se niegue a declarar pero desde luego una evidente y que tiene relación con lo que comentábamos, no es otra que el hecho de haberse dictado en el procedimiento el secreto de las actuaciones.

Por lo tanto, debemos valorar muy positivamente que la negativa o silencio a declarar no comporte consecuencias perjudiciales, además, la pérdida de oportunidad a exponer que pierde el investigado queda compensada con la posibilidad que ofrece el art. 400 LECrim para solicitar declarar ante el Juez en cualquier momento de la instrucción y cuantas veces quisiere, así como la obligación de éste de recibirle declaración si tiene relación con la causa.

D) En otro orden de cuestiones, *el art. 118.1.d) PLECrím incluye el derecho a designar libremente abogado, mientras que el apartado 2 párrafo II PLECrím, señala que el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento del proceso y que estará presente en todas sus declaraciones.*

Como no podría ser de otra forma, en todos los procesos por delitos, dada la relevancia de los intereses en juego, se requiere que el investigado venga asistido por letrado de su libre designación, pero en cualquier caso, para el supuesto en que no lo haya designado, es necesario el nombramiento de un abogado de oficio.

Un aspecto importante del ejercicio de defensa tiene que ver precisamente con la necesaria *entrevista reservada* que ha de tener el investigado con su letrado y que debe extenderse: “...a todas las declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos, y reconstrucción de hechos”. En consecuencia, siguiendo el criterio apuntado anteriormente, el letrado ha de estar presente en cualquier declaración que realice el sujeto pasivo ya sea en sede policial, Ministerio Fiscal o judicial. Es la única manera de garantizar efectivamente el derecho de defensa, se precisa poder instruir al cliente desde la experiencia del letrado en relación con las circunstancias concurrentes en el procedimiento. Por ejemplo, no es lo mismo declarar estando secretas las actuaciones que teniendo acceso a las mismas. Tampoco es lo mismo declarar en sede policial que en sede judicial.

En cualquier caso, de todas esas declaraciones podrían desprenderse una serie de perjuicios para el investigado del proceso penal que deben quedar protegidos con el

asesoramiento que realice el letrado por medio de la entrevista reservada previa con el cliente¹¹ y con la asistencia del mismo a todas las declaraciones¹².

E) Finalmente, de entre las modificaciones que se introducen ex art. 118 PLE-Crim, se encuentran una serie de derechos, todos ellos comprendidos en el derecho de defensa, que tienen como finalidad última que el investigado comprenda realmente las razones por las que se le atribuyen una serie de hechos delictivos. De ahí que se incluya la interpretación gratuita y traducción de documentos para comprender todas las actuaciones relevantes del proceso atendiendo a lo preceptuado en los arts. 123 y 127 LECrim; En definitiva estos preceptos han servido, como señala el Informe del CGPJ, para incorporar de forma implícita el derecho a la interpretación de que gozan los sospechosos o acusados desde que se ponga en su conocimiento su condición de tales conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la Directiva 2010/64, relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales.

F) Para finalizar, forma parte de los derechos del investigado en el proceso penal, el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita (art. 118.1.e) PLE-Crim).

2.2. Derechos del detenido: modificación del art. 520 LECrim

Se introducen una serie de modificaciones respecto de los derechos del detenido a través de una nueva redacción de los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del art. 520 PLE-Crim, así como la inclusión de dos nuevos apartados, 2.bis, 7 y 8 del mismo precepto.

Como es sabido, los derechos del detenido se contemplan en el art. 17 CE y 520 LECrim. La detención es una medida cautelar de naturaleza personal con un alcance temporal muy limitado y que pretende poner al detenido a disposición judicial. La injerencia que se produce en uno de los derechos fundamentales, derecho a la libertad personal, supone la exigencia de que para que dicha medida cautelar pueda ser adoptada se requiera, como en las demás, la concurrencia de los presupuestos procesales *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, y que en todo momento sean respetados el conjunto de derechos del detenido que recoge expresamente el art. 520 LECrim¹³.

El texto de la reforma, con pequeñas modificaciones, mantiene la mayoría de ellos como es el caso del derecho a ser informado por escrito de la manera que comprenda los hechos que se le atribuyen y las razones que han provocado la pri-

¹¹ Por cierto, sería conveniente igualmente que la entrevista entre abogado y cliente tuviera realmente carácter reservado para que el ejercicio de defensa pueda producirse correctamente, cosa que no siempre ocurre ni mucho menos.

¹³ De forma resumida sobre la detención en general pueden las valoraciones genéricas que realiza ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en AA.VV., Derecho Procesal Penal (Octava Ed.), Madrid, 2007, págs. 396 y ss.

vación de libertad; a no declarar; a no contestar a alguna de las preguntas que se le formulen o manifestar que solo declarará ante el Juez; a no confesarse culpable; a designar un abogado o a que se nombre uno de oficio sin que puedan recibirse recomendaciones al respecto por ninguna autoridad o agente; la posibilidad de ser examinado por médico forense; a poner en conocimiento de un familiar el hecho de la detención y el lugar de custodia; o que se comunique en caso de ser extranjero al cónsul de su país o a la Fiscalía de menores si fuera un menor o; el derecho a ser asistido por intérprete de forma gratuita, entre otros.

En cualquier caso, como se indica en la Exposición de Motivos (Epígrafe III): *“El ejercicio de estos derechos puede ser modulado, motivadamente, en atención a la presencia de circunstancias excepcionales, que vienen previstas en la normativa europea, como puede ser la existencia de un riesgo para la vida, la libertad o la integridad física de un tercero o la necesidad de evitar que los fines de la investigación resulten frustrados”*.

Se incluye como novedad un apartado 2 bis del art. 520 PLECrím para asegurarse de que la transmisión de esos derechos al detenido sean comprendidos por éste, de tal suerte que habrá de facilitarse la información comprensible y accesible al destinatario, atendiendo por tanto a la capacidad, edad, madurez o cualquier otra circunstancia que afecte a éste.

Sin embargo, debemos reparar en alguna de los cambios que se introducen en alguno de los párrafos del art. 520 LECrim, que por su novedad merecen una especial atención.

A) El art. 520. 6º PLECrím identifica en qué consistirá la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido. Las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva 2013/48/UE tienen un claro reflejo en este apartado. De un lado, se mantiene el derecho del letrado de entrevistarse reservadamente con el detenido, al que ya hemos hecho referencia en la exposición del art. 118 ALECrím al cual nos remitimos, pero dicha entrevista no solo puede producirse en atención a la intervención en la diligencia para la que hubiere sido requerido y a su finalización, sino además y muy importante, para prestarle asesoramiento previo a su declaración.

Como decíamos, es una garantía del correcto ejercicio del derecho de defensa este asesoramiento que tiene lugar con antelación a cualquier declaración que deba efectuar el detenido ante un agente o autoridad, por lo que valoramos positivamente esta modificación que tiende a limitar las importantes consecuencias de una errónea declaración del detenido sin la previa asistencia de su letrado.

De otro lado, se establece que uno de los derechos del detenido consiste en: *“acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o de la privación de libertad (art. 520.2. d) PLECrím”*.

Ahora en el Proyecto se habla con mejor criterio del conjunto de las actuaciones

y no alude a actuaciones concretas como hacía el texto del Anteproyecto con referencia específica al atestado policial.

También nos hemos pronunciado sobre esta cuestión al respecto del art. 118.3 PLECrím con el que hay que ponerlo en directa conexión. Parece deducirse claramente de la normativa comunitaria cuya transposición se pretende realizar por medio de esta reforma, la voluntad de que cualquier sujeto sometido a un proceso de naturaleza penal, para poder ejercer correctamente su derecho de defensa, debe tener acceso a todas las actuaciones que tienen que ver con la investigación de los hechos delictivos que pudieran atribuírsele. La redacción final del Proyecto pone en duda que pueda el detenido tener acceso a “todas las actuaciones” toda vez que expresamente solo se le deben poner a su disposición las actuaciones que sean esenciales para impugnar la detención. Por tanto, puede quedar sometido a un criterio subjetivo de la autoridad judicial, agente o Ministerio Fiscal, cuáles sí y cuáles no constituyen actuaciones de naturaleza esencial, afectando en consecuencia al ejercicio del derecho de defensa.

Por supuesto, el art. 302 LECrím permite: “*a todas las partes personadas tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*”. Pero, efectivamente, esa opción que tienen en abstracto todas las partes del proceso (acusadoras o acusadas), parte de la premisa de la existencia ya de proceso penal, de incoación de Diligencias Previas o Sumario, de ahí la exigencia de personación en el procedimiento. Sin embargo, no cubre este precepto el conjunto de actuaciones que podríamos denominar como preprocesales, sin ir más lejos el atestado policial entre otros, y a nuestro juicio, también éstas pueden ayudar a conformar la defensa del detenido. Al menos esa debe ser una valoración que ha dejarse al arbitrio del letrado, pero éste debe tener acceso a todas las actuaciones del caso, provengan de autoridades u organismos nacionales o incluso internacionales si nos consta su existencia en la causa.

En este sentido somos partidarios de un derecho de carácter absoluto, es decir, de tener acceso a la totalidad de las actuaciones (al atestado completo por ejemplo) y no a que por criterio judicial se limite ese acceso a ciertas partes que solo el instructor pueda considerar necesarias poner en conocimiento del sujeto pasivo. Creemos que si finalmente se produce la reforma y observando el contenido de la Directiva de asistencia letrada, no cabe otro tipo de interpretación.

B) Otra de las cuestiones que merece resaltarse es aquella relativa a la denominada prueba de ADN. El PLECrím incluye como uno de los cometidos de la asistencia letrada el informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de las diligencias que se soliciten, continuando en el segundo párrafo señalando lo siguiente:

“Si el detenido se opusiera a la recogida de muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007, de 8 de octubre regula-

dora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el Juez de instrucción, a instancia de Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal medida, mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”.

Merece valorar positivamente el cambio en la redacción otorgada a este apartado c) del art. 520.6 PLECrím que mejora ostensiblemente lo que señalaba el art. 520.2.4º ALEC en virtud del cual no era precisa la asistencia letrada para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido (ADN), se entendía que valía con la autorización del imputado, justamente lo contrario de lo que se prevé en el Borrador de Código Procesal Penal de 2012 (arts. 283.4 y 284.3) y en el Acuerdo de la Sala Segunda en Pleno del TS de 24 de septiembre de 2014, donde se requiere la asistencia letrada aunque exista el consentimiento del imputado.

Aunque no se dice así expresamente, la obtención de pruebas biológicas de un sujeto no tiene otra finalidad distinta a la de su posible uso en una investigación de naturaleza criminal. Es un eufemismo por tanto aludir como hace el texto del Anteproyecto a su recogida “...con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN”.

Desde luego esta excepción se desmarcaba del criterio imperante en las Directivas analizadas sobre la asistencia letrada y las garantías que deben regir en este ámbito, la falta de autorización judicial para la obtención de prueba biológica resulta un riesgo innecesario que puede afectar a la cadena de custodia en la obtención de una prueba y que a la postre pueda conllevar igualmente su nulidad por la vía del art. 11.1 LOPJ. Por tanto, toda obligación de que sea el Juez instructor el que imponga la ejecución forzosa de la medida debe refrendar el derecho de defensa pues no cabe otra opción que obtener esa ejecución acordando en resolución motivada las razones de su ejecución.

C) *No parece por otra parte muy apropiada la modificación que se propone en el art. 520.5.párrafo cuarto PLECrím, relativo al plazo en el que el letrado designado por el detenido debe acudir a asistirle una vez que se ha producido la designación.* En primer término, el letrado como es obvio debe acudir tan pronto como sea posible, pero la regulación actual extiende ese plazo máximo a las ocho horas siguientes a la designación. Este plazo se reduce sensiblemente en el texto del Proyecto a un plazo máximo de tres horas. Lo relevante no es tanto esa reducción de tiempo sino las consecuencias que se anudan por no acudir al llamamiento en ese plazo máximo.

La elección de letrado por un cliente tiene mucho que ver con la confianza, en el ámbito penal, cuando un sujeto está sometido a un proceso por delitos dicha confianza, si se quiere, suele tener un plus por los intereses en juego para el sujeto

pasivo. En definitiva, es esencial para el detenido tener la oportunidad de poder seleccionar al letrado de su confianza. En este sentido, el letrado designado puede encontrarse fuera de la ciudad objeto de la detención quizás a más de tres horas en cualquier medio de transporte.

Lo que propone el PLECrím es que en caso de no asistir en dicho exiguo plazo el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir el letrado primeramente designado.

No abogamos por tal responsabilidad ante causa justificada por supuesto, aunque la solución en estos casos puede consistir en solicitar la venia al abogado del turno de oficio en cuanto sea posible, es cierto que puede haberse seguido una estrategia de defensa completamente distinta por ambos letrados afectando sobre manera al derecho de defensa. Estas disfunciones pueden no tener mucha importancia a la vista de la novedad incluida en el art. 520.2. c) PLECrím a la hora de designar abogado ya que permite en caso de lejanía geográfica que haga imposible la inmediata asistencia de letrado facilitar al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia, siempre que sea posible.

D) Se añaden dos últimos apartados 6 y 7 al art. 520 PLECrím, el primero de ellos para insistir en el carácter reservado de las entrevistas entre el letrado y el detenido, influencia también directa de la Directiva 2013/48/UE; mientras que el segundo acoge la opción del detenido de renunciar a la asistencia letrada cuando el delito objeto de la detención haya sido un delito contra la seguridad del tráfico una vez conocidas por éste las consecuencias de su renuncia tras tener conocimiento de los motivos de su privación de libertad.

E) Por último, no podemos dejar de referirnos brevemente a la creación de un nuevo precepto creado ex proceso para las detenciones que se producen en “espacios marinos” (art. 520 ter PLECrím). Toda vez que estas detenciones pueden producirse a muchas millas náuticas de nuestro territorio en aplicación del art. 23.4.d)¹⁴.

Se ha querido extender estos derechos y que así quede constancia, para todos aquellos sujetos que son detenidos en tales circunstancias en espacios calificados como marinos. En estos supuestos, la puesta a disposición judicial de este tipo de detenidos en plazo puede originar problemas, por tanto, si bien se mantiene el plazo

¹⁴ Art. 23.4 LOPJ: “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

máximo de 72 horas para esa finalidad, se permite que la puesta a disposición judicial tenga lugar con carácter telemático desde el buque o aeronave, una prueba más del uso de las nuevas tecnologías aplicadas al nuevo proceso penal.

2.3. *Detención y prisión provisional: modificación de los artículos 509 y 527 LECrim*

El conjunto de derechos recogidos en el Capítulo IV LECrim, esto es, los relativos al ejercicio de defensa, asistencia de abogado y el tratamiento para detenidos y presos, pueden sufrir excepcionalmente limitaciones que, en parte, vienen establecidas en el art. 527 LECrim. Cuando se acuerde la incomunicación de un detenido o preso, por tanto, cuando frente al detenido se haya acordado alguna de estas dos medidas cautelares de naturaleza personal, la detención o la prisión provisional incomunicada, se suspenden temporalmente el conjunto de derechos que con carácter general se reconocen a todo detenido o preso en el Capítulo IV LECrim.

Ahora bien, ante supuestos de incomunicación se mantienen los derechos del art. 520 LECrim, salvo la comunicación de la detención a un familiar o consulado en el caso de ser extranjero, la no posibilidad de entrevista reservada con el letrado y la necesidad de proceder al nombramiento de un abogado de oficio (art. 527 LECrim).

Este precepto alude expresamente al detenido y preso, aunque el art. 527 LECrim debe ponerse en conexión con el art. 509 LECrim según el cual: *“El Juez de instrucción puede o el tribunal puede acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicada para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con la comisión, o que se comentan nuevos hechos delictivos”*.

La incomunicación solo puede durar el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros que condujeron a adoptar la incomunicación sin que pueda excederse como plazo máximo el de cinco días (art. 509.2 LECrim).

La modificación que se propone introduce igualmente las limitaciones que en materia de derechos del detenido puede comportar la adopción de una medida de detención o prisión incomunicada. Ahora bien, con mejor criterio legislativo, amplía el catálogo de actuaciones a las que no tiene acceso el detenido en esas circunstancias, así, junto con las tres limitaciones anteriormente apuntadas que comporta la incomunicación ex art. 527 LECrim¹⁵, se añaden ahora de forma expresa las siguientes: (i) podrá acordarse que el detenido no tenga acceso a las actuaciones¹⁶ y (ii) que tampoco tenga acceso a éstas el abogado del detenido.

¹⁵ Aunque se cambia la redacción y se prohíbe la comunicación: *“con todas o algunas de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo la autoridad judicial, Ministerio Fiscal o Médico Forense”*.

¹⁶ En el Anteproyecto se especificaba en este punto que el detenido no tuviera acceso a las actuaciones

En todo caso, como complemento a la anterior modificación se dio una nueva redacción al art. 509. 1 PLECrím en donde se recogen dos presupuestos que deben tener lugar para acordar la incomunicación: a) la necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; y b) la necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. Por su parte, el art. 527 PLECrím señala lo siguiente: “...*excepciones que se aplicarán en la medida en que esté justificado atendiendo a las circunstancias del caso (art. 527.1 PLECrím)*”, probablemente porque estos presupuestos podían como decimos deducirse a su vez del art. 509 LECrím.

Por tanto, a través del art. 509 PLECrím se condiciona la adopción de una medida como la detención y prisión incomunicada a que se cumplan esos dos presupuestos que responden más correctamente a la situación actual y que, en todo caso, el no disfrute de los derechos de este Capítulo tiene las excepciones contenidas en el art. 527 PLECrím.

Pueden constatarse no obstante ciertas disfunciones en la aplicación de ambos preceptos como es la relativa al plazo de incomunicación del art. 527 PLECrím que se propone y el actualmente en vigor en el art. 509 LECrím. En el primero, la incomunicación, que deberá ser adoptada por auto, una vez solicitada por la Policía Judicial o por el MF, se entenderán acordadas las medidas restrictivas de derechos del detenido o preso por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el Juzgado habrá de pronunciarse sobre la solicitud (art. 527.2 PLECrím).

En realidad, lo que a nuestro juicio se quiere decir aunque quizás con una redacción no adecuada, es que desde que solicitan la incomunicación el MF o la Policía Judicial, el preso estará incomunicado durante las próximas veinticuatro horas para evitar que en ese tiempo, hasta la decisión por el Juez instructor, se incurra en alguno de los riesgos que esta medida trata de evitar, y cuando el instructor finalmente la acuerde, si es el caso, el plazo máximo de incomunicación será de cinco días. Sería conveniente pues una redacción más correcta para evitar confusiones al respecto.

3. Nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica

Hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos al comienzo de este trabajo acerca de la imperiosa necesidad de abordar la reforma del proceso penal regido actualmente por una Ley promulgada en el año 1882 que, como es obvio, no contiene un conjunto normativo concreto que regule todo lo relacionado con las nuevas tecnologías, sin perjuicio de los conocidos parches o reformas parciales que de

“incluido el atestado” del mismo modo que cuando la limitación lo es al abogado, también ha desaparecido la referencia al atestado en el texto del Proyecto.

alguna manera han venido a cubrir algunas, pero en absoluto no todas, las lagunas legales existentes en la materia.

No pretendemos en este contexto hacer un tratado sobre los nuevos medios tecnológicos en el proceso penal, finalidad que excedería el ámbito de este trabajo, pero sí poner de manifiesto algunas cuestiones relevantes en esta materia, observando aquello que sí es novedad y no ha sido tratado por la jurisprudencia y valorando los posibles riesgos de una regulación que puede deslizarse peligrosamente sobre criterios de inconstitucionalidad so pretexto de la introducción de nuevas formas de persecución del delito.

Y es que, la nueva criminalidad organizada tiene a su disposición todos los ingentes recursos económicos con los que en muchos casos cuenta, así como una amplia gama de avances técnicos que facilitan enormemente la comisión de actividades delictivas. Es necesario entonces poner a disposición del Estado igualmente, un conjunto de medios tecnológicos que permitan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en connivencia con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal, llevar a cabo una más y mejor persecución de estas complejas conductas delictivas.

Siendo esto así, debe existir un límite en la regulación de estos nuevos medios tecnológicos que es idéntico al que ha regido hasta el momento y es el respeto de los derechos de naturaleza fundamental de los sujetos sometidos a investigación que sin duda son titulares del derecho a la presunción de inocencia. Debe buscarse pues un equilibrio absolutamente necesario entre la facultad del Estado para la persecución de ciertas conductas delictivas, sobre todo relacionadas con la criminalidad organizada, aunque no exclusivamente con ella, y derechos de naturaleza fundamental como el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones.

Si partimos de la regulación actual, el art. 579 LECrim reformado como consecuencia de la LO 4/1988, de 25 de mayo, establece la posibilidad de acordar la detención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal y telegráfica del imputado; (b) la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado y (c) la observación de las comunicaciones postales telegráficas o telefónicas.

Ante la existencia de nuevos avances tecnológicos y una norma no actualizada debidamente, se ha optado por la solución de interpretar analógicamente vía jurisprudencial, sobre todo a través de la interpretación del art. 579 LECrim, cómo debe ir introduciéndose en nuestro proceso penal todos aquellos medios de investigación no previstos normativamente pero de necesaria aplicación en nuestros días. Así las cosas, se ha optado durante largo tiempo por integrar las evidentes lagunas legislativas en la materia por medio de la abundante ya interpretación jurisprudencial, aunque ésta debe ser la que interprete una normativa existente, no la que establezca las bases de cómo ha de ser una regulación no existente¹⁷.

¹⁷ A este respecto el TC ha señalado que: “No cabe duda de que la investigación de delitos constituye un

No obstante, una vez que contamos con esa abundante jurisprudencia del uso y aplicación de nuevas tecnologías en el proceso penal, debe procederse a su integración en la futura norma que venga a regular esta cuestión, finalidad que se ha perseguido deliberadamente por el prelegislador introduciendo muchos de los presupuestos y reflexiones de nuestro TC y TS en los distintos preceptos cuya reforma ahora se proponen, así como plasmar en la normativa que se propone tanto los requisitos de índole constitucional como legal que la jurisprudencia ha venido exigiendo en relación con la aplicación de la diligencia relativa a las intervenciones telefónicas fundamentalmente.

Sin embargo, debemos señalar ya desde este momento, que a nuestro modo de ver, su plasmación normativa ha ido más allá de donde debiera, incluyendo posibilidades de investigación hasta ahora desconocidas por nuestra norma procesal que son factibles desde el punto de vista técnico pero que nos plantean supuestos de dudosa constitucionalidad. Tal es el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización dispositivos electrónicos o la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen que a continuación abordaremos.

En consecuencia, valoración completamente positiva respecto de la urgente necesidad de adaptar nuestra LECrim a las utilización y existencia de las nuevas tecnologías, pero sin que su aplicación nos lleve finalmente a infringir evidentes derechos fundamentales, ya sean relacionados con el secreto de las comunicaciones en sentido amplio (art. 18.3 CE), o con el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE fundamentalmente.

3.1. *Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*

Dentro del Título VIII relativo a las medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, se ha destinado al completo el Capítulo III para abordar la regulación de la detención y entrega de la correspondencia escrita y telegráfica. A diferencia de la regulación actual, el Proyecto de Ley propone ubicar en exclusiva en el art. 579 PLECrIm la intervención de la correspondencia postal y telegráfica, dejando para un Capítulo IV de nueva creación todo lo relacio-

fin constitucionalmente legítimo y así lo ha declarado este Tribunal (por todas SSTC 32/1994, de 31 de enero, FJ 5; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8). Es igualmente indudable que es al legislador al que compete en primer término realizar el juicio de proporcionalidad efectuando “la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación puede acordarse” la intervención de las comunicaciones telefónicas, de modo que la ausencia de previsión expresa en la ley de este extremo ha sido considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestra jurisprudencia un defecto relevante de la ley que ha de regular las condiciones de legitimidad de las intervenciones telefónicas (STEDH 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España, § 30; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5). Como declaramos en nuestra STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 8, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, corresponde a este Tribunal suplir las insuficiencias legales precisando los requisitos que la Constitución exige para la legitimidad de las intervenciones telefónicas.” –V.STC 104/06 de 3 de abril de 2006–.

nado con las intervenciones telefónicas, junto a las denominadas intervenciones telemáticas, así como las captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos.

Tiene mucho más sentido esta distribución porque el modelo recogido en el art. 579 LECrim recoge como hemos señalado, tanto las intervenciones postales como las telefónicas, y por vía jurisprudencial, también las intervenciones de todo tipo telemáticas. Esto permite otorgarles un tratamiento específico a cada una de ellas y sujetarlas a presupuestos igualmente diversos atendiendo a la diferente naturaleza jurídica que ostentan.

El art. 18.3 CE señala que: *“se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”*.

Como presupuesto para que se pueda adoptar una medida limitativa de derechos fundamentales consistente en la detención de la correspondencia privada de un determinado sujeto, se requiere la existencia de indicios que permitan presumir que a través de este medio podrá descubrirse o comprobarse algún hecho o circunstancia importante de la causa. Este requisito permanece invariable en la nueva redacción del art. 579 PLECrím, incluye de manera expresa que la resolución acordándola sea motivada, como no podría ser de otra forma siendo un aspecto largamente tratado por la jurisprudencia. Junto a estos, habría de añadirse como requisito acumulativo el que la medida sea proporcional, presupuesto que ha venido exigiendo reiteradamente nuestra jurisprudencia pero que no ha sido objeto de inclusión expresa en el art. 579 PLECrím.

A diferencia del Anteproyecto se introduce ahora expresamente en el art. 579.1 PLECrím un listado cerrado de delitos en cuya investigación esta medida podrá acordarse. Son por otra parte aquellos delitos ya incluidos en el texto del Anteproyecto pero solo orientados a las intervenciones telefónicas, telemáticas y para las nuevas medidas de grabación de comunicaciones orales, medidas de seguimiento y localización.

Por tanto, solo podrá acordarse esta medida cuando se estén investigando delitos: (i) castigados con pena de al menos tres años de prisión; (ii) delitos cometidos en el seno de grupo u organización criminal y (iii) delitos de terrorismo.

El plazo por el que se podrá acordar la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas se fija en tres meses, aunque puede ser prorrogado hasta los dos años de plazo máximo. Se equipara así este plazo al que venía fijado para las intervenciones telefónicas, telemáticas y resto de dispositivos de grabación y seguimiento, en el Anteproyecto haciendo coherente el articulado de la ley. Otra cosa es si esos plazos son adecuados o no, cuestión sobre la que nos pronunciamos a propósito de las intervenciones telefónicas y telemáticas.

Una de las novedades principales que introduce el nuevo art. 579 PLECrím es la identificación de los supuestos en los que no se requiere autorización judicial para la adopción de la medida. Supone nuevamente una traslación de la jurisprudencia constitucional y del TS al texto de la norma, así no será necesaria la autorización judicial para aquellos envíos postales que no puedan considerarse tales, esto es, aquellos cuya finalidad sea el transporte de mercancías o aquellas que supongan una comunicación abierta, es decir, paquetes en los que se hace constar su contenido (SSTS 404/2004, de 30 de marzo, 699/2004, de 24 de mayo, 1104/2005, de 23 de septiembre o 323/2006, de 22 de marzo).

Si fija un plazo de tres meses que podría ser prorrogado por plazos iguales pero siempre atendiendo al criterio de la existencia de indicios de responsabilidad criminal.

Por último se ha introducido un nuevo art. 579. bis PLECrím que va a permitir que el posible resultado de la apertura de la correspondencia pueda ser utilizado en otro proceso penal. Por otra parte, el art. 588.bis.i PLECrím habilita igualmente que el resultado de las intervenciones telefónicas, telemáticas o la información obtenida a través del uso de otros nuevos dispositivos de grabación y seguimiento, puedan ser utilizados en otro proceso penal.

3.2. La interceptación de las grabaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y registros remotos sobre equipos informáticos¹⁸

Dentro del Capítulo IV se han agrupado un conjunto de disposiciones comunes a la intervención de todo tipo de comunicaciones telefónicas, telemáticas y el uso de nuevos dispositivos de grabación de conversaciones orales, seguimiento, captación de la imagen, almacenamiento masivo de información y registro remoto de equipos informáticos. En todo caso, de lo que no cabe duda es de la necesidad urgente de modificación de los preceptos reguladores de las intervenciones telefónicas, y esa necesidad de modificación ha venido también siendo exigida tanto por el TS, TC y TEDH¹⁹.

¹⁸ Sobre las intervenciones telefónicas, entre otras muchas, vid. LÓPEZ FRAGOSO, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991; MONTÓN REDONDO, A., “Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas”, *Revista Jurídica La Ley*, n.º. 3915, 1995; MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, PJ, número especial II, 1987; MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Valencia, 1999.

¹⁹ Vid. SSTS 165/2013 de 26 de marzo [JUR 2013/123682], FJ2º, 712/2012, de 26 de septiembre [JUR 2012/330046], FJ 2º, 668/2012, de 23 de julio [JUR 2012/262625], FJ 5º, 639/2012 de 18 de julio [JUR 2012/311016], FJ 1º, 628/2012 de 11 de julio [JUR 2012/255529], FJ 2º, 393/2012 de 29 de mayo [JUR 2012/201892], FJ 2º o el ATS de 18 de junio de 1992 [RJ 1992/6102]; STC 9/2011, de 28 de febrero, FJ 3º, 123/2002, de 20 de mayo o, finalmente, las resoluciones del TEDH: Caso Fernández Saavedra contra España. Decisión de 7 de septiembre de 2010 (TEDH 2010/92; Caso Abdulkadir Coban contra España.

Estamos sin duda ante uno de los principales medios de investigación con los que van a contar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Jueces de Instrucción, convirtiéndose en unas diligencias que, debidamente reproducidas en el Juicio oral, pueden constituir en una esencial prueba de cargo para los distintos encausados en numerosos procesos penales. Por consiguiente, de su correcta adopción y práctica dependerá que la parte pasiva del procedimiento pueda acudir al art. 11.1 LOPJ para poner de manifiesto la obtención de una prueba directa o indirectamente vulnerando libertades y derechos fundamentales (art. 18.3 CE), conseguir su nulidad para que no pueda ser tenida en cuenta la valoración de dicha prueba al tener que quedar excluida del material probatorio apto para enervar la presunción de inocencia o, incluso, habilitarle para el acceso a un recurso de amparo por infracción del art. 24.2 CE.

Si algo ha cambiado en los últimos años son los distintos sistemas de comunicación que utilizamos en nuestras relaciones personales y profesionales. No tenía sentido alguno que nuestra LECrim tan solo recogiera en el art. 579 las comunicaciones telefónicas (sin perjuicio de las postales y telegráficas). Evidentemente, por vía jurisprudencial se había producido la integración en el precepto objeto de intervención de otro tipo de comunicaciones de muy diverso tipo que podríamos denominar como comunicaciones telemáticas.

Junto a esas comunicaciones se introducen ahora como novedad otros medios que a buen seguro pueden llegar a ser muy útiles en la persecución de conductas delictivas graves pero que nos ofrecen evidentes riesgos de que puedan llegar a conculcarse derechos fundamentales del investigado en su aplicación. El uso de estos nuevos medios tecnológicos pueden llegar a reducir a la nada el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Basta observar cómo a raíz de la nueva regulación serán posibles grabaciones en lugares públicos, colocación de dispositivos en domicilios privados, uso de dispositivos de seguimiento del sujeto donde quiera que vaya en orden a la persecución del delito, en definitiva, muchísimas posibilidades de injerencia en la esfera privada de los justiciables.

Por tanto, un uso irregular de las potestades a las que faculta esta nueva regulación por parte de la Policía Judicial puede generar gravísimas infracciones de garantías esenciales del investigado en el proceso penal. Si finalmente se habilitan, las labores de control jurisdiccional de las mismas deben ser exhaustivas.

1º) Presupuestos para acordar las medidas: principios rectores del art. 588.bis.a PLECRim.

Para evitar los riesgos a los que hemos hecho referencia, se introduce un precep-

Decisión de 26 de septiembre de 2006 (TEDH 2006/51). Todas ellas citadas por CASANOVA MARTÍN, R., "Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal", pags. 543-546, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (Dtor. MORENO CATENA, V), Valencia, 2015, pág. 544.

to general, el art. 588 bis. a PLECrím, que fija los principios rectores que han de concurrir para poder adoptar cualesquiera de estas medidas y que la información obtenida a través de las mismas pueda ser utilizada en un proceso penal. Nótese cómo estos principios son en gran parte la plasmación de las exigencias jurisprudenciales al respecto de la diligencia de investigación de intervención de las comunicaciones.

Según se ha apuntado, ha sido a través de la jurisprudencia el vehículo por medio del cual se han ido integrando las distintas lagunas que presenta la regulación actual del art. 579 LECrím. A título de ejemplo, entre otras muchas resoluciones del TS, podemos mencionar la Sentencia núm. 1432/2011 de 16 diciembre de la Sala de lo Penal del TS que resuelve el Recurso de Casación núm. 496/2011, resolución que refleja de forma compendiada el conjunto de presupuestos que ha venido exigiendo la jurisprudencia ante la insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECrím y que reproducimos a través de la correspondiente pie de página²⁰.

Este conjunto de presupuestos se han visto plasmados ahora de forma expresa en

²⁰ En la Sentencia núm. 1432/2011 de 16 diciembre de la Sala de lo Penal del TS : “Por otra parte debemos recordar lo que dijimos en la Sentencia de este Tribunal de 17 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7499) (Recurso 11158/2009), en la misma línea de otras muchas (Sentencias de 14 de Junio del 2010 (RJ 2010, 6660) Recurso 911/2009 y nº 453/10 de 11 de mayo (RJ 2010, 5183), recurso 11.384/09) que conforman un contenido consolidado de doctrina, que, por otra parte, viene a ser tan necesaria como suficiente para suplir la defectuosa regulación legal que representa el actual artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16). Podemos ahora reiterar el resumen de los aspectos más relevantes de tal doctrina, indicando las exigencias que son canon de obligada observancia para refrendo constitucional de la legitimidad de las intervenciones de comunicaciones telefónicas:

a) Resolución jurisdiccional. La legitimidad de la intervención de comunicaciones telefónicas exige verificar si la misma se acordó por un órgano judicial, en el curso de un proceso. Así lo recordábamos en nuestra Sentencia de 2 de abril de 2009 (RJ 2009, 3067) resolviendo el recurso nº 172/2008 donde recogimos lo dicho por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 136 y 239 de 2006.

b) Dicha resolución ha de estar adecuadamente motivada. Es imprescindible a tal fin que el órgano judicial exteriorice -por sí mismo en la resolución judicial o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla- la existencia de los presupuestos materiales de la intervención.

En nuestra Sentencia de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5690), resolviendo el recurso 419/2009 recordábamos la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la STC 197/2009 de 28 de septiembre (RTC 2009, 197) conforme a la cual la resolución que acuerda la intervención, o sus prórrogas, debe explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

c) Que concurre la exigible proporcionalidad de la medida. Es decir la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad. (SSTC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49), F. 8; 82/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 82) F. 3; 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002, 167) F. 2; 184/2003, de 23 de octubre F. 9; 259/2005, de 24 de octubre (RTC 2005, 259) F. 2).

d) La resolución deberá expresar los presupuestos materiales, de los que depende el juicio de proporcionalidad. Estos vienen constituidos por los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: 1º) la existencia de un delito; 2º) que este sea grave y 3º) sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados, (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49) FF. 6 y 7; 167/2002, de 18 de septiembre F. 4; 184/2003, de 23 de octubre (RTC 2003, 184) F. 9, dictadas por el Pleno de este Tribunal).

el texto del PLECrím abordando de forma definitiva la correcta regulación legal de las intervenciones telefónicas, telemáticas y el uso de nuevos dispositivos de grabación, seguimiento y localización. No puede acordarse ninguna de las medidas contenidas en este Capítulo si no se cumplen los siguientes presupuestos: existencia de resolución judicial motivada sujeta a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida²¹.

a) Resolución judicial motivada: Toda limitación de derechos fundamentales, también los derivados del art. 18.3 CE, debe venir precedida por la preceptiva autorización judicial del órgano instructor que solo podrá acordarla cuando no existan otros medios menos gravosos frente al investigado para poder acceder a aquella información tendente a comprobación del delito y averiguación de los sujetos intervinientes en el mismo.

Para la adopción de esta medida solo están legitimados los órganos jurisdiccionales sin que quepa una autorización de carácter administrativo por un agente o entidad distinta al órgano jurisdiccional y todo ello sin perjuicio, claro está, del auxilio que requerirá el instructor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para llevar a término de manera correcta estas medidas.

No podrán adoptarse unas medidas que tan flagrante injerencia provoca en los derechos fundamentales del investigado si no contienen una correcta motivación²², por lo que se ha de exigir la forma de auto incluyendo la descripción de los indicios de criminalidad constatados que habilitan a la adopción de la medida concreta y de los que aparezca como posible responsable el sujeto investigado.

b) Principio de especialidad: Solo cabe acordar la intervención en la medida en que exista procedimiento penal incoado en el que se esté investigando un delito concreto. La necesaria represión de conductas delictivas graves, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y la nueva criminalidad organizada, no pueden permitir en absoluto la que se ha denominado como investigación prospectiva o causa generalis, cuya prohibición se han encargado de reiterar nuestros tribunales. Como señala la STS núm. 1432/2011 de 16 diciembre antes citada, “...no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional”.

²¹ En el mismo sentido, STS644/2012 de 18 de julio (JUR 2012/255443, FJ.2º: “a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su proporcionalidad, f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

²² Aunque expresamente el texto del art. 588 bis e) PLECrím no diga nada al respecto, cabe motivación por remisión cuando la causa de la intervención se encuentra recogida en la propia solicitud de la policía o del Ministerio Fiscal (STC 49/1999, de 5 de abril).

Desde el punto de vista práctico, consideramos que este es el mayor riesgo que se corre de introducir las nuevas medidas tecnológicas que comentamos.

c) Principio de excepcionalidad, idoneidad y necesidad: La intervención de las comunicaciones, las medidas de seguimiento, grabación de conversaciones orales y las demás medidas contenidas en este Capítulo, solo pueden ser acordadas cuando no existan otros medios de investigación que puedan considerarse menos gravosos en términos de derechos fundamentales para el sujeto investigado y sea necesario continuar la investigación de los hechos delictivos para su comprobación, identificación del sujeto autor, averiguación de su paradero o, incluso, para la localización de los efectos del delito.

Para conseguir estas finalidades ha de ponderarse por el órgano jurisdiccional que la medida de la intervención será la idónea en orden a conseguir los objetivos que acabamos de describir. Una justificación habitual de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal para solicitar este tipo de medidas excepcionales se encuentra en la imposibilidad, a su juicio, de poder obtener mayor información acerca de la participación de un determinado sujeto en unos hechos delictivos si no es por medio del conocimiento de la información que pudiera obtenerse a través de la intervención de las comunicaciones del investigado u otras medidas alternativas que ahora se regulan. Pero al mismo tiempo, el reverso de la moneda de lo anterior, implica la existencia de cierto grado de investigación que permita deducir la existencia ya de indicios que pudieran atribuirse al investigado, de lo contrario no se justificará la necesidad de la medida de cara a la resolución judicial motivada que deberá dictar el instructor ante la solicitud de intervención emitida por la Policía Judicial o el Ministerio Público.

d) Principio de proporcionalidad de la medida: Se ha venido admitiendo por nuestros tribunales que esta medida era o no proporcionada atendiendo a la gravedad o no que presentaba el delito. Hasta la fecha, la ausencia de un listado cerrado de delitos que pudiera venir fijado por el legislador sobre los que pudiera haber este tipo de medida ha obligado a una interpretación que básicamente ha concluido que será posible acordar esta medida cuando estuviésemos ante delitos con pena grave y atendido también además, a la posible trascendencia social de la conducta antijurídica (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre o 167/2002, de 18 de septiembre)²³.

El prelegislador ha optado por incluir un listado cerrado de delitos en cuya investigación se podrán acordar estas medidas de investigación: (i) delitos que lleven

²³ Más recientemente las SSTC 25/2011, de 14 de marzo o 5/2010 de 7 de abril, por su parte, la STC 104/06 de 3 de abril de 2003 señalaba que: “En este contexto, hemos de recordar que las intervenciones telefónicas respetan el principio de proporcionalidad cuando su finalidad es la investigación de una “infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo” [STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 a)].

aparejada pena de al menos tres años de prisión; (ii) delitos cometidos por medio de grupo u organización criminal; (iii) delitos de terrorismo²⁴.

La gravedad del hecho y la trascendencia social de la comisión del delito también se introduce en el texto de la reforma pero en este caso en el art. 588. bis. a). 5 PLECrím cuando desarrolla los principios de excepcionalidad y necesidad que deben imperar en la aplicación de la medida, de tal manera que solo serán medidas proporcionadas: *“cuando el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público o de terceros”*.

Es positivo fijar un criterio general atendiendo a la gravedad de la pena asociada al delito en lugar de enunciar un elenco concreto de delitos donde podría acordarse la medida, nos parece esto más adecuado y permite incluir delitos de naturaleza heterogénea (v.gr. tráfico de drogas, cohecho, delito fiscal o blanqueo de capitales entre otros) aunque todos con el denominador común de tener asociadas penas de privación de libertad superiores a los tres años.

2º) Solicitud y resolución judicial acordando las medidas.

En cuanto al contenido, la petición que realice la Policía Judicial o el MF debe acomodarse a una serie de parámetros que, en caso de ser autorizada por el instructor, también deberán aparecer en la resolución judicial que la acuerde. En este sentido, el auto contendrá al menos los hechos delictivos objeto de investigación así como su calificación jurídica, la identidad de los investigados, el tipo de comunicación intervenida, los sujetos de la Policía Judicial que procederán a ejecutar la intervención, la forma y periodicidad en que el solicitante de la medida informará al Juez (art. 588.bis. d PLECrím).

3º) Duración, secreto y acceso de las partes a las grabaciones.

Se mantiene como plazo máximo para este tipo de intervenciones el de tres meses que, no obstante, puede ser prorrogado (art. 588. bis. e) y f) PLECrím). Para ello se requiere una nueva petición expresa de la autoridad policial o del Ministerio Fiscal. La solicitud debe ser de nuevo motivada justificando en ese momento temporal distinto por qué razón subsisten los motivos que han de llevar al mantenimiento de la medida. Por supuesto, en estos casos, la justificación puede basarse en gran medida en la nueva información obtenida a raíz de las intervenciones de diversa naturaleza.

Aunque los plazos y su prórroga se regulan de manera expresa para cada una de las medidas podemos afirmar que, con carácter general, se fija un plazo de intervención de tres meses que puede ir prorrogándose, si se cumplen los presupuestos, hasta un plazo máximo de dos años. Aunque la limitación del derecho fundamental debe quedar afectado el tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos.

²⁴ En similares términos a como lo hizo el Borrador de Código Procesal Penal (art. 295).

Quizás pueda parecer excesivo que la prórroga de la intervención pueda llegar a extenderse un plazo máximo de hasta dos años. Esta medida es del todo excepcional y cuando lo excepcional se mantiene hasta los veinticuatro meses deja de tener tal carácter. Se corre el riesgo además de que una tan prolongada intervención caiga en los términos de la investigación prospectiva que viene expresamente proscrita en el articulado de la Ley (art. 588.bis.a.2 PLECrím). En consecuencia, abogamos más por la reducción del plazo máximo de la intervención en caso de prórroga a un año, en la línea que apuntaba el BCPP en su art. 302.2²⁵.

Por otro lado, el art. 588.bis.d PLECrím determina que ya no es necesario que se acuerde expresamente el secreto de las actuaciones sino que las comunicaciones se practicarán siempre en secreto y se sustanciarán en pieza separada. Por tanto, si durante toda la duración de la medida el investigado no tiene acceso a las actuaciones en virtud del secreto interpretado en estos términos, podemos encontrarnos con una investigación que avanza notablemente durante un plazo que puede llegar a los dos años, sin que el investigado tenga acceso a los autos con todo lo que supone esto a efectos de la aplicación del principio de igualdad de armas procesales y casando bastante mal esta regulación con todos los derechos y garantías que pretenden introducirse en esta reforma a través de los cambios operados en la asistencia letrada como consecuencia de la transposición de la Directiva 43/2008/UE que hemos tenido oportunidad de comentar.

No obstante, que la intervención telefónica deba conllevar al mismo tiempo el secreto de las actuaciones tiene mucho que ver, como ha señalado CASANOVA MARTÍ, con la dificultad de conciliar los plazos entre la autorización de intervención y el secreto del sumario²⁶.

4º) Control judicial de la medida y afectación de terceras personas.

Según se ha afirmado, solamente el órgano jurisdiccional tiene legitimación para ordenar la intervención de las comunicaciones de un sujeto siempre y cuando se cumplan los presupuestos procesales que hemos venido desgranando. Sin embargo, la ejecución material de esas intervenciones se encuentra delegada en las unidades de Policía Judicial previamente autorizadas por el Juez. Se hace necesario controlar esa actuación policial y evitar que se produzca cualquier injerencia en la cadena de custodia de esta fuente de prueba.

Así pues al instructor ha de llegar al completo toda la información que se obtenga a través de estas medidas de índole tecnológica, sin perjuicio de que se le remita la transcripción de los principales pasajes por la Policía Judicial (en caso por ejemplo de las intervenciones telefónicas). Estamos habituados a observar cómo los

²⁵ A nivel normativo, quizás podría habilitarse un cauce muy excepcional sometido a una especial justificación que permitiera la intervención telefónica más allá de un año (con sus prórrogas) según se ha propuesto. Pero esta fórmula excepcional justificaría que de ordinario no se sobrepasase el plazo de un año aludido.

²⁶ Vid. Sobre el particular CASANOVA MARÍ, R., “La problemática en la duración de una intervención telefónica”, en *Justicia*, nº 1, 2012, págs. 459-472.

informes policiales realizan una selección de los momentos que consideran más relevantes de cara a la investigación del delito y la participación de los investigados. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional también tiene dicho al respecto que no se requiere ni la aportación de las transcripciones literales íntegras, ni la audición directa por el Juez de las cintas originales (de nuevo a propósito de las intervenciones telefónicas), si el Juez tuvo suficiente conocimiento de los resultados obtenidos en los anteriores períodos de intervención a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 219/2006 (Sala Primera) de 3 julio (RTC 2006, 219) y las allí citadas SSTC 82/2002 de 22 de abril (RTC 2002, 82) (F. 5); 184/2003 de 23 de octubre (F. 12).

Esa selección no es óbice para que el instructor reciba al completo todas las grabaciones y proceda a cotejar con el Secretario Judicial qué conversaciones son las relevantes para la investigación y cuáles no, así como para determinar que conversaciones deben quedar en los autos por afectar al sujeto/s investigados en el proceso y cuales deben rechazarse por no tener relación con ninguna parte del proceso.

Somos conscientes igualmente que el volumen de asuntos al que están sometidos nuestros órganos penales de instrucción impide que el cotejo y la valoración se adecuen a lo exactamente previsto en la norma y desemboque más bien en una aproximación a las cuestiones más relevantes que vienen ilustradas en los informes policiales. Por tanto, debe ser más bien una labor del letrado en el ejercicio del derecho de defensa profundizar y poner de manifiesto aquellos pasajes o información no reflejada en los informes y sí contenida en las conversaciones (insistimos, a propósito de las intervenciones telefónicas)

Pero parece no obstante una apuesta decidida la exigencia de remisión completa de toda la información recibida, lo que nos parece completamente adecuado y redundante en la protección de los derechos y garantías de los investigados.

Otra cosa es qué hacer con aquella información sobre comisión de nuevos hechos delictivos a los que se ha tenido acceso por medio de la intervención de las comunicaciones pero que no forman parte de los hechos investigados que fueron incluidos en la solicitud de autorización por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, no incluidos tampoco en la autorización judicial. En este caso, se ha desaprovechado la oportunidad de zanjar los vaivenes jurisprudenciales al respecto y estamos con GÓMEZ COLOMER en que puede haber la opción de admitir que el Juez de instrucción dicte un nuevo auto ampliando el objeto de la investigación o bien proceder a incoar un nuevo procedimiento²⁷.

En relación al requisito del control judicial, se ha declarado por la STC. 12/88 de 13.6 que la vulneración del mismo no supone lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en cuanto que las irregularidades no se producen en

²⁷ AA.VV., Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal (22 ed.), Valencia, 2014, pág. 178.

la ejecución del acto limitativo de los derechos fundamentales, sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado, aunque sí comporta la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías.

Finalmente señalar que se prevé la destrucción y eliminación de las grabaciones como medida para evitar injerencias en la esfera privada de los investigados si con posterioridad se produce una filtración de este tipo de materiales (art. 588. bis. k PLECRim).

3.2.1. *Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*

El Capítulo V que se propone lleva por título: “*La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*”. Se divide el Capítulo en tres Secciones distintas, la primera para recoger las disposiciones generales que se introducen en atención a este tipo de intervención, para a continuación, en las Secciones 2ª y 3ª de nueva creación, regular la incorporación de datos electrónicos al proceso y el acceso a datos necesarios para poder identificar usuarios, terminales y dispositivos de conectividad²⁸.

1º) Disposiciones generales.

A) Con buen criterio, el Proyecto de LECrim introduce un nuevo art. 588 ter a) PLECRim en donde se expone que, cuando se trate de alguno de los delitos previamente recogidos en el art. 579.1 PLECRim, puede acordarse no solo la medida de intervención telefónica sino también telemática, lo que amplía considerablemente los instrumentos de comunicación que pueden ser objeto de intervención (fax, telex, correo electrónico, mensajería privada chat, SMS, MMS u otras). Por esa razón, como se señala en la Exposición de Motivos Epígrafe IV: “*la resolución habilitante deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional*”.

El arts. 588 ter b) PLECRim regula de una parte a qué tipo de información se puede acceder por medio de la intervención. Y hemos de señalar que permite el acceso con toda extensión a las comunicaciones emitidas por terminales o medios

²⁸ Recientemente, sobre la intervención de las intervenciones telefónicas pero a propósito de la regulación del Borrador de Código Procesal Penal cuya regulación, con carácter muy general, es similar a la propuesta en el PLECRim que comentamos, vid., NOYA FERREIRO, M^a. Lourdes., “La interceptación de las comunicaciones en el borrador de Código Procesal Penal: algunas cuestiones críticas”, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, cit., págs. 667-683 y CASANOVA MARTÍ, R., “Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal”, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, cit., págs. 543-556. Asimismo, con mayor amplitud sobre las intervenciones telefónicas en la LECrim vid., CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Barcelona, 2014.

de comunicación telemática dando respuesta así a algunas interpretaciones que ha venido realizando la jurisprudencia en virtud de las cuales la intervención de las comunicaciones no habilitaba para acceder a la información interna de los terminales si no habían realizado llamada alguna. Ahora se autoriza al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos con independencia de que haya existido o no una llamada pudiendo afectar a terminales que pueda utilizar habitualmente o de forma ocasional el sospechoso²⁹.

B) También constituye una novedad en la regulación que puede dar lugar a problemas de constitucionalidad la posible intervención de terminales o medios de comunicación pero de terceras personas, esto es, sujetos que hasta ese momento no están siendo objeto de investigación en un proceso penal pero de los que deduce que el investigado se vale para realizar sus comunicaciones de naturaleza delictiva. Para este supuesto, se deberá de justificar de forma solida la vinculación existente entre el tercero y el investigado así como las razones por las cuales se considera que los medios de comunicación de éste son los que sirven de base para la comisión del delito, de no estar debidamente justificados estos extremos, el instructor deberá garantizar escrupulosamente el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del tercero no investigado en el proceso penal.

Se requiere por supuesto resolución judicial para acordar la medida que se ha de ajustar a los presupuestos generales contenidos en el art. 588 bis b PLECrím, junto a requisitos específicos *ad hoc* establecidos para la interceptación solo de comunicaciones telefónicas y telemáticas: a) identificación del número de abonado; b) identificación de la conexión objeto de la intervención y c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Existe un deber de colaboración entre todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones a la hora de facilitar la información requerida sobre las comunicaciones telefónicas, telemáticas, lógicas, virtuales o de otro tipo que pertenezcan a un sujeto investigado.

C) A propósito del *control de la medida* y bajando al caso concreto de este acto de investigación debe valorarse positivamente la exigencia de la implantación de un

²⁹ En la STC 120/2002: "la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, se podrá, mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionados. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones" concluyendo que "la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE pues incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y su duración para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras este teniendo lugar".

sistema de “time stamping”³⁰ que permita certificar en tiempo y forma la autenticidad e integridad de que la información que es trasladada al instructor a través de dispositivos o soportes digitales que contenga la información intervenida con la medida, se corresponde exactamente con lo grabado sin que así se pueda producir manipulación alguna que pudiera afectar a la antes citada cadena de custodia de este medio de prueba.

D) La duración de la medida sigue el criterio general que impera en el proyecto para actuaciones limitativas de derechos fundamentales relacionados con el secreto de las comunicaciones, esto es, tres meses de plazo con posible prórroga con un máximo de dos años, nos remitimos a nuestra anterior crítica al respecto fijada en análisis de los presupuestos generales.

E) En orden al ejercicio del derecho de defensa, es imprescindible que todas las partes tengan pleno acceso al contenido íntegro de las grabaciones de lo que se ocupa ahora el art. 588. ter. i) PLECrím. Lógicamente solo podrá accederse a las mismas una vez alzado el secreto. De este modo todas las partes podrán cotejar las grabaciones y podrán manifestar al instructor si algunas de ellas deben quedar debidamente reflejadas en las copias las comunicaciones que señalen éstas, decidiendo según proceda por el instructor.

En todo caso, lo que se acaba de exponer en este punto sobre las intervenciones telefónicas no agota en absoluto la cuestión, tan solo hemos pretendido introducir una serie de reflexiones sobre cuestiones interesantes aunque no con una voluntad de exhaustividad

2º) Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados.

El art. 588 ter. j PLECrím exige autorización judicial para aquella práctica consistente en solicitar de los prestadores de servicios o de las personas o entidades que almacenen datos de carácter electrónico, la información electrónica de la que tengan registro para su incorporación a un proceso. Se bifurcan dos actuaciones distintas, por un lado el acceso a datos electrónicos pertenecientes a los usuarios y en poder de los prestadores de servicios; de otra parte, la propia intervención de las comunicaciones a la que nos hemos referido.

Como sabemos los prestadores de servicios tienen obligación de colaboración en virtud de lo establecido en el art. 588 ter. e) PLECrím. A través de esta intervención se tiene acceso a lo que el PLECrím denomina “datos electrónicos de tráfico” como podrían ser las llamadas efectuadas y recibidas desde un determinado terminal. Sin duda estos datos pueden ser muy relevantes de cara a una investigación judicial pero de lo que también se deja constancia es que pertenecen a la esfera privada de los usuarios, han de ser debidamente protegidos por el secreto de las comunicaciones contemplado como derecho fundamental en el art. 18.3 CE, por lo

³⁰ Que podemos encontrar también en el arbitraje on-line.

que no pueden ser puestos a disposición de la autoridad o agente si no es por medio de autorización judicial y siempre que sea necesario conocer esos datos atendiendo a la naturaleza de la investigación existiendo razones que justifiquen esa solicitud.

3º) Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad.

En la Sección tercera de este Capítulo V se regula ahora como novedad en los arts. 588 ter. k), l) y m) PLECrím las diversas formas de acceso a datos que favorecen la identificación de usuarios, terminales o dispositivos.

En las labores de prevención y descubrimiento del delito por los agentes de la Policía Judicial a través de internet, puede descubrirse por éstos que desde una determinada dirección IP pudieran estar cometiéndose determinados hechos delictivos. Se requiere entonces conocer quién está detrás de esa dirección que no permite en esa primera aproximación una identificación exacta del autor del delito. Para estos supuestos, los agentes de Policía Judicial pueden solicitar al juez de instrucción que requiera a los prestadores de servicios para que entreguen a los agentes la información que permita la identificación y localización del sospechoso (art. 588. ter. k) PLECrím).

La persecución de los delitos cometidos a través de la red se dificulta sobre manera y queda en muchos casos en stand by, en el momento en que se consigue identificar la dirección IP desde la que se está cometiendo el ilícito, pero el titular de dicha dirección se encuentra radicado fuera de las fronteras de nuestro territorio, en muchos casos, se encuentra alojado en países donde resulta muy complicado acceder a esa información. De hecho, se aprovecha las facilidades que en tal sentido presenta internet para actuar en un importante grado de impunidad. Los recursos que pueden destinar los agentes de Policía Judicial para estos supuestos son muy limitados o quizás reservados a delitos graves.

Muchas más dudas nos presenta el art. 588. ter. l) PLECrím pues permitiría a los agentes de Policía Judicial, en el marco eso sí de un proceso ya abierto, tener acceso a un determinado número de abonado a través de artificios técnicos que permitan conocer el código de identificación o etiquetas técnicas del aparato tipo IMSI o IMEI, para a continuación, una vez conocidos los códigos, poder solicitar del órgano jurisdiccional la preceptiva intervención de las comunicaciones.

Es decir, se habilita el acceso a un dato personal del investigado, fundamental para continuar con el desarrollo de la investigación, para gestionar sin su conocimiento un acceso a los datos de identificación de su teléfono, dispositivo u otro, por medio de técnicas que permiten hoy día tecnológicamente estas soluciones, pero sin la necesaria autorización judicial. Una vez conseguido, sí se solicita al instructor la intervención de las comunicaciones que deberá denegar o admitir en el plazo de 24 horas.

Desde luego permitir esta vía de acceso a información privada del investigado a

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

Por último, cuando el art. 588 ter.1 PLECrím permite que el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial puedan llegar a conocer la identidad de los titulares de un determinado teléfono u otro medio de comunicación solicitando esa información a los prestadores de servicios que deberán entregarla en virtud del deber de colaboración que les puede llevar a ser condenados por un delito de desobediencia.

Realmente no alcanzamos a comprender la diferencia entre el apartado m) y l) del art. 588. ter PLECrím. Hoy día, los códigos de identificación de los dispositivos tipo IMSI o IMEI identifican al terminal y, por consiguiente, la persona que pudiera estar usándolo aunque al menos sea temporalmente. La investigación de ciertos delitos relacionados con la criminalidad organizada como el tráfico de drogas, ponen de manifiesto un uso indiscriminado de todo tipo de dispositivos electrónicos que van mutando y deshaciéndose de ellos con muchísima rapidez. Estas conductas delictivas requieren una agilidad muy importante tanto de la Policía Judicial en la solicitud de intervención al instructor como en éste al acordarlas.

Esto nos lleva a pensar que si en el curso de la investigación los sujetos investigados van cambiando continuamente de dispositivos, puede ser muy adecuado el uso del art. 588. ter. l) PLECrím que permita a los agentes tener acceso muy rápido a los datos de identificación e ir solicitando paulatinamente la intervención de las comunicaciones de los nuevos y temporales dispositivos de los investigados.

3.2.2. *Captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*

Evidentemente, es una de las novedades más importantes que presenta el PLECrím toda vez que va a permitir grabar las conversaciones orales que pueda realizar el investigado en cualquier lugar, ya sea público o privado (art. 588 quarter. b) PLECrím).

La resolución judicial que habilite para la captación por dispositivos electrónicos de este tipo de conversaciones puede tener hasta tres contenidos distintos dependiendo de qué y dónde se quiera grabar respectivamente al investigado. Así, si la captación se va a producir en un lugar privado, en realidad lo que acontece son dos diligencias de investigación distintas y ambas restrictivas de derechos fundamentales, puesto que la motivación de la resolución se habrá de extender tanto a la captación de la conversación como a la habilitación para entrada en lugar cerrado. En

tercer lugar, cabe que también se solicite y autorice que la captación de las conversaciones pueda también extenderse a la captación de imágenes siendo igualmente preceptivo que la autorización así lo permita expresamente.

Se trata de una medida que solo puede acordarse cuando se estén investigando los delitos ya mencionados en relación con los presupuestos generales analizados anteriormente. La resolución que la acuerde también debe identificar expresamente lugar exacto donde se producirá la captación de la conversación del investigado así como cumplir el resto de presupuestos generales de la medida: idoneidad, proporcionalidad, necesidad, motivación, etc...

El control de la medida por el Juez requiere no solo que éste reciba el soporte digital objeto de la captación sino también una transcripción de todas las conversaciones.

El Proyecto de Ley establece que en ningún caso la captación y grabación de las conversaciones privadas y de la imagen podrán incluir las entrevistas que mantenga la persona investigada, detenida o en prisión con quienes estén legalmente obligados a mantener el secreto profesional, salvo que estos estén también encausados por los hechos investigados.

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

Se introducen en realidad dos medidas de investigación diversas. De una parte, el juez instructor puede autorizar por resolución judicial motivada la captación de la imagen de un investigado o incluso de un tercero al que motivadamente se le pueda relacionar con él y los hechos objeto de investigación, en un lugar público siempre que esta medida sea conveniente para identificar al investigado, localizar instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

La posibilidad de grabar a personas en lugares públicos ha sido objeto de estudio por nuestros tribunales, este es el caso de la STS , Sala 2ª de 14 de octubre de 2002, que recoge la doctrina del TS sobre los requisitos de validez de las filmaciones como prueba de cargo.

“La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados (así se ha reconocido por esta Sala, en las SS. de 6 May. 1993, 7 Feb., 6 Abr. y 21 May. 1994, 18 Dic. 1995, 27 Feb. 1996, 5 May. 1997, 968/98 de 17 Jul. y 188/1999, de 15 Feb., entre otras).

La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso

de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas solo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituya un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario.

El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral.

Con la nueva regulación se habilita al Juez a acordar la grabación en lugares públicos a través de esta medida contenida en el art. 588 quinquies a) PLECRim, mientras que permite la grabación en domicilios particulares por medio de la precedente medida observada de grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos (art. 588 quarter a) PLECRim).

La segunda medida que se regula en el art. 588 quinquies b) PLECRim es la utilización de dispositivos de localización y seguimiento del investigado. Dos aspectos a destacar de esta medida, en primer término la posibilidad de que sea adoptada sin resolución judicial en casos de urgencia por los Agentes de la Policía Judicial dando cuenta inmediata al Juez instructor en las próximas 24 horas, debiendo éste ratificar la medida o revocarla a continuación; en segundo término, la duración de la medida se adecúa al resto de las medidas de intervención de comunicaciones que venimos analizando, esto es, un plazo de tres meses prorrogable con un límite máximo de dos años.

Nada debe impedir según las circunstancias del caso, que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial lleguen a solicitar de forma cumulativa varias de estas medidas respecto a un mismo investigado y en una única solicitud siempre que se encuentre debidamente justificada cada una de las medidas instadas en los términos exigidos por la normativa.

3.2.4. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos

A) La diligencia de entrada y registro en domicilio está sujeta a los presupuestos de los arts. 573 a 578 LECrim. En este tipo de diligencias, en numerosas ocasiones

se incautan por la Policía Judicial dispositivos en cuya memoria puede haber información relevante de cara a la investigación de los hechos delictivos. Hasta la fecha, suele complementarse la entrada y registro con una petición posterior al instructor para que proceda a autorizar el acceso a la información de dichos dispositivos.

Lo que regula el art. 588. quinquies. a) PLECrím es la exigencia de que el instructor dicte una resolución habilitante, no solo para la entrada y registro en domicilio o lugar cerrado, sino también y en la misma resolución, para el acceso a la información contenida en aquellos dispositivos de almacenamiento de información que pueden encontrarse en el lugar.

También cabe la incautación de dispositivos fuera del domicilio del investigado que requerirá autorización judicial posterior para el acceso a la información. En todo caso, la autorización judicial será la que delimitará la actuación de la Policía Judicial, se puede autorizar realizar directamente copia de la información contenida en los dispositivos sin necesidad de incautarlos para conseguir de esa forma evitar graves perjuicios, si así fuera, al titular o propietario.

Adquiere aquí importancia las exigencias derivadas del derecho a la asistencia letrada que ha de permitir al abogado del investigado estar presente en el registro y poder comprobar en ese mismo instante, sometido a contradicción, que las posibles copias de los dispositivos se realizan correctamente produciéndose un traslado completo de la información sin que quepa ningún tipo de manipulación al respecto.

Es posible finalmente una ampliación del registro que requerirá también autorización judicial salvo que la inicial también le habilite para ello. Igualmente por razones de urgencia, según se ha visto anteriormente, cabe que la Policía Judicial acceda directamente al dispositivo y a la información e informe de inmediato al Juez que deberá ratificarla o revocarla en el plazo de 72 horas según se cumplan o no los requisitos.

B) Respecto al registro remoto de equipos informáticos se regula la posibilidad de introducirse en los equipos o dispositivos que contengan información y pertenezcan a la persona investigada, sin su consentimiento. Sin embargo, para esta medida se amplía el elenco de delitos para los que se podría acordar esta medida no solo a aquellos cometidos en el seno de organizaciones criminales y terrorismo, sino también los delitos cometidos contra menores y personas con discapacidad, delitos de traición y relativos a la defensa nacional o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos.

Existe un deber de colaboración en sentido amplio tanto de los prestadores de servicios como de terceras personas que puedan tener acceso al funcionamiento del sistema informático. Asimismo, se mantiene el mismo plazo que el analizado en los supuestos anteriores para el acceso remoto al equipo de tres meses, prorrogables con un plazo máximo de dos años.

4. Conclusiones

1^a.- La extensión del derecho de defensa ha de tener lugar desde el momento en que se le atribuya al investigado un hecho punible, periodo temporal indeterminado que debe comportar cualquier diligencia de investigación con independencia de la naturaleza de ésta, a se produzca ante la autoridad policial, judicial o ante el Ministerio Fiscal.

2^a.- Un tiempo demasiado prolongado de secreto de las actuaciones influye directamente en el derecho de defensa que se ve sustancialmente mermado, más aún en los casos en los que el MF, que no está limitado por tal secreto, ejerce de parte acusadora confiriéndole una ventaja competitiva que debe ser moderada por el instructor acordando el secreto el tiempo estrictamente necesario.

3^a.- Debe valorarse positivamente la propuesta del PLECrím consistente en que la negativa o silencio a no declarar no comporte consecuencias perjudiciales, compensándose la pérdida de oportunidad que pierde el investigado con la posibilidad que ofrece el art. 400 LECrím para solicitar declarar en cualquier momento de la instrucción.

4^a.- Es garantía del correcto ejercicio del derecho de defensa el asesoramiento letrado que tiene lugar con antelación a cualquier declaración que deba efectuar el detenido ante un agente o autoridad.

5^a.- Cualquier sujeto sometido a un proceso penal, para poder ejercer correctamente su derecho de defensa, debe tener acceso a todas las actuaciones relativas a la investigación de los hechos delictivos que pudieran atribuírsele, sin ningún tipo de limitación.

6^a.- La regulación de los nuevos medios tecnológicos recoge en gran parte las conclusiones de la jurisprudencia derivada del TS y del TC, no pudiendo acordarse ninguna de las medidas contenidas en el Capítulo IV si no se cumplen los siguientes presupuestos: resolución judicial motivada sujeta a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

7^a.- El PLECrím opta por considerar proporcionadas estas medidas cuando los delitos lleven aparejada pena privativa de libertad superior a tres años, se trate de delitos cometidos por medio de grupo u organización criminal o, finalmente, se trate de delitos de terrorismo.

8^a.- Estos nuevos medios de investigación han de ser de aplicación excepcional y solo en el caso en que no existan otros medios de investigación que puedan considerarse menos gravosos en términos de derechos fundamentales para el investigado y se requiera la continuación de la investigación para la comprobación del autor, averiguación de su paradero o localización de efectos del delito.

9ª.- El plazo estipulado para las nuevas medidas tecnológicas será de tres meses prorrogables hasta un máximo de dos años, considerando excesivo este último plazo máximo debiendo reconsiderarse una limitación a un año máximo, salvo especial justificación que permita su extensión a los veinticuatro meses.

10ª.- Para la intervención de terminales o medios de comunicación de terceras personas, ha de requerirse una justificación sólida de la vinculación existente entre el tercero y el investigado así como las razones para considerar que son estos medios los que sirven de base para cometer el delito, en caso contrario, deberá el instructor garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones del tercero no investigado.