

**Anotaciones a la monografía *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)* del Prof. Dr. D. Rafael Bellido Penadés**

Antonio del Moral García

Doctor en derecho. Magistrado del Tribunal Supremo

**1.** La monografía evaluada presenta un enorme interés. La relevancia que por sí arrastran los dos temas elegidos, viene incrementada notablemente por dos datos coyunturales.

**2.** De una parte, que se trata de dos materias que han sido objeto de reciente regulación específica en nuestra legislación procesal, salvando así un olvido histórico que ha traído consecuencias perniciosas y que solo había sido *parcheado* en algunos puntos a través de legislación sectorial no directamente procesal. Cinco años de rodaje de esa novedosa normativa, que data de 2015 (LO 13/2015, de 5 de octubre), permiten un estudio más sereno con examen, no solo de la bibliografía ya producida que no es escasa, sino también de los resultados que está dando su aplicación práctica y evaluación de las primeras resoluciones judiciales y orientaciones interpretativas que se van implantando. En ese sentido el aparato bibliográfico (exclusivamente española; lo que no es un reproche sino algo lógico en un estudio destinado a comentar legislación nacional) manejado por el autor es exhaustivo. Como lo es también el acopio de referencias jurisprudenciales que, y esto también es lógico, abarca la producción de tribunales supranacionales, y singularmente el TEDH, cuyos criterios gozan de singular fuerza en nuestro derecho interno. Quien maneja esta obra puede tener la seguridad de que ninguna opinión relevante en el mundo de la dogmática sobre esas materias; ni ninguna sentencia con un mínimo de significación ya sea del Tribunal Supremo, ya del TEDH, ya las más relevantes de tribunales o juzgados inferiores, ha quedado sin consultar y referenciar. En ese elenco merece un lugar especial la Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado que fija pautas que vinculan a los miembros de la Carrera Fiscal. Se logra reflejar un panorama completísimo del estado de esos dos temas en la dogmática y praxis judicial nacional. En esa línea me parece útil llamar la atención sobre la recientísima STS 655/2020, de 3 de diciembre que trata de la captación de comunicaciones presenciales. En fechas próximas aparecerán nuevos pronunciamientos refrendando las consideraciones de esa sentencia, que, además, están en sintonía en lo sustancial con las valoraciones que se contienen en esta monografía.

**3.** De otra parte, la coincidencia de su aparición con la presentación al público por el actual departamento de Justicia del enésimo intento de acometer una reforma global del proceso penal, empuja a contrastar los criterios del autor, contruidos

en diálogo con el derecho hoy vigente, y sus propuestas *de lege ferenda*, con la forma en que esta materia es abordada en ese texto prelegislativo. Es una lástima que el autor no haya contado con ese material para dirigir también a él su mirada crítica y, al mismo tiempo, constructiva. De cualquier forma, queda ahí, para uso de todos, un valioso referente para someter ese borrador a comentarios, glosas, propuestas de mejora, críticas y beneplácitos en esos aspectos concretos. La fase de debate público e institucional del texto acaba de ser abierta y es de esperar que sea fructífera en la tarea de enriquecer el texto recién conocido y mejorarlo. *La interceptación de conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido* está regulada en los arts. 383 a 393 (capítulo IV del Título II del Libro III), de forma más detallada que la actualmente vigente (588 *quater* a) a e). Las grabaciones videográficas o captación de imágenes se ubica dentro de la más genérica diligencia de investigación denominada “*vigilancias físicas*” (Título II del Libro III), apareciendo tanto como eventual complemento de las *vigilancias sistemáticas* (art. 396), como diligencia con autonomía propia (art. 397). Se alude también (art. 403) a la imposibilidad de utilización en el marco de un proceso penal de grabaciones obtenidas por los servicios de vigilancia de instalaciones públicas cuando su instalación y uso no estuviesen autorizados conforme a la ley (en previsión que a mi juicio es demasiado rotunda, por inmatizada). En los dos espacios encontramos también disposiciones comunes compartidas con otras diligencias, diferentes, pero de contenido relativamente paralelo (especialmente las otras fórmulas de interceptación de comunicaciones). Destacable es que en algunos puntos (v.gr., la exigencia de autorización judicial para la captación de imágenes; o las previsiones en cuanto a la captación de imágenes en lugares privados: art. 397; intervención de las partes en la selección de las grabaciones; art. 392; o regulación específica de la forma de incorporación en el juicio oral al material probatorio: art. 393) el texto parece adaptarse a las pautas que el autor propone en su monografía.

**4.** Además del estudio detallado y muy bien sistematizado y ordenado de esas dos tipologías de medidas de investigación (con cierto paralelismo, pero diferenciadas; ignoro si su maridaje en la monografía obedece a mera preferencia del autor que ha elegido esas dos entre las muchas otras en que podía haber fijado la atención; o ha sido influido por la, hasta cierto punto caprichosa, regulación consecutiva de ambos grupos de medidas en la ley actual; o si existe una razón más de fondo que se me escapa), se abordan de forma más somera algunos temas transversales y comunes no solo de esas dos medidas sino también de muchas otras diligencias de investigación caracterizadas por afectar a derechos fundamentales: forma de aportación al juicio o tratamiento de la ilicitud probatoria. Algunos de esos temas, lógicamente, solo se insinúan o se incide en ellos de forma muy fragmentaria. En ese punto la obra aparece algo descompensada: no sé si era mejor criterio prescindir totalmente de esas cuestiones más genéricas y que por sí mismas son capaces de alimentar muchas monografías; o hacer como hace el autor, alguna incursión solo en algunos puntos y de forma muy modesta -de lo que, desde luego,

queda advertido el lector-, en tanto no podía ser de otra manera. En todo caso, también en esas zonas se encuentran algunas sugerencias interesantes.

5. Es conocida, y el autor lo pone de manifiesto describiendo en las primeras páginas la situación anterior a la ley de 2015, la fragilidad de una construcción que alimentó la práctica judicial de legitimar la interceptación de comunicaciones orales en la genérica proclamación del art. 18 CE; o en las disposiciones generales legales sobre la investigación (art. 299 LECrim); y, menos aún, en una aplicación analógica o extensiva de la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Pese a ello y la constancia de que eso era difícilmente conciliable con la calidad y precisión que el TEDH exigía para ese tipo de legislación, hubo que esperar muchos años hasta que llegase un definitivo *admonitum*, esta vez con forma de sentencia del Tribunal Constitucional, para que el legislador se empeñase en la tarea de solventar ese déficit legislativo. Una vez más (y son muchísimas las reformas de la legislación procesal que han contado como detonante una sentencia constitucional) *Domenico Scarlatti* marcaba el paso al legislador procesal sacudiéndolo de su proverbial modorra. Llama la atención la facilidad que tiene el legislador para retocar las leyes penales (es difícil que pase más de un mes sin anuncios de modificaciones que, lamentablemente, algunas veces acaban ocupando unas páginas del BOE); y sin embargo la pereza que en general caracteriza al legislador procesal: las reformas son casi siempre reactivas; la respuesta a una llamada de atención que proviene de la jurisprudencia nacional o supranacional. Por eso la regulación de la grabación de las comunicaciones orales en el art. 588 *quater* con cinco epígrafes no podía merecer más que plácemes. No del todo igual (por su carácter menos invasivo en principio y la existencia de regulación extraprocesal), aunque sí presentaba algunas similitudes, era la situación en relación a la captación de imágenes. Y también por ello fue recibido con agrado el art. 588 *quinquies a)* destinado a esta diligencia.

6. En estas materias, así como en todas aquellas en que aparecen en juego derechos fundamentales que han de ser sacrificados en aras de un interés general (esclarecimiento y castigo de los delitos y satisfacción a las víctimas) que el Estado reputa puede ser superior y de suficiente entidad como para justificar esa erosión del derecho fundamental, rigen algunos principios que son comunes. La previsión legal, la necesidad de proporcionalidad con sus distintas dimensiones (ponderación de bienes, necesidad, idoneidad), ... Se me antoja en todo caso premisa básica tanto para una plausible regulación legal como para su correcta interpretación, identificar bien los derechos afectados para en esa ineludible ponderación, no errar. Y creo que es demasiado simple –y en esto me aparto no solo de algunas de las conclusiones del autor, sino también de algunas consideraciones que pueden encontrarse en la jurisprudencia- la equivalencia derecho fundamental afectado-prohibición de intervención sin autorización judicial. A estos efectos no todos los derechos fundamentales son iguales. No porque tengan rango diferente (que también), sino porque algunos derechos y algunas de sus manifestaciones, necesitan un blindaje especial probablemente por ser más frágiles, por estar más expuestos a vulneraciones. Esto marca alguna de

mis disidencias con las conclusiones del texto (especialmente en lo referido a la supuesta inconstitucionalidad de la actual regulación de la captación de imágenes).

**7.** Trato de explicarme con algún ejemplo. La Constitución proclama esos derechos fundamentales en sus artículos 15 a 29. A muchos de ellos puede afectar una investigación penal. Al enunciarlos, en algunos casos la Constitución establece ya garantías que se convierten en parte de lo constitucionalizado. Así está prohibido someter a autorización el derecho de reunión. O se exige autorización judicial para entrar en el domicilio; o para interceptar una comunicación. Inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones son dos manifestaciones del más genérico derecho a la privacidad o a la intimidad. No toda afectación de la intimidad o de la privacidad exige autorización judicial. Lo exige el registro del domicilio, porque así lo impone la constitución; y lo exige la interceptación de unas comunicaciones por un tercero no partícipe. Pero no lo exige un cacheo, o el registro del maletero del vehículo donde se detiene a un sospechoso, o de la maleta allí depositada. Hay manifestaciones de la privacidad que están blindadas por la Constitución con esa obligada llamada a la autoridad judicial como garante. Otras veces, permitiendo la Constitución fórmulas menos rígidas, es la ley o la jurisprudencia supranacional los que han considerado conveniente la previa –o, en algún caso, posterior- intervención judicial (examen de un ordenador personal o en general cualquier dispositivo de almacenamiento masivo). Pero no siempre que hay un derecho fundamental en juego está prescrita la intervención judicial previa. La Constitución expresamente habilita a la policía para esas injerencias en algunos casos y con algunas limitaciones y condicionantes (detención). En otros prohíbe la injerencia sin el *plácet* judicial previo (inviolabilidad domicilio, secreto comunicaciones). Por fin en muchos otros, será el legislador quien establezca, tomando desde luego en consideración los criterios que el TEDH extrae del Convenio Europeo, quien concrete los contornos que han de convertir en legítima una afectación de un derecho fundamental en el marco de una investigación penal. Pero que una diligencia afecte a un derecho fundamental no significa ya, sin mayores indagaciones, que no se pueda practicar salvo autorización judicial. A veces será necesaria (y en algunos casos bastará una providencia y en otros será inexcusable un auto motivado); y otras, no. Depende de lo que diga la Constitución y la ley. No toda afectación de la privacidad o de la intimidad está sometida a previa habilitación judicial. La policía puede interrogar a testigos y preguntarles por lo que hablaron el día anterior con otras personas sospechosas (secreto de las comunicaciones; sí, pero no interceptación de las mismas); o preguntarle por las costumbres del sospechoso con el que comparte alojamiento (lo que afecta a su privacidad). No hay obstáculo alguno para esas diligencias, aunque aparezcan implicados derechos fundamentales.

**8.** Esta advertencia demuestra la necesidad en cada caso, y respecto de cada medida, de identificar qué derechos fundamentales están en juego; y cuáles necesariamente van a ser afectados por la medida; así como cuáles otros podrían sufrir alguna eventual incidencia, aunque no necesariamente. El autor toma como

punto de partida de sus reflexiones sobre cada una de las medidas ese acercamiento dogmático. No es pura especulación o afán teorizador: como digo, es plataforma desde la que ha de arrancar cualquier estudio sobre estas diligencias que quiera ser fecunda en consecuencias y resultados. Coincido en general con las consideraciones que hace el autor a este respecto, aunque me parece que el elenco clásico de derechos fundamentales necesita una actualización enriquecedora que empuja a una mayor diversificación. La privacidad o la intimidad son ya conceptos demasiado amplios como para atraer un tratamiento unificado. Son muy diferentes las formas de afectación y con un carácter invasivo muy diverso, lo que exige modular. En ese sentido me parece necesario dotar ya de un puesto específico en ese elenco de derechos fundamentales a algunos que han ido apareciendo. La autodeterminación informativa ha adquirido por derecho propio un lugar en ese cuadro reconocido a nivel de jurisprudencia constitucional. El moderno derecho al entorno virtual goza también de unas peculiaridades que lo distancian de sus, por así decir, progenitores (intimidad y autodeterminación informativa), para reclamar un régimen específico (v. gr.: registro de dispositivos de almacenamiento masivo –vid. STS 498/2018, de 23 de octubre).

**9.** En la captación y grabación de conversaciones orales el derecho implicado necesaria e ineludiblemente es el derecho al secreto de las comunicaciones. Comparto totalmente las reflexiones del autor sobre este punto. Eventualmente pueden resultar también concernidos el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad, o el derecho a no declararse culpable (siempre que entre los comunicantes existe alguien que actúa por apoderamiento, expreso y oficial u oficioso, del poder público). La consecuencia es que será necesaria la autorización judicial siempre. Y que cuando sean varios los derechos concernidos, resultará ineludible un juicio de proporcionalidad que lo tenga en cuenta y una motivación reforzada.

**10.** En el caso de la captación de imágenes, es claro que el derecho a la propia imagen queda inevitablemente comprometido. Pueden resultar afectados también, eventualmente, el derecho a la intimidad o a la autodeterminación informativa (protección de datos). Me parece que resulta exagerado, como propone el autor y como asume el prelegislador, exigir autorización judicial. No comparto esa conclusión que se me antoja distorsionadora: hay supuestos de exigua incidencia en el derecho como es la captación de las imágenes en un lugar público y con exclusivos fines de reforzar o asegurar el testimonio del agente que hace una vigilancia específica a raíz, por ejemplo, de unas escuchas telefónicas autorizadas o de una alerta de un confidente, o sencillamente de una incidencia no esperada. No se entiende que al agente se le exija una habilitación jurisdiccional que no se pedirá ni al detective privado, ni al periodista ni a un particular que estuvieran allí. Es verdad que hay diferencias entre la percepción visual directa y la grabación mecánica de imágenes; pero también lo es que esas diferencias no son tan relevantes. Esta divergencia originaria en el mismo planteamiento es fuente de otras discrepancias en soluciones concretas que el autor sugiere en el examen de esta medida y, por supuesto, de la consideración de que la regulación actual resulta inconstitucional, lo que no comparto. Dígase en favor del autor que

el prelegislador en este punto parece estar más de acuerdo con él que con quien escribe estas líneas.

**11.** El estudio detallado de la regulación de cada una de las dos medidas elegidas para su examen por el monografista es muy completo y, sobre todo, está perfectamente sistematizado, lo que es garantía de que nada escapa al análisis. Ningún problema queda sin tratar, acompañado siempre de las opiniones doctrinales existentes, con las que no siempre coincide. Por lo demás, el autor no deja al margen las regulaciones específicas extraprocesales (ley penitenciaria, ley de videovigilancia, seguridad privada, protección de datos ...); o procesales (agente encubierto, asistencia letrada al detenido). La visión es integral: todos los problemas; desde todas las perspectivas. Distinguir es muchas veces la clave para acertar. Y la monografía distingue y separa cada pieza del entramado normativo y la rica casuística huyendo de distorsionadoras recetas generales.

**12.** Prontitud, integridad y carácter original de las grabaciones son las tres notas que a juicio del autor deben marcar la puesta a disposición judicial de las grabaciones o imágenes obtenidas. Estoy de acuerdo si se estima que eso es lo deseable. No si se ve en esas condiciones requisitos de licitud y no elementos que pueden desvirtuar la fiabilidad pero que no condicionan la validez.

**13.** Destacable es por fin la vocación del trabajo: no se queda en la reflexión teórica o la especulación dogmática, sino que aspira a influir en la legislación, ofreciendo propuestas razonadas de modificación. Ese aspecto es especialmente interesante en el momento en que vivimos sobre el que ya he llamado la atención: una reforma global del proceso penal anunciada mediante la presentación pública de un texto. De hecho, y también lo he apuntado, algunas de las propuestas concretas que se hacen coinciden con soluciones que aparecen en este texto prelegislativo (v.gr., autorización judicial para la captación de imágenes). Otras, no; pero merecería la pena que se revisase el criterio del prelegislador a la vista de las muy razonadas consideraciones que se brindan para algunas (v.gr., la flexibilización del concepto de encuentro concreto para la colocación de dispositivos de grabación en algunos casos concretos –en un vehículo, singularmente cuando se trata de investigación de organizaciones criminales-).

Madrid, 15 de diciembre de 2020.