

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

+ebook
GRATIS

Rafael Bellido Penadés

**LA CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES
ORALES DIRECTAS Y DE IMÁGENES
Y SU USO EN EL PROCESO PENAL
(PROPUESTAS DE REFORMA)**

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborales le enviaremos el código de acceso con las instrucciones de acceso

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

**LA CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES
ORALES DIRECTAS Y DE IMÁGENES Y SU
USO EN EL PROCESO PENAL
(PROPUESTAS DE REFORMA)**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER

Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

RUTH ZIMMERLING

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES
ORALES DIRECTAS Y DE IMÁGENES Y SU
USO EN EL PROCESO PENAL
(PROPUESTAS DE REFORMA)

Rafael Bellido Penadés
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

tirant lo blanch

Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Rafael Bellido Penadés

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1378-015-3
Depósito Legal: V-2565-2020



Libro financiado por el Proyecto de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (30/12-2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación.

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

ÍNDICE

| | |
|----------------------------|----|
| SIGLAS Y ABREVIATURAS..... | 11 |
|----------------------------|----|

| | |
|-------------------|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 13 |
|-------------------|----|

CAPÍTULO PRIMERO

| | |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS..... | 19 |
|--------------------------------------------------------------------|----|

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. El presupuesto de la habilitación legal en la legislación y en la jurisprudencia anterior a la LO 13/2015..... | 19 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La captación de comunicaciones orales directas y el presupuesto de la habilitación legal en la jurisprudencia del TEDH..... | 21 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. La captación de comunicaciones orales directas y el presupuesto de la habilitación legal en la jurisprudencia interna..... | 30 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

| | |
|-----------------------------------------------------|----|
| 2.1. La jurisprudencia anterior a la STC 145/2014.. | 31 |
|-----------------------------------------------------|----|

| | |
|-----------------------------------------------------|----|
| 2.2. La STC 145/2014 y la jurisprudencia posterior. | 39 |
|-----------------------------------------------------|----|

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| II. El régimen jurídico de la LECrim sobre captación y grabación de comunicaciones orales directas..... | 46 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

| | |
|------------------------------|----|
| 1. Ámbito de aplicación..... | 46 |
|------------------------------|----|

| | |
|-----------------|----|
| 2. Alcance..... | 52 |
|-----------------|----|

| | |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1. Posibles derechos fundamentales afectados por la medida..... | 53 |
|----------------------------------------------------------------------|----|

| | |
|------------------------------------|----|
| 2.2. Alcance de la diligencia..... | 62 |
|------------------------------------|----|

| | | |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. | Presupuestos..... | 71 |
| 3. 1. | Disposiciones y principios rectores comunes..... | 71 |
| 3. 2. | Presupuestos específicos..... | 74 |
| A) | Presupuestos subjetivos..... | 74 |
| a) | Sujeto activo: juez instructor, policía judicial y grabaciones obtenidas por particulares..... | 74 |
| a´) | Juez instructor y policía judicial..... | 74 |
| b´) | Grabaciones obtenidas por particulares..... | 76 |
| b) | Sujeto pasivo: investigado, detenido y preso provisional..... | 94 |
| B) | Presupuestos objetivos..... | 99 |
| 4. | Algunas cuestiones de procedimiento..... | 110 |
| 4. 1. | Solicitud de la diligencia..... | 111 |
| 4. 2. | Resolución judicial de autorización..... | 115 |
| A) | Competencia, forma y procedimiento..... | 116 |
| B) | Contenido..... | 116 |
| 4. 3. | Ejecución y control de la diligencia..... | 122 |
| 4. 4. | Duración y cese de la diligencia..... | 125 |
| III. | La introducción de las grabaciones en el juicio oral a través de los medios de prueba.... | 127 |
| IV. | Grabación de comunicaciones orales directas, prueba ilícita y atenuación de la regla de su exclusión..... | 133 |
| V. | Conclusiones y propuestas de reforma..... | 141 |

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE IMÁGENES..... | 149 |
| I. Captación de imágenes y restricción de derechos fundamentales..... | 149 |
| II. La captación de imágenes con finalidad extraprocesal y su posterior aportación al proceso penal..... | 158 |
| 1. La captación de imágenes en el ejercicio de una función preventiva o de seguridad..... | 161 |
| 1.1. Función preventiva de seguridad pública..... | 162 |
| A) Régimen jurídico básico..... | 162 |
| a) Cámaras fijas..... | 165 |
| b) Cámaras móviles..... | 169 |
| B) Aportación al proceso penal de las imágenes obtenidas..... | 178 |
| 1.2. Función preventiva de seguridad privada..... | 190 |
| A) Régimen jurídico básico..... | 191 |
| B) Aportación al proceso penal de las imágenes obtenidas..... | 198 |
| 2. La captación de imágenes en el ejercicio del derecho a la libertad de información y su aportación al proceso penal..... | 209 |
| 3. La captación de imágenes en el ámbito laboral en ejercicio de las funciones de control del empleador.. | 224 |
| III. La captación de imágenes como diligencia de investigación en el proceso penal (art. 588 quinques LECrim)..... | 232 |

| | | |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Sobre la inconstitucionalidad del régimen legal de captación de imágenes del art. 588 quinques LECrim..... | 232 |
| 2. | Régimen jurídico de la diligencia..... | 256 |
| 2.1. | Ámbito de aplicación..... | 256 |
| 2.2. | Contenido y alcance de la diligencia..... | 257 |
| 2.3. | Lagunas legales y disposiciones comunes aplicables | 267 |
| IV. | La introducción de la imagen en el juicio oral a través de los medios de prueba..... | 274 |
| 1. | Imágenes captadas como diligencia de investigación policial | 278 |
| 2. | Imágenes captadas por periodistas en ejercicio del derecho a la libertad de información | 284 |
| 3. | Imágenes captadas preventivamente por establecimientos privados abiertos al público..... | 291 |
| 4. | Imágenes captadas preventivamente por cámaras de seguridad pública al amparo de la LO 4/1997..... | 295 |
| 5. | Recapitulando sobre la introducción de las grabaciones de imágenes en el juicio oral..... | 300 |
| V. | Obtención de imágenes, prueba ilícita y atenuación de la regla de exclusión..... | 305 |
| VI. | Conclusiones y propuestas de reforma..... | 318 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 323 |

SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| AAP | Auto de Audiencia Provincial |
| AEPD. | Agencia Española de Protección de Datos |
| Ap. | Apartado |
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| ATSJ | Auto Tribunal Superior de Justicia |
| CE | Constitución española |
| CEDH | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales |
| Coord. | Coordinación |
| CP | Código Penal de 1995 |
| Dir. | Dirección |
| FD | Fundamento de Derecho |
| FGE | Fiscalía General del Estado |
| FFDD | Fundamentos de Derecho |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| FFJJ | Fundamentos Jurídicos |
| LAJ | Letrado de la Administración de Justicia |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECrím | Ley de Enjuiciamiento Criminal |

| | |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| LO | Ley Orgánica |
| LOC CIT | Lugar citado |
| LOGP | Ley Orgánica General Penitenciaria |
| LOPD | Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LSP | Ley de Seguridad Privada |
| LOV | Ley Orgánica de Videovigilancia |
| OB CIT | Obra citada |
| P | Página |
| PP | Páginas |
| RDLOV | Reglamento de desarrollo y ejecución de la LOV |
| RSP | Reglamento de Seguridad Privada |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SS | Siguientes |
| STC | Sentencias del Tribunal Constitucional |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |

INTRODUCCIÓN

Este libro se realiza en el marco del proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P, «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos fundamentales», dirigido por el profesor Francisco Javier Matia Portilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, a quien agradezco que me brindase la oportunidad de participar con él en el referido Proyecto, así como de revivir experiencias pasadas y de generar otras nuevas.

El análisis de la jurisprudencia muestra que la captación del sonido y de la imagen a través de diversos mecanismos tecnológicos de captación, grabación y reproducción viene siendo utilizada en la práctica, tanto en España como en otros países europeos, desde hace lustros como fuente de investigación, primero, y de prueba, después, en el proceso penal ¹.

Sin embargo, nuestro ordenamiento procesal penal no regulaba expresamente hasta fechas recientes la utilización de mecanismos de captación, grabación y reproducción del sonido y de la imagen con la finalidad de investigar y, en su caso, enjuiciar hechos aparentemente delictivos.

La situación legal anterior no extraña, si se tiene en cuenta que la principal ley rectora del proceso penal español –la Ley de Enjuiciamiento Criminal– data en su origen y

1 Cfr., entre otras, STS (Sala 2ª) 173/1998, de 10 de febrero y STEDH de 12 de mayo de 2000, caso Khan c. Reino Unido.

estructura básica de finales del siglo XIX. En consecuencia, desde distintos sectores jurídicos (legislativo, jurisprudencial, forense, académico...) se ha puesto de manifiesto desde hace no poco tiempo la necesidad de proceder a una reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ya se hizo a finales del siglo pasado, o a principios del presente, en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, del proceso laboral y del proceso civil.

No obstante, en el ámbito del proceso penal, existiendo consenso sobre la necesidad de la reforma de este proceso, ha reinado la discrepancia respecto del modo en el que debe afrontarse la regulación de algunas cuestiones claves, impidiendo que vea la luz la esperada reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta que la reforma total llega, el legislador se vio forzado a acometer en el año 2015 las reformas parciales más urgentes, entre ellas, la regulación de diligencias de investigación basadas en los avances tecnológicos y que resultaban ignoradas o insuficientemente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La razón esencial de la necesidad de la reforma no es otra que el hecho de que buena parte de esas diligencias de investigación afectan a derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE, como pueden ser el derecho a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, o a la protección de los datos personales, y, por exigencias del principio de legalidad, toda limitación de derechos fundamentales debe contar con previa cobertura legal, como han declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y, en el plano supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esa necesidad de fundamento legal de las diligencias tecnológicas de investigación restrictivas de derechos fundamentales la puso de manifiesto el legislador en el Preámbulo (apartado IV) de la LO 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En este sentido en dicho Preámbulo se señala: «Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal».

Así mismo, el carácter urgente de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde una perspectiva supranacional se recuerda en la Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ella se advierte que

con la LO 13/2015 «se ponía fin a un largo período de vacío normativo en lo que concierne a las garantías exigibles ante la, sin duda estimable y necesaria, utilización de los avances tecnológicos en la persecución de los delitos.

El problema surgió con la interceptación de las comunicaciones telefónicas que se practicaron, durante años, con una regulación tan exigua que llegó a motivar diversas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (por ejemplo, en la sentencia de 30 de julio de 1988, caso Valenzuela Contreras contra España). Solo la labor desarrollada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, creando un completo cuerpo jurisprudencial, vino a suplir las carencias de la ley».

La LO 13/2015, de 5 de octubre, regula las diligencias tecnológicas de investigación restrictivas de derechos fundamentales en el Título VIII del Libro II de la LECrim, dedicado a la regulación del sumario. Para ello cambia la rúbrica del Título y añade nuevos capítulos. El Título VIII pasa a denominarse «De las medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución» y las diligencias tecnológicas de investigación pasan a regularse en los capítulos IV a X, recogándose en el capítulo IV las disposiciones comunes a las diferentes diligencias tecnológicas y en los capítulos sucesivos la regulación específica de las diferentes diligencias tecnológicas.

En este trabajo nos ocuparemos de la regulación legal por la LO 13/2015 de dos de esas nuevas diligencias de investigación, de la captación de comunicaciones orales directas, regulada en el capítulo VI (art. 588 *quater a-quater*

e LECrim), y de la diligencia de captación de imágenes, regulada en el capítulo VII (art. 588 *quinquies* a LECrim), junto a los dispositivos técnicos de seguimiento y localización. Sin embargo, las razones antes apuntadas aconsejan analizar también el tratamiento de estas diligencias en la jurisprudencia interna y en la jurisprudencia del TEDH, a fin de determinar si el legislador ha cumplido adecuadamente con su función de ofrecer una cobertura legal de suficiente calidad a las nuevas diligencias restrictivas de derechos fundamentales y, en su caso, de realizar las oportunas propuestas de reforma.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS.

I. EL PRESUPUESTO DE LA HABILITACIÓN LEGAL EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LO 13/2015

La nueva regulación legal de la utilización de mecanismos de captación, grabación y reproducción del sonido resulta de indudable interés, sobre todo, en lo que se refiere a su utilización con la finalidad de investigar y, en su caso, enjuiciar hechos aparentemente delictivos, utilización cuya regulación por fin se afronta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la reforma llevada a cabo a través de la LO 13/2015.

Según se analizará más adelante, con anterioridad a esta ley la captación de sonidos y de imágenes con una finalidad extraprocesal se regulaba en distintas leyes, pero es a través de esta ley cuando se regulan por primera vez en la LECrim como diligencia de investigación penal la captación y grabación de conversaciones orales directas mediante la utilización de dispositivos electrónicos, por sí solas, o complementadas con imágenes (art. 588 *quater* LECrim). Como se reconoce expresamente en el Preámbulo de la LO

13/2015, «la experiencia demuestra que, en la investigación de determinados delitos, *la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal* y cuyo alcance se aborda con sujeción a dos ideas clave...».

En este trabajo no se persigue analizar la captación, grabación y reproducción de toda clase de comunicaciones, ni en especial de las más tratadas legislativa, jurisprudencial y doctrinalmente, como son las que se producen en las conversaciones telefónicas, pues sobre ellas ya existen estudios abundantes y de calidad. Por ello nos centraremos en las comunicaciones más novedosas legalmente, a las que se ha dispensado un menor tratamiento jurisprudencial y doctrinal, en particular, se analizará el régimen jurídico contenido en la LECrim respecto de la captación y grabación de las comunicaciones orales directas, que da lugar a las llamadas escuchas ambientales, establecido principalmente en el art. 588 *quater* LECrim.

No obstante, como antes se señalaba, conviene antes examinar el tratamiento de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales abiertas en la jurisprudencia interna y en la jurisprudencia del TEDH, con el objeto de analizar si el legislador ha cumplido adecuadamente con su función de ofrecer una cobertura legal de suficiente calidad a esta diligencia restrictiva de derechos fundamentales y, en su caso, de realizar las oportunas propuestas de reforma.

1. La captación de comunicaciones orales directas y el presupuesto de la habilitación legal en la jurisprudencia del TEDH.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, tras reconocer en el art. 8. 1 el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y de su correspondencia, establece en su apartado 2 los requisitos que deben cumplir los poderes públicos para introducir restricciones al libre ejercicio del referido derecho. En este sentido dispone: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (art. 8. 2 CEDH).

De lo expuesto se desprende con claridad que el primer presupuesto previo y esencial de toda medida restrictiva del derecho a la vida privada es su previsión legal, presupuesto cuyo posible incumplimiento ha determinado la presentación de bastantes demandas ante el TEDH, fundadas precisamente en la inexistencia de previsión legal en el ordenamiento de distintos Estados sometidos al CEDH que regulara la utilización de aparatos de escucha ambientales.

La mayoría de demandas estimatorias se han dirigido contra el Reino Unido, encontrándose en las sentencias que las resuelven el origen de la jurisprudencia del TEDH sobre las escuchas orales ambientales. Entre ellas destacan la STEDH de 27 de mayo de 2000 y la STEDH de 25 de septiembre de 2001¹.

La STEDH de 27 de mayo de 2000 trata de un supuesto de instalación por la policía, sin autorización judicial, de mecanismos de escucha en la vivienda de uno de los sospechosos, en una investigación relacionada con el tráfico de estupefacientes, ante la ineficacia de los métodos tradicionales de vigilancia para la obtención de pruebas. En ella el Tribunal comienza por recordar que la exigencia de la previa previsión legal no comporta solo la existencia de la ley, sino que requiere la calidad de esta, en cuanto que regula con suficiente claridad las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas pueden utilizar esas diligencias de investigación. En palabras del Tribunal, «la frase “prevista por la Ley” no solo exige el cumplimiento de la Ley interna sino que también hace referencia a la calidad de dicha Ley, requiriendo que sea compatible con la norma jurídica (...)». En el contexto de la vigilancia encubierta por parte de las autoridades públicas, en este caso de la policía, el derecho interno debe proteger contra la injerencia arbitraria en el derecho individual en virtud del artículo 8. Asimismo, la Ley

1 STEDH (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2000, caso Khan contra Reino Unido y STEDH (Sección 3ª) de 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H contra Reino Unido.

debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas» (ap. 26).

Aplicando dicha doctrina en el supuesto, concluye que «en la época de los acontecimientos del presente caso, no existía un sistema legal que regulara el uso de mecanismos encubiertos de escucha, aunque la Ley sobre Policía de 1997 establece actualmente un marco legal para ello. Las pautas del Ministerio del Interior no estaban, en el momento en cuestión, vinculadas legalmente ni eran accesibles al público directamente (...). No existía, sin embargo, ninguna Ley interna que regulara el uso de mecanismos de escucha encubiertos en la época en cuestión» (ap. 27).

La STEDH de 25 de septiembre de 2001 versaba sobre un supuesto de instalación también por la policía, sin autorización judicial, de mecanismos de escucha en la vivienda de uno de los sospechosos (en el sofá de la sala de estar), en las celdas de estos en la Comisaría de Policía y en las ropas de los policías que les tomaban declaración, en una investigación relacionada con la conspiración para el robo ².

2 Algo similar sucede en otros casos. La STEDH (Sección 4^a) de 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra Reino Unido, versa sobre una investigación por delito de asesinato, en el curso de la cual la policía, sin autorización judicial, instaló mecanismos de escucha en las celdas que ocupaban en la Comisaría de Policía, en la zona de visitas de la prisión y sobre la persona de un compañero interno en prisión. La STEDH (Sección 4^a) de 27 de mayo de 2003, caso Hewitson contra Reino Unido, versa sobre otro caso de instalación de elementos de escucha por la policía en

En esta sentencia, sobre la base de lo decidido en el caso anterior (Khan), el propio Gobierno británico aceptó que la injerencia no estaba «prevista por la ley», puesto que en el momento de los hechos no existía ningún sistema legal que regulase el uso de los aparatos de escucha encubiertos. La alegación del gobierno es aceptada por el Tribunal, dado que «tales medidas se regían por las Directrices del Ministerio del Interior que no son ni jurídicamente vinculantes ni directamente accesibles por el público», y le lleva a concluir que «la injerencia en este caso no estaba “prevista por la ley” como se exige en el artículo 8 del Convenio, y, por lo tanto, hubo una violación del artículo 8» (ap. 37 y 38).

Pero, además, esta sentencia, al analizar la injerencia en los derechos reconocidos en el art. 8 CEDH mediante el uso de aparatos de escucha en la comisaría de policía, aporta otra idea esencial, consistente en subrayar la necesidad de previsión legal expresa, cuando se trate de medidas que suponen intromisión en los derechos fundamentales del investigado, sin que puedan considerarse como fundamento legal suficiente de esta clase de diligencias de investigación las normas que atribuyen potestad a la policía para la obtención

el garaje del investigado en el marco de una investigación relacionada con el tráfico de estupefacientes. La STEDH (Sección 3ª) de 12 de junio de 2003, caso Chalkley contra Reino Unido, trata de otro caso de colocación de elementos de escucha por la policía en la vivienda del investigado en el curso de una investigación relacionada con un delito de robo. Y la STEDH (Sección 4ª) de 25 de noviembre de 2003, caso Lewis contra Reino Unido, se refiere a un supuesto de instalación de elementos de escucha por la policía en la casa de campo del investigado en el ámbito de una investigación relacionada con el tráfico de estupefacientes.

y recogida de pruebas desde una perspectiva general, sin tener en cuenta la entidad del derecho concernido ³.

Dos sentencias muy relevantes con relación al uso de aparatos de escucha en el curso de la investigación penal y al presupuesto de la previsión legal son la STEDH de 31 de mayo de 2005 y la STEDH de 20 de diciembre de 2005, ambas contra Francia ⁴.

La primera sentencia versa sobre un asunto en el que por el juez instructor se había autorizado la escucha y grabación

3 El Gobierno esgrimía que la injerencia se había llevado a cabo de la forma «prevista por la ley», porque grabar después de ser detenidos suponía un ejercicio por la policía de sus poderes normales legales para obtener y almacenar pruebas. El argumento es rechazado por el Tribunal en el entendimiento de que: «Aunque quepa apoyarse en los poderes implícitos de los agentes de policía para señalar pruebas, y recoger y almacenar documentos de los pasos dados en el transcurso de una investigación, es de sentido común que se requiere de una fórmula legal concreta u otra directriz legal expresa para medidas que suponen más intromisión, ya sea registrar una propiedad privada o tomar muestras personales del cuerpo. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que la falta de una base expresa en el Derecho para interceptar llamadas telefónicas en sistemas de telefonía públicos o privados y para el uso de aparatos de escucha ocultos en lugares privados no es conforme con los requisitos de legalidad (véanse Sentencias Malone, Halford y Khan anteriormente citadas)» (ap. 55 y 62). Por lo que concluye que, aunque la Ley de Regulación de Poderes de Investigación de 2000 contiene disposiciones aplicables a la vigilancia oculta en las dependencias policiales, «en el momento de los hechos, no existía ningún sistema legal que regulase el uso de aparatos de escucha ocultos por parte de la policía en sus propias dependencias» y, por lo tanto, la injerencia no estaba «prevista por la ley» y hubo violación del art. 8 CEDH (ap. 55, 62 y 63).

4 STEDH (Sección 2ª) de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia, y STEDH (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2005, caso Wisse contra Francia.

de las conversaciones del sospechoso en el marco de una investigación penal por asesinato, mediante la colocación de micrófonos en el domicilio de un tercero investigado en otra causa, aprovechando el registro de domicilio acordado frente a éste.

La STEDH de 20 de diciembre de 2005 trata de un asunto en el que el juez instructor había autorizado la escucha y grabación de las conversaciones de los investigados con sus allegados en el marco de una investigación penal por delitos de robo con arma y tentativa de homicidio, mediante la colocación de aparatos de escucha en la zona de visitas (locutorio) de la prisión en la que estaba interno en calidad de preso provisional.

A diferencia de lo que sucedía en los casos contra el Reino Unido, en los que la colocación de aparatos de escucha se había realizado por decisión de autoridades policiales, en estos dos casos contra Francia las escuchas ambientales habían sido autorizadas por el juez instructor. Sin embargo, todos los asuntos presentaban el mismo problema de raíz, la inexistente o insuficiente previsión legal de la medida de uso de mecanismos de grabación de conversaciones orales directas.

En ambas resoluciones se profundiza en las exigencias del presupuesto de la previsión legal de la medida, de la calidad de la ley que contempla la medida, dado su alto nivel invasivo en los derechos fundamentales del investigado. Así, la STEDH de 31 de mayo de 2005 señala que:

«El Tribunal considera que, al igual que las intervenciones telefónicas, las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos representan un grave ataque al respeto de la vida privada. Por consiguiente, *deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: en este ámbito es también indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas*, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente (...). En opinión del Tribunal, la «Ley» debe ofrecer a los justiciables «la protección adecuada» contra los posibles abusos (...), al igual que en materia de escuchas telefónicas. De esta forma, deben definirse las categorías de personas que pueden ser objeto de tal medida y la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la misma; el Juez debe estar obligado a fijar un límite a la duración de la ejecución de la medida; deben asimismo precisarse las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis en las que constan las conversaciones «escuchadas», las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas, a efectos de un eventual control por el Juez y por la defensa, así como las circunstancias en las que puede y debe llevarse a cabo la borradura o la destrucción de dichas cintas, concretamente tras un sobreseimiento o una absolución (ibidem, así como el apartado 34)» (ap. 26).

En la misma línea, de profundizar en las exigencias de la calidad de la ley se pronuncia la STEDH de 20 de diciembre de 2005, que, además, tiene el mérito de recordar la idea de que las exigencias de precisión y concreción en la regulación

legal de una medida restrictiva de derechos fundamentales vienen anudadas a la necesidad de previsibilidad de la medida para el sujeto eventualmente afectado por la misma.

Así, se señala que «el Tribunal recuerda que, al igual que las interceptaciones de conversaciones telefónicas o de las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos, la Ley en la que se fundamenta debe ser «previsible» en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables. El Tribunal ha recordado constantemente que las condiciones cualitativas incluidas en las palabras «previstas por la Ley» en el sentido del artículo 8.2 exigen la accesibilidad de la Ley a la persona en cuestión, que asimismo debe poder prever sus consecuencias y su compatibilidad con la preeminencia del Derecho (...). Entre las «salvaguardias adecuadas» contra los posibles abusos figuran las categorías de personas susceptibles de ser objeto de tal medida, y debe definirse la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a las mismas; el Juez debe ser obligado a fijar un límite para la duración de la ejecución de la medida; deben igualmente precisarse las condiciones para levantar las actas en las que se recojan las conversaciones «escuchadas», las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas para su posible control por el Juez y la defensa, así como las circunstancias en las que puede o debe borrar o destruir tales cintas, concretamente tras un sobreseimiento o absolución del acusado (Sentencia Kruslin ...).».

Además, en ambas sentencias se recuerda que si bien el art. 8. 2 CEDH exige que la medida que restringe los

derechos reconocidos en el mismo tenga una base en la legislación interna, para juzgar sobre la existencia de dicha «base legal» hay que tener en cuenta no solamente los textos legislativos aplicables, sino también la jurisprudencia. No obstante, en ambos casos el Tribunal considera que la laguna del Derecho francés sobre la grabación de conversaciones por autoridades públicas mediante micrófonos no ha sido integrada adecuadamente por la jurisprudencia ⁵.

Por último, la STEDH de 24 de septiembre de 2009 se dicta con relación a un asunto en el que en el curso de una investigación por delito de homicidio se graban las conversaciones del detenido con su abogado en las

5 STEDH de 31 de mayo de 2005, ap. 21 y 26 y STEDH de 20 de diciembre de 2005, ap. 32. Esa última apreciación no es compartida por todos los magistrados en la segunda sentencia, en la que presenta una opinión disidente la Sra. Mularoni, la cual manifiesta: «Como señala la mayoría (...), las palabras «prevista por la Ley, en el sentido del artículo 8 apartado 2, exigen que la medida enjuiciada tenga una base en Derecho interno. Para juzgar la existencia de tal «base legal» procede tomar en consideración no solamente los textos legislativos pertinentes, sino también la jurisprudencia.

En este caso, los tribunales internos concluyeron que la injerencia en litigio tenía su base legal en los artículos 81, 151 y 152 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La mayoría estima (...) que la «Ley» en la que se fundamentaba la grabación no era «previsible» en cuanto al sentido y la naturaleza de las medidas aplicables. Ahora bien, me parece que los artículos D. 64, D. 406 y D. 407, en relación con los artículos 81, 151 y 152 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y leídos a la luz de la Sentencia del Tribunal de Casación de 17 marzo 1992 (...), eran suficientemente claros para permitir a los demandantes prever que sus conversaciones en el locutorio de la prisión podían ser objeto de una escucha ordenada por el Juez de instrucción».

En sentido contrario, la entidad de la jurisprudencia para integrar las eventuales lagunas legales es determinante de la decisión de inadmisión del TEDH de 7 de septiembre de 2010, caso Fernández Saavedra contra España, dictada en un caso de escuchas telefónicas»

dependencias policiales. En ella, con relación al requisito de la calidad de la ley que contempla una medida invasiva de derechos fundamentales, se pone de manifiesto que no ofrece una protección eficiente la regulación legal en la que falta el control por una autoridad independiente de la aplicación de las medidas de vigilancia secreta, o carece de normas precisas sobre la conservación y destrucción de la información obtenida (ap. 33) ⁶.

2. La captación de comunicaciones orales directas y el presupuesto de la habilitación legal en la jurisprudencia interna.

La falta de regulación expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la diligencia de investigación consistente en la captación y grabación de las comunicaciones orales directas con anterioridad a la LO 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, dificultaba hallar la base legal que justificara la utilización de esta diligencia de investigación, que en ocasiones resulta necesaria para el avance en la investigación del delito y de los responsables penales.

Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, con anterioridad a esa reforma existían normas que ofrecían alguna cobertura para la grabación del sonido en las

⁶ STEDH (Sección 5ª) de 24 de septiembre de 2009, caso *Jordanov contra Bulgaria*.

conversaciones orales directas, si bien con finalidades diferentes a la de la investigación del delito –su prevención y la seguridad ciudadana- (arts. 3. 4 y 5. 1 LO 4/1997, de 4 de agosto), o en unos espacios y respecto de unos sujetos determinados (como el art. 51 LOGP, respecto de los internos en un centro penitenciario), o respecto de comunicaciones orales diferentes, como son las realizadas a través de teléfono, reguladas en el art. 579 LECrim⁷.

Sin embargo, esa habilitación legal resultaba algo endeble para entender que en nuestro ordenamiento procesal penal podían usarse aparatos de escucha de comunicaciones orales directas (escuchas ambientales) con fines de investigación durante el curso del proceso penal, como declara con rotundidad la STC (Sala 2^a) 145/2014, de 22 de septiembre, que constituye un antes y un después en la evolución de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, al provocar un giro en la interpretación jurisprudencial del presupuesto de la habilitación legal necesaria para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

2.1. La jurisprudencia anterior a la STC 145/2014

Con anterioridad a esta sentencia, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo venía interpretando mediante una interpretación analógica extensiva de lo previsto

7 Ver al respecto RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Sobre la inconstitucionalidad de las vigilancias policiales mediante micrófonos ocultos* (A propósito de la STC 145/2014, de 22 de septiembre), Diario núm. 8438, 10 diciembre 2014 y ORTIZ PRADILLO, J. C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, 2013, pp. 172-175.

para la captación de imágenes a la captación de sonidos, que la captación de imágenes o sonidos de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley a la policía judicial en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en lugares o espacios públicos o abiertos y de uso público, fuera del recinto inviolable del domicilio, o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad, ya que para la colocación de aparatos de filmación o de escucha en estos lugares resulta necesaria la autorización judicial.

En este sentido, la STS 1135/2004, de 11 de octubre (FD 3), con cita de la jurisprudencia de la Sala, señala que: «Esta Sala ya se ha pronunciado en este mismo sentido en la STS núm. 1547/2002, de 27 de septiembre, que cita, como otros precedentes, la STS núm. 387/2001, de 13 de marzo, en la que se “nos dice que la grabación videográfica, sólo afectó a “espacios abiertos y de uso público” según se desprende del “factum”, por lo que tal grabación videográfica, no precisa la autorización judicial, según una reiterada doctrina de esta Sala –Sentencias 30 noviembre 1992 –y del Tribunal Constitucional –Sentencia 16 noviembre 1992 –, y conforme declara la Sentencia de esta Sala 1631/2001, de 19 de septiembre, la Ley Orgánica que el recurrente designa como incumplida por la policía instructora tiene por objeto, nos dice su Exposición de Motivos y el art. 1, la regulación de la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes... a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana”.

Y también la STS núm. 188/1999, de 15 de febrero, que “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 únicamente 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 6-5-1993, 7-2, 6-4 y 21-5-1994, 18-12-1995, 27-2-1996, 5-5-1997 y 968/1998, de 17-7, entre otras)”».

En igual sentido, también con abundante cita de la jurisprudencia de la Sala, más recientemente, la STS 124/2014, de 3 de febrero (FD 3), advierte que: «La doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencias de 6 de mayo de 1993, 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 5 de mayo de 1997, 968/1998 de 17 de julio, 188/1999, de 15 de febrero, 1207/1999, de 23 de julio, 387/2001, de 13 de marzo, 27 de septiembre de 2002, y 180/2012 de 14 de marzo, entre otras muchas) ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas 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 o de lugares específicos 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 (domicilio)* sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno plázet 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, ni tampoco puede autorizarse la instalación de cámaras en lugares destinados a actividades donde se requiere la intimidad como las zonas de aseo».

El análisis concreto del presupuesto de la habilitación legal para el uso de elementos de grabación y escucha de conversaciones orales directas con fines de investigación durante el curso del proceso penal se realiza en la STS 173/1998, de 10 de febrero y en la STS 513/2010, de 2 de junio, la cual es revocada por la STC 145/2014.

La STS 173/1998, de 10 de febrero, versa sobre un asunto en el que se procedió a la instalación de aparatos de escucha y grabaciones en la celda que ocupaban en el centro penitenciario los investigados, que se encontraban en calidad de presos preventivos, previa autorización judicial, en el curso del sumario en el que se investigaban delitos de homicidio, detención ilegal (rapto), violación y tenencia ilícita de armas.

En ella se afronta el problema de si la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabaciones era suficiente para considerar cumplida la exigencia de la previsión legal necesaria para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, a lo que responde en sentido afirmativo, habida cuenta que la intromisión se producía en el ámbito penitenciario y el contenido del art. 51 LOGP⁸ interpretado a la luz de la STC 114/1984, así como la necesidad de protección de las conversaciones orales, sean o no telefónicas.

En este sentido, con relación a lo primero, se interpretaba que, si de acuerdo con el art. 51. 5 LOGP, el Director del establecimiento penitenciario podía suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas de los internos, dando cuenta a la autoridad judicial

8 Conforme a este precepto: «1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

competente, con mayor razón estaría autorizado para hacerlo el Juez de Instrucción. Así, señala que: «aunque se aceptase la argumentación del recurrente de que la intervención se produce en los calabozos de la policía y a unos detenidos habrá que recordar que la LO. 1/79 de 26.9, General Penitenciaria, art. 51 y el Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/96 de 9.2, arts. 46 y 47, permiten que las comunicaciones orales (y escritas) sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial, mucho más cuando sea el propio Juez Instructor de la causa el que lo acuerde».

Y, con relación a la necesidad de protección de las comunicaciones orales, sean o no telefónicas, se argumenta que «a este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica -en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el Juez- y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado».

La STS 513/2010, de 2 de junio, que da lugar a la STC 145/2014, trata de un supuesto en el que por la policía se solicita la colocación de medios de grabación audiovisuales (captación de imagen y sonido) en las celdas de los calabozos de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, en las que iban a ingresar los detenidos en una investigación relacionada con la desaparición y posterior muerte violenta de una persona. La medida se autoriza por auto del Juzgado de Instrucción con base en el art. 579.2 LECrim y en jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, si bien, para una mayor protección

de los derechos de los investigados, la resolución judicial habilitante prohibió que se instalaran aparatos de escucha en el lugar donde se entrevistarían con su letrado, y acordó que la colocación de los micrófonos se realizara por técnicos de la policía judicial en presencia del Secretario Judicial.

Tras la celebración del juicio oral, se dictó sentencia de condena de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Primera) por delitos de asesinato agravado, detención ilegal, robo con violencia e intimidación en las personas y tenencia ilícita de armas, sentencia basada fundamentalmente en unas escuchas telefónicas y en la intervención de las conversaciones de los detenidos en los calabozos de las dependencias policiales en Valladolid.

Dicha sentencia fue confirmada en casación por la STS 513/2010, de 2 de junio, que rechaza la queja relativa a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, fundada en la falta de cobertura legal de la medida de escucha y grabación de comunicaciones orales directas. La sentencia de casación estima, sin embargo, que la medida restrictiva señalada encuentra cobertura legal en el art. 579 LECrim y en la normativa penitenciaria (art. 51 LOGP y arts. 46 y 47 RP), complementados con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, sentada principalmente en la STS 173/1998, de 10 de febrero y en la STC 183/1994, de 20 de junio.

En este sentido, la STS 513/2010, señala en su FD 3: «si bien el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación

en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE, para la protección del derecho del secreto a las comunicaciones interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8 Convenio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha venido supliendo aquellas deficiencias y la STC 26/2006 de 30.1, ya ha señalado que “no puede afirmarse, en el momento actual que el Derecho interno no respete las exigencias derivadas del art. 8 Convenio, sino que a este Tribunal le corresponde suplir las insuficiencias apreciadas en el precepto legal citado hasta que se produzca la necesaria intervención del legislador”, lo que ha llevado al propio TEDH Auto de 25 septiembre 2006 caso Abdulkadir contra España a declarar que *“si bien es deseable una modificación legislativa incorporando a la Ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, tal y como ha señalado constantemente el propio Tribunal constitucional, el tribunal considera que el art. 579 LECrim, modificado por LO 4/88 de 25.5 y completado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo formula normas claras y detalladas y precisa, a priori, con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado”* (sentencia Lambert contra Francia de 24.8.98)».

2.2. La STC 145/2014 y la jurisprudencia posterior

Sin embargo, recurrida la STS 513/2010 en amparo, la STC (Sala 2^a) 145/2014, de 22 de septiembre, rechaza los argumentos de la sentencia de casación, erigiéndose en causa del giro de la jurisprudencia ordinaria sobre la diligencia de interceptación de las comunicaciones orales ambientales y en causa inmediata de la actual regulación de esta diligencia de investigación en la reforma Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo a través de la LO 13/2015, como ha reconocido de forma pacífica la Fiscalía General del Estado⁹ y la doctrina¹⁰.

9 Circular 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, de la Fiscalía General del Estado, p. 2.

10 MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015* (con GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 344; CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Thomson Reuters Aranzadi, 2017; GALÁN GÓMEZ, C., “Pasado y presente de las interceptaciones telefónicas, telemáticas y orales”, en *Derecho, Justicia, Universidad (Liber Amicorum de Andrés De la Oliva Santos)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, T. I, pp. 1213 y ss.; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolkers Kluwer, 2017, pp. 250 y ss; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017; BUENO DE MATA, F., *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 95-96.

En ella el Tribunal Constitucional estima parcialmente el amparo, por considerar vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), en lo relativo a las grabaciones de las comunicaciones orales directas efectuadas en dependencias policiales, declarando nula la prueba obtenida por ese cauce, al considerar que ni el art. 579. 2 LECrim, ni la normativa penitenciaria citada por la sentencia de casación habilitan legalmente la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales (STC 145/2014, FJ 7).

Por lo que se refiere al art. 579. 2 LECrim, el tribunal entiende que el problema «no es que la norma no resulte singularmente precisa al fin acordado (calidad de la ley); la objeción reside, antes que en ello, en que ... la norma invocada no regula una intervención secreta de las comunicaciones directas en dependencias policiales entre detenidos (...). *No estamos ... ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de ley.* Y es que el art. 579.2 LECrim se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención.

En consecuencia, (...), la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la regulación legal (en materia de comunicaciones telefónicas) y la posibilidad de

suplir los defectos de la Ley, no puede ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no exista previsión legal alguna, o en el que, cuando menos, tal regulación no se corresponde con la que se identifica y cita en las resoluciones recurridas» (STC 145/2014, FJ 7, A).

En segundo lugar, se rechaza también la posible cobertura legal de las grabaciones autorizadas judicialmente en el caso en el art. 51 LOGP. Así, se argumenta que «menor esfuerzo argumental requiere el pretendido fundamento en la normativa penitenciaria que también recogen los pronunciamientos impugnados (art. 51 LOGP y arts. 46 y 47 RP). Esos preceptos disponen la posibilidad de que las comunicaciones orales y escritas sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Según el Tribunal Supremo, el contraste con las facultades del Director de un establecimiento penitenciario reforzaría la tesis de la capacidad de intervención del Juez de Instrucción en esta tipología de casos.

(...), en cambio, es patente que los preceptos citados no rigen en un marco extrapenitenciario, ni están pensados para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza (...). Esa suerte de analogía que expresa la resolución judicial recurrida no puede ser, por tanto, compartida. Y es que, como señalara la STC 169/2001, FJ 8, no representan cobertura legal específica de

una medida restrictiva de derechos fundamentales aquellas disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa y no judicial, o aquéllas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar la medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes» (STC 145/2014, FJ 7, B).

En mi opinión, la STC 145/2014 es indudable que presenta la virtud de haber propiciado una reforma legal que resultaba, si no necesaria, cuando menos muy conveniente. Sin embargo, a mi juicio, dados algunos precedentes próximos en la materia, hubiera sido conveniente precisar las razones por las que se separaba de ellos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la intervención de las comunicaciones, también de las orales directas, de un interno en un centro penitenciario en calidad de preso provisional (no de penado, que es la condición en la que piensa el art. 25. 2 CE), ya había sido abordada con anterioridad, tanto en la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS (STS 173/1998), como en la jurisprudencia del TC (STC 183/1994) y con criterio algo diferente al de la STC 145/2014.

De hecho, la STC 183/1994, de 20 de junio, encontró suficiente cobertura legal en el art. 51 LOGP como para que un órgano judicial acordara la intervención de las comunicaciones escritas y orales de un investigado sujeto a prisión provisional, no ya de las comunicaciones genéricas, sino incluso de las comunicaciones específicas con el abogado

encargado de su defensa, y destacó que la exigencia de autorización judicial para ello radicaba *en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario* (STC 183/1994, FD 5) ¹¹.

Con todo, a día de hoy debemos quedarnos con el dato positivo de que la STC 145/2014 ha contribuido a propiciar la reforma legal de la LECrim llevada a cabo a través de la LO 13/2015, habiendo influido considerablemente en la regulación actual de la intervención de las conversaciones orales directas en la ley procesal penal y en la jurisprudencia posterior de la jurisdicción ordinaria al resolver sobre supuestos cuyos hechos eran anteriores a la entrada en vigor de la reforma realizada mediante la LO 13/2015.

Así, la SAP Las Palmas de 15 de julio de 2016 declara nula la diligencia acordada por el auto de 21 de marzo de 2011, que autorizaba la colocación de artificios técnicos de escucha en el despacho privado de un bar, por considerarla vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18. 3 CE. En particular, señala:

11 Dicha justificación fue después desarrollada por la STC 58/1998, cuando advierte que «la privación de la garantía de la autorización judicial previa conduce a una limitación de derechos desproporcionada, tanto por la considerable incidencia de la intervención en el derecho de defensa del preso, como por la falta de imparcialidad y de conocimientos suficientes de la Administración penitenciaria. Respecto de lo segundo, debido a la *imposibilidad de que esta, «totalmente ajena a las exigencias y necesidades de la instrucción penal, pondere los bienes en conflicto y decida acerca de la intervención de este tipo de comunicaciones»* (STC 58/1998, FD 4).

«Por tanto, entendemos que la diligencia declarada nula sobre la base de la abundante jurisprudencia seleccionada, pues con ella se vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, sencillamente porque cuando una persona entra en su despacho y mantiene con terceros encuentros en el mismo tiene un derecho de exclusión evidente y una expectativa de razonabilidad que le lleva a entender que sus comunicaciones son privadas y excluyentes de terceros de modo tal que se hubiera comportado de forma distinta de conocer que no existía tal privacidad en su ámbito de exclusión. Asimismo, no existía en 2011 una norma, una ley que amparara el uso de tales medidas, como exige nuestra jurisprudencia y, no en vano, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal ha seguido ese derrotero, autorizando la utilización de artificios técnicos que proporciona la actual tecnología para el esclarecimiento de los hechos, siempre, desde luego bajo el prisma de los principios rectores que consagra el vigente artículo 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»¹².

En el mismo sentido, el ATSCV de 28 junio de 2018 estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos contra el Auto de cuestiones previas de fecha 4 de enero de 2018, pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Castellón, y en el que, entre otros motivos, se denunciaba la vulneración de derechos fundamentales, como consecuencia del Auto de

12 Sentencia 248/2016, de 15 de julio, de la Audiencia Provincial (Sección 6ª) de Las Palmas.

20-4-2011, mediante el que se autorizaba la instalación de sistemas de audio en vehículos, así como de la instalación de audio y vídeo en una sala de espera de comisaría de la Guardia Civil, cuya autorización se solicitó por oficio policial de 17-5-2011.

La Sala estima parcialmente el recurso al considerar que: «La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, exigiendo para las interceptaciones de conversaciones no telefónicas una habilitación legal que no cabía entender cumplida con el anterior art. 579.2 de la LECrim referido a las de carácter telefónico, conlleva a que la resolución recurrida deba ser, siguiendo dicha nueva doctrina, revocada, ya que en consecuencia, en la fecha en que se acordó la instalación del/de los dispositivo/s se carecía de la cobertura legal que ha proporcionado, ex post, la citada LO 13/2015, y la misma únicamente resulta aplicable a procedimientos incoados o diligencias o resoluciones dictadas a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria de dicha norma)... »¹³.

Expuesta la repercusión de la STC 145/2014 tanto en el plano jurisprudencial, como en el plano legislativo, hora es de adentrarnos en el análisis del régimen jurídico establecido respecto de la intervención de las conversaciones orales directas en la reforma legal de la LECrim llevada a cabo a través de la LO 13/2015.

13 Auto 51/2018 de 28 junio, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª).

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LECRIM SOBRE CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS.

1. **Ámbito de aplicación**

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo a través de la LO 13/2015 regula por primera vez la utilización de mecanismos de captación, grabación y reproducción del sonido como diligencia de investigación penal, es decir, su uso con la finalidad de investigar y, en su caso, enjuiciar hechos aparentemente delictivos.

Esa regulación legal comprende las escuchas y grabaciones de conversaciones ambientales comporten también, o no, la captación y grabación de la imagen, ya que en el nuevo régimen jurídico el dato esencial es que exista o no captación de las comunicaciones orales directas, siendo un dato de menor relevancia que, de modo complementario, se capte también la imagen.

En efecto, dado cual es el derecho fundamental inmediatamente afectado a la luz de la jurisprudencia constitucional, las garantías para el investigado son mucho mayores en el caso de captación de comunicaciones orales directas –solas o complementadas con imágenes– (art. 588 *quater* LECrim), que en los casos en los que se trate exclusivamente de la captación de imágenes de la persona investigada en lugares y espacios públicos (art. 588 *quinquies* a LECrim).

En el primer caso, para la captación de las comunicaciones orales directas del investigado es siempre necesaria la autorización judicial, con independencia de la naturaleza del lugar en el que se coloquen los elementos de escucha, y se trate solo de escuchas ambientales, o incluya también la captación de imágenes. Sin embargo, la mera captación de imágenes de la persona investigada en lugares y espacios públicos puede llevarla a cabo la policía judicial por su propia autoridad, sin necesidad de autorización judicial (art. 588 *quinquies* a LECrim).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la captación y grabación de las comunicaciones orales directas como una diligencia de investigación penal, es decir, como una de las medidas que cabe adoptar durante la fase de investigación del proceso penal, con la finalidad de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la identidad de los responsables penales de dichos delitos. Así se desprende con claridad, tanto del contenido de la regulación, como de la ubicación sistemática de los preceptos que la regulan.

Por lo que respecta a lo segundo, porque el régimen jurídico general de esta medida (art. 588 *quater a-quater* e LECrim) se contiene en el capítulo VI del Título VIII –que responde a la rúbrica “De las medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”- del Libro II de la LECrim, dedicado a la regulación del sumario, que, como es sabido, es la fase de investigación judicial del proceso ordinario por delitos graves.

Por lo que respecta al contenido del articulado que lo regula, su finalidad común a la de las diligencias de investigación se desprende con naturalidad del tenor del art. 588 *quater* b, 2, b LECrim, que configura como presupuesto de esta diligencia «que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor».

En el régimen jurídico contenido en la LECrim respecto de la captación y grabación de las comunicaciones orales directas, puede distinguirse entre un régimen jurídico general y un régimen jurídico específico. El régimen jurídico general se establece principalmente en el art. 588 *quater* LECrim, que resulta aplicable a las conversaciones orales directas que mantenga el investigado con terceros; con la especialidad prevista en el art. 282 *bis* 7 LECrim, que resulta de aplicación cuando la grabación de las conversaciones del investigado las lleve a cabo un agente encubierto ¹⁴.

El régimen jurídico específico viene constituido por lo dispuesto en los arts. 118. 4 y 520. 7 LECrim respecto de las conversaciones orales directas que mantenga el investigado no con cualquier tercero, sino respecto de las comunicaciones orales directas que el investigado mantenga con su abogado. Este régimen específico se caracteriza por el carácter confidencial de esta clase de conversaciones y, en

14 Y que, como en el régimen jurídico general, requiere autorización judicial para la grabación de las conversaciones que se mantengan en los encuentros previstos entre la persona investigada y el agente encubierto.

consecuencia, si llegaran a captarse durante el curso de la investigación penal, el juez debe ordenar la eliminación de la grabación; a no ser que existan indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado, o de su implicación junto con el investigado en la comisión de otra infracción penal.

Como antes se ha expuesto, nuestro estudio se va a centrar en el análisis de la regulación en la LECrim de la utilización de mecanismos de captación, grabación y reproducción del sonido con la finalidad de investigar y, en su caso, enjuiciar hechos aparentemente delictivos.

Sin embargo, como la unidad del ordenamiento jurídico impide seccionar este en compartimentos estancos, la delimitación del régimen jurídico establecido en la LECrim exige hacer una breve referencia a la regulación de la utilización de mecanismos de captación, grabación y reproducción del sonido y de la imagen en otras leyes y reglamentos diferentes, con fundamento en una finalidad distinta, que, a fin de evitar duplicidades, se tratarán en el capítulo segundo y aquí nos limitaremos a enunciar.

En primer lugar, *la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, de Videovigilancia (LOV)*, regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, y resulta desarrollada por el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, mediante el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 4/1997. En este caso, se regula el uso en

espacios públicos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras fijas y móviles para grabar, generalmente imágenes y excepcionalmente sonidos (arts. 1, 3, 4 y 5. 1 LOV).

De forma que puede sintetizarse con la Circular FGE 4/2019 que «mientras que el objeto de la LECrim es la investigación y persecución de un delito concreto, la LO 4/1997 tiene por finalidad el mantenimiento de la seguridad y la prevención de delitos en lugares públicos»¹⁵.

En segundo lugar, la *Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP)*, contempla los servicios de videovigilancia en el ámbito de la seguridad privada, los cuales define como «el ejercicio de la vigilancia a través de *sistemas de cámaras o videocámaras*, fijas o móviles, *capaces de captar y grabar imágenes y sonidos*», con la finalidad de «prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir accesos no autorizados» (art. 42. 1 LSP).

En tercer lugar, en el ámbito penitenciario el marco jurídico de la intervención de las comunicaciones de los presos ingresados en un establecimiento penitenciario se contiene en el art. 51 de la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP)*.

15 Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (BOE 22.3.2019, p. 30140).

Este precepto reconoce el derecho a las comunicaciones de los presos ingresados en centros penitenciarios, pero también reconoce la posibilidad de establecer restricciones por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento, así como por decisión judicial (art. 51. 1 LOGP).

Admite igualmente que las comunicaciones orales y escritas de los internos en centros penitenciarios puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente (art. 51. 5 LOGP). Si bien, las comunicaciones de los internos con su Abogado y con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo (art. 51. 2 LOGP)¹⁶.

En cuarto y último lugar, la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPDP), dedica su art. 22 al tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia, autorizando el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras, con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones (art. 22. 1 LOPDP).

16 De lo antes expuesto se desprende que este precepto penitenciario se encuentra en la base del supuesto de hecho que dio lugar a la STS 513/2010, de 2 de junio y de la posterior STC 145/2014, de 22 de septiembre, que es la causa inmediata de la regulación contenida en la reforma de 2015.

2. Alcance.

Esta diligencia de investigación, según hemos visto, se regula principalmente dentro del Título VIII del Libro II de la LECrim, que responde a la rúbrica «De las medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución» y, más en concreto, en su capítulo VI, el cual lleva por título «Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos» y abarca los arts. 588 *quater* a) a 588 *quater* e) LECrim¹⁷.

La gran capacidad de injerencia de esta medida sobre los derechos fundamentales del investigado no ha pasado en absoluto inadvertida para el legislador, como se desprende de la propia ubicación sistemática de los preceptos que la regulan, ni para la doctrina, que no ha dudado en subrayar la alta capacidad invasiva sobre los derechos fundamentales de esta diligencia de investigación¹⁸.

17 Al margen de otros preceptos complementarios de la LECrim dispersos en su articulado, que se analizarán en el lugar oportuno (arts. 118. 4 y 520. 7 LECrim).

18 Entre otros, CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4. 2; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., pp. 220-223; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 1; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 190-193; y MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015* (con GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 337.

El contenido del art. 588 *quater* a) LECrim lo confirma cuando autoriza la utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales presenciales que el investigado mantenga, ya sea en espacios públicos y abiertos, ya sea en espacios o lugares cerrados, incluido el domicilio; e, incluso, confiere habilitación legal para que la captación y grabación de conversaciones se complemente con la obtención de imágenes, cuando expresamente se autorice en la resolución judicial que acuerde la medida.

2.1. Posibles derechos fundamentales afectados por la medida

Debe comenzarse por plantear cuál es el derecho fundamental principalmente afectado por la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales, con independencia del lugar en el que se proceda a la colocación de los elementos de escucha, o de que la medida se complemente con la captación de imágenes.

En el régimen jurídico de esta diligencia de investigación en la LECrim se confiere «la protección propia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, de naturaleza formal –se protege toda comunicación, con independencia de lo comunicado– frente a la naturaleza material del derecho a la intimidad –únicamente se protege el núcleo más reservado de cada individuo–»¹⁹.

19 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 3.

Esa opción del legislador tiene a su vez su causa en la STC 145/2014, de 22 de septiembre. En ella se recuerda la jurisprudencia del tribunal relativa a que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas», así como que «el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo su contenido, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores» (FJ 4). Tras ello considera que las escuchas realizadas a los detenidos en los calabozos, en dependencias policiales, carecía de cobertura legal tanto en el art. 579 de la LECrim, como en la normativa penitenciaria (art. 51 LOGP) invocada por las resoluciones impugnadas, y, en consecuencia, declara vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 CE.

La concepción y configuración legal de la intervención de las comunicaciones orales como un supuesto de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones ha sido compartida por buena parte de la doctrina ²⁰. Sin embargo,

20 Entre otros, CASANOVA MARTÍ, R.: *La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, Diario La Ley núm. 8674, 4 enero 2016, p. 4; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., p. 222; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica...*, ob. cit., p. 185 y ORDUNA NAVARRO, B., *Intervención de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Alcance de la reforma de la LECrim. LO 13/2015, de 5 de octubre*, Diario La Ley núm. 9190, 4 mayo 2018, p. 4.

otro importante sector doctrinal entiende que el derecho fundamental afectado por la intervención de comunicaciones orales presenciales no es el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), sino el derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE) ²¹.

A mi juicio, admitiendo la solidez de posturas contrarias, no resulta desacertada la opción del legislador en la reforma realizada a través de la LO 13/2015, ni la interpretación del Tribunal Constitucional en la STC 145/2014.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la literalidad del art. 18. 3 CE permite con naturalidad ofrecer fundamento a esta concepción. Según el mismo, «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». De donde se desprende que el precepto realiza una enumeración abierta de comunicaciones, sin establecer una lista cerrada y restringida a las tres clases de comunicaciones expresamente mencionadas.

El precepto constitucional ofrece una protección general frente a la interceptación o conocimiento de las comunicaciones ajenas, con los límites en él previstos y una comunicación oral directa es una forma más de comunicación digna de protección constitucional y sin que se alcance

21 CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4.2.1; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 1 y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Sobre la inconstitucionalidad de las vigilancias policiales ...*, ob. cit., pp. 8 y ss.

a comprender la razón por la que una comunicación oral directa es menos comunicación que una comunicación oral que se lleva a cabo por vía telefónica, o por la que una conversación presencial merezca una menor protección que una conversación no presencial. Es decir, que, a mi juicio, a la hora de determinar el alcance de la protección, debe otorgarse más relevancia al objeto de protección –el secreto de las comunicaciones– que al medio, instrumento o dispositivo que se utilice para el desarrollo de la comunicación.

Así mismo, la interpretación que aquí se postula no carece de cierto apoyo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta.

Como es sabido, el art. 8. 1 CEDH dispone que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», sin que exista gran precisión en la jurisprudencia del TEDH sobre cuál es el concreto derecho de entre los diferentes derechos contemplados en el art. 8. 1 CEDH, que resulta afectado por la grabación de conversaciones orales mediante micrófonos u otros aparatos de escucha.

La mayoría de las resoluciones que se ocupan del tema se limitan sin más a apreciar una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 8. 1 CEDH, sin realizar especificación adicional alguna ²².

22 En este sentido, la STEDH (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2000, caso Khan (ap. 28), la STEDH (Sección 4ª) de 27 de mayo de 2003, caso Hewitson (ap. 20), la STEDH (Sección 3ª) de 12 de junio de 2003, caso Chalkley (ap. 24), y la STEDH (Sección 4ª) de 25 de noviembre de 2003, caso Lewis (ap. 19), todos ellos contra Reino Unido.

Otro grupo de casos indican someramente, sin descripción ni análisis alguno, que la falta de previsión legal de los mecanismos de grabación de conversaciones orales provoca una vulneración del derecho a la vida privada ²³.

Por último, de otro grupo de resoluciones se desprende que la falta de previsión legal de los mecanismos de grabación de conversaciones orales puede provocar una vulneración del derecho a la vida privada y del derecho al respeto de la correspondencia. En este sentido, la STEDH de 31 de mayo de 2005, aunque señala que la escucha de conversaciones a través de micrófonos supone un grave ataque a la vida privada, predomina la idea de equiparación en el tratamiento de las conversaciones telefónicas y de las conversaciones orales directas. Así, señala: «El Tribunal considera que, al igual que las intervenciones telefónicas, las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos representan un grave ataque al respeto de la vida privada. Por consiguiente, deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: ... En opinión del Tribunal, la «Ley» debe ofrecer a los justiciables «la protección adecuada» contra los posibles abusos (Sentencia Kruslin previamente citada, ap. 35), al igual que en materia de escuchas telefónicas» ²⁴.

23 En este sentido, la STEDH (Sección 3ª) de 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H. contra Reino Unido (ap. 60), la STEDH (Sección 4ª) de 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra Reino Unido (ap. 35) y la STEDH (Sección 5ª) de 24 de septiembre de 2009, caso Jordanov contra Bulgaria (ap. 32).

24 STEDH (Sección 2ª) de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia, ap. 26.

En la misma línea, pero con más rotundidad, la STEDH de 20 de diciembre de 2005, declara que el Tribunal «en su jurisprudencia, ha constatado a menudo que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entraba en el campo de aplicación del artículo 8 del Convenio, tanto en lo referente al derecho al respeto de la vida privada como de la correspondencia», así como que «el Tribunal recuerda que, al igual que las interceptaciones de conversaciones telefónicas o de las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos, la Ley en la que se fundamenta debe ser «previsible» en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables»²⁵.

En mi opinión, la idea clave que preside la doctrina establecida en estas dos sentencias es la de la equiparación en la protección convencional de las conversaciones telefónicas y de las conversaciones orales directas frente a las injerencias de terceros.

Además, volviendo al plano interno, la equiparación entre la protección constitucional de las comunicaciones telefónicas y la de las comunicaciones orales presenciales conlleva mayorías garantías para el ciudadano afectado por la medida, al requerir de forma expresa para su interceptación previa autorización judicial (art. 18. 3 CE).

25 STEDH (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2005, caso *Wisse contra Francia*, ap. 27 y 33.

Sin embargo, esta fuera de discusión que cuando la diligencia implique la colocación de elementos de escucha en el domicilio del investigado resultará también afectado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18. 2 CE), tanto del investigado ²⁶, como de los familiares o personas que con él conviven ²⁷.

Como es también pacíficamente aceptado, cuando la medida de captación de conversaciones se complementa con la de captación de imágenes (art. 588 *quater* a 3 LECrim), igualmente resultará afectado el derecho a la propia imagen²⁸, pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la propia imagen comprende «el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública» y, en consecuencia, «comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o

26 Entre otros, CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4. 2; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., pp. 220-223; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 1; y SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 190-193.

27 MARCHENA GÓMEZ, *La reforma de la Ley...*, ob. cit., p. 345; y Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 3.

28 CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4. 2; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., pp. 220-223; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 1; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., pp. 190 y ss. y Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 3.

publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde»²⁹.

Por lo demás, la escucha y grabación de las conversaciones orales directas también puede comprometer el derecho a la intimidad, cuando el contenido de las conversaciones interferidas gire en torno a cuestiones relativas a la vida privada de la persona afectada que no guarden relación con los delitos objeto de la investigación.

Por último, atendido el contenido de las comunicaciones orales directas objeto de escucha y grabación también pueden resultar afectados el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable (art. 24. 2 CE)³⁰, en función de las circunstancias en las que se produzca la declaración.

La jurisprudencia del TEDH sobre las escuchas orales ambientales contiene importantes pronunciamientos sobre la posibilidad de afectación en estos casos del derecho a no autoincriminarse, vinculado al derecho a un proceso justo contenido en el art. 6. 1 CEDH. Entre ellas cabe destacar las STEDH de 27 de mayo de 2000 y, sobre todo, la STEDH de 5 de noviembre de 2002, caso Allan, ambas contra el Reino

29 STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4 y 12/2012, de 30 de enero, FJ 5, entre otras.

30 MARCHENA GÓMEZ, *La reforma de la Ley...*, ob. cit., p. 346; Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, pp. 4-5; y BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., p. 98.

Unido ³¹.

La STEDH de 27 de mayo de 2000 trataba de un supuesto de instalación por la policía de mecanismos de escucha en la vivienda de uno de los sospechosos, sin consentimiento ni conocimiento de estos y sin autorización judicial, en una investigación relacionada con el tráfico de estupefacientes, ante la ineficacia de los métodos tradicionales de vigilancia para la obtención de pruebas.

En esas circunstancias el TEDH no apreció vulneración del derecho a un proceso justo (art. 6. 1 CEDH), pues, pese a que los elementos de escucha se colocaron en la vivienda de uno de los investigados por diferentes delitos, sin consentimiento ni conocimiento de estos, considera que «las declaraciones del demandante durante la conversación con B. fueron hechas voluntariamente, sin trampas y sin ser inducido a realizarlas» (ap. 36).

Pero, sobre todo, importa la STEDH de 5 de noviembre de 2002, que versa sobre una investigación por delito de asesinato, en el curso de la cual, después de haberse negado el detenido a declarar ante la policía, esta, sin autorización judicial, instaló mecanismos de escucha en las celdas que ocupaba en la Comisaría de Policía, en la zona de visitas de la prisión y sobre la persona de un compañero interno en prisión.

31 STEDH (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2000, caso Khan contra el Reino Unido y STEDH (Sección 4ª) de 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra el Reino Unido.

En este caso el investigado se había negado a declarar ante la policía y cuando declaró ante el informador que colocaron en su celda, este actuaba como instrumento de la policía, siguiendo las instrucciones de esta, y, además, estando privado de voluntad y en unas circunstancias de presión psicológica, que solo permitían concluir que su declaración se obtuvo en contra de su voluntad.

En consecuencia, de esta sentencia se desprende que los factores relevantes para apreciar la vulneración del derecho a guardar silencio comprendido en el derecho a un juicio justo (art. 6. 1 CEDH) en el caso de obtención encubierta declaraciones del investigado son que las declaraciones inculpativas del investigado hayan sido obtenidas por la autoridad (la policía en el caso), o por un particular que actúa como agente o instrumento de la policía, así como que el investigado hiciera esas declaraciones sujeto a coacciones o presiones psicológicas que desvirtuaron la voluntariedad o libertad de las declaraciones.

2.2. Alcance de la diligencia

El régimen legal autoriza la utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales presenciales que mantenga el investigado, ya sea en espacios públicos y abiertos, ya sea en espacios o lugares cerrados, incluido el domicilio, y tratándose del domicilio u otro lugar cerrado, permite su instalación tanto en el interior como en el exterior; e, incluso, confiere habilitación legal para que la captación y grabación

de conversaciones se complemente con la obtención de imágenes, cuando expresamente se autorice en la resolución judicial que acuerde la medida.

El objeto de la diligencia son las comunicaciones orales directas (art. 588. *quater* a LECrim) o abiertas ³², es decir, las conversaciones orales que se desarrollan de forma presencial y en abierto, sin intermediación de artificio o instrumento alguno, lo que excluye las que se llevan a cabo mediante canales cerrados de comunicación ³³, como las que pueden llevarse a cabo en una conversación telefónica. En el bien entendido de que a través de la grabación de una conversación telefónica puede captarse parte de una conversación presencial (sonido de fondo de alguien próximo a uno de los interlocutores telefónicos), así como de que a través de la grabación de una conversación ambiental puede captarse parte de una conversación telefónica (del interlocutor telefónico que está en el lugar en el que se ha colocado el elemento de escucha ambiental, o de ambos interlocutores telefónicos si quien está en el lugar de la escucha activa el altavoz) ³⁴.

La ley autoriza la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas. No limita la ley los

32 Término utilizado en el apartado IV del Preámbulo de la LO 13/2015, a cuyo tenor «en la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de *comunicaciones orales abiertas* mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable».

33 VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 2.

34 Cfr. Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 8.

dispositivos tecnológicos que pueden ser utilizados, bastando su aptitud para el cumplimiento de la función de captar y grabar comunicaciones orales directas. De uso habitual son los micrófonos o cámaras de vigilancia ³⁵, o la cámara o grabadora de un teléfono móvil ³⁶, aunque tampoco se puede descartar la grabadora tradicional ³⁷.

Distingue la ley entre la colocación y la utilización de dispositivos electrónicos, distinción que tiene su razón de ser en las dificultades que puede presentar el acceso a lugares cerrados (domicilio, un vehículo, ...) para la instalación del aparato de captación de sonidos ³⁸.

También diferencia el texto legal entre la captación y la grabación de las comunicaciones orales directas, distinción que se basa en que el mero conocimiento antijurídico de una comunicación ajena comporta una injerencia en el derecho fundamental (STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 4, entre otras); si bien, como reconoce la FGE, conforme a la jurisprudencia del TEDH, la grabación de esa conversación comporta una intromisión mayor en el derecho fundamental afectado, al perpetuar en el tiempo la injerencia ³⁹.

35 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 8.

36 RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., p. 222 y VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 1.

37 Sobre la diversidad de nuevos dispositivos tecnológicos que permiten las actuales tecnologías ver BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., pp. 100-102.

38 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 8.

39 Ob. y loc. cit.

Respecto del lugar en el que pueden emplazarse los dispositivos electrónicos aptos para captar y grabar comunicaciones orales presenciales, la ley lo autoriza con considerable amplitud, autorizando la instalación de dichos dispositivos tanto en la vía pública, como en otro espacio abierto, como en espacios o lugares cerrados, incluido el domicilio, y tratándose del domicilio u otro lugar cerrado, permite su instalación tanto en el interior, como en el exterior.

Junto a las vías o calles públicas, otros espacios abiertos pueden ser parques o jardines, descampados, en terrenos urbanos o rústicos. Espacios cerrados pueden ser locales, garajes, viviendas, vehículos e, incluso, el domicilio. Respecto de los vehículos, la jurisprudencia muestra que suelen ser un espacio que puede proporcionar información de interés para una investigación, habida cuenta que puede ser utilizados para la perpetración o para la preparación de un hecho delictivo ⁴⁰.

Respecto del domicilio, el precepto precisa que debe tratarse de “su domicilio”, en referencia al del investigado, lo que parece excluir que los dispositivos de escucha se instalen en el domicilio de un tercero que no esté siendo investigado ⁴¹, o que lo esté siendo por unos delitos para los que no resulta

40 Se refieren a supuestos de escuchas ambientales en vehículos a motor la STS 457/2019, de 8 de octubre, el Auto 51/2018 de 28 junio, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) y el Auto 941/2016, de 9 de noviembre de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª).

41 En este sentido, MARCHENA GÓMEZ, *La reforma de la Ley...*, ob. cit., p. 338.

autorizada esta diligencia de investigación. Por otra parte, si se persigue instalar el elemento de escucha en el domicilio del investigado, o en algún espacio de un lugar público reservado a la privacidad, será necesario que la resolución judicial autorizante contenga una motivación reforzada, que justifique la procedencia del acceso a dichos lugares (art. 588 *quater* a LECrim), lo cual es una concreción más de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad comunes a las medidas restrictivas de derechos fundamentales (art. 588 *bis* a LECrim).

Se debe recordar que en todos los casos, con independencia del lugar en el que se coloquen los elementos de escucha, se trate de lugares públicos o privados, abiertos o cerrados, es necesaria la autorización judicial para la colocación y utilización de los elementos de escucha (art. 588 *quater* c LECrim), a diferencia de otra clase de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y, muy en especial, de la diligencia de captación de imágenes en lugares o espacios públicos, para la que se autoriza para obtener imágenes a la policía judicial por su propia autoridad, a los efectos de facilitar la identificación del autor, localizar los instrumentos o efectos del delito, u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos (art. 588 *quinquies* a LECrim).

La captación de imágenes también se autoriza como complemento de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales directas, si bien en ese caso resulta preceptiva la previa autorización judicial y la resolución

judicial que lo autorice debe acordar expresamente esa extensión de la medida (art. 588 *quater* a LECrim). La razón de ser de la mayor protección legal a las comunicaciones orales directas del investigado que a su derecho a la propia imagen resulta de la vinculación de las conversaciones orales al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), cuya afectación requiere de autorización judicial, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad o con el derecho a la propia imagen, cuya afectación no requiere resolución judicial, según la literalidad del texto constitucional, que ha sido matizada por la jurisprudencia constitucional, según se verá en el capítulo segundo ⁴².

Cuando se autorice la captación simultánea de conversaciones orales presenciales y de imágenes en el domicilio del investigado resulta muy elevado el grado de afectación a los derechos fundamentales del investigado, lo que determinó que durante los debates parlamentarios algunos grupos presentaran enmiendas, con el fin de que se eliminara la posibilidad de grabar sonidos e imágenes en el interior de los domicilios ⁴³; y que, aun tras la aprobación de

42 El grado de protección legal de las conversaciones presenciales es todavía mayor que el de las comunicaciones telefónicas expresamente consagradas en el art. 18. 3 CE, ya que éstas en casos de urgencia y respecto de determinados delitos (terrorismo) pueden ser intervenidas por orden de la autoridad gubernativa con convalidación judicial posterior (art. 588 ter. 3 LECrim). Por el contrario, para la captación y grabación de conversaciones orales presenciales se requiere en todo caso previa autorización judicial, posiblemente por la potencialidad altamente invasiva de derechos fundamentales de la diligencia.

43 DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador de derechos fundamentales”, en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES), Atelier, 2019, p. 292.

la ley, se haya considerado que la grabación de imágenes en el domicilio únicamente resulta justificada en el ámbito de la lucha antiterrorista o, en todo caso, en la lucha contra el crimen organizado ⁴⁴.

Compartiendo la preocupación, también conviene poner de manifiesto que este alcance de la medida está supeditado al presupuesto específico de la previsibilidad del encuentro concreto, así como, según advierte la FGE, a los principios rectores de las medidas restrictivas de derechos fundamentales del art. 588 *bis*, a LECrim. Por lo que las diligencias de mayor intromisión en los derechos fundamentales del investigado deberán resultar siempre proporcionadas a la mayor gravedad del delito investigado y, al mismo tiempo, condicionadas «por la excepcionalidad y necesidad de la medida, esto es, que se justifique que no puede avanzarse en la investigación sin el recurso a la medida, lo que deberá siempre reflejarse en la resolución judicial que autorice la diligencia de investigación» ⁴⁵.

Es decir, la necesidad y proporcionalidad de la diligencia de investigación debe darse tanto para elegir la medida de investigación adecuada, como para graduar la intensidad de la medida misma, por ejemplo, no admitiendo su instalación en el domicilio sin haber intentado antes su colocación en un vehículo, o permitiendo su instalación en las zonas comunes del domicilio (salón o cocina), pero rechazándola respecto

44 RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., p. 222.

45 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 10.

a su colocación en las zonas de mayor privacidad, como un dormitorio, o los baños y aseos.

Por ello, resulta necesario en estos casos una *motivación reforzada*, que justifique la finalidad y necesidad del alcance de la medida, de modo que la mayor eficacia de esta (por ejemplo, a los efectos de identificar a los autores de la conversación ⁴⁶, o de determinar las características de objetos intercambiados) resulte compensada por un régimen de mayores garantías para los derechos fundamentales del investigado.

En esta línea es de recordar que la jurisprudencia suele proscribir la instalación de aparatos de captación de imágenes en aquellos espacios de lugares públicos reservados al ejercicio de actividades que requieren intimidad, como los aseos (STS 124/2014, de 3 de febrero) y más en concreto su zona de retretes (STS 620/1997, de 5 de mayo) y que la doctrina ha propuesto con acierto igual restricción para las zonas de vestuarios de empresas o gimnasios ⁴⁷.

Por último, cabe advertir que la ley no contempla la captación de imágenes en espacios cerrados de modo

46 Sobre la mayor eficacia de la grabación simultánea de sonidos e imágenes a los fines de identificación Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 10 y SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica...*, ob. cit., p 195, quien advierte que la contaminación acústica puede comprometer, tanto el contenido de la comunicación, como la correcta identificación de los intervinientes.

47 ORDUNA NAVARRO, B., *Intervención de las comunicaciones orales ...*, ob. cit., p. 5.

autónomo, admitiéndola solo en lugares o espacios públicos por decisión de la policía judicial (art. 588 *quinquies* a LECrim), o, como medida complementaria de la captación de conversaciones orales directas, tanto en lugares públicos, como en espacios privados (art. 588 *quater* a LECrim), sometida en estos casos a previa autorización judicial. Ello ha llevado a proponer de *lege ferenda* que la captación de imágenes se configure como medida independiente en una futura reforma legal⁴⁸, o incluso que se proponga su posible uso en la actualidad mediante una interpretación lógica⁴⁹, segunda propuesta que realiza una interpretación que resulta razonable, pero que presenta serias dudas desde las exigencias de claridad, precisión legal y previsibilidad ínsitas en la exigencia de previsión legal del art. 8. 2 CEDH en los términos antes expuestos.

48 VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 2.

49 En este sentido, la Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 11, señala: «Se han planteado dudas acerca de si el Juez puede autorizar la captación y grabación, en lugares cerrados, únicamente de imágenes sin sonido (la grabación de imágenes en lugares públicos sin autorización judicial aparece prevista en el art. 588 *quinquies* a). En principio, el precepto contempla la captación y grabación de imágenes como complemento del sonido (*la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes...*) por lo que no cabría la grabación únicamente de imágenes. Sin embargo, una interpretación lógica del precepto debe conducir a permitir que se autorice la captación y grabación únicamente de imágenes sin sonido; por un lado, existe previsión legal que permite la grabación de imágenes y, por otro, la exclusión del sonido supone una intromisión menor en los derechos del investigado, lo que puede responder, en algún supuesto, a la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad al caso concreto. Además, la propia LECrim prevé expresamente la posibilidad de que el Juez autorice la captación de imágenes a propósito de la regulación de la figura del agente encubierto en el art. 282 bis 7, lo que vendría a reforzar la posición que aquí se sostiene».

3. Presupuestos.

La ley regula los presupuestos específicos de la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales principalmente en los art. 588 *quater a-quater e*) de la LECrim, dedicando el art. 588 *quater b*) a lo que podríamos denominar presupuestos específicos objetivos de la medida, mientras que los presupuestos subjetivos (sujetos que pueden autorizarla y sujetos respecto de los que puede acordarse) se encuentran algo más dispersos en el texto de la ley. Pero a ellos hay que añadir las disposiciones y principios rectores contenidos en el capítulo IV del Título VIII del Libro II de la LECrim (arts. 588 *bis a- 588 bis k*), en cuanto resulten de aplicación.

3. 1. *Disposiciones y principios rectores comunes.*

El capítulo IV del Título VIII del Libro II de la LECrim (arts. 588 *bis a- 588 bis k*) contiene las disposiciones comunes a las que podemos denominar como diligencias de investigación tecnológicas, entre las que se encuentran la captación y grabación de comunicaciones orales y a las que, en principio, les son de aplicación, salvo en algunos casos en los que la regulación general puede perder sentido con relación a alguna diligencia de investigación concreta.

Esas disposiciones comunes resultan en principio de aplicación a las distintas diligencias de investigación tecnológicas, porque así se desprende de la rúbrica del

referido capítulo IV ⁵⁰, así como porque el legislador así lo expresa al justificar la reforma en el Preámbulo de la LO 13/2015. En este sentido, ahí argumenta que «*las demás medidas de investigación tecnológica son objeto de atención en los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a todas ellas resultan de aplicación las disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV*» y que los principios rectores contenidos en el art. 588 *bis* operan como principios rectores o presupuestos comunes de todas esas diligencias de investigación, en la medida en que la concurrencia de todos ellos condiciona la posibilidad de adopción de cada una de esas medidas de investigación. En este sentido, se advierte que «*toda medida deberá responder al principio de especialidad*», así como que «*las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados*».

Esa aplicabilidad común a todas las diligencias también se extiende a las cuestiones de forma, tales como forma y

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

contenido de la solicitud y de la resolución judicial habilitante, la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto, el cese de la medida o la destrucción de registros. Sin embargo, respecto de estas cuestiones formales, la ley admite matizaciones y modulaciones al diseñar el régimen específico de cada diligencia de investigación, como recuerda el Preámbulo cuando señala que «cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad».

Además, lo ahora afirmado respecto de que los principios rectores previstos en las disposiciones comunes (art. 588 *bis* a LECrim) operan como presupuestos comunes de todos ellos, se ratifica por el propio legislador en el Preámbulo de la LO 13/2015 respecto de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales, al señalar que la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos «se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal y cuyo alcance se aborda con sujeción a *dos ideas clave*. (...); *la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida*».

3. 2. *Presupuestos específicos*

La ley procesal penal regula los presupuestos específicos de la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales principalmente en los art. 588 *quater a-quater e*) de la LECrim, dedicando el art. 588 *quater b*) a lo que podríamos denominar presupuestos específicos objetivos de la medida (encuentros concretos previsibles del investigado, clases de delitos, resultados previsibles), mientras que los presupuestos subjetivos (sujetos que pueden autorizarla y sujetos respecto de los que puede acordarse) se encuentran algo más dispersos en el texto de la ley.

A) Presupuestos subjetivos

a) Sujeto activo: juez instructor, policía judicial y grabaciones obtenidas por particulares.

a') Juez instructor y policía judicial.

La captación y grabación de comunicaciones orales directas requiere siempre previa autorización judicial, adoptando el legislador un intenso régimen de protección de esta clase de comunicaciones, que desborda el previsto para otro tipo de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, respecto de las que se autoriza que sean adoptadas en caso de urgencia y respecto de determinados delitos por la policial judicial.

La razón de ser de la mayor protección legal a las comunicaciones orales directas del investigado resulta de la

vinculación de las conversaciones orales al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), conforme a la STC 145/2014, cuya afectación requiere de autorización judicial.

Incluso el grado de protección legal de las conversaciones presenciales es todavía mayor que el de las comunicaciones telefónicas expresamente consagradas en el art. 18. 3 CE, ya que estas en casos de urgencia y respecto de determinados delitos (terrorismo) pueden ser intervenidas por orden de la autoridad gubernativa con convalidación judicial posterior (art. 588 *ter.* 3 LECrim). Por el contrario, para la captación y grabación de conversaciones orales presenciales, se requiere en todo caso previa autorización judicial, posiblemente por la potencialidad altamente invasiva de derechos fundamentales de esta diligencia.

En concreto, la autorización judicial corresponde otorgarla al juez instructor, como se desprende de las constantes referencias de los diferentes apartados del art. 588 *bis* LECrim al juez de instrucción, y ratifica el propio Preámbulo de la LO 13/2015, cuando señala que la regulación de la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos se aborda en la reforma con sujeción a dos ideas clave, siendo la primera «la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia».

Por juez instructor habrá que entender, con arreglo a las normas delimitadoras de la competencia, el Juzgado de Instrucción, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el

Juzgado Central de Instrucción o el magistrado instructor de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁵¹.

En la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales abiertas, la actividad de la policía judicial consiste en solicitar la diligencia y, en su caso, su prórroga (art. 588 *bis* b y f LECrim), ejecutar la diligencia instalando los dispositivos de captación y grabación de conversaciones y procediendo a su escucha, informar al juez de instrucción del desarrollo y de los resultados de la medida (art. 588 *bis* g y *quater* c LECrim) y destruir los registros de las grabaciones cuando lo determine el juez o tribunal (art. 588 *bis* k LECrim).

b') Grabaciones obtenidas por particulares.

La grabación encubierta por particulares de sus propias conversaciones no se regula en el régimen jurídico de la LECrim sobre la captación y grabación de las comunicaciones orales presenciales, como tampoco se hace al establecer el régimen jurídico de la LECrim sobre la interceptación de las comunicaciones telemáticas y telefónicas, siendo precisamente estas últimas el origen de la jurisprudencia constitucional y ordinaria al respecto.

51 Como advierte con relación a las causas contra aforados VELASCO NUÑEZ, E., "Captación y grabación de comunicaciones orales...", en *Investigación tecnológica* ..., ob. cit., ap. 2.

Sin embargo, el silencio legal se ha interpretado de forma diferente por los autores. Una primera interpretación entiende que dado que la ley reserva la ejecución de la medida a la policía judicial a instancia de esta, del Ministerio Fiscal o del propio juez de oficio, debe descartarse que la ley autorice a investigadores privados, detectives o ciudadanos particulares, por lo que los particulares que crean que son necesarios estos medios tecnológicos de investigación penal deben acudir a la policía judicial, al Ministerio Fiscal o al Juez, sin perjuicio de que estos puedan auxiliarse de los ciudadanos (colaboradores, testigos protegidos o víctimas) para portarlos subrepticamente, siempre bajo control y con autorización judicial ⁵².

Una segunda interpretación mantiene que ante la falta de regulación legal habrá que acudir a la jurisprudencia sobre la materia, en la que existe unanimidad sobre el extremo relativo a que la grabación por un particular de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra clase, no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ⁵³.

Una tercera interpretación, aun asumiendo la conveniencia de admitir la postura jurisprudencial sobre la tesis de que la grabación por un particular de sus propias conversaciones no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, advierte bien sobre la

52 Ob. y loc. cit. nota anterior.

53 ORDUNA NAVARRO, B., *Intervención de las comunicaciones orales ...*, ob. cit., pp. 2-3 y SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., pp. 185-186.

necesidad de proceder a la ponderación de los derechos en conflicto y de atender a la existencia de un fin legítimo y a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad⁵⁴, bien sobre la necesidad de que el particular no obre con un ánimo preordenado a la obtención de pruebas con ánimo de hacerlas valer en un proceso judicial, último matiz que tampoco debe ignorar el derecho a la persecución de los delitos⁵⁵.

La cuestión es vidriosa y no se plantea en exclusiva respecto de la obtención de las fuentes de prueba relativas a las comunicaciones orales directas, sino que se suscita con relación a diversas fuentes de prueba que afectan a derechos fundamentales cuando son obtenidas por particulares. Forzoso es reconocer que el tratamiento en profundidad que merece excede con creces los límites de este trabajo.

No obstante, a título provisional y sin perjuicio de lo que se abundará en el segundo capítulo de esta obra, se pueden anticipar algunas directrices que contribuyan a su solución. En primer lugar, que efectivamente existe una consolidada jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que mantiene que la grabación por un particular de sus propias conversaciones, telefónica o presencial, no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE). Sin embargo, como antes se expuso, la grabación de las

54 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 5.

55 RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas...*, ob. cit., p. 222.

declaraciones inculpativas del investigado sometido a coacción o presión por la autoridad o policía y, en su caso, por los particulares que son utilizados por la autoridad como agentes o colaboradores suyos, puede llegar a producir una vulneración del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo ⁵⁶.

Por lo que respecta a la posición de la jurisprudencia constitucional, esta tiene su origen en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que resuelve el recurso de amparo formulado frente a la sentencia dictada en un proceso laboral sobre despido, que había valorado la grabación de una conversación telefónica por uno de los interlocutores. La queja de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se rechaza con fundamento en que: «El derecho al «secreto de las comunicaciones ... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas (...)

56 Para una buena aproximación a la posición de la jurisprudencia española respecto de la admisibilidad de la prueba obtenida por particulares cfr. PERALS CALLEJA, J., “La grabación de las comunicaciones entre particulares como medio de prueba en el proceso penal. La utilización de videocámaras de seguridad”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado».

En consecuencia, se concluye que «no hay “secreto” para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje (...).

Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado» (FJ 7).

La anterior doctrina se confirma casi veinte años después en la STC 56/2003, de 24 de marzo, ya con relación a un proceso penal, que presenta la singularidad de que la grabación no se había realizado directamente por el interlocutor (la víctima del chantaje), sino con su autorización, al carecer este de los instrumentos necesarios para llevar a cabo directamente por sí mismo la grabación de

la conversación telefónica ⁵⁷.

Por lo que se refiere a la posición de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre la base de la jurisprudencia constitucional expuesta, existe consenso en que la grabación de la conversación por uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), tanto se desarrollen las conversaciones por teléfono, como si la conversación tiene lugar presencialmente y la graba uno de los interlocutores.

Según se ha visto, la doctrina sobre la inexistencia de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por el hecho de que la conversación se grabe por uno de los interlocutores surge en la jurisprudencia constitucional con ocasión de la grabación de conversaciones telefónicas.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha acogido la anterior jurisprudencia con relación a la grabación de conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores ⁵⁸, pero la ha extendido también a los supuestos

57 En este sentido, esta sentencia, tras reproducir el texto transcrito de la STC 114/1984, señala que: «Pues bien, en el presente caso, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Es, precisamente, uno de los interlocutores en la comunicación telefónica (el denunciante del chantaje al que se encontraba sometido) quien autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrara sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con aparato técnico para ello» (FJ 3).

58 Señaladamente es el caso de la STC 682/2011, de 24 de junio, relativa a una condena por abusos y agresiones sexuales continuados sobre menores y en la que el acervo probatorio estuvo integrado por la pericial psicológica sobre la víctima, por los partes de las lesiones sufridas y, sobre todo, por la

en los que se procede a la grabación de una conversación que tiene lugar presencialmente por uno de los interlocutores. Además, los supuestos de grabación de conversaciones directas son los casos más numerosos en la jurisprudencia.

En estos supuestos existe consenso en que la grabación de la conversación por uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE)⁵⁹. La discrepancia surge en torno a si la grabación obtenida por un particular partícipe en la conversación de modo subrepticio, sin conocimiento o consentimiento del otro interlocutor, puede adolecer de algún vicio de ilicitud que le prive de validez, en concreto, por la eventual vulneración del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art. 24. 2 CE).

La STS 1066/2009, de 4 de noviembre, versa sobre un supuesto de acusación por delito de abusos y agresiones sexuales sobre una menor por parte de su abuelo, en el que la víctima procede a la grabación de una conversación que aquella tiene en la calle con su abuelo. En ella, tras reconocer que la grabación de conversaciones por particulares por uno de los interlocutores sin el conocimiento del otro ha sido objeto de pronunciamientos diferentes en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se inclina por confirmar la

conversación telefónica mantenida entre el acusado y su víctima y grabada por esta última, y que resultó absolutamente reveladora.

59 STS 1066/2009, de 4 de noviembre; STS 239/2010, de 24 de marzo; STS 45/2014, de 7 de febrero; STS 421/2014, de 16 de mayo; y STS 652/2016, de 15 de julio.

sentencia absolutoria de instancia y por rechazar la validez de la grabación de la conversación (sin precisar cuál es el derecho fundamental vulnerado), por entender que la grabación se obtuvo mediante un ardid y sin el consentimiento de uno de los interlocutores ⁶⁰.

60 Más en concreto señala: «3.- En primer lugar, debemos señalar que la grabación por uno de ellos de conversaciones entre particulares puede tener una inicial licitud si el encuentro es voluntario y libre. La cuestión varía cuando la persona grabada, de alguna manera, ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra.

4.- Para su validez se debe tratar de un encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamientos de ninguna clase. Así se desprende de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por esta Sala. La espontaneidad y la buena fe son requisitos condicionantes de su valoración. Cuando se fuerza y provoca una conversación ya no es posible situarse en el mismo plano. El interlocutor grabado no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero.

5.- La propia parte recurrente admite espontáneamente que cuando la menor contó a su madre la versión de los hechos, ésta le aconsejó que procediera a grabar una conversación con él acusado, con el fin predeterminado de conseguir las pruebas necesarias, ya que, en caso contrario, sería su palabra contra la de él. La conversación tiene lugar en la calle, después de ser abordado el acusado por la denunciante. Sea cuales sean las circunstancias que llevaron a tener en la conversación en la vía pública, lo cierto es que se trata de un ardid que vicia la prueba y el método empleado.

6.- La transcripción de parte del contenido de la conversación pone de relieve una situación de tensión provocada por la denunciante y unas expresiones airadas entre las que se puede intuir algún suceso pasado y algún otro que nada tiene que ver con el hecho que nos ocupa.

Se puede afirmar que en cierto modo y siendo conscientes de que no se toma la iniciativa por un funcionario de policía, lo cierto es que nos encontramos ante un supuesto que guarda similitudes externas con la prueba provocada, aunque insistimos que su contenido carece de valor incriminatorio» (FD 4).

Sin embargo, la corriente jurisprudencial mayoritaria precisa que el derecho fundamental controvertido en estos casos es el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art. 24. 2 CE), es decir, el derecho a no autoincriminarse, y termina confirmando la sentencia de condena, bien destacando que la obtención de grabaciones por particulares deben tener un diferente tratamiento que la obtención de grabaciones por agentes del Estado, bien enfatizando la importancia del momento en el que se realiza la grabación de la conversación en relación al *iter criminis* (anterior, simultáneo o posterior a la comisión del delito), bien poniendo de manifiesto la existencia de otros medios de prueba que sustentan la condena, entre ellos, la declaración en el juicio oral de los testigos-víctimas (*latu sensu*) autores de las grabaciones.

En este sentido, la STS 239/2010, de 24 de marzo, confirma la sentencia de instancia que condena por delito continuado de apropiación indebida a varios empleados de empresas dedicadas a la venta de marisco, pescado y carnes congeladas, al haberse probado que se habían adueñado de grandes cantidades de productos pertenecientes a sus empresas. La sentencia presenta la singularidad de que en el caso la grabación de la conversación se hizo por los responsables de la empresa con conocimiento de los empleados, que negaban el consentimiento sobre la base de una supuesta coacción. Sin embargo, se rechaza la existencia de coacción y el carácter subrepticio de la grabación, a la par que se señala la corroboración de la conversación por otros

medios de prueba ⁶¹.

En igual sentido se pronuncia la STS 45/2014, de 7 de febrero, la cual confirma la sentencia de instancia que condena por delito de cohecho por el intento de compra del voto de un concejal para conseguir la aprobación de determinadas actuaciones urbanísticas en el municipio de Camas (Sevilla). La sentencia resulta de destacar porque pone de manifiesto la importancia que puede presentar el momento en el que se realiza la grabación de la conversación en relación al *iter criminis*, así como porque recuerda la existencia de otros medios de prueba adicionales a la grabación de la conversación, al haber declarado en el juicio oral las personas entre las que tuvo lugar la conversación grabada.

61 Así, declara: «Un problema diverso -como apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación de los recursos en el trámite del art. 882 LECrim -es tal como señala la STS. 2081/2001 de 9.11 - el que plantea la posibilidad de que, grabando subrepticamente unas manifestaciones que implican, con mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, se vulneren los derechos, igualmente fundamentales, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que reconoce el art. 24.2 CE. Riesgo que existirá si en los autos no hubiese mas prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo inculpatario, contenidas en la cinta que grabó el otro interlocutor, pero que debe descartarse en el caso presente. Así en primer lugar, la grabación no solo no fue subrepticia sino que consta en la propia conversación que el recurrente fue advertido por Maximiliano de que estaba siendo grabada y que la misma podría usarse en sede policial o judicial, sin que por aquel se hiciera oposición u objeción alguna, lo que permite racionalmente excluir la coacción denunciada sobre la que no existe indicio, ni siquiera sospecha, de su realidad. Y en segundo lugar, porque el contenido inculpatario de la conversación está corroborado -y ello es un dato más para afirmar la voluntariedad de esas declaraciones- por el resto de las pruebas que la sentencia explícita y valora en el fundamento jurídico tercero, tal como analizaremos en el motivo siguiente» (FD 3).

Respecto a la importancia que puede presentar el momento en el que se realiza la grabación de la conversación, se señala que: «Una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría del hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás. En el primero de los casos, no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión. En el segundo, lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido, lo que, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación, podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple *notitia criminis*, necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso.

Las conversaciones que se registraron –(...)– fueron previas o coetáneas a la comisión del delito de cohecho, pues no debe olvidarse que la mera proposición u ofrecimiento de la dádiva supone la consumación del delito»⁶².

62 Que añade que: «La grabación no se efectuó por la víctima que, por definición, no puede identificarse con la persona del funcionario público al que se le ofrece una dádiva, al tratarse de un delito que afecta a los intereses colectivos o generales». La fundamentación anterior se completa con el argumento relativo a la existencia de otros medios de prueba: «Pues bien, en el supuesto de hecho que nos ocupa, aun si admitiéramos la tesis del recurrente, relacionada con la infracción del derecho a no confesarse

En la misma línea, se encuentra la STS 421/2014, de 16 de mayo, sentencia dictada en el conocido caso Mercasevilla, que versa sobre un supuesto de condena por delito de cohecho a algunos cargos públicos de la Junta de Andalucía, como consecuencia de haber condicionado la concesión de la gestión de una escuela de hostelería a la entrega de ciertas cantidades de dinero y en el que los representantes de las empresas a las que se había solicitado el soborno habían grabado las conversaciones en las que se había tratado de las condiciones para la concesión de la gestión de la escuela referida.

Esta sentencia, tras exponer la jurisprudencia de la Sala que relaciona estos supuestos con el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art. 24. 2 CE) y que permitiría entender que la grabación fue preparada mediante un ardid ⁶³, sin embargo, termina

culpable, lo cierto es que las mismas personas que se hallaban presentes durante el desarrollo de la conversación que fue objeto de grabación, testimoniaron en el plenario y fueron preguntadas por las partes acerca de todo aquello que fue considerado de relevancia para las respectivas pretensiones, ofreciendo al Tribunal a quo los elementos necesarios para respaldar el juicio de autoría más allá de toda duda razonable» (FD 7).

63 «Al proyectar la precedente doctrina jurisprudencial al caso que se juzga , todo indica que se está ante un supuesto en que la conversación grabada fue planificada y materializada a iniciativa de los dos denunciados, quienes convencieron a los acusados (...) para que estos accedieran a seguir hablando del pago del dinero que les exigían, al efecto de que los denunciados pudieran grabar las conversaciones y disponer así de una prueba que avalara sus afirmaciones, prueba que les había sugerido el funcionario Jerónimo Segismundo.

Por consiguiente, de una parte, todo denota que se trató de una grabación preparada mediante cierto ardid para que los acusados volvieran a incidir

confirmando la sentencia de condena, dada la singularidad de que en el caso las grabaciones no fueron obtenidas por agentes del Estado, sino por particulares, así como porque existieron otros medios de prueba que sustentan la condena, entre ellos, la declaración en el juicio oral de los testigos-víctimas (*latu sensu*) autores de las grabaciones ⁶⁴.

Para concluir el tratamiento del problema por la corriente jurisprudencial mayoritaria de la Sala Segunda del

en las declaraciones relacionadas con la petición de un dinero integrante de un soborno, teniendo como objetivo específico conseguir una confesión documentada de la conducta delictiva de los acusados, sin que esa declaración autoincriminatoria estuviera precedida, obviamente, de las garantías que prevé la Ley Procesal Penal para prestar una declaración un imputado ante una atribución delictiva. De modo que podría haberse vulnerado el derecho fundamental a no prestar declaración y a no confesarse culpable».

- 64 «Desde otra perspectiva, se dan en el caso unas circunstancias especiales o singulares, habida cuenta que no se está ante un supuesto en el que sean las autoridades o agentes estatales los que obtienen la declaración, excluyéndose así la relación Estado/ciudadano que es el ámbito natural donde operan los derechos fundamentales. A lo que habría de sumarse el dato de que la declaración que hacían era la mera repetición de lo ya dicho anteriormente sin grabación por medio, integrando lo declarado la solicitud de un dinero que ha de catalogarse en sí misma como la conducta punible del tipo penal de cohecho que se les atribuye.

En cualquier caso, el hecho de que consideremos inválida la grabación que impugna la defensa no excluye la prueba de la conducta punible de los acusados, por cuanto, tal como sucedió en los supuestos jurisprudenciales anteriormente referidos, constan también aquí las manifestaciones de las víctimas del soborno (...), quienes de forma clara y concluyente describieron en el plenario la acción de soborno en que incurrieron los acusados Donato Patricio y Justiniano Teodosio, testimonio que fue avalado por el referido Jerónimo Segismundo y por otras pruebas personales y documentales. De modo que, tal como se especifica en la sentencia del Tribunal del Jurado (folio 38), ni siquiera se precisa acudir a la escucha de la grabación para pronunciar la condena contra los acusados».

Tribunal Supremo cabe referirse a la STS 652/2016 de 15 julio, que confirma la sentencia de condena como autor de un delito continuado de estafa, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a un acusado que se dedicaba profesionalmente a la venta y distribución de piensos a través de un almacén, el cual a su vez adquiría dichos productos de una sociedad dedicada a la elaboración y venta de piensos simples, piensos compuestos y abonos a almacenistas-distribuidores y ganaderos. En distintas ocasiones durante los años 2003 a 2008, el acusado acudía todos los días laborales y sábados a comprar y cargar productos a la empresa vendedora, cargando en cada viaje entre 80 y 100 sacos en su camioneta, sustituyendo el albarán que le habían entregado por otro albarán, en el que se hacía constar una cantidad de género muy inferior a la realmente cargada en la camioneta. La cuantía total de las cantidades defraudadas ascendía a 571.590,75 euros.

Entre la prueba de cargo obraba una grabación de una reunión mantenida en las instalaciones de la empresa vendedora entre el acusado y cuatro personas de la empresa, conversación en la que, frente a las directas acusaciones realizadas por los responsables de la empresa, imputándole abiertamente haberse llevado una cantidad de sacos muy superior a la facturada, el acusado no negaba los hechos y parecía solo preocuparse por la manera en que podía calcular la cantidad a la que ascendía lo que se había llevado.

La sentencia, tras exponer detalladamente los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema objeto de

examen, aclara que manifestaciones como las realizadas en el caso no son propiamente una confesión, así como que ni se apreciaba ardid en el caso, ni la grabación constituía un medio de prueba fundamental ⁶⁵.

Expuesta la jurisprudencia de nuestros dos altos tribunales, resulta necesario referirse a la jurisprudencia del TEDH. Especialmente significativa es la STEDH de 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra el Reino Unido ⁶⁶, la cual sitúa muy bien el problema en su contexto.

Para ello se parte de que el derecho a la no autoincriminación forma parte del contenido del derecho a un juicio equitativo contenido en el art. 6. 1 CEDH. En este sentido, señala que «el derecho, que el Tribunal ha señalado anteriormente que se encuentra en el núcleo de la noción de juicio equitativo, sirve en principio para proteger la libertad de un sospechoso a elegir si hablar o permanecer en silencio ante un interrogatorio de la policía. Dicha libertad de elección no es efectivamente respetada en el caso en que, habiendo el sospechoso optado por permanecer en silencio durante

65 En concreto se argumenta: «En el caso actual, como se ha señalado, la prueba es innecesaria, pues existen otras pruebas mas que suficientes para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. Además de ello los intervinientes en la conversación han declarado y confirmado su contenido, al margen de la grabación. Y, por último, no cabe apreciar ardid alguno, pues es claro que la reunión tenía la finalidad de procurar un acuerdo, celebrándose días después de descubierto el hecho, antes de la iniciación del procedimiento, y sin pretender obtener una confesión, que además no se produjo. No ha lugar, en consecuencia, a la nulidad interesada».

66 STEDH (Sección 4ª) de 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra el Reino Unido.

el interrogatorio, las autoridades utilizan un subterfugio para provocar por parte del sospechoso confesiones u otras afirmaciones de naturaleza incriminatoria que no han podido obtener durante los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obtenidas son presentadas como pruebas en el juicio» (ap. 50).

Sin embargo, para determinar si la lesión del derecho a guardar silencio puede dar lugar a la violación del art. 6. 1 CEDH se advierte que deben valorarse todas las circunstancias del caso y atender, como criterio orientador, a las directrices marcadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá. Conforme a estas para que se produjera la lesión del derecho a un juicio justo resultaba necesario un doble requisito: «el derecho al silencio únicamente se infringiría si el informador estuviera actuando como un agente del Estado en el momento de realizar el acusado sus declaraciones y si era el informador quien provocaba que el acusado hiciera las declaraciones» (ap. 51). Y en el caso concurría claramente ese doble requisito.

El investigado se había negado a declarar ante la policía y cuando declaró ante el informador que colocaron en su celda, este actuaba como instrumento de la policía, siguiendo las instrucciones de esta, y, además, estando privado de voluntad y en unas circunstancias de presión psicológica, que solo permitían concluir que su declaración se obtuvo en contra de su voluntad ⁶⁷.

67 Las circunstancias y palabras del tribunal en el caso Allan fueron las

Sin embargo, el tribunal no deja de destacar en esta sentencia las diferencias de este supuesto con su antecedente, el caso Khan (STEDH 27 de mayo de 2000), en el que las declaraciones grabadas mediante elementos de escucha ocultos colocados por la policía se consideran realizadas de forma libre, espontánea y voluntaria, pese a que el acusado no

siguientes: «En este caso, el Tribunal señala que en sus entrevistas con la policía después de su arresto, el demandante, por indicación de su abogado, se había acogido a su derecho a permanecer en silencio. H., que era un informador habitual de la policía, fue puesto en la celda del demandante en la comisaría de Stretford y después en la misma prisión con el propósito específico de obtener del demandante información que le implicara en los delitos de los que era sospechoso. Las pruebas presentadas en el juicio del demandante mostraban que la policía había entrenado a H. y le había dado instrucciones para «empujarle todo lo que puedas». A diferencia de la situación en el asunto Khan, las confesiones supuestamente hechas por el demandante a H., y que suponían las pruebas más importantes o decisivas contra él en el juicio, no eran declaraciones espontáneas hechas de manera voluntaria por el demandante, sino que fueron inducidas por las persistentes preguntas de H. quien, a instancias de la policía, dirigió sus conversaciones a discusiones sobre el asesinato en circunstancias que pueden ser consideradas como el equivalente funcional de un interrogatorio, sin ninguna de las protecciones que tendría un interrogatorio formal por parte de la policía, incluyendo la presencia de un abogado y el uso de las precauciones habituales. Aunque es cierto que no existía ninguna relación especial entre el demandante y H. y que no se han identificado factores de coacción directos, el Tribunal considera que el demandante estuvo sujeto a presiones psicológicas que chocaban con la «voluntariedad» de las declaraciones supuestamente hechas por el demandante a H.: era sospechoso en un caso de asesinato, estaba arrestado y bajo presión directa por parte de la policía en interrogatorios sobre el asesinato, y habría sido susceptible de persuasión para hacer de H., con quien compartió celda durante varias semanas, su confidente. En esas circunstancias, la información obtenida utilizando a H. de esta manera puede ser considerada como habiendo sido obtenida en contra de la voluntad del demandante y su utilización en el juicio iba en contra del derecho del demandante a permanecer en silencio y el derecho a no autoincriminarse».

había consentido ni conocido que sus conversaciones estaban siendo grabadas⁶⁸. Y en el que no se apreció la vulneración del art. 6. 1 CEDH.

En consecuencia, de esta jurisprudencia se desprende que ni es equiparable la obtención de grabaciones por particulares a la obtención de grabaciones realizadas por agentes del Estado, ni, aún en el supuesto de que intentase equipararse la conducta del agente del Estado con la de un particular, el mero hecho de que la grabación se haya realizado sin el consentimiento ni conocimiento del investigado interlocutor no constituye por sí mismo una vulneración del derecho a la no autoincriminación.

En todo caso, la situación a la que nos referimos puede exigir modulaciones en razón de las concretas circunstancias concurrentes, y si la finalidad perseguida por el particular que obtiene la grabación puede ser una de ellas (obtener o no pruebas), también debe serlo forzosamente la ponderación entre los bienes y derechos constitucionales en conflicto, entre ellos el derecho fundamental de acción penal de la víctima, que conforme a la jurisprudencia constitucional

68 En el caso Khan se mantuvo: «Además, como consideró la Cámara de los Lores, las declaraciones del demandante durante la conversación con B. fueron hechas voluntariamente, sin trampas y sin ser inducido a realizarlas. La «ilegalidad» denunciada en el presente caso se refiere exclusivamente al hecho de que no existía competencia legal para la injerencia en el derecho del demandante al respeto de su vida privada y que, en consecuencia, dicha injerencia no estaba «prevista por la Ley», tal y como se interpreta esta frase en el artículo 8.2 del Convenio» (STEDH Sección 3ª, de 27 de mayo de 2000, ap. 36).

forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), o incluso quizá el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24. 2 CE), según se profundizará al abordar esta cuestión en el capítulo segundo.

b) Sujeto pasivo: investigado, detenido y preso provisional.

En el régimen jurídico contenido en la LECrim respecto de la captación y grabación de las comunicaciones orales directas, puede distinguirse entre un régimen jurídico general y un régimen jurídico específico. El régimen jurídico general se establece principalmente en el art. 588 *quater* LECrim, que resulta aplicable a las conversaciones orales directas que mantenga el investigado con terceros, pero no a las conversaciones que se mantengan entre terceros y colaboradores o testafierros del investigado.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, a diferencia de los que sucede con otras diligencias de investigación, como la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588. *ter* c LECrim) o la captación de imágenes en lugares públicos (art. 588 *quinquies* a 2 LECrim), que contemplan la posibilidad de que las diligencias de investigación puedan afectar a personas diferentes del investigado, no sucede así en la regulación específica de la captación y grabación de conversaciones (art. 588 *quater* LECrim), con el añadido de que la disposición común al respecto (art. 588 *bis* LECrim) remite este extremo a los casos y condiciones que determinen

las disposiciones específicas de cada medida ⁶⁹.

En definitiva, como con gran claridad señala la FGE, «la autorización judicial habilita para la captación o grabación de las conversaciones que cualquier persona ajena a la investigación pudiera mantener con el investigado (...). Sin embargo, no será posible, de manera análoga a lo que autoriza el art. 588 ter c para la interceptación de comunicaciones, captar o grabar conversaciones de un tercero del que se sirva el sujeto investigado para transmitir o recibir información o que colabore con el investigado o que se beneficie de su actividad. En estos casos, o se convierte a este tercero en investigado, justificando en la resolución judicial que autorice la medida las sospechas que pudieran existir sobre él, o no se podrán captar o grabar sus comunicaciones orales directas. Así resulta de la interpretación conjunta de los arts. 588 bis h y 588 quater a» ⁷⁰.

Por otra parte, ese régimen jurídico general comprende la especialidad prevista en el art. 282 bis 7 LECrim, que resulta de aplicación cuando la grabación de las conversaciones e imágenes del investigado las lleve a cabo un agente encubierto y que, a mi juicio, no es sino una concreción de ese régimen jurídico general respecto del que no se establece especialidad alguna y que requiere también de previa autorización judicial para la grabación de las conversaciones que se mantengan

69 CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4. 3. 2 y SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., pp. 197-198.

70 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 9.

en los encuentros previstos entre la persona investigada y el agente encubierto ⁷¹.

Junto al anterior régimen jurídico general, la LECrim contiene el régimen jurídico específico que viene constituido por lo dispuesto en los arts. 118. 4 y 520. 7 LECrim respecto de las conversaciones orales directas que el investigado mantenga con su abogado, y que, dada su ubicación sistemática, ha pasado desapercibido para la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de esta materia.

En el primer precepto, en el que se contiene la regulación esencial, se dispone como regla general el carácter confidencial de todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado; disposición que encuentra justificación en las exigencias del derecho a la defensa del investigado en el proceso penal. Y, en consecuencia, si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna diligencia de investigación, el juez ordenará la eliminación de la grabación, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

No obstante, existe una excepción en la que se permite la captación y grabación de las conversaciones entre el investigado o encausado y su abogado, en el supuesto de que se constate la existencia de indicios objetivos de la

71 Mayor enjundia presenta la regulación del agente encubierto informático realizada en el art. 282 *bis* 6 LECrim. Vid. Sobre este diferente supuesto, BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., pp. 110-123 y ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 242 y ss.

participación del abogado en el hecho delictivo investigado, o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal; norma excepcional que se introduce sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria y que responde a las pautas marcadas por la jurisprudencia del TEDH ⁷². En este caso, aunque el precepto no lo diga, debe entenderse aplicable lo dispuesto en el régimen jurídico general, según el cual, como se ha visto, resulta necesaria la previa autorización judicial (arts. 118. 4 LECrim).

Además, el régimen jurídico específico aplicable a las conversaciones orales directas que mantenga el investigado con su abogado resulta aplicable también a las conversaciones que mantenga con su abogado el investigado que se encuentra detenido o en situación de prisión provisional, según se desprende de la remisión que el art. 520. 7 hace al art. 118. 4, ambos de la LECrim, y del contenido y ubicación sistemática del primer precepto, que se refiere de forma reiterada a los derechos del detenido y del preso provisional (apartados 1, 2 y 8 del art. 520 LECrim) y que encabeza el capítulo IV del Título VI del Libro II y lleva por rúbrica «Del ejercicio

72 En esta se considera que la intervención sobre las comunicaciones entre un preso y su abogado solo debería ser autorizada en casos excepcionales, si las autoridades creen que la comunicación constituye una amenaza para la seguridad del establecimiento o de terceros, o reviste carácter delictivo, y existen hechos o informaciones susceptibles de persuadir a un observador objetivo de que se abusa de la vía privilegiada de comunicación (STEDH de 25 de marzo de 1992, caso *Campbell c. Reino Unido*, ap. 48). Más recientemente en igual sentido STEDH de 24 de mayo de 2018, caso *L. contra Francia*, ap. 44.

del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos».

Con ello, se colma la laguna legal que reprochaba la STC 145/2014, no solo respecto de la grabación de las conversaciones del detenido en dependencias policiales, sino también respecto de quien se encuentre en situación de prisión provisional y, además, ampliando las posibilidades de intervención de las comunicaciones del preso provisional con su abogado previstas en el art. 51. 2 LOGP.

Este artículo permite que las comunicaciones del preso provisional con familiares y allegados puedan ser intervenidas por decisión motivada del director del centro penitenciario por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento (art. 51. 1 y 5 LOGP). Pero establece un régimen específico respecto de las comunicaciones de los internos con el Abogado. Conforme a este, no podrán ser suspendidas o intervenidas, salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. En el régimen penitenciario ambos requisitos -autorización judicial y que interno lo esté por indicios de participación en delitos de terrorismo- deben cumplirse de forma cumulativa, según se ha encargado de precisar tanto la jurisprudencia del TC (STC 183/1994), como la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS (STS 173/1998).

Sin embargo, en el régimen jurídico establecido en los arts. 118. 4 y 520. 7 LECrim, aunque también deba considerarse que resulta necesaria la previa autorización

judicial, no se limita a los supuestos de delitos de terrorismo, sino que se extiende a todos los supuestos en los que existan indicios objetivos de la participación del abogado junto con el investigado en un hecho delictivo, aunque no sea de terrorismo.

Sobre este particular, la previsión legal quizá sea excesivamente amplia, pues permite que se intervengan las conversaciones del investigado con el abogado, no solo cuando existan indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado, supuesto en que debe tratarse de delitos graves en los términos definidos en el art. 588 *quater* b; sino también cuando los indicios sean de participación del abogado junto con el investigado en la comisión “de otra infracción penal”, supuesto en el que no puede prescindirse de las exigencias del principio de proporcionalidad, ni de las del principio de especialidad, que requieren que las medidas se acuerden para investigar un delito concreto y evitar que se adopten con carácter prospectivo diligencias generales e indiscriminadas.

B) Presupuestos objetivos

La posibilidad de que se acuerde la captación y grabación de las comunicaciones orales presenciales se limita a la concurrencia de unos requisitos objetivos específicos (art. 588 *quater* b LECrim).

El primero se refiere a la clase de delito que se está investigando, admitiéndose esta diligencia de investigación

cuando concurra alguno de estos tres supuestos: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo ⁷³.

La gravedad de las dos últimas clases de delitos suele admitirse de forma pacífica. Sin embargo, considerar delitos graves a efectos “procesales” lo que son delitos menos graves a efectos “penales” (arts. 13 y 33 CP), pues la cualidad de grave se reserva para la pena de prisión superior a los cinco años, supone una suerte de incoherencia que atenta contra la unidad del ordenamiento y cuya corrección se propuso en los debates parlamentarios ⁷⁴. No obstante, su rechazo puede encontrar justificación en proporcionar cobertura legal a la investigación de delitos que en atención a la gravedad de la pena tienen la consideración de delitos menos graves, pero que poseen una considerable trascendencia social, como los relacionados con el tráfico de influencias o la malversación de caudales públicos ⁷⁵.

73 La referencia a los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión fue incluida durante la tramitación pues el Anteproyecto, junto a delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo, se refería a además a los delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, u otros delitos que pudieran considerarse en el caso de especial gravedad. A favor de la redacción original del Anteproyecto se manifiesta MARCHENA GÓMEZ, *La reforma de la Ley...*, ob. cit., pp. 350-1.

74 CASANOVA MARTÍ, R.: *La captación y grabación ...*, ob. cit., pp. 7 y 16 propone la reforma legal para reservar esta diligencia para los delitos castigados con pena con límite máximo de, al menos, cinco años de prisión.

75 DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit, pp. 292-293.

Si en el curso de la ejecución de la diligencia dirigida a la investigación de alguna de esas tres clases de delitos se descubrieran casualmente otros delitos distintos (arts. 588 *bis* i y 579 *bis*) se ha mantenido que podrían también investigarse a través de las escuchas de las conversaciones orales, si el nuevo delito descubierto fuera también una de esas tres clases de delitos, o versando sobre otra materia diferente, o estando castigados con menor pena, mantienen conexidad fáctica *ex ante* con aquellos ⁷⁶.

A mi juicio, resulta adecuada la aplicación de la doctrina del hallazgo casual en los términos definidos legalmente (arts. 588 *bis* i y 579 *bis*), especialmente si existe conexidad, pero siempre que se trate de un supuesto de acumulación en el que también resultan indicios inculpativos respecto de los hechos inicialmente investigados, sin que parezca que resulten admisibles las grabaciones que solo se refieran a delitos distintos de los que justificaron la solicitud de las escuchas, salvo que los nuevos delitos descubiertos cumplan los requisitos establecidos en el art. 588 *quater* b LECrim.

En otro caso, no parece que se cumplan con las exigencias de proporcionalidad, que ni siquiera se cumplen automáticamente por el hecho de que se trate de alguno de los supuestos art. 588 *quater* b LECrim ⁷⁷, como ha expuesto con claridad la FGE: «la enumeración de un catálogo de

76 VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 3.

77 En este sentido, DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit., p. 294.

comportamientos delictivos no agota las exigencias del principio de proporcionalidad. Quiere esto decir que la simple concurrencia del presupuesto, esto es, la investigación de uno de los delitos comprendidos en el precepto, no tiene por qué colmar las exigencias del principio de proporcionalidad. En consecuencia, cuando se trate de las formas más graves de intromisión en los derechos fundamentales del investigado deberá siempre exigirse una motivación reforzada que justifique la proporcionalidad de la medida desde la perspectiva de la gravedad del comportamiento delictivo investigado»⁷⁸.

El segundo requisito objetivo, específico de esta medida hasta el punto de singularizarla del resto de diligencias restrictivas y que tiene marcada dimensión temporal, consiste en que la utilización de los dispositivos de captación y grabación de las conversaciones esté vinculada a las comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios “encuentros concretos” y previsibles del investigado.

La finalidad de este requisito es evitar la captación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas y para su garantía efectiva se exige la desactivación del dispositivo de escucha cuando termine la conversación que tenga lugar en el concreto encuentro ⁷⁹. Por otra parte, el

78 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 16.

79 En palabras del preámbulo de la LO 13/2015: «Esta medida solo podrá acordarse para encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. Por tanto, no caben autorizaciones de captación y grabación

concreto encuentro o encuentros –admite la ley que los encuentros pueden ser uno o varios, pero todos concretos– debe ser previsible a la luz de «indicios puestos de manifiesto por la investigación», lo que presupone que esta diligencia de investigación de las conversaciones orales presenciales no puede acordarse en la fase investigadora inicial, debiendo quedar reservada a un estado más avanzado de la investigación, en la que la existencia de los indicios de los encuentros o reuniones pueden derivar de que previamente se han llevado a cabo seguimientos policiales o escuchas telefónicas o telemáticas ⁸⁰.

La ley, al determinar las exigencias de motivación de la resolución judicial que autorice esta diligencia de investigación, solo especifica que, junto a las exigencias genéricas de las resoluciones judiciales que habilitan las medidas tecnológicas (art. 588 *bis* c LECrim), la resolución judicial debe contener «una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia».

Por lo tanto, un elemento importante para la concreción del encuentro es la determinación del lugar o dependencia en que previsiblemente vaya a producirse en encuentro.

de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del artículo 588 quater c».

80 SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., p. 199 y VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 3.

Precisar que el encuentro que regula el legislador es el encuentro clásico, el encuentro físico o presencial, pues la captación de los sonidos o imágenes de un encuentro virtual requeriría la adopción de una diligencia de interceptación de comunicaciones telemáticas. No obstante, lo anterior no implica necesariamente que el elemento de escucha se coloque en un objeto inanimado, pudiendo ser colocado en una persona (colaborador o agente encubierto) que acuda al lugar donde se desarrolle el encuentro ⁸¹.

Un segundo elemento relevante para la concreción del encuentro es el de la persona o personas con las que se vaya a reunir el investigado. La ley solo requiere que al encuentro acuda el investigado, pero la identificación del resto de algunos otros asistentes sirve para individualizar la reunión, para lo que debe resultar suficiente con referencias identificativas amplias o genéricas ⁸².

Buen ejemplo de autorización de captación de conversaciones orales mediante elementos de escucha para un encuentro concreto locativa y subjetivamente individualizado es del que da cuenta el AAP Valencia de 30 de mayo de 2019, en el que, frente al reproche de falta de concreción de las reuniones esgrimido por el apelante, se argumenta que frente a lo manifestado por el recurrente en las resoluciones impugnadas «se concretan personas y

81 En este sentido, VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 4 y Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 20.

82 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, pp. 13-14.

lugares no adoleciendo en modo alguno de indefinición las reuniones objeto de investigación, y por ende, de captación y grabación. Existe tanto precisión o concreción locativa como una precisión o concreción subjetiva, esto es, de las personas que previsiblemente acudirán a las reuniones, sin que resulte indispensable la identificación precisa de todos y cada uno de los asistentes»⁸³.

Un tercer elemento que contribuye a concretar el encuentro es la delimitación del momento o lapso temporal en el que va a tener lugar la reunión, aportando los indicios que se tienen sobre la previsibilidad del encuentro, aunque no se precise con exactitud⁸⁴.

83 Auto 557/2019, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5ª). Previamente se detallaba que «en el auto de fecha 23 de febrero de 2018 (...) se describen con sumo detalle las dos reuniones que van a ser objeto de la vigilancia, a saber: la reunión entre don Imanol y don Gabriel en la ciudad de Alicante y la reunión don Tomás y don Gabriel en Madrid, con indicación de los agentes concretos que van a llevar a cabo la diligencia, y con prolija exposición de los hechos objeto de investigación, de las relaciones de los investigados, de la relevancia de las citadas reuniones para el esclarecimiento de los hechos y la posible participación en los mismos de los investigados. Las mismas consideraciones son predicables respecto a la captación y grabación con utilización de dispositivos electrónicos autorizada en virtud de Auto de fecha 25 de febrero de 2018 (...) relativa a la reunión a llevar a cabo en la denominada “ciudad de la Raqueta”, y en virtud de Auto de fecha 18 de abril de 2018 (...), respecto a la reunión prevista en las dependencias del Hotel Wellington en la denominada “Sala Wellington Club” entre el investigado recurrente don Gabriel y don Tomás».

84 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 14, en la que se dice que «De esta manera, tan concreto resultaría la previsión de un encuentro en un día y hora determinado, como, por ejemplo, la previsión de los encuentros que el investigado vaya a tener con su asesor contable, en la oficina de este, en los 30 días siguientes a la adopción de la medida».

Otro ejemplo, esta vez de falta de concreción del encuentro es el AAP Sevilla de 9 de noviembre de 2016. El Ministerio Fiscal solicitó que se autorizase la sonorización de un vehículo, «si bien condicionada a que se limite a los encuentros concretos que, en relación con la investigación de un delito de tráfico de drogas, se lleven a efecto en su interior por parte de la persona usuaria habitual del mismo e investigada de modo principal con el resto de las personas, ya identificadas en las actuaciones, que también lo están siendo, con exclusión de las conversaciones de aquel con otros miembros de la organización».

La diligencia se rechazó por la instructora por «considerar que, tal como se solicita, no queda circunscrita a “... uno o varios encuentros concretos...”, en los términos previstos en el artículo 588 *quater* b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que abarcaría a todos los encuentros, indeterminados e imposible de cuantificar, que con otros investigados pudieran producirse en el interior del vehículo durante un mes».

En el caso los aspectos subjetivos y locativos del encuentro o encuentros parecían suficientemente identificados, pero no su dimensión temporal, que resultaba excesivamente amplia o genérica, como pone de manifiesto la Audiencia, al confirmar el criterio de la instructora. En este sentido, se razona que «en la solicitud no se hace mención a ningún encuentro concreto que, con un grado aceptable de previsión, vaya a poder tener lugar en un momento acotado por una referencia temporal no muy amplia, que es independiente del marco temporal para el que se interesa de un mes en cuanto

dentro de este no se identifica ningún encuentro con una mínima concreción, y que pueda llegarse a producir entre la investigada con carácter principal y personas específicas del grupo de los demás investigados, con circunstancias diversas de nacionalidad o residencia, que se enumeran en el apartado 2 de la solicitud»⁸⁵.

Como la resolución judicial puede autorizar la grabación de las conversaciones que tengan lugar en uno o varios encuentros, en los casos en los que se autorice su uso para grabar las conversaciones de varios encuentros, se plantea, si una vez terminado el primer encuentro, es preciso desinstalar el elemento de escucha y grabación, o basta con que sea desactivado a distancia, sin necesidad de desinstalarlo y volver a instalarlo para el próximo encuentro.

85 Auto 941/2016, de 9 de noviembre de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª). Se añade que «La existencia de indicios de que en el interior del vehículo se “... continuarán manteniendo conversaciones relacionadas con las continuas actividades ilícitas, y que las mismas se desarrollarían con otras personas vinculadas a la actividad delictiva investigada...”, en cuanto no se han concretado mínimamente en un previsible encuentro en los términos antes mencionados, del que con un grado de fiabilidad razonable se hubiera podido obtener información por otros medios, determina el que no podamos considerar injustificada la valoración efectuada por la Instructora, sin perjuicio que, de aportarse esa mínima concreción, resultaría procedente la medida solicitada en cuanto idónea y proporcional para poner fin a las presuntas conductas delictivas de carácter grave que se están investigando, sin que, no obstante lo expuesto, dadas las dificultades de todo orden para la instalación del equipo de captación, sea exigible una concreción muy exhaustiva y de previsión temporal inmediata, o excesivamente próxima, que de hecho impidiera, o hiciera muy difícil, su implantación».

Aunque la mayor defensa de los derechos del investigado pueda llevar a mantener la necesidad de desinstalar los dispositivos de escucha y grabación del lugar en el que se colocaron⁸⁶, los riesgos que la instalación y desinstalación del dispositivo podría generar para la investigación y el propio Preámbulo de la Ley 13/2015, que se limita a justificar la desactivación del dispositivo tan pronto termine la conversación, permiten entender que una vez terminado el encuentro bastaría con desactivar los dispositivos de escucha⁸⁷, sin necesidad de desinstalarlos y solicitar autorización judicial para una nueva activación antes del posterior encuentro. La eventual responsabilidad penal del agente policial que escuchara o grabara alguna conversación en los periodos no autorizados debería considerarse garantía (penal) suficiente del derecho fundamental del investigado⁸⁸.

Por último, no se puede ocultar que la mayoría de la doctrina ha puesto de manifiesto que este requisito relativo a los “encuentros concretos” puede poner en entredicho la eficacia o virtualidad de esta diligencia⁸⁹, especialmente en los supuestos en los que se investiguen delitos cometidos

86 SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., p. 205.

87 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 15.

88 En esta línea, VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 3.

89 CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4. 3. 2; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 3; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., pp. 187-188. y Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 3.

por grupos u organizaciones criminales⁹⁰, lo que ha llevado incluso a proponer su supresión en una futura reforma legal con las adaptaciones necesarias –como la limitación de su tiempo de duración–, pues la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada exige investigar secuencias continuadas y sistemáticas y en la realidad las noticias del encuentro concreto se alcanzan con muy poca antelación⁹¹.

A mi juicio, es razonable la propuesta de reforma en pro de la efectividad de la diligencia de investigación, así como la necesidad de que su eventual supresión exigiría el establecimiento de un tiempo máximo de duración de la medida, pero creo que la reforma debería hacer algo más, consistente en regular o modular los requisitos objetivos que se están analizando, en atención al grado de injerencia de la medida en los derechos fundamentales del investigado. En este sentido, considero que la previsibilidad del encuentro

90 Lo que tampoco significa que no sea factible, pues, como advierte la Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 14, «suele ser frecuente, en el caso de organizaciones o grupos criminales, que sus integrantes mantengan reuniones periódicas en lugares concertados previamente con la finalidad de preparar y desarrollar su actividad delictiva, evitando de esta forma una eventual interceptación de sus comunicaciones. Se trataría, por ejemplo, de reuniones una vez a la semana en el interior de un vehículo o en un determinado establecimiento público. En estos casos, si conforme a lo anteriormente expuesto puede concretarse el lugar y las personas asistentes a la reunión, bastaría con la aportación de indicios fundados acerca de la previsibilidad de esos encuentros (como podría ser su repetición en varias ocasiones rodeados de medidas de seguridad), para considerarlos concretos en el lapso temporal al que alcance esa previsibilidad (una o varias semanas, por ejemplo) (este es el caso que analiza el AAP de Madrid, Sección Decimosexta, de 28 de junio de 2017)».

91 VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 3.

podría ser razonable cuando los dispositivos de grabación se vayan a instalar en el domicilio del investigado y, con mayor razón, si contempla la captación simultánea de imagen. Sin embargo, quizá no fuera desproporcionado no exigir el requisito del encuentro concreto cuando el elemento de escucha fuera instalado en un vehículo.

Por último, el tercer requisito objetivo exigido para la autorización de la captación de conversaciones presenciales es que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos relevantes para la investigación, es decir, para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor (art. 588 *quater* b, 1, b LECrim), lo que debe interpretarse como una concreción de los principios de excepcionalidad y necesidad previstos en el art. 588 *bis*, a, 4, b) LECrim ⁹².

4. Algunas cuestiones de procedimiento.

Según se advirtió *supra*, el capítulo IV del Título VIII del Libro II de la LECrim (arts. 588 *bis* a- 588 *bis* k) contiene las disposiciones comunes a las denominadas diligencias de investigación tecnológicas, entre las que se encuentran la captación y grabación de comunicaciones orales y a las que, en principio, les son de aplicación, salvo en algunos casos en los que la regulación general puede perder sentido con relación a alguna diligencia de investigación concreta.

Esa aplicabilidad común a todas las diligencias también se extiende a las cuestiones de forma, tales como forma y contenido de la solicitud y de la resolución judicial habilitante, la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto, el cese de la medida o la destrucción de registros.

Sin embargo, respecto de estas cuestiones formales, la ley admite matizaciones y modulaciones al diseñar el régimen específico de cada diligencia de investigación, como se desprende del Preámbulo cuando señala que «cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad». Por ello, en las páginas siguientes comentaremos brevemente las disposiciones comunes aplicables a la diligencia de captación de conversaciones presenciales y la singularidad que pueden presentar en su aplicación a esta diligencia, así como las previsiones especiales que la ley establece para esta diligencia específica.

4. 1. Solicitud de la diligencia.

La diligencia puede ser acordada por el juez instructor, de oficio o a instancia de autoridad pública, concretamente, a instancia del Ministerio Fiscal, o de la Policía Judicial (art. 588 *bis b* LECrim).

La ley regula con detalle el contenido de la solicitud de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, técnica legal que persigue salir al paso de ciertos usos forenses que se desean atajar. En este sentido, el Preámbulo de la LO 13/2015 razona que: «La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia».

En consecuencia, se establece que la solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial habrá de contener:

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

Respecto de estas cuestiones debe tenerse en cuenta que la descripción del hecho objeto de investigación debe coincidir con aquellos delitos para cuya investigación se autoriza la diligencia de grabación de conversaciones presenciales en el art. 588 *quater* b LECrim (sancionados con pena de prisión con límite máximo de al menos 3 años, cometidos por grupos u organizaciones criminales, o delitos de terrorismo).

Por otra parte, que a diferencia de lo que sucede con otras diligencias restrictivas de derechos fundamentales (comunicaciones telefónicas o telemáticas ex art. 588 *ter*

c LECrim), la diligencia de grabación de conversaciones presenciales no puede afectar exclusivamente a terceros relacionados con el investigado, según se razonó antes.

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

Con relación a esta cuestión deberán fundamentarse los indicios de los hechos que constituyen presupuestos de esta diligencia, como los indicios de la previsibilidad de los encuentros concretos en los que vayan a producirse las conversaciones –expresando, en su caso, las diligencias de cuya práctica se desprenden (previos seguimientos policiales o previas escuchas telefónicas)-, o los indicios de que la utilización de los dispositivos aportará datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

Además, deberá razonarse sobre la necesidad de la medida en el sentido del art. 588 *bis* a LECrim, ante la insuficiencia de las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento.

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

Además de datos de identificación del investigado – que sirvan para individualizarlo-, deberán mencionarse los concretos dispositivos electrónicos que se persigue utilizar para la captación y grabación de las conversaciones y, en su caso, de las imágenes.

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

Esta información es de gran importancia, dada la alta potencialidad de intromisión de la diligencia en los derechos fundamentales del investigado ante el alcance de la medida que habilita el art. 588 *quater* a LECrim.

En consecuencia, deberá concretarse si se solicita solo la captación de conversaciones, o se solicita simultáneamente la captación de imágenes, e igualmente, deberá explicarse en su caso porqué se solicita que la diligencia se practique en el domicilio del investigado, o en otros espacios vinculados a una mayor privacidad y motivarse las razones por las que resulta necesaria la extensión de la medida que se solicita.

5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, la forma de ejecución de la medida y el sujeto obligado que la llevará a cabo, si se conoce y la duración de la medida solicitada (art. 588 *bis* b, 5º, 6º, 7º y 8º LECrim).

Respecto de la duración de la medida solicitada, deberá explicarse el momento o lapso temporal en el que

resulta previsible que tenga lugar el encuentro o encuentros concretos.

Por lo demás, esa solicitud y el resto de actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa (art. 588 *bis* d LECrim).

4. 2. Resolución judicial de autorización.

Como antes se dijo, a diferencia de otras diligencias que pueden ser acordadas por la policía judicial de forma general, o en casos de urgencia, la diligencia de captación de conversaciones presenciales requiere siempre previa resolución judicial ⁹³.

93 La razón de ser de la mayor protección legal a las comunicaciones orales directas del investigado resulta de la vinculación de las conversaciones orales al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), conforme a la STC 145/2014, cuya afectación requiere de autorización judicial, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad o con el derecho a la propia imagen, cuya restricción no requiere resolución judicial (art. 18. 1 CE).

Incluso el grado de protección legal de las conversaciones presenciales es todavía mayor que el de las comunicaciones telefónicas expresamente consagradas en el art. 18. 3 CE, ya que éstas en casos de urgencia y respecto de determinados delitos (terrorismo) pueden ser intervenidas por orden de la autoridad gubernativa con convalidación judicial posterior (art. 588 ter. 3 LECrim). Por el contrario, para la captación y grabación de conversaciones orales presenciales, se requiere en todo caso previa autorización judicial, posiblemente por la potencialidad altamente invasiva de derechos fundamentales de esta diligencia.

A) Competencia, forma y procedimiento.

La resolución judicial que resuelva sobre la solicitud, o la acuerde de oficio, se dictará por el juez instructor y mediante la misma se autorizará o denegará la medida solicitada mediante resolución con forma de auto, por ende motivado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Por juez instructor habrá que entender, con arreglo a las normas delimitadoras de la competencia, el Juzgado de Instrucción, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el Juzgado Central de Instrucción o el magistrado instructor de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁹⁴.

Esta resolución se dictará con prontitud y, en todo caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud; si bien, el plazo podrá interrumpirse cuando el juez requiera una ampliación, o aclaración de la solicitud (art. 588. *bis* c LECrim).

B) Contenido.

Este se determina en el art. 588 *quater* c LECrim, que además de remitirse a las exigencias genéricas del art. 588 *bis* c LECrim, establece unas previsiones específicas.

⁹⁴ Como advierte con relación a las causas contra aforados VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 2.

Con relación a las exigencias genéricas del art. 588 *bis* c LECrim, no presentan especialidad con relación a esta diligencia la expresión de la identidad de los investigados (art. 588. *bis* c 3, b LECrim), de la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención (art. 588. *bis* c 3, d LECrim) o de la finalidad perseguida con la medida (art. 588. *bis* c 3, g LECrim).

En cambio, sí presentarán singularidad otras exigencias genéricas. Así, respecto de la expresión del hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica y de los indicios racionales en los que funde la medida (art. 588. *bis* c 3, b LECrim), debe tenerse en cuenta que, al igual que en la solicitud policial, la descripción del hecho objeto de investigación debe coincidir con aquellos delitos para cuya investigación se autoriza la diligencia de grabación de conversaciones presenciales en el art. 588 *quater* b LECrim (sancionados con pena de prisión con límite máximo de al menos 3 años, cometidos por grupos u organizaciones criminales, o delitos de terrorismo).

En segundo lugar, con relación a la extensión de la medida de injerencia, con especificación de su alcance y a la motivación sobre el cumplimiento de los principios rectores (art. 588. *bis* c 3, c LECrim), la resolución judicial deberá concretar si autoriza solo la captación y grabación de conversaciones, o autoriza también la captación y grabación de imágenes, e igualmente, deberán motivarse las razones por las que resulta necesaria esa extensión de la medida que se solicita (art. 588 *quater* a. 3 LECrim).

En tercer lugar, con relación a la duración de la medida y a la forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida (art. 588. *bis* c 3, e y f LECrim), ambos contenidos vienen condicionados por el requisito del “encuentro concreto”.

A diferencia de lo que sucede con otras diligencias de investigación, respecto de las que se establecen unos plazos máximos de duración de la medida de injerencia, en esta diligencia de investigación la duración viene determinada por el momento o lapso temporal en el que se prevé que se producirán los encuentros, encuentros cuyas coordenadas temporales deberá concretar el auto autorizante. Este también deberá precisar la forma y periodicidad con la que el solicitante debe informar al juez sobre los resultados, resultando razonable que requiera que el solicitante –policía judicial o Ministerio Fiscal– informe al juez sobre los resultados, tras la celebración de cada encuentro autorizado, sea este uno o varios ⁹⁵.

95 Sobre este extremo, la Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 17-18 señala que «La forma y periodicidad de informar al Juez sobre los resultados de la medida también presenta alguna peculiaridad en este caso. Al no tratarse de una diligencia de ejecución prolongada en el tiempo sino condicionada por la existencia de encuentros concretos, lo habitual será que se dé cuenta al Juez inmediatamente después de la celebración del encuentro que constituye su objeto. Esta regla podrá ceder, debiendo motivarse en cada supuesto concreto, cuando se autorice la medida para varios encuentros muy próximos entre sí o que deban ser considerados en su conjunto para dar sentido a la medida».

Por último, añade la FGE con relación a las exigencias genéricas del auto autorizante que la previsión relativa a que el auto habilitante indique el sujeto obligado que llevará a cabo la medida (art. 588 *bis* c.3.h LECrim)

Junto a las previsiones genéricas relativas al contenido de la resolución judicial reguladas en el artículo 588 *bis* c LECrim, la ley incorpora unas previsiones específicas respecto al contenido de la resolución judicial que autorice la captación y grabación de conversaciones presenciales, conforme a las cuales dicha resolución deberá contener «una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia» (art. 588. *quater* c LECrim).

Ya hemos analizado al abordar los presupuestos objetivos de esta diligencia de investigación las exigencias espacio temporales derivadas del requisito relativo a los “encuentros concretos”, apartado al que nos remitimos. Limitémonos ahora a recordar que la resolución judicial autorizante debe concretar las coordenadas espacio-temporales en las que previsiblemente se desarrollarán el encuentro o encuentros autorizados, así como que la preocupación legal por la concreción de las coordenadas espaciales no implica necesariamente que el elemento de escucha se coloque en un objeto inanimado, pudiendo ser colocado en una persona (colaborador o agente encubierto)

tiene sentido en el caso de las medidas de intervención telefónica y telemática, porque requieren de la colaboración de un operador de comunicaciones para llevarse a efecto. Sin embargo, en los supuestos de la captación y grabación de comunicaciones orales, normalmente la medida se desarrollará sin necesidad de la colaboración de un tercero. No obstante, podría ser también de aplicación en estos casos, si en alguna ocasión se pretendiera utilizar alguna infraestructura de captación o grabación de imágenes o sonido ya existente.

que acuda al lugar donde se desarrolle el encuentro ⁹⁶.

También resulta necesario recordar que la resolución habilitante debe tener en cuenta el lugar y dependencias en los que tendrá lugar el encuentro o reunión que será grabado, a la hora de ponderar y motivar la necesidad y proporcionalidad de la diligencia de investigación autorizada ⁹⁷, siendo exigible una motivación reforzada cuando los dispositivos se vayan a instalar en el domicilio, o en algún otro espacio destinado al ejercicio de la privacidad (art. 588 *quater* a. 2 LECrim).

Para concluir también se debe reiterar que la ley, como justifica el Preámbulo de la LO 13/2015, regula con detalle el contenido de la solicitud y de la resolución judicial que acuerda la adopción de diligencias restrictivas de derechos fundamentales para evitar ciertas prácticas forenses -casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales de motivación lacónica- que pueden redundar en la vulneración de los derechos fundamentales por falta de motivación.

Sin embargo, resulta también preciso advertir que no toda infracción formal de los requisitos relativos al contenido de la resolución judicial habilitante establecidos en los arts.

96 En este sentido, VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 4 y Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 20.

97 En este sentido, la Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 20, manifiesta que «De esta manera, por ejemplo, existirán dependencias del domicilio familiar del investigado cuya vigilancia únicamente debería ser autorizada en los casos más graves y extremos de ataques a bienes jurídicos especialmente relevantes (como podría ser la vida de una persona en un caso de secuestro, por ejemplo)».

588 *bis* c y 588 *quater* c LECrim tendrán la referida dimensión constitucional, así como que la licitud constitucional de la técnica de motivación por remisión de las resoluciones judiciales, consistente en la remisión a la motivación del oficio policial a través del que se solicita la medida, ha sido declarada reiteradamente por la jurisprudencia constitucional.

Así lo pone de manifiesto precisamente con relación a la diligencia objeto de nuestro estudio la SAP Huesca de 10 de julio de 2019, recogiendo la jurisprudencia al respecto: «En cuanto a la motivación, la doctrina admite la motivación por remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en su caso del Ministerio Fiscal, si “contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad”, sentencia de 22 de octubre de 2013 que se apoya en las sentencias del Tribunal Constitucional (...), y del Tribunal Supremo (...), que cita. Y añade, “los autos de autorización de intervenciones telefónicas [doctrina aplicable a los de captación de comunicaciones orales y de seguimiento] pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el Órgano Jurisdiccional carece por sí mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial”, como señalan

las sentencias (...)»⁹⁸.

4. 3. *Ejecución y control de la diligencia.*

Aunque nada se disponga expresamente, la ejecución de la medida se llevará a cabo normalmente por la policía judicial, según se desprende de la regulación de los preceptos dedicados a la solicitud de la diligencia (art. 588 *bis* b LECrim), a la rendición de información sobre los resultados de la medida (arts. 588 *bis* g y 588 *quater* d LECrim), o a la destrucción de los registros electrónicos que se hayan utilizado en la ejecución de la medida (art. 588 *bis* k 3 LECrim).

Respecto del control sobre la ejecución de la diligencia, en la regulación específica de esta medida se dispone que la Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés (art. 588 *quater* d LECrim).

Este precepto contempla la rendición de cuentas al juez sobre los resultados de la ejecución de la medida, a fin de que dado el grado de incidencia de la diligencia sobre los derechos fundamentales del investigado exista control judicial sobre su práctica *ex ante*, mediante su autorización a través de auto motivado, y *ex post*, mediante la información de la policía judicial al juez instructor que la autorizó.

98 Sentencia 91/2019, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1ª).

Según se decía antes, la autorización de la ejecución de esta medida para encuentros concretos del investigado determinará que la policía judicial deba informar al juez sobre los resultados de la medida, tras la celebración de cada encuentro autorizado, sea este uno o varios.

Respecto del contenido del informe, conforme se ha dicho, este comenzará con la justificación, mediante su aportación al juez, de los registros que contengan las conversaciones y, en su caso, imágenes grabadas, exigiendo el precepto que se acompañen los soportes originales, o copia electrónica auténtica. Por copia auténtica debe entenderse, por analogía respecto de lo dispuesto para las escuchas telefónicas y telemáticas, aquella que asegure «mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada» (art. 588 *ter f* LECrim) ⁹⁹. En cualquier caso, se trate del soporte original o de una copia electrónica auténtica, deberán entregarse las grabaciones completas, es decir, de todo lo grabado ¹⁰⁰, sin perjuicio de que suceda de modo diferente respecto de la transcripción.

En efecto, junto a los registros que contengan las conversaciones, la policía judicial deberá acompañar una transcripción de las conversaciones que considere de interés para la investigación, con exclusión de las conversaciones

99 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 22.

100 VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 5 y CASANOVA MARTÍ, R.: *La captación y grabación ...*, ob. cit., p. 12.

que no se refieran a ella, especialmente si versa sobre la vida privada del investigado, o de terceros. La transcripción de los pasajes relevantes de la grabación facilita al órgano judicial el ejercicio de su función de control, que puede considerarse cumplida de forma efectiva y suficiente mediante la lectura de las mismas, sin necesidad de escuchar íntegramente las conversaciones grabadas ¹⁰¹.

Por último, un aspecto específico de la rendición de cuentas propia de esta medida consiste en que el informe policial debe identificar a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida (art. 588 *quater* d, II LECrim). Esta previsión incorpora un requisito especial no exigido para el resto de las diligencias tecnológicas que persigue robustecer las garantías respecto de las injerencias en los derechos fundamentales del investigado. Pero, al mismo tiempo, la identificación de los agentes que participaron en la ejecución de la medida, facilitará su citación al acto del juicio oral en el que podrán aportar en condición de testigos su información sobre los hechos como consecuencia de su participación en la ejecución y seguimiento de la medida¹⁰². Sin embargo, como contrapunto, la identificación de esos agentes también comporta el riesgo de que quiera utilizarse para desvelar técnicas operativas y de investigación de la policía judicial, por lo que tampoco pueden desconocerse las

101 CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación ...”, en *Nuevas tecnologías ...*, ob. cit., ap. 4. 4 y STS de 12 de enero de 2017.

102 SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación ...*, ob. cit., p. 203 y VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 5.

exigencias de la normativa sobre secretos oficiales ¹⁰³.

4. 4 Duración y cese de la diligencia.

Con relación a la duración de la medida, se debe recordar que viene condicionada por el requisito del “encuentro concreto”. A diferencia de lo que sucede con otras diligencias de investigación, respecto de las que se establecen unos plazos máximos de duración de la medida de injerencia, en esta diligencia de investigación la duración viene determinada por el momento o lapso temporal en el que se prevé que se producirán los encuentros. De modo que, finalizada la conversación que se produzca en el encuentro o encuentros autorizados, la diligencia debe cesar, y la policía judicial debe informar de sus resultados al órgano judicial en los términos expuestos.

La vinculación de la duración de la medida a los concretos encuentros autorizados hace que pierda sentido la necesidad de pedir la prórroga de la medida, como sucede con las diligencias sometidas a plazos de duración cuando estos se van acercando a su fin (art. 588. *bis* e y f LECrim).

103 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 23, la cual advierte que «En este punto habrá que tener en cuenta el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2014, que otorga, con carácter genérico, la clasificación de secreto, a los efectos de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, a la estructura, organización, medios y técnicas operativas utilizados en la lucha contra la delincuencia organizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas».

Terminado el encuentro o encuentros autorizados, la medida debe cesar y la grabación de conversaciones y de imágenes que puedan tener lugar en otros encuentros exigirán una nueva autorización judicial (art. 588 *quater* e LECrim).

Con arreglo a las disposiciones comunes, una vez finalizado el procedimiento mediante resolución firme y después de transcurridos los plazos de cinco años legalmente establecidos, la policía procederá progresivamente a la destrucción de los registros originales y sus copias, previa la oportuna resolución judicial (art. 588 *bis* k LECrim).

La doctrina ha criticado que, a diferencia de lo que sucede con la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 *ter* i LECrim), nada se contempla en la regulación de la captación y grabación de conversaciones presenciales sobre la posibilidad de que las partes accedan al contenido de las grabaciones, a fin de solicitar al juez la inclusión en la transcripción de aquellas partes de la grabación que habían sido excluidas y que se consideren relevantes para su defensa ¹⁰⁴. Sin embargo, dicha laguna no debe impedir ese acceso de las partes a las grabaciones, por razones de analogía¹⁰⁵, o más bien por exigencia del art. 118.

104 MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley...*, ob. cit., p. 353; VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 5; ORDUNA NAVARRO, B., *Intervención de las comunicaciones orales ...*, ob. cit., p. 7.

105 VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, en *Investigación tecnológica ...*, ob. cit., ap. 5 y CASANOVA MARTÍ, R.: *La captación y grabación ...*, ob. cit., p. 14.

1, b LECrim, que reconoce a todo investigado el «derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa»¹⁰⁶, derecho de naturaleza fundamental, tal y como consagran nuestra carta magna (art. 24. 2 CE) y los convenios internacionales con arreglo a los cuales deben interpretarse estos (art. 10. 2 CE y art. 6. 3 CEDH)¹⁰⁷.

III. LA INTRODUCCIÓN DE LAS GRABACIONES EN EL JUICIO ORAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, procedió a la reforma de la LECrim, al objeto de fortalecer ciertas garantías procesales y de ofrecer base legal para la adopción de medidas de investigación tecnológica, la captación y grabación de comunicaciones orales directas, entre ellas.

Sin embargo, dicha ley no regula la práctica de los medios de prueba a través de los cuales deben introducirse

106 Circular FGE 1/2019, de 6 de marzo, p. 23 y BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., pp. 109-110.

107 En este sentido, debe tenerse en cuenta que la STEDH de 29 de marzo de 2005, caso Matheron contra Francia, declara vulnerado el derecho a la vida privada y a la correspondencia (art. 8. 1 CEDH), porque el investigado, que había sido objeto de unas escuchas telefónicas acordadas en un proceso distinto y respecto de otro investigado, no había tenido la posibilidad de examinarlas y de someterlas a contradicción. Algo similar sucede en la STEDH de 24 de agosto de 1998, caso Lambert contra Francia, que también considera infringido el art. 8. 2 CEDH por la resolución judicial interna que rechaza la legitimación del investigado para impugnar las condiciones en que se habían prorrogado las escuchas telefónicas, con base en que las escuchas fueron realizadas en la línea de un tercero. Dicho rechazo privó al recurrente de su derecho a que se realice un “control eficaz” para limitar la injerencia en su derecho a la vida privada.

en el juicio oral los resultados obtenidos mediante las denominadas diligencias de investigación tecnológica, como tampoco lo hace su ley de acompañamiento mediante la que se lleva a cabo la reforma de otros aspectos procesales de la LECrim no necesitada de carácter orgánico, como es la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Admitido que la regulación de las nuevas diligencias de investigación tecnológica era necesaria y urgente, tampoco se debe ocultar que una reforma técnicamente adecuada debiera haber llevado también a la regulación del modo de incorporar al juicio oral, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba en la vista, la información derivada de las fuentes de prueba obtenidas a través de las nuevas diligencias de investigación tecnológica ¹⁰⁸. La ubicación sistemática más adecuada para ello es el capítulo tercero del Título III del libro III de la LECrim, dedicado a la regulación «Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral».

No lo ha hecho así el legislador en las reformas de 2015, siendo altamente conveniente que esa tarea se acometa en la anunciada próxima reforma legal de la LECrim, por mor de la seguridad jurídica y para una mayor garantía de

108 Como ha recordado la doctrina en general respecto de las fuentes de prueba tecnológicas. En este sentido, ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica...*, ob. cit., pp. 279-280 y FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras las reformas de 2015”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO CUEVILAS SAYROL), Atelier, 2016, p. 277.

los derechos procesales de las partes y, en último término, del derecho de defensa (art. 24. 2 CE).

Con todo, la LEC de 2000 sí contempla como medios de prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos telemáticos (art. 299. 2 LEC) ¹⁰⁹ mediante disposiciones que son de aplicación supletoria al proceso penal (art. 4 LEC) ¹¹⁰. Además de que, como en otrora sucediera respecto de las diligencias de investigación tecnológica, la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, ha ido colmando las lagunas que presenta el actual régimen legal.

En consecuencia, hasta que la necesaria reforma legal se produzca, debe otorgarse una particular atención a la jurisprudencia recaída sobre la materia y, especialmente, en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, atender por analogía a la jurisprudencia recaída en materia de incorporación al juicio oral de las grabaciones telefónicas, dadas las similitudes que se producen tanto en lo relativo al derecho fundamental afectado (art. 18. 3 CE), como en lo relativo a los registros o soportes en los que una u otra clase de conversaciones pueden quedar archivadas.

109 El precepto se refiere a «los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

110 Sobre la aportación de nuevas fuentes de prueba tecnológica a través de los diferentes medios de prueba, ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica...*, ob. cit., pp. 279 y ss.

Para ello la jurisprudencia ha partido del concepto amplio de documento que asume la ley penal, en la cual se considera como tal «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica» (art. 26 CP) y admite que el resultado de las grabaciones de las conversaciones se incorpore al juicio oral como prueba documental (documento fonográfico), ya se trate de los soportes que recogen las grabaciones –como cintas magnetofónicas, CDs, DVDs, o pendrive- (STS 506/2013, de 22 de mayo, FD 8), ya se trate de las transcripciones de las conversaciones aportadas por la policía y cotejadas por el LAJ (STS 456/2013, de 9 de junio, FD 4).

Además, para valorar en sentencia la información recogida en los soportes que recogen las conversaciones telefónicas no resulta imprescindible su audición en el plenario (STC 26/2010, de 27 de abril, FJ 6 y STS 456/2013, de 9 de junio, FD 8), ni la lectura en el mismo de las transcripciones de los pasajes más relevantes (STS 456/2013, de 9 de junio, FD 8), ya que se admite que la prueba introducida como documental se dé por reproducida, sin necesidad de previa audición de las grabaciones o de la lectura de las transcripciones en la vista oral, si ninguna parte solicita la audición o lectura (STS 457/2013, de 30 de abril, FD 5).

Por otra parte, la jurisprudencia también admite que la información contenida en las grabaciones de las conversaciones sea introducida o complementada a través de la propia percepción judicial, o a través de la prueba pericial o

testifical. En este sentido, si hay dudas sobre la identificación de la voz, la prueba pericial fonética solo es necesaria si lo solicita la parte que persigue valerse de ella (STS 940/2011, de 27 de septiembre, FD 10); pero no es imprescindible, ya que la identificación de las voces grabadas también puede valorarse a la luz de la percepción directa de los hechos por el juez o magistrados –que escuchan la grabación y la declaración del acusado en el plenario-, o sobre la base de la identificación realizada en la declaración testifical de los policías que escucharon las conversaciones (STC 121/1998, de 15 de junio, FJ 5 y STS 265/2007, de 9 de abril, FD 7), o que participaron en las vigilancias y seguimientos derivados del contenido de las conversaciones intervenidas (STS 453/2007, de 23 de mayo, FD 2 y STS 986/2004, de 13 de septiembre, FD 2) ¹¹¹.

Por lo que respecta propiamente a la valoración del contenido de las grabaciones de las conversaciones orales directas, se debe partir de que la LECrim se refiere expresamente a la necesidad de aportación a la causa durante la fase de investigación ante el juez instructor del soporte original o copia auténtica de las grabaciones (art. 588 *quater* c LECrim), según se ha analizado.

111 El resumen jurisprudencial aquí expuesto es una síntesis del excelente análisis jurisprudencial realizado por CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, 2014, pp. 302-316. Otros estudios previos pueden consultarse en MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1999 y GÓMEZ COLOMER, J. L., *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, Revista Jurídica de Cataluña, 1998, núm. 1, pp. 145-167.

Así mismo, el juez instructor, si el procedimiento avanza, deberá remitir los autos –y con ellos el soporte original o copia auténtica de las grabaciones- al juzgado o tribunal competente para el enjuiciamiento, el cual, después de practicada la prueba durante el juicio oral deberá dictar sentencia valorando la prueba practicada o introducida ante él con sujeción a los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

Obviamente, si la defensa del acusado considera que los soportes de las grabaciones no han sido aportados en su integridad o carecen de autenticidad, estará en su derecho a impugnar las grabaciones de las conversaciones ¹¹². Sin embargo, a dicho efecto no basta la mera impugnación formal o genérica, que no concreta las razones de su discrepancia sobre la integridad o autenticidad de las grabaciones obrantes en la causa, sino que será necesario que en la impugnación aporte alguna clase de argumentación e indicio sobre una eventual fragmentación, alteración o manipulación de las conversaciones grabadas que alteran el sentido de las declaraciones contenidas en ellas¹¹³.

112 Sobre la impugnación de las nuevas fuentes de prueba tecnológica, ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica...*, ob. cit., pp. 341 y ss.

113 En este sentido, la STS 298/2013, de 13 de marzo (FD 1), dictada en un supuesto de grabación del chantaje con móvil económico de desvelar algunos encuentros sexuales de la víctima y que dio lugar a la condena por un delito de descubrimiento y revelación de secretos y por otro delito de amenazas, argumenta en los siguientes términos: «Se alega asimismo que las grabaciones han sido “filtradas” y por tanto no consta su autenticidad. Son particulares -una agencia de detectives privados- los que las hicieron y prepararon para entregarlas después a los agentes de la autoridad. Eso ya es un tema distinto: es una cuestión de fiabilidad y no de licitud. Que un

IV. GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS, PRUEBA ILÍCITA Y ATENUACIÓN DE LA REGLA DE SU EXCLUSIÓN.

Desborda los límites de este trabajo un tratamiento medianamente profundo del esencial y vidrioso tema de la regla de exclusión de la prueba ilícita y su eventual atenuación. Sin embargo, tampoco se puede omitir absolutamente, ya que el TEDH se ha ocupado de este tema precisamente con relación

testigo pueda mentir no significa que haya de desecharse por principio la prueba testifical; que un documento pueda ser alterado, tampoco descalifica a priori ese medio probatorio. Por iguales razones, que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse in casu y le merece fiabilidad, o no. En el supuesto ahora examinado no hay el más mínimo indicio de que se haya tergiversado la grabación, o se hayan efectuado supresiones que traicionen el sentido de la conversación mediante su descontextualización o amputación de fragmentos que cambiarían su entendimiento. Entraba dentro de las facultades de la defensa solicitar una prueba pericial sobre tal punto. Lo que se llega a deducir de la prueba practicada no es que se hayan suprimido zonas de la grabación, sino que se han filtrado los preliminares irrelevantes, y se han mantenido íntegra la conversación, en la que no hay vestigios de interrupciones que hagan pensar en una selección interesada de pasajes como sugiere el recurrente, para menoscabar bien la integridad, bien la autenticidad de la grabación. Por lo demás, al margen de la grabación, el contundente cuadro probatorio existente es tan concluyente que hace a aquélla perfectamente prescindible».

En la misma línea, la STS 45/2014, de 7 de febrero (FD 2), tras advertir que «la defensa extiende sus dudas a la integridad de los soportes físicos en que aquellas conversaciones fueran grabadas», declara que: «Lo importante, desde la perspectiva de la vulneración constitucional denunciada, es la ausencia de argumentos ofrecidos por el recurrente para entender que se pudo haber producido una fragmentación interesada de las conversaciones o que aquello que oyeron los miembros del Jurado en el plenario no fue la sucesión encadenada de las frases pronunciadas por los partícipes en el diálogo, sino una tergiversada composición en la que nada de lo grabado se correspondía con lo efectivamente hablado».

a algunos casos en los que, verificada la infracción de los derechos humanos reconocidos en el art. 8. 1 CEDH, como consecuencia de escuchas y grabaciones de comunicaciones orales directas, se analiza si la anterior vulneración conduce también a la vulneración del derecho a un juicio justo consagrado en el art. 6. 1 del CEDH.

Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, me limitaré a señalar aquí que en ambas se está produciendo una evolución que va desde una interpretación rigurosa del art. 11. 1 de la LOPJ hacia una interpretación más flexible, que atenúa la regla de la exclusión del proceso de la prueba ilícita en algunos supuestos ¹¹⁴.

Como es sabido, por prueba ilícita se entiende principalmente aquella que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, y, conforme al precepto citado, «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» (art. 11. 1 LOPJ). Este artículo venía a consagrar legalmente la doctrina sobre la exclusión de la prueba ilícita como mecanismo de

114 Sobre el tratamiento de esta cuestión en Derecho Comparado vid. ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2011, PP. 21 y ss. Sobre la evolución del tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014. Sobre las excepciones a la regla de exclusión en la jurisprudencia norteamericana y nacional vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguridad Pública, mayo 2010, pp. 131 y ss.

garantía de la tutela de los derechos fundamentales, doctrina que inició la STC 114/1984, de 29 de noviembre, la cual inicialmente fue extendiendo los efectos de la exclusión procesal de la prueba ilícita, consistentes en su nulidad y en la imposibilidad de su valoración en el proceso como prueba de cargo, al comportar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE).

Sin embargo, con posterioridad esa regla de exclusión se fue matizando, tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a través de la prueba independiente, de la regla de la “desconexión” de antijuricidad, o en algunos supuestos (excepción de la buena fe, o prueba obtenida por particulares), en los que las concretas circunstancias podían aconsejar una atenuación de las referidas consecuencias procesales ¹¹⁵.

Como es sabido, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE) supone el equivalente nacional del derecho a un proceso justo o equitativo (art. 6. 1 CEDH), por lo que no es irrelevante recordar la jurisprudencia del TEDH sobre el particular, cuanto más cuando este tribunal se ha ocupado del tema de la exclusión de la prueba ilícita y de su eventual atenuación, también con relación a la infracción de los derechos reconocidos en el art. 8. 1

115 Muestras recientes de esa evolución sobre la atenuación de la regla de la exclusión de la prueba ilícita son las recientes STS (Sala 2ª) 116/2017, de 23 de febrero y STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio. Para una reciente crítica a esa línea de flexibilización en la jurisprudencia constitucional ASENSIO MELLADO, J. M^a., *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita*, Diario La Ley, n.º. 9499, 16 de octubre de 2019.

CEDH, como consecuencia de escuchas y grabaciones de comunicaciones orales directas. En efecto, a la formación de esa jurisprudencia han contribuido algunos casos en los que, verificada la infracción de los derechos reconocidos en el art. 8. 1 CEDH como consecuencia de escuchas y grabaciones de comunicaciones orales directas, se analiza si la anterior vulneración conduce también a la vulneración del derecho a un juicio justo consagrado en el art. 6. 1 del CEDH.

El primer caso relevante al respecto fue el decidido por la STEDH de 27 de mayo de 2000 ¹¹⁶, que trata de un supuesto de instalación de mecanismos de escucha por la policía, sin autorización judicial, en la vivienda de uno de los sospechosos, en una investigación relacionada con el tráfico de estupefacientes, ante la ineficacia de los métodos tradicionales de vigilancia para la obtención de pruebas. En ella se concluye que en la época de los acontecimientos no existía un sistema legal que regulara el uso de mecanismos encubiertos de escucha, lo que determinó la vulneración de los derechos reconocidos en el art. 8. 1 CEDH.

Sin embargo, frente a la queja de haber sido condenado el acusado valorando la prueba obtenida con infracción de los derechos reconocidos en el art. 8. 1 CEDH, se rechaza la queja de vulneración del derecho a un proceso justo. En este sentido, se niega que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) exija la inadmisibilidad de la prueba obtenida

116 STEDH (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2000, caso Khan contra Reino Unido.

vulnerando derechos reconocidos por el Convenio -prueba ilícita- en todo caso, al ser la cuestión sobre la admisibilidad de la prueba una cuestión cuya regulación corresponde principalmente a los derechos nacionales. Desde la perspectiva del CEDH, la cuestión debe centrarse en la determinación de si, atendidas las circunstancias del caso, el proceso en su conjunto fue un proceso justo.

Así, se mantiene que «aunque el artículo 6 garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de pruebas, que es ante todo una cuestión de regulación por el derecho interno (...). No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas obtenidas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo (ap. 34)».

Después de recordar la doctrina del tribunal y atendiendo ya a las circunstancias del caso, el TEDH declara que «la cuestión principal en el presente caso es si el procedimiento en su conjunto fue justo» y, respecto a la admisión de la grabación cuestionada, señala que el demandante tuvo varias oportunidades de recurrir tanto su autenticidad como su utilización, así como que en cada instancia los tribunales internos examinaron el efecto de la admisión de la prueba en la equidad del juicio y discutieron sobre la ausencia de base legal de la vigilancia. Además, los tribunales internos habrían tenido la potestad de excluir dicha prueba, (...), si hubieran

considerado que la admisión de la prueba había ocasionado una injusticia. Por lo que «en estas circunstancias, el Tribunal considera que el uso en el juicio del demandante del material secretamente grabado no vulneró las exigencias de equidad que garantiza el artículo 6.1 del Convenio» (ap. 38 a 40).

El segundo caso de interés que se presenta con relación a las diligencias objeto de nuestro estudio es el resuelto por la STEDH de 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra el Reino Unido. Recordemos que versa sobre una investigación por delito de asesinato, en el curso de la cual, después de haberse negado el detenido a declarar ante la policía, esta, sin autorización judicial, instaló mecanismos de escucha en las celdas que el investigado ocupó en la Comisaría de Policía y en la zona de visitas de la prisión, así como sobre la persona de un compañero interno en prisión.

El TEDH aprecia la violación del art. 8. 2 CEDH porque «en el momento de los hechos no existía un sistema legal para regular el uso por la policía de aparatos de grabación camuflados» y, en consecuencia, las injerencias producidas mediante las medidas aplicadas al demandante no estaban «previstas por la Ley» (ap. 36). Sin embargo, rechazó la queja relativa a que el uso en su juicio de las pruebas conseguidas directamente por la policía mediante aparatos de grabación encubiertos hubiera implicado una violación del art. 6 CEDH.

Como en el caso anterior, el tribunal comienza por recordar su doctrina relativa a que el art. 6 CEDH no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de las

pruebas, así como que lo relevante a efectos del convenio es si el proceso en su conjunto, incluyendo el modo en que fueron obtenidas las pruebas, fue equitativo ¹¹⁷. Después de expuesta su doctrina, pasa al análisis de las circunstancias del caso y declara que el abogado del acusado recurrió la admisibilidad de las grabaciones en un examen preliminar del Juez, y pudo presentar argumentos para excluir las pruebas como poco fiables, ilegales u obtenidas por coacción. Sin embargo, el Juez admitió las pruebas con una cuidadosa motivación, decidiendo que tenían valor probatorio y que no se había demostrado que fueran tan poco fiables como para que no se pudiera dejar al jurado decidir por sí mismo. Esta decisión fue confirmada en apelación por considerar que el Juez de instancia había tenido en cuenta todos los factores relevantes. En consecuencia, en cada fase del proceso el acusado pudo impugnar la fiabilidad e importancia de las pruebas grabadas, por lo que el Tribunal no está convencido de que la utilización en el juicio del material grabado esté en contradicción con los requisitos de equidad garantizados por el artículo 6.1 del Convenio (ap. 48) ¹¹⁸.

117 Así señala: «Aunque el artículo 6 garantiza el derecho a un juicio equitativo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de las pruebas como tales, que es en principio una cuestión para ser regulada por la legislación interna (Sentencia Schenk contra Suiza de 12 julio 1988, ap. 45 y 46 y, como un ejemplo más reciente en un contexto diferente, Teixeira de Castro contra Portugal, ap. 34). No es obligación del Tribunal determinar, como cuestión de principio, si un tipo concreto de prueba –por ejemplo, pruebas obtenidas ilegalmente– puede ser admisible o, incluso, si el demandante era o no culpable. La cuestión que debe contestar es si el proceso en su conjunto, incluyendo el modo en que fueron obtenidas las pruebas, fue equitativo» (ap. 42).

118 En cambio, respecto de la grabación de las conversaciones que la policía

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia del TEDH se puede concluir que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) no exige la inadmisibilidad de la prueba obtenida vulnerando derechos reconocidos por el Convenio -prueba ilícita- en todo caso¹¹⁹, así como que la cuestión sobre la admisibilidad de la prueba una cuestión cuya regulación compete, sobre todo, a los derechos nacionales. Sin embargo, los derechos humanos reconocidos en el CEDH sí que reclaman que, atendidas las circunstancias del caso, el proceso en su conjunto sea en todo caso un proceso justo. A mi juicio, a la luz de esta doctrina jurisprudencial deben juzgarse el contenido y alcance del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE) y las excepciones que en la jurisprudencia nacional atenúan la regla de la exclusión de la prueba ilícita (arts. 10. 2 y 24. 2 CE y art. 6 CEDH).

obtuvo a través del informador que colocó en la misma celda que el investigado, sí se aprecia que en las circunstancias concretas del caso esas declaraciones autoincriminatorias se obtuvieron en contra de la voluntad del investigado, así como que su valoración supuso una vulneración del derecho a un juicio justo en su conjunto regulado en el art. 6. 1 CEDH (ap. 49-52), cuya satisfacción equitativa se llevó a cabo mediante la constatación de la violación (ap. 59).

119 Sobre el tratamiento de la prueba ilícita desde la perspectiva del derecho a un juicio justo regulado en el art. 6. 1 CEDH en la jurisprudencia del TEDH más extensamente ARMENTA DEU, *La prueba ilícita...*, ob. cit., pp. 157 y ss., y VERVAELE, J., “Uso lícito y equitativo de pruebas penales en la Unión Europea desde la perspectiva europea de los derechos humanos”, en *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 461 y ss.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA.

Los avances tecnológicos no solo ofrecen nuevos instrumentos para la preparación y comisión de delitos, sino que también proporcionan a los poderes públicos herramientas importantes para la investigación de los delitos y de sus autores. De hecho, las autoridades españolas a las que compete la investigación del delito ya venían utilizando en la práctica algunas de esas herramientas, cuyo régimen legal solo podía calificarse como insuficiente, o incluso como inexistente respecto de alguna de ellas. Las consecuencias de lo anterior sobre el sistema de persecución y represión penal eran demoledoras, habida cuenta de la aptitud de esas nuevas tecnologías para limitar los derechos fundamentales de los investigados, lo que hacía imprescindible una reforma legislativa, que dotara de cobertura legal suficiente a la práctica de diligencias de investigación en las que se utilizaran nuevas tecnologías y que comportaran la intromisión en los derechos fundamentales de los investigados. Mientras la reforma legal no llegaba, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo realizaron un esfuerzo considerable –excesivo en ocasiones- por complementar el escaso fundamento legal de las referidas diligencias.

Con la reforma de la LECrim realizada a través de la LO 13/2015, el legislador español asume al fin la función que le correspondía de regular las diligencias de investigación necesarias en el siglo XXI para la investigación de los delitos con entidad para afectar a los derechos fundamentales del investigado. Lo hace principalmente a través de la

introducción de siete capítulos (capítulos IV a X) en el Título VIII del Libro II (Sumario) de la LECrim (arts. 588 *bis* a 588 *octies*), mediante un capítulo en el que se recogen los principios rectores y las disposiciones comunes a las diligencias de investigación tecnológica y otros capítulos en los que se regulan de forma específica las diferentes diligencias de investigación tecnológica, entre las que se encuentran la captación y grabación de comunicaciones orales directas objeto de nuestro estudio.

En mi opinión, con carácter general, la regulación realizada por el legislador merece un juicio favorable y respeta los imperativos constitucionales, al acoger en sus principios rectores (legalidad, especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad) y en las disposiciones comunes las pautas que han ido marcando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, el anterior juicio favorable tampoco impide observar algunos aspectos susceptibles de mejora, unos comunes a la regulación de todas las diligencias de investigación tecnológicas – o incluso a algunas diligencias clásicas que también afectan a derechos fundamentales-, y otros específicos de la diligencia de investigación objeto de nuestro análisis.

Con respecto a los aspectos comunes mejorables en una futura reforma legal –ya anunciada en mayo de 2020 por el ministro de justicia-, en mi opinión, deberían regularse

dos cuestiones de gran relevancia. En primer lugar, debería regularse la forma en la que deben introducirse en el juicio oral los resultados obtenidos mediante las denominadas diligencias de investigación tecnológica, a través de la práctica en el plenario de los diferentes medios de prueba, y, previamente, reconocer la existencia y legalidad de esos nuevos “medios de prueba tecnológicos”, de forma análoga a como sucede en la LEC (art. 299 LEC).

En segundo lugar, otro aspecto común que debería regularse en la LECrim es el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal (control de oficio o a instancia de parte, momento procesal adecuado, procedimiento de control, en su caso impugnación de la declaración de la ilicitud, ...), como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales, que eventualmente pueda producirse al obtener o, en su caso, custodiar las fuentes de prueba, mediante la práctica de las diligencias de investigación tecnológica.

Por lo que se refiere a los aspectos específicos de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales directas que deberían ser objeto de mejora en una futura reforma, se encuentra, en primer lugar, la regulación expresa de la posibilidad de que las partes accedan al contenido de las grabaciones de las conversaciones presenciales, a fin de solicitar al juez la inclusión en la transcripción de aquellas partes de la grabación que habían sido excluidas y que se consideren relevantes para su defensa, de modo análogo a lo que hace respecto de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 *ter* i LECrim).

En segundo lugar, por lo que se refiere a los presupuestos subjetivos de la diligencia, y más en particular, respecto de la excepcional posibilidad de grabar las conversaciones orales directas que mantenga el investigado con su abogado, serían convenientes dos clases de mejora. La primera, de carácter formal, sería mejorar la ubicación sistemática de estas normas específicas sobre conversaciones del investigado con su abogado (arts. 118. 4 y 520. 7 LECrim), en el sentido de incluirlas en el capítulo en el que se regula esta clase de diligencia de investigación (art. 588 *quater* LECrim), o más bien, lo que parecería más adecuado, conectar ambas regulaciones mediante la incorporación en el art. 588 *quater* LECrim de una norma de remisión a lo dispuesto en los arts. 118. 4 y 520. 7 LECrim respecto de la grabación de las conversaciones del investigado, detenido o preso provisional con su abogado.

Una segunda reforma necesaria, esta vez de carácter material, consistiría en la conveniencia de reducir el ámbito de la excepción, en el sentido de que la excepción a la confidencialidad puede resultar justificada cuando existan indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado, supuesto en el que debe tratarse de delitos graves en los términos definidos en el art. 588 *quater* b a. Sin embargo, la excepción a la confidencialidad cuando existan indicios objetivos de la participación del abogado del investigado en la comisión de cualquier otra infracción penal (arts. 118. 4 LECrim), a mi juicio, presenta serias dudas, incluso de inconstitucionalidad, desde la perspectiva

de las exigencias de los principios de proporcionalidad y de especialidad, que requieren que las medidas se acuerden para investigar un delito concreto y evitar que se adopten con carácter prospectivo diligencias generales e indiscriminadas, así como que las diligencias resulten proporcionadas.

También considero que debería reformarse la regulación de esta diligencia con relación a los presupuestos objetivos (art. 588 *quater* b LECrim) y al alcance de la medida (art. 588 *quater* a LECrim), reforma que convendría que considerara algunas pautas orientadoras.

Por una parte, el alcance de la medida (art. 588 *quater* a LECrim) debería regularse en función de la gravedad del delito investigado y del lugar en el que se colocan los elementos de escucha, por exigencias del principio de proporcionalidad. En este sentido, la injerencia en el domicilio debe quedar reservada para los supuestos de delitos más graves, entre los que no se encuentran los actualmente previstos en el art. 588 *quater* b, 2, a, 1º LECrim (castigados con máximo de 3 años de prisión).

En cambio, la medida puede utilizarse igualmente con respeto a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad para delitos de menor gravedad (el límite de pena de tres años de prisión parece razonable) cuando los elementos de escucha se coloquen en espacios públicos, o en espacios privados de menor intimidad, como pueda ser un vehículo.

Así mismo, puede resultar también conveniente independizar la captación de la imagen respecto de la captación del sonido (art. 588 *quater* a LECrim), dado que la proporcionalidad de la medida exige la menor afectación entre las diligencias útiles, especialmente con relación a espacios intermedios (establecimientos privados abiertos al público, zonas comunes de urbanizaciones o edificios privados).

Por otra parte, en la determinación de la gravedad de los delitos se deberían coordinar y, en su caso, complementar las normas procesales con las normas penales (arts. 13 y 33 CP). De modo que, si la gravedad del delito se fija por la norma procesal exclusivamente en atención a la gravedad de la pena, la norma procesal deberá partir de lo establecido por la norma penal (penas de prisión de más de 5 años). En cambio, si para la determinación de la gravedad del delito se atiende por la norma procesal además a otras circunstancias (trascendencia o relevancia social del delito), junto a la gravedad de la pena, dichas circunstancias deben estar previstas en la ley procesal, por las exigencias de precisión de la norma de habilitación legal de la injerencia (injerencia “prevista en la ley”, art. 8. 2 CEDH).

Por último, como antes se expuso, el presupuesto de los “encuentros concretos” (art. 588 *quater* b LECrim) puede condicionar excesiva e innecesariamente la eficacia de la medida, por lo que, una vez garantizada la proporcionalidad de la diligencia en los términos antes expuestos, podría eliminarse este requisito, siempre que la dimensión temporal

del mismo se supliera mediante el establecimiento de plazos de duración determinados, susceptibles de prórroga y con sujeción a un plazo máximo, como sucede en el régimen jurídico común (art. 588 *bis* e y f LECrim) y en el régimen específico de otras diligencias de investigación tecnológica (art. 588. *ter* g, art. 588 *quinquies* c, o art. 588 *septies* c LECrim).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE IMÁGENES

I. CAPTACIÓN DE IMÁGENES Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal no regulaba, hasta la reforma llevada a cabo a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, diferentes dispositivos tecnológicos que vienen utilizándose desde hace lustros, incluso décadas, en la realidad en el entorno del proceso penal, sin que gozaran de específica regulación legal. La situación era preocupante, porque buena parte de esos dispositivos tecnológicos o electrónicos tienen una innegable capacidad o aptitud para incidir sobre los derechos fundamentales de las personas investigadas. Ese vacío legal, unido al uso por los agentes y autoridades de esos dispositivos tecnológicos en el ejercicio de las funciones propias de la investigación penal, provocaba una situación proclive a la vulneración de derechos fundamentales, que solo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en ocasiones con exceso, lograron paliar.

No obstante, la aptitud de las nuevas tecnologías y, en especial, de las que permiten la captación de imágenes y sonidos para limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos, llevó al legislador a regular primero la utilización de esos dispositivos tecnológicos en contextos extraprocesales, especialmente, en los ámbitos de la seguridad y de la protección de datos, como después se verá con más detalle.

En el ámbito de la seguridad pública destaca la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Aunque el legislador no se refería de forma expresa en su Preámbulo a la injerencia de las videocámaras que captaran imágenes y sonidos en los derechos fundamentales de los ciudadanos, su carácter orgánico así permitía inferirlo¹, como también se desprendía del hecho de que la LO 4/1997 rodeara el uso de videocámaras por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en espacios públicos de un haz de garantías, para evitar la injerencia en los derechos de los ciudadanos².

La capacidad de injerencia de los sistemas de videovigilancia sobre los derechos fundamentales de los

1 Cfr. SUÁREZ QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C., *Las videograbaciones como prueba en el proceso penal*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, núm. 2024, p. 4520.

2 ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal”, en *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito* (Coord. PÉREZ GIL), La Ley, 2012, pp. 338-339.

ciudadanos ha sido puesta de manifiesto reiteradamente por la doctrina. No hay duda y ello ha sido también admitido pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de que si se utilizan técnicas de captación, grabación y reproducción de la imagen en el interior del domicilio o de espacios cerrados privados (como pueda ser el retrete de un edificio público) pueden resultar afectados tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como el derecho a la intimidad³.

En la actualidad también se admite pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la utilización de técnicas de captación, grabación y reproducción de imágenes puede incidir en el derecho a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE) o en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH)⁴.

3 En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 348-353; MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas a través del sistema de videovigilancia en el proceso penal: derechos fundamentales afectados y tipología de supuestos”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ap. 2. 1 y 2. 4; y DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador de derechos fundamentales”, en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES), Atelier, 2019, pp. 272-273.

4 Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 333 y ss.; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del Estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica*, Diario La Ley, núm. 9416, 16 de mayo de 2019, p. 22; MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas ...”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales ...*, ob. cit., ap. 2. 3; y DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit., pp. 269 y ss.

En este sentido, resulta de gran claridad y calidad la argumentación contenida en la STC 29/2013, de 11 de febrero. En ella se declara: «Está fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico, como ha ocurrido en el caso de autos, constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6), lo cual, como es evidente, incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad (...)

Estamos, en definitiva, dentro del núcleo esencial del derecho fundamental del art. 18.4 CE, que se actualiza aún de modo más notorio cuando, como en el caso a examen, *nos adentramos en un ámbito —el de la video-vigilancia— que ofrece múltiples medios de tratamiento de los datos*; sistemas, por lo demás, en auge y desarrollo exponencial, que se amplían y perfeccionan a un ritmo vertiginoso y que se añaden a otros más conocidos (circuitos cerrados de televisión, grabación por dispositivos webcam, digitalización de imágenes o, en particular, instalación de cámaras, incluidas

las que se emplacen en el lugar de trabajo). *Debe asegurarse, así, que las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia no contravengan aquel derecho fundamental, que tiene pleno protagonismo, por todo lo expuesto, en estos terrenos de la captación y grabación de imágenes personales que permitan la identificación del sujeto*» (FJ 5) ⁵.

-
- 5 La sentencia añade las fuentes legislativas nacionales y comunitarias que permiten llegar a la anterior conclusión. En este sentido señala que: «En esa línea se manifiesta también la normativa rectora en la materia. El art. 3 a) de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD) concreta el concepto de “datos de carácter personal” como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. La letra c) del mismo precepto define el “tratamiento de datos” como las “operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”. De acuerdo con tales definiciones, la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada. Así lo ha declarado con reiteración la Agencia Española de Protección de Datos. Por su parte, el artículo 5.1. f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, insiste en esa dirección y define los datos de carácter personal del siguiente modo: “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Todo ello ha sido perfilado, en lo estrictamente referido a la video-vigilancia, en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

En la misma dirección se pronuncia el artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal “toda información sobre una persona física identificada o identificable (el ‘interesado’); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa

Pero tampoco cabe duda de que la utilización de técnicas de captación, grabación y reproducción de imágenes puede incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones, si se captan conjuntamente imágenes y sonidos (art. 18. 3 CE), o simplemente al derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE), cuando solamente se capten imágenes, o en todos los casos anteriores el derecho a la vida privada y el derecho a la correspondencia (art. 8 CEDH) ⁶, como ponen de manifiesto también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social” (la misma regulación puede verse en el art. 2 del Reglamento CE núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos)» (FJ 5).

En términos análogos, más breve y recientemente la STC (Pleno) 39/2016, de 3 de marzo, señala que «Por lo que se refiere, en primer lugar, a la vulneración del art. 18.4 CE, derecho a la protección de datos, debemos recordar que *la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que considera dato de carácter personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, y el art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica*» (FJ 3).

6 Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 348-353; y MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas ...”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales ...*, ob. cit., ap. 2. 2 y 2.5.

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar su carácter autónomo respecto del derecho a la intimidad y el alcance ambos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, con relación al derecho a la intimidad, la STC 12/2012, de 30 de enero, señala que «nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (...), y, en consecuencia, “el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido” (...).

La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también *en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada* (SSTEDH ...). La protección de la vida privada en

el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69)» (STC 12/2012, FJ 5).

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE), la STC 12/2012 declara que «queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el *“derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”*, y, por lo tanto, abarca “la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos” (STC 23/2010, de 27 de abril , F. 4).

Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, F. 3, que «[E]l derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal *garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos,*

proprios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz». En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, *la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación inconsentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación»* (STC 12/2012, FJ 5).

Pero tampoco cabe duda de la aptitud de la utilización de técnicas de captación, grabación y reproducción de imágenes para incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), cuando junto a las imágenes se captan sonidos, como se desprende de la STC 145/2014, de 22 de septiembre, lo que ha llevado al legislador a introducir un régimen específico para la captación conjunta de imágenes y conversaciones orales directas en el art. 588 *quater* LECrim, que requiere sin excepción previa autorización judicial. De modo diferente sucede con la nueva diligencia de investigación penal consistente en la captación de imágenes en espacios y lugares públicos, que puede acordar y ejecutar por su propia autoridad la policía judicial (art. 588 *quinquies* a LECrim),

regulación que suscita serias dudas de inconstitucionalidad que se analizarán en el apartado III de este capítulo.

II. LA CAPTACIÓN DE IMÁGENES CON FINALIDAD EXTRAPROCESAL Y SU POSTERIOR APORTACIÓN AL PROCESO PENAL.

La observación de la realidad y de la jurisprudencia producida en el orden jurisdiccional penal evidencia que las imágenes utilizadas a fines de investigación y de enjuiciamiento en el proceso penal en gran número de casos no se obtienen en el marco de una investigación penal con una finalidad inicial de investigación del posible carácter delictivo de unos hechos y de descubrimiento de sus autores.

En muchas ocasiones, las imágenes de sospechosos de participación en la comisión de hechos delictivos se captan desde el principio con una finalidad procesal en el marco de una investigación policial o judicial, es decir, se obtienen por la policía judicial en ejercicio de la función de investigación delictiva que la Constitución y la legislación le atribuye. En otros términos, en muchas ocasiones la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo está preordenada desde el principio a la obtención de fuentes de prueba del delito. Así, es de recordar que el artículo 126 CE dispone que «la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca».

Ese régimen legal de la policía judicial se contiene sustancialmente en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (arts. 547 a 550), en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 29 a 36); en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 282-298 y 545 a 588 octies); y en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

Sin embargo, en otras muchas ocasiones la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo no está preordenada desde el principio a la obtención de fuentes de prueba de un hecho delictivo, sino que se realiza en el ejercicio de funciones preventivas o de seguridad mediante sistemas de videovigilancia, ya sea por las autoridades públicas para contribuir al mantenimiento de la paz y de la seguridad ciudadana, ya sea por personas privadas, físicas o jurídicas, que desempeñan actividades y servicios de seguridad privada contratados por personas físicas o jurídicas para la protección de sus personas y bienes ⁷.

7 Sobre este tema puede verse ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal”, en *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito* (Coord. PÉREZ GIL), La Ley, 2012, pp. 333 y ss.; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras de seguridad como fuente probatoria en el proceso penal*, Diario La Ley, núm. 7921, 12 de Septiembre de 2012, pp. 1 y ss.; MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas ...”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales ...*, ob. cit.; y DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit., pp. 269 y ss.

Pero, además, la observación de la realidad muestra que la captación de imágenes de posibles partícipes en hechos delictivos tiene lugar con ocasión de las actividades de los medios de comunicación, que ofrecen noticias, a veces complementadas con imágenes, sobre asuntos de interés público o de trascendencia social, o que llevan a cabo programas con difusión televisiva en el marco del llamado periodismo de investigación⁸.

Por último, tampoco es infrecuente que la captación de imágenes relacionadas con la comisión de posibles hechos delictivos tenga lugar en el ámbito laboral ⁹, con ocasión del ejercicio de las funciones de control propias del empleador, que sospecha que algunas pérdidas económicas o irregularidades puedan tener su origen en actividades ilícitas de empleados.

Sin embargo, en algunas de esas otras muchas ocasiones en las que la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo no está preordenada desde el principio a la obtención de fuentes de

8 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen: tratamiento procesal*, Diario La Ley núm. 8595, 1 septiembre 2015, pp. 21-22 y BELADIEZ ROJO, M., *Cámaras ocultas y periodismo. Una perspectiva constitucional*, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 28, 2018.

9 PERALS CALLEJA, J., “La grabación de las comunicaciones entre particulares como medio de prueba en el proceso penal. La utilización de videocámaras de seguridad”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ap. 5 y RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolkers Kluwer, 2017, pp. 235-237.

prueba de un hecho delictivo, sino que se realiza en el ejercicio de otras funciones (funciones preventivas o de seguridad, funciones informativas de los medios de comunicación, o funciones de control del empleador en el ámbito laboral), las imágenes captadas pueden resultar relevantes a los fines de las funciones de investigación y de enjuiciamiento que se llevan a cabo en el proceso penal ¹⁰. En consecuencia, se analizará brevemente el régimen jurídico de algunos de esos supuestos en los que las imágenes captadas con finalidad extraprocesal han aflorado -o hubieran podido hacerlo- a un proceso penal y cuyo respeto puede influir en la determinación de la licitud o ilicitud de la fuente de prueba obtenida y en su eventual eficacia probatoria.

1. La captación de imágenes en el ejercicio de una función preventiva o de seguridad.

Como se ha anticipado, en ocasiones la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo se obtiene en el marco del desempeño de funciones preventivas o de seguridad mediante sistemas de videovigilancia, ya sean realizadas las funciones de seguridad por las autoridades públicas, o por personas privadas, las cuales están sometidas a un régimen jurídico diferente.

10 ETXEBERRIA GURIDI, J, F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 338-340; y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., pp. 3 y ss.

1.1. Función preventiva de seguridad pública.

A) Régimen jurídico básico

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla de forma genérica el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, remitiéndose a la legislación específica (art. 22). En este ámbito el régimen jurídico específico viene constituido esencialmente por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOV), y por el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997 (RDLOV).

El ámbito de aplicación de esta ley viene determinado por una serie de características. En primer lugar, se regula el uso de videocámaras fijas y móviles para grabar, generalmente imágenes y excepcionalmente sonidos (arts. 1, 3. 4 y 5. 1 LOV).

En segundo lugar, solo se admite el uso de videocámaras para grabar imágenes y sonidos *en lugares públicos*, sean abiertos (calles, plazas, descampados) o cerrados (edificios o instalaciones) (art. 1. 1 LOV).

Como consecuencia de lo anterior, se prohíbe expresamente el uso de las videocámaras para captar imágenes o sonidos del interior de las viviendas o de sus vestíbulos, sin consentimiento del titular o sin autorización judicial,

o, incluso para captar imágenes o sonidos en los lugares públicos previstos en el art. 1 “cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas”, o se trate de “conversaciones de naturaleza estrictamente privada” (art. 6. 5 LOV).

Hasta tal punto interesa la protección de los derechos fundamentales en juego por la utilización de las técnicas de videovigilancia, incluso en estos últimos lugares públicos, que el legislador anuda rigurosas consecuencias a la invasión casual en el núcleo duro de la intimidad. En este sentido, se dispone que «las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia» (art. 6. 5 LOV).

En tercer lugar, solo se regula el uso de videocámaras *por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, quedando excluido del ámbito de aplicación de la ley el uso de videocámaras por personas privadas, sean personas físicas o personas jurídicas, para grabar imágenes y sonidos. Eso no significa que la utilización de videocámaras por empresas o personal de seguridad privada esté exenta de régimen jurídico, sino que el régimen jurídico aplicable a estas es otro, contenido sustancialmente en la Ley 5/2014, de 5 de abril, de Seguridad Privada, pero no el establecido en la LOV, como se verá en el apartado siguiente.

En cuarto lugar, la grabación de imágenes –o excepcionalmente sonidos- se realizará con una finalidad

preferentemente preventiva, es decir, con el fin «de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública» (art. 1. 1, I LOV). No se puede desconocer la función preventiva de estos instrumentos tecnológicos. La instalación de videocámaras en lugares públicos y la información genérica a los ciudadanos de que determinadas zonas –sin especificar el lugar exacto- están sujetas a videovigilancia constituyen una sugerente invitación al ciudadano para que se comporte de forma adecuada.

Ahora bien, consciente el legislador de la capacidad del uso de videocámaras para afectar a derechos fundamentales de las personas, por una parte, establece un régimen de garantías dirigido a su protección, que afecta a las sucesivas fases de autorización, grabación y uso de las imágenes y sonidos, y que concibe como ineludible (art. 1. 1, II LOV); y, por otra parte, dispone que, sin perjuicio de las disposiciones específicas de la LOV sobre autorización, captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos personales (art. 2. 2 LOV) ¹¹.

11 La remisión legal es a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que en la actualidad ha sido reemplazada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El uso de videocámaras por la policía debe hacerse con el fin determinado en la ley, es decir, con el fin de asegurar la paz en la convivencia ciudadana y en el uso de espacios públicos y de prevenir la comisión de delitos e infracciones relacionados con la seguridad pública, y está supeditado a una previa autorización, cuyo régimen jurídico difiere según se trate de cámaras fijas, o de cámaras móviles, y a actuaciones y controles posteriores.

a) Cámaras fijas.

La regla general es que la captación de imágenes en lugares públicos por la policía con los fines preventivos y de seguridad previstos en la ley se lleve a cabo mediante cámaras fijas, que solo capten imágenes, previa existencia de un riesgo razonable para la seguridad ciudadana (arts. 3. 4 y 6. 3 LOV).

Si se trata de cámaras fijas, la instalación de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, de las Corporaciones Locales deberán ser autorizadas por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de que se trate, previo informe de la Comisión de Garantías¹².

12 No obstante, las Comunidades Autónomas que con arreglo a sus Estatutos de Autonomía tengan competencia para la protección de las personas y los bienes y para el mantenimiento del orden público, podrán aprobar, con sujeción a lo previsto en la LOV, las disposiciones necesarias para regular y autorizar el uso de videocámaras por sus fuerzas policiales y por las que dependan de las Corporaciones locales radicadas en su territorio, así como la custodia de las grabaciones obtenidas, la responsabilidad

Esta Comisión será presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma y estará constituida, además, por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, por un Abogado del Estado, por un representante de la Administración General del Estado, por un Alcalde representante de los municipios encuadrados en el ámbito de la Comunidad Autónoma y por el Secretario general de la Delegación del Gobierno, que actuará como Secretario y que asistirá a las reuniones con voz y sin voto (art. 13 RDLOV) ¹³.

Se trata de un órgano administrativo ¹⁴, y, como tal, sus decisiones serán susceptibles de recurso en la vía administrativa y contencioso-administrativa (art. 13 LOV).

sobre su ulterior destino y las peticiones de acceso y cancelación de las mismas. En este caso, las CCAA también deberán regular la composición y funcionamiento de la Comisión de Garantías, con sujeción a los principios de presidencia judicial y prohibición de mayoría de la Administración autorizante (DA 1ª LOV).

- 13 Sobre las funciones que esta Comisión desempeña vid. VIEIRA MORANTE, F. J., *Videovigilancia y privacidad. El papel de la Comisión de Garantías de Videovigilancia*, Diario La Ley, núm. 7369, 25 marzo 2010 y DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., *Las Comisiones de Garantía de la Videovigilancia*, en Revista de Derecho Político, núm. 68 de 2007. Sobre su homólogo autonómico en la Comunidad Autónoma del País Vasco ver ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco”, en *Videovigilancia. Ámbitos de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales* (Coord. ETXEBERRIA y ORDEÑANA), Tirant lo Blanch, 2011.
- 14 ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia...”, ob. cit., p. 366 y “La Comisión ...”, en *Videovigilancia ...*, ob. cit., p. 116; DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., *Las Comisiones de Garantía ...*, ob. cit., pp. 228-229; BAUZÁ MARTORELL, F. J., *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Marcial Pons, 2004, pp. 92 y ss.

Sin embargo, su conexión con la jurisdicción es indudable. Preside la Comisión el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, que es la máxima autoridad judicial en el territorio de esta (art. 152, 1, II CE), y forma parte de la misma como vocal el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma; siendo de recordar que al Ministerio Fiscal se le atribuyen constitucionalmente la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos –entre ellos los derechos fundamentales– y del interés público tutelado por la ley (art. 124. 1 CE).

El informe de la Comisión de Garantías previo a la instalación de videocámaras fijas es preceptivo y vinculante, por lo que si considera que infringe los criterios establecidos en la LOV no podrá concederse la autorización solicitada. No obstante, el informe, siendo favorable a la instalación, puede introducir restricciones y prevenciones para el mejor cumplimiento de los criterios contenidos en la LOV (art. 16. 1, a RDLOV).

Los criterios que debe ponderar la Comisión de Garantías, conforme al principio de proporcionalidad, en orden a la concesión de la autorización para la instalación de la videocámara fija, son asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes (art. 4 LOV).

La resolución de la Comisión por la que se concede la autorización para la instalación de la videocámara fija debe ser motivada y cumplir con el contenido previsto en la ley. Así, dicha resolución deberá referirse en cada caso al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por las videocámaras, a todas las limitaciones o condiciones de uso necesarias, a la cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos, y a las medidas a adoptar para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes. Asimismo, deberá precisar genéricamente el ámbito físico susceptible de ser grabado, el tipo de cámara, sus especificaciones técnicas y la duración de la autorización (art. 3. 4 LOV).

Respecto de las limitaciones o condiciones de uso, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, las videocámaras fijas solo podrán ser usadas para la captación de imágenes, por lo que normalmente la resolución de autorización deberá recoger la limitación de uso relativa a la prohibición de tomar sonidos (art. 3. 4 LOV). Para que excepcionalmente se admita la captación de sonidos será preciso que concurra un riesgo concreto y preciso, que es el presupuesto de utilización de las cámaras móviles (arts. 5. 1 y 6. 4 LOV), a diferencia de lo que sucede con las cámaras fijas, cuyo presupuesto es la existencia de un razonable riesgo abstracto para la seguridad ciudadana (art. 6. 4 LOV).

Por otra parte, respecto de la duración de la autorización, debe tenerse en cuenta que debe especificarla la resolución que autorice la instalación y que tendrá una vigencia máxima

de un año, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación (art. 3. 4 LOV).

Así mismo, el uso de toda clase de videocámaras, fijas o móviles, dada su incidencia sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos ¹⁵, se rige por el principio de proporcionalidad, en su doble faceta de idoneidad y de intervención mínima. En virtud del principio de necesidad, la videocámara sólo podrá utilizarse cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana (art. 6. 2 LOV). Por otro lado, el principio de intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas (art. 6. 3 LOV).

b) Cámaras móviles.

El régimen jurídico de la utilización de las cámaras móviles viene singularizado por el hecho de que está previsto para la toma conjunta de imagen y sonido (art. 5. 1 LOV), lo que conduce a una potencialidad de injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos mucho mayor como

15 Como ha puesto de manifiesto la doctrina la captación de imágenes mediante videovigilancia puede afectar a múltiples derechos fundamentales. Así puede afectar al derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE), al derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE) y al derecho a la protección de datos (art. 18. 4 CE) (ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 347 y ss.; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., pp. 9 y ss.; y MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas ...”, en *Nuevas tecnologías...*, ap. 2.

consecuencia del uso de la videocámara y al establecimiento de un régimen específico de autorización y control, y más riguroso en lo que se refiere al control.

Las videocámaras móviles podrán utilizarse bien en las vías o lugares públicos donde se haya autorizado la instalación de videocámaras fijas, bien en otros lugares públicos, pero la toma, que ha de ser conjunta de imagen y sonido, quedará supeditada a los criterios (art. 4 LOV) y requisitos comunes antes mencionados del art. 6 LOV (principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima), así como al requisito específico de la concurrencia de un peligro concreto (arts. 5. 1 y 6. 4 LOV).

En este caso para la utilización de las videocámaras móviles se establece un doble régimen. En el régimen jurídico general el uso de las videocámaras móviles debe ser autorizado por el máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, atendiendo a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación y a los criterios y principios establecidos en los arts. 4 y 6 LOV. Dicho responsable provincial deberá poner en conocimiento de la Comisión de Garantías antes referida la resolución motivada que se dicte autorizando el uso de videocámaras móviles, en el plazo máximo de setenta y dos horas (art. 5. 2 LOV).

Junto al anterior también se contempla un régimen especial para supuestos de urgencia. Así, en casos excepcionales de urgencia máxima o de imposibilidad de obtener a tiempo la

autorización indicada en razón del momento de producción de los hechos o de las circunstancias concurrentes, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán obtener imágenes y sonidos con videocámaras móviles, dando cuenta, en el plazo de setenta y dos horas, mediante un informe motivado, al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a la Comisión de Garantías. Esta, si lo estima oportuno, podrá requerir la entrega del soporte físico original y emitir el correspondiente informe.

Tanto en el régimen general como en el previsto para casos de urgencia, en el supuesto de que los informes de la Comisión de Garantías fueran negativos, la autoridad encargada de la custodia de la grabación procederá a su destrucción inmediata (art. 5. 2 LOV).

En cualquier caso, aunque el informe de la Comisión sea favorable, esta deberá ser informada quincenalmente de la utilización que se haga de videocámaras móviles y podrá recabar en todo momento el soporte de las correspondientes grabaciones y emitir un informe al respecto (art. 5. 3 LOV).

En ambos casos, tanto si se trata de videocámaras fijas, como si se trata de videocámaras móviles, como regla general las grabaciones serán destruidas en el plazo de un mes desde su captación, asumiendo un deber de confidencialidad las autoridades y funcionarios que accedan a las grabaciones en el ejercicio de sus funciones (art. 8 LOV). Los ciudadanos tendrán derecho a ser informados de la existencia de

videocámaras fijas sin especificar su emplazamiento y de la autoridad responsable, así como a ejercitar los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en las que razonablemente considere que figura (art. 9 LOV).

Hasta aquí el régimen legal establecido en la LO 4/1997. Ahora bien, no se puede ocultar que este régimen legal puede presentar dudas de inconstitucionalidad, si lo que se persigue es la grabación conjunta de imágenes y sonidos, como sucede en todos los casos en los que se utilizan cámaras móviles (art. 5. 1 LOV), o excepcionalmente en el caso de las cámaras fijas (art. 3. 4 LOV), ya que el régimen de autorización y control establecido por la LO 4/1997 es administrativo y la captación de sonidos puede afectar al derecho al secreto de las comunicaciones, cuya limitación requiere autorización judicial (art. 18. 3 CE). El objeto de este capítulo se centra en la captación de imágenes, diligencia de investigación que, tras la reforma de la LECrim llevada a cabo mediante la LO 13/2015, se contempla como diligencia de investigación independiente en el art. 588 *quinquies* LECrim y cuyo uso pueden decidir los agentes de policía judicial por su propia autoridad. Sin embargo, la captación de conversaciones ambientales requiere en todo caso de autorización judicial, a través del régimen establecido en el art. 588 *quater* LECrim, se trate solo de grabación de conversaciones, o de la grabación de conversaciones complementadas con imágenes, aunque se capten en lugares públicos (art. 588 *quater* a, 3 LECrim).

En este sentido, es de recordar que, como reconoce gran parte de la doctrina ¹⁶, el origen de la nueva regulación en la LECrim tiene su origen en la doctrina jurisprudencial iniciada con la STC (Sala 2^a) 145/2014, de 22 de septiembre, la cual considera que las comunicaciones orales directas o ambientales están amparadas por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE), derecho fundamental de carácter formal con un plus de protección o tutela, ya que su restricción requiere previa resolución judicial.

Esto no impide una interpretación del régimen de la LO 4/1997 conforme a la Constitución, pues lo que prohíbe esta, según se desprende de la STC 145/2014, es la intervención de comunicaciones orales sin previa resolución judicial. Sin embargo, no todos los sonidos que capten las cámaras de videovigilancia serán conversaciones, pudiendo captar sonidos de otra naturaleza (gritos, pitidos, ruidos, ...). Ahora bien, en el caso de que lo que se capten por las videocámaras sean comunicaciones orales o conversaciones, la solución

16 CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Thomson Reuters Aranzadi, 2017; GALÁN GÓMEZ, C., “Pasado y presente de las interceptaciones telefónicas, telemáticas y orales”, en *Derecho, Justicia, Universidad (Liber Amicorum de Andrés De la Oliva Santos)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, T. I, pp. 1213 y ss.; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención ...*, ob. cit., pp. 250 y ss.; y VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

jurídica adecuada es la establecida por la ley para el caso de injerencia accidental en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, o en las conversaciones, la destrucción inmediata de las grabaciones (art. 6. 5 LOV) y sean las últimas estrictamente privadas, o no.

El régimen jurídico básico específico del tratamiento sobre conservación, destrucción y acceso a los datos personales obtenidos por la policía al amparo de la LO 4/1997 viene constituido esencialmente por el establecido en esta ley (arts. 8 y 9 LOV) y en su Reglamento (arts. 18 a 25 RDLOV). Sin embargo, este régimen específico debe complementarse con el régimen genérico establecido en la legislación sobre protección de datos personales, que en el tiempo de aprobación de la LO 4/1997 estaba constituido la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, a la que expresamente se remite el art. 2. 2 de la LO 4/1997. Con posterioridad, ese régimen jurídico general pasó a establecerse en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual, a su vez, ha sido remplazada por la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP)*. Esta dedica su art. 22 al tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia.

Este precepto autoriza el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras, con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones (art. 22. 1 LOPDP). Además, el referido

artículo establece el deber de conservar los datos captados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, así como el deber de poner las imágenes a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuvo conocimiento de la existencia de la grabación (art. 22. 1 LOPDP).

A mi juicio, cuando esos actos atentatorios contra la integridad de personas, bienes o instalaciones tengan aparente carácter delictivo, por autoridad competente habrá que entender la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 7. 1 LOV y arts. 14. 2 y 42. 4 LSP).

Por lo demás, se trata de materia en la que también incide la normativa comunitaria, razón por la que se prevé que el tratamiento de los datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por los órganos competentes para la vigilancia y control en los centros penitenciarios y para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, se regirá por la legislación de transposición de la Directiva (UE) 2016/680, cuando el tratamiento tenga fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (art. 22. 6 LOPDP).

Además, y, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al Derecho español lo dispuesto en la citada directiva, en estos casos el tratamiento de los datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras continuará rigiéndose por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en particular el artículo 22, y sus disposiciones de desarrollo (Disposición transitoria cuarta LOPDP) ¹⁷.

Para concluir resulta necesario referirse a la jurisprudencia del TEDH, que ha puesto de manifiesto la legitimidad de la finalidad preventiva perseguida por las cámaras de seguridad instaladas en lugares públicos, como calles, comisarías de policía, o centros comerciales. En este sentido, la STEDH de 17 de julio de 2003 señala que «el

17 Este art. 22 LO 5/1999 dispone que la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública, o para la represión de infracciones penales (art. 22. 2); así como que la recogida y tratamiento de algunos datos especialmente protegidos (que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, o que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual) podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta (arts. 7. 2 y 3 y 22. 3).

Finalmente, por lo que respecta a la cancelación de los datos personales contenidos en esos registros policiales, se establece que esos datos personales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento, a cuyo objeto se considerarán especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad (art. 22. 4).

uso normal de cámaras de seguridad “per se” bien en las calles bien en lugares públicos como centros comerciales o comisarías de Policía, cuando sirven a un fin legítimo y previsible, no plantean ninguna cuestión en virtud del artículo 8.1 del Convenio»¹⁸.

Esta interpretación ha sido expuesta con claridad por la STEDH de 28 de enero de 2003, supuesto en el que se captan imágenes de hechos protagonizados en la calle por un ciudadano que sufría depresión e intenta suicidarse en la vía pública¹⁹, y en el que se reconoce la legitimidad de la finalidad preventiva perseguida por las cámaras de seguridad instaladas en lugares públicos. En este sentido, la High Court había declarado que el equipamiento del Circuito Cerrado

18 STEDH (Sección 3ª) de 17 de julio de 2003, caso Perry contra Reino Unido, ap. 40. Sin embargo, en este caso la cámara no fue utilizada con fines de prevención del delito, sino de su investigación y en unas circunstancias que más tarde se analizarán y que condujeron a apreciar la infracción del art. 8 CEDH.

19 STEDH (Sección 4ª) de 28 de enero de 2003, caso Peck contra Reino Unido. Los hechos que dan lugar a esta sentencia se refieren a un supuesto en el que el Concejo del Distrito de Brentwood instaló un sistema de vigilancia por Circuito Cerrado de Televisión (CCTV) en la referida localidad de Brentwood. El operador de control del Concejo tenía una conexión visual y auditiva directa con la policía para poder enviarles imágenes, si se consideraba que estaba teniendo lugar un incidente que justificara la intervención de aquella. El 20 de agosto de 1995 a las 23.30 h, una persona que sufría una depresión iba andando sola por la calle hacia un cruce en el centro de la población con un cuchillo de cocina en la mano e intentó suicidarse cortándose las venas de las muñecas. No sabía que la cámara de CCTV estaba filmando sus movimientos. La película de CCTV fue divulgada más tarde por medios de comunicación televisivos, que no graban ni divulgaban propiamente el intento de suicidio, sino los instantes próximos en los que se le veía blandir un cuchillo y su cara de forma que podía ser reconocido.

de Televisión (CCTV) tenía por finalidad promocionar la prevención del delito y el bienestar de las víctimas del delito, así como que la publicación de la información sobre las operaciones con éxito del sistema CCTV reforzaba el efecto disuasorio de su funcionamiento, teniendo además fundamento en distintas leyes internas. Ante ello, el TEDH consideró que la divulgación tenía una base legal y que «perseguía el fin legítimo de la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito y la protección de los derechos de los demás» (ap. 66 y 67).

B) Aportación al proceso penal de las imágenes obtenidas.

El legislador es consciente de que las imágenes captadas en lugares públicos por las videocámaras utilizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden proporcionar información sobre hechos con aparente relevancia jurídico penal, en cuyo caso los agentes deberán preparar el atestado y poner la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en ese plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación original (art. 7. 1 LOV).

Esta norma establece un régimen de garantías muy adecuado para asegurar que las grabaciones obtenidas mediante las videocámaras de seguridad puedan alcanzar el

mayor grado de eficacia probatoria en el posterior proceso penal. En primer lugar, exige que se pongan a disposición judicial los soportes *originales* de las grabaciones de las imágenes y sonidos, en un intento de garantizar la autenticidad y fiabilidad de las grabaciones, pues pueden permitir determinar con más exactitud los intentos de alteración o manipulación. No obstante, como se verá *infra* (apartado IV), quizá eso no sea posible en algunas ocasiones, en las que había que acudir a soportes que tengan suficientes garantías de autenticidad.

En segundo lugar, deben ponerse a disposición judicial las grabaciones originales de las imágenes y sonidos *en su integridad*, es decir, la grabación completa referida a un determinado tiempo y lugar, lo que puede resultar útil para la defensa, tanto a los efectos de cuestionar la autenticidad de la grabación, como a fin de permitir un ejercicio pleno del derecho de defensa ²⁰, ya que evita la descontextualización de las grabaciones ²¹.

En tercer lugar, exige la norma que las grabaciones de las imágenes y sonidos se pongan a disposición judicial con rapidez y urgencia, «con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación», según la terminología legal, plazo que

20 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., p. 15.

21 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., p. 11 y DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit., p. 287.

no se configura como ampliable, ni como prorrogable. En dicho plazo deben entregarse al juez o al Ministerio Fiscal las grabaciones y redactar por escrito el atestado. Pero, si ello no fuere posible, el plazo en sí resulta improrrogable, por lo que lo procedente es dentro de ese plazo entregar la grabación y relatar verbalmente los hechos al juez o al Ministerio Fiscal. La finalidad de la rapidez en la puesta a disposición judicial de las grabaciones es evitar o reducir el riesgo de manipulaciones ²².

Por lo demás, los soportes de las grabaciones deberán aportarse ante el Ministerio Fiscal o ante el Juzgado de Instrucción del lugar en el que se hayan captado las imágenes y, en su caso, sonidos. No obstante, como el precepto presupone que la filmación haya sido realizada conforme a los requisitos previstos en la ley, se ha cuestionado en la doctrina a quién le corresponde decidir si se han respetado o no los principios y criterios recogidos en la LO 4/1997 y cuyo incumplimiento podría llegar a determinar su ilicitud, si a la Comisión de Garantías, o al órgano judicial competente para el proceso penal, inclinándose en favor del segundo ²³.

A mi juicio, el problema no tiene por qué resolverse necesariamente en términos de exclusividad, pudiendo también interpretarse que cada órgano conserva inicialmente

22 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., pp. 11-12 y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., pp. 14-15.

23 ETXEBERRIA GURIDI, J. E., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 365-366.

su atribución o competencia, en el momento en el que asume el conocimiento del asunto. Por ejemplo, si la Comisión de Garantías de Videovigilancia informara negativamente el uso policial de determinada cámara de videovigilancia móvil, tal y como establece la ley, una vez firme la decisión en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, debería procederse a la destrucción de las grabaciones, lo que debería impedir que estas llegaran al órgano judicial competente para conocer de la causa penal. Por el contrario, si el informe de la Comisión fuese favorable, y en tanto la decisión administrativa no se revocase en vía administrativa o contencioso-administrativa, el juez penal podría resolver sobre la eventual ilicitud de las grabaciones (arts. 3 y 4 LECrim); sin perjuicio del eventual juicio de revisión, si la sentencia penal fuere de condena y en la vía administrativa o contencioso-administrativa se dictara resolución firme contraria a la recaída en el proceso penal (art. 954. 1, e LECrim).

Como antes decíamos, las grabaciones de imágenes y, en su caso, sonidos mediante videocámaras en lugares públicos practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Públicos no estén dirigidas a la investigación de hechos delictivos, sino al desarrollo de funciones ligadas a la prevención y a la seguridad ciudadana. Sin embargo, en ocasiones mediante esas cámaras de videovigilancia se captan imágenes de hechos y personas que pueden resultar relevantes a los fines de las funciones de investigación y de enjuiciamiento que se llevan a cabo en el proceso penal y que son puestas a disposición judicial con dicho objeto.

Aunque no son los supuestos más numerosos en la jurisprudencia penal, también existen ejemplos de estos en la jurisprudencia. Puede comenzarse por el resuelto por la STS 597/2010, de 2 de junio. Los hechos que dieron lugar a esta sentencia se producen en el marco de las fiestas patronales de la Virgen Blanca en Vitoria, en las que se celebra el acto de la “Bajada del Celedón”, que congrega en el trayecto a numerosísimas personas y que es objeto de una muy completa atención mediática de prensa escrita y televisiva, tanto local como nacional. Además, la aglomeración y su cobertura mediática era aprovechada por personas afines a la banda terrorista ETA para hacer pública la presencia de la banda en el acto. Sobre las 18 horas del día 4 de agosto de 2005, cuando el personaje del Celedón llegó cerca del lugar en que se encontraba un sujeto que portaba una bandera autonómica con un mástil de palo, lo enarboló dirigiéndolo contra los miembros de la Policía Local que acompañaban al Celedón, alcanzando con dos golpes a uno de ellos, al que causó lesiones en una mano. Dichos hechos fueron recogidos por diversas cámaras mediante videgrabaciones de cadenas de televisión y de la Ertzaintza.

El sujeto fue condenado por la Sala Penal de la Audiencia Nacional como autor de delito de lesiones en desorden público, utilizando en el acervo probatorio las grabaciones realizadas por los agentes de la Ertzaintza. El recurrente se quejaba de que dichas grabaciones se realizaron violando lo establecido en los artículos 5 y 7 de la L.O. 4/1997, porque se habían realizado a través de una cámara móvil, sin haberse

solicitado la autorización legalmente prevista y sin haber sido puesta la cinta o soporte original de las imágenes o sonidos en su integridad a disposición judicial dentro del plazo legalmente establecido (art. 7 LOV).

La Sala Segunda del TS yerra, a mi juicio, cuando rechaza la aplicación al caso de la LO 4/1997, con el argumento de que no se trata de grabaciones meramente preventivas, sino de diligencias policiales encaminadas a la investigación del delito y descubrimiento de sus autores, con fundamento en el art. 282 LECrim, y que, en todo caso, la urgencia era evidente ²⁴. A mi juicio, el error deriva de que

24 Así, señala: «En segundo lugar, y esto es sustancial, porque el recurrente invoca erróneamente la aplicación al caso de la L.O. 4/1997, cuando lo cierto es que se trata de actuaciones de la policía judicial amparadas en el artículo 282 LECrim, pues forman parte de las atribuciones de aquella las diligencias necesarias para comprobar los delitos públicos y descubrir los delincuentes, teniendo en cuenta que las grabaciones se llevan a efecto con esta finalidad, pues se estaba exhibición “ una pancarta de grandes dimensiones de forma vertical y color azul, con letras y dibujos en negro e interior en blanco con el anagrama de ETA “, de forma que no se trata de grabaciones meramente preventivas sino de diligencias policiales encaminadas a la investigación del delito y descubrimiento de sus autores, que teniendo en cuenta la multitud no era posible la acción policial directa. El preámbulo de la Ley Orgánica 4/1997 se refiere a la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dirigida a “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”, así como a “ la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas suceden en espacios abiertos al público “, sancionándose el empleo de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento con la finalidad de incrementar sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas. Precisamente por ello el legislador establece “un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad “. También

la Ertzaintza no estaba en el lugar de la celebración de las fiestas patronales de Vitoria para la investigación de un delito concreto ya cometido con anterioridad a la celebración de los actos del día, sino para realizar funciones preventivas de seguridad dirigidas al mantenimiento del orden público y de la paz social que estaban en riesgo ante una aglomeración de las características de la producida en el día de autos.

Sin embargo, la Sala acierta en el fondo al rechazar el efecto pretendido por el recurrente, toda vez que en el caso resultaba difícil percibir la lesión del derecho a la intimidad y a la propia imagen, porque faltaba la razonable expectativa de privacidad introducida como factor de ponderación relevante en la jurisprudencia del TEDH a la que después nos referiremos, e incluso la situación de máxima publicidad había sido buscada de propósito por el acusado. En palabras del Tribunal Supremo: «por cuanto su captación no solo se produce en un espacio público en el transcurso de un acontecimiento de igual naturaleza en el que participan miles de personas, sino igualmente porque la acción del acusado

se prevé, “ además de las instalaciones fijas ..., el uso de videocámaras móviles con la necesaria autorización del órgano designado al efecto, salvo en situaciones de urgencia o en las que sea imposible obtener a tiempo la autorización “, pero en todo caso se trata de desplegar un sistema preventivo como apunta el párrafo segundo del preámbulo citado, lo que no sucede en el presente caso como ya hemos señalado (en todo caso la urgencia es evidente). Por último, la defensa, que había concurrido en la fase de instrucción al visionado de todas las cintas aportadas, habiéndolas tenido a su disposición, sin que conste ninguna protesta en relación con su integridad o veracidad, no interesó la presencia de los agentes que llevaron a cabo la grabación en el acto del juicio oral, por lo que carece de razón denunciar con posterioridad su falta de ratificación».

tiene por objeto, lejos de disimular la misma, alcanzar su máxima publicidad, luego en todo caso se trataría de hipotéticas vulneraciones de la legalidad ordinaria cuya consecuencia necesaria no sería la ilicitud de las pruebas derivadas obtenidas a partir de la grabación de dichas imágenes». E, igualmente, carecía de fundamento la queja de lesión del derecho a la defensa, toda vez que la defensa había concurrido en la fase de instrucción al visionado de todas las cintas aportadas, habiéndolas tenido a su disposición y frente a las que podría haber alegado o propuesto la prueba que hubiera estimado conveniente (FD 1) ²⁵.

Otros supuestos que también parecen encajar, o al menos guardan cierta similitud, en el ámbito de aplicación de la LO 4/1997 son los resueltos por la STS 485/2013, de 5 de junio, por la STS 409/2014, de 21 de mayo y por la STS 135/2019, de 12 de marzo.

La STS 485/2013, de 5 de junio, versa sobre un asunto en el que un policía local es condenado por dar varias bofetadas a un detenido. En rigor, no es un supuesto de aplicación de la LO 4/1997, pero podría haberlo sido, ya que los hechos se

25 Las cintas de la grabación fueron aportadas durante la instrucción y ninguna queja formuló la defensa durante el proceso sobre su integridad o autenticidad. En este sentido, señala la Sala que: «Por último, la defensa, que había concurrido en la fase de instrucción al visionado de todas las cintas aportadas, habiéndolas tenido a su disposición, *sin que conste ninguna protesta en relación con su integridad o veracidad*, no interesó la presencia de los agentes que llevaron a cabo la grabación en el acto del juicio oral, por lo que carece de razón denunciar con posterioridad su falta de ratificación» (FD 1). La cursiva es nuestra.

producen en la sala de atestados de la Comisaría de la Policía Local de Alcorcón, donde existían videocámaras ²⁶. Sin embargo, las imágenes y sonidos de las bofetadas no fueron captadas por estas cámaras públicas, sino por el teléfono móvil de otro policía local que se encontraba en el lugar de los hechos y que no hizo la grabación para entregarla a la autoridad judicial, si bien por una serie de vicisitudes el vídeo de la grabación llegó a televisión, internet y al juzgado.

No obstante, de esta resolución interesan destacar ahora dos cuestiones. En primer lugar, que la sala de atestados de una comisaría de policía es un lugar público a los efectos del art. 1. 1 LOV, aunque sea de acceso restringido. En este sentido, el recurrente se quejaba de que, pese a tratarse de un edificio público, la sala de atestados no era de acceso público, con lo que la filmación efectuada con el teléfono

26 La sentencia impugnada contenía la siguiente declaración de hechos probados: «ÚNICO.- Probado y así se declara expresamente que el día 27 de febrero de 2009 sobre las 6'45 horas Casiano fue presentado como detenido por un presunto delito contra la seguridad vial en las dependencias de la Policía Local de Alcorcón (...).

Ante la presencia de Adolfo, (...) policía local de Alcorcón (...) que en ese momento ejercía las funciones de Cabo responsable del turno de noche, Casiano, que se encontraba de pie, escoltado por policías municipales, y engrilletado con las manos en la espalda, manifestó en alta voz que los agentes que le habían detenido le habían pegado ante lo cual Adolfo le dijo espere que como le pegue yo..." a lo que Casiano le contestó "pégame pégame, no, no pégame" en el instante en que Adolfo pasaba justo a su lado, momento en el cual éste último le dio tres fuertes bofetones mientras que el agente de Policía Local de Alcorcón (...) intentaba ponerse en medio diciendo "ya vale" pese a lo cual Adolfo tras preguntar a Casiano "¿quieres más?, quieres más, eh?" le dio otra bofetada, añadiendo "pero con quien te crees que estás hablando, pintamonas", durante lo cual le propinó una nueva bofetada"».

móvil debió contar con la correspondiente autorización judicial. El argumento había sido rechazado ya con solidez por la Audiencia Provincial, la cual esgrimió que el vídeo cuestionado «es una grabación realizada con teléfono móvil, en unas dependencias públicas como lo son la sala de atestados de las dependencias de la Policía Municipal de Alcorcón, con acceso por lo tanto por parte del público, y que se efectúa no en relación con una actividad privada del acusado sino cuando el mismo se encuentra en desempeño de su actividad como agente de la Policía Local, responsable del turno de noche y por lo tanto en el ejercicio también de una función pública».

El Tribunal Supremo confirma con buen criterio la fundamentación del tribunal de instancia: «La sentencia argumenta, a nuestro juicio con solidez sobre la legitimidad de la grabación al ser realizada en un lugar *-espacio público con acceso restringido-* en el que no se desarrollan actividades propias de la intimidad de las personas. La Sala señala, (...), que el propio acusado reconoció que en el lugar donde ocurren los hechos había cámaras de grabación, cuyos contenidos se conservaban durante un mes. Obviamente *esa práctica -la colocación de esas cámaras- se realiza al menos, entre otros fines, para evitar la perpetración de hechos como el que ahora nos ocupa. Y no hacía falta para ello autorización judicial*» (FD 1).

En segundo lugar, que la falta de inmediata puesta a disposición judicial de los soportes que contienen las grabaciones no priva con carácter absoluto y sin más de valor

a las grabaciones, sin perjuicio de que el retraso en la entrega deba, o pueda, valorarse a la hora de verificar la autenticidad de las grabaciones ²⁷.

La STS 409/2014, de 21 de mayo, trata sobre un caso en el que una persona que se encontraba en las inmediaciones del Centro Penitenciario de Melilla, efectuó el lanzamiento de un paquete que contenía sustancias estupefacientes al interior del referido Centro, logrando rebasar el muro y valla de seguridad, siendo finalmente interceptado por funcionarios del Centro en la zona del patio del Módulo de Penados. Al hilo de estos hechos, la sentencia de casación se pronuncia sobre el carácter público del Centro Penitenciario en el que estaban instaladas las cámaras que captaron las imágenes de la persona que lanzó el paquete. Así dice que «las cámaras

27 En este sentido, se señala: «Y la misma resolución de referencia -citada, con oportunidad, por el tribunal de instancia- señala que, aunque efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas, después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas».

que obtuvieron las imágenes a las que se niega validez como medio de prueba estaban instaladas en un establecimiento de carácter público, el Centro Penitenciario de Melilla, y su campo de acción no alcanzaba espacios reservados al uso íntimo de persona alguna»²⁸.

Por último, la STS 135/2019, de 12 de marzo, versa sobre un asunto de condena por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el art. 318 bis, núm. 1º y 3º, b CP, en el que fueron utilizadas las imágenes captadas por distintas cámaras de seguridad instaladas en la base militar Alfonso III de Melilla en las inmediaciones del recinto militar (estacionamiento de un vehículo en las proximidades del acuartelamiento para sacar del mismo a una persona que se había introducido de forma irregular en territorio español procedente de Marruecos) ²⁹. En ella se pone de manifiesto que una base militar y sus inmediaciones deben también tener la consideración de lugar público en el sentido utilizado por el art. 1. 1 LO 4/1997. Como declaró el Tribunal Supremo, y asumía el recurrente en casación – las razones de su discrepancia eran otras-, «en este caso la

28 La cámara de seguridad que grabó las imágenes utilizadas en la causa estaba controlada por los agentes de policía que el día de los hechos prestaban el servicio de vigilancia en el centro penitenciario (FD 1). Y además declara que «la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios públicos no vulnera derechos fundamentales, si los aparatos de captación no invaden el espacio reservado para la intimidad de las personas» (FD 2). De esta cuestión nos ocuparemos en el apartado III. 1 de este capítulo.

29 Este no es un caso típico de aplicación de la LO 4/1997, pues se trataba de cámaras de una base militar controladas por personal militar de la base.

grabación videográfica citada en autos es cierto que solo afectó a espacios abiertos y de uso público, sin invadir otros reservados a la intimidad personal, por lo que su obtención no precisaba autorización judicial».

1.2. Función preventiva de seguridad privada

Según se advertía *supra*, en ocasiones la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo se obtiene en el marco del desempeño de funciones preventivas o de seguridad mediante sistemas de videovigilancia, ya sean realizadas las funciones de seguridad por las autoridades públicas, o por personas privadas, las cuales están sometidas a un régimen jurídico diferente.

Se ha analizado someramente el régimen jurídico aplicable a la captación de imágenes en el ejercicio de una función preventiva o de seguridad pública, contenido en la LO 4/1997, en su reglamento de desarrollo y en la legislación genérica sobre protección de datos personales. Ahora es el momento de analizar sumariamente el régimen jurídico básico de la videovigilancia en el contexto de la seguridad privada (entidades bancarias, joyerías, estaciones de servicio, ...), que es en el que con más frecuencia se obtienen en la práctica las fuentes de prueba gráficas sobre los hechos que serán utilizadas en el proceso penal ³⁰ y cuyo respeto puede

30 En este sentido, MAGRO SERVET, V., *Sobre el valor de las cámaras de vigilancia en el proceso penal*, Diario La Ley núm. 9114, 9 enero 2018, pp. 9-10.

influir en la determinación de la licitud o ilicitud de la fuente de prueba obtenida y en su eventual eficacia probatoria en el proceso penal.

A) Régimen jurídico básico.

El régimen jurídico de la videovigilancia en el ámbito de la seguridad privada se regula principalmente en la *Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP)* y en el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada (RSP)³¹. Esta ley tiene por objeto regular la realización y la prestación por personas privadas, físicas o jurídicas, de actividades y servicios de seguridad privada para la protección de personas y bienes. Estas actividades y servicios tienen la consideración de complementarias y subordinados respecto de los de seguridad pública desempeñados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 1 LSP). La nueva ley contempla los servicios de videovigilancia en el ámbito de la seguridad privada (art. 42 LSP).

En ella se considera actividad de seguridad privada la instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia (art. 5.

31 Este Reglamento se aprobó en desarrollo de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Esta es derogada por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que, sin embargo, mantiene en vigor dicho Reglamento y el resto de la normativa de desarrollo de la Ley 23/1992, de 30 de julio, en lo que no contravenga la nueva ley (disposición derogatoria única, apartado 2 Ley 5/2014).

1, f LSP); y se definen los servicios de videovigilancia como «el ejercicio de la vigilancia a través de *sistemas de cámaras o videocámaras*, fijas o móviles, *capaces de captar y grabar imágenes y sonidos*, incluido cualquier medio técnico o sistema que permita los mismos tratamientos que éstas», con la finalidad de «prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir accesos no autorizados» (art. 42. 1 LSP).

Dos notas básicas caracterizan estos servicios de videovigilancia, en contraposición a los contemplados en la LOV. En primer lugar, que estos servicios de videovigilancia no se prestan por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino que se prestan por empresas o personal de seguridad privados (arts. 1 y 38 LSP).

No obstante, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta ley los prestadores de servicios de seguridad privada que solo vendan, entreguen, instalen o mantengan equipos técnicos de seguridad, que no estén conectados a centrales receptoras de alarmas, o a centros de control, o de videovigilancia (art. 6. 4 LSP), así como las actuaciones de autoprotección, definidas como el conjunto de cautelas que adopten o ejecuten por sí y para sí mismos de forma directa los interesados para la protección de su entorno personal o patrimonial, y cuya práctica no conlleve contraprestación, ni suponga algún tipo de servicio de seguridad privada prestado a terceros (art. 7. 1 LSP) ³².

32 MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas ...”, en *Nuevas tecnologías...*, ap. 4.2.

Tras la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre -Ley Omnibus-, la liberalización del mercado de la videovigilancia ha llevado a que la externalización del servicio de videovigilancia mediante la conexión a centrales de alarma sigue siendo monopolio de empresas de seguridad sometidas a la Ley de seguridad privada, las cuales se encargarán también del tratamiento de la información obtenida. Pero cuando el particular se limite a contratar la instalación del sistema, se le permite, conforme al art. 14 de la Ley Omnibus, convertirse en el propio titular y responsable del fichero, asumiendo las obligaciones formales que al mismo corresponden³³.

En segundo lugar, otra nota característica diferencial de estos servicios de videovigilancia privada es que solo pueden tomarse imágenes y sonidos de espacios y establecimientos privados (tiendas, restaurantes, estaciones de servicio, farmacias, oficinas de entidades bancarias...), por lo que, salvo excepción, «*no se podrán utilizar cámaras o videocámaras con fines de seguridad privada para tomar imágenes y sonidos de vías y espacios públicos o de acceso público*» (art. 42. 2 LSP). Lo protegido por los servicios de videovigilancia de seguridad privada nunca es la vía pública, sino su interior y los puntos de acceso, las puertas, las entradas y fachadas del edificio privado a vigilar³⁴.

33 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., p. 7.

34 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., p. 9.

Este régimen jurídico básico del servicio de videovigilancia en el marco privado se completa con otras normas sectoriales. Es el caso de las que imponen de modo obligatorio la instalación de sistemas de captación y registro de imágenes en los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores (art. 120 RSP)³⁵. Así sucede también con las normas establecidas en materia de espectáculos públicos, como son los espectáculos

35 Este precepto no se limita a establecer el carácter obligatorio del sistema de vigilancia, sino que establece además un régimen de tratamiento y conservación de datos específico. Conforme al mismo: «1. En los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores, deberán ser instalados en la medida que resulte necesaria en cada caso teniendo en cuenta (...) los criterios que se fijen por el Ministerio de Justicia e Interior, oyendo a la Comisión Mixta Central de Seguridad Privada:

a) Equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquéllos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad.

Los soportes destinados a la grabación de imágenes han de estar protegidos contra robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán inmediatamente aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos.

El contenido de los soportes será estrictamente reservado, y las imágenes grabadas únicamente podrán ser utilizadas como medio de identificación de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, debiendo ser inutilizados el contenido de los soportes y las imágenes una vez transcurridos quince días desde la grabación, salvo que hubiesen dispuesto lo contrario las autoridades judiciales o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes».

deportivos sometidos a la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte³⁶. Esta ley introduce disposiciones sobre la instalación obligatoria de cámaras y circuitos cerrados de televisión para grabar el acceso y el aforo completo del recinto deportivo (arts. 4, 8, 12) y que, incorporando alguna norma especial, en orden a la instalación de los dispositivos de videovigilancia y al tratamiento de las imágenes resultantes de la utilización de dichos dispositivos, se remite en general al régimen establecido en la LO 4/1997 (disposición adicional séptima)³⁷.

No obstante, el anterior régimen jurídico debe complementarse con lo establecido en la legislación general sobre protección de datos personales. En efecto, conforme al art. 42. 5 LSP, «la monitorización, grabación, tratamiento y registro de imágenes y sonidos por parte de los sistemas de videovigilancia estará sometida a lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, y especialmente a los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima».

Como antes se dijo, la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)*, dedica su art. 22 al tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia. Este precepto

36 ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 338-340; y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., pp. 3 y ss.

37 Para un análisis más detenido de la cuestión vid. ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 339-342.

autoriza el tratamiento de imágenes por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, a través de sistemas de cámaras o videocámaras, con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones (art. 22. 1 LOPDP).

Incorpora también una norma de especial interés cuando se trate de sistemas de seguridad privada, en virtud de la cual solo podrán captarse imágenes de la vía pública en la medida en que resulte imprescindible para la finalidad anterior (art. 22. 2 LOPDP), es decir, cuando establecido el sistema de videovigilancia para preservar la seguridad de las personas y bienes que se encuentren en un establecimiento privado, la grabación de la parte de la vía pública mediante la que se accede al establecimiento privado sea necesaria para preservar la seguridad de las personas y bienes que se encuentren en el mismo.

Por otra parte, dado que, como antes se dijo, la liberalización de los servicios de videovigilancia permite que una persona física particular establezca directamente servicios de videovigilancia para su autoprotección, presenta también interés la norma que excluye del ámbito de aplicación de la ley «el tratamiento por una persona física de imágenes que solamente capten el interior de su propio domicilio», exclusión que no abarca «el tratamiento realizado por una entidad de seguridad privada que hubiera sido contratada para la vigilancia de un domicilio y tuviese acceso a las imágenes» (art. 22. 5 LOPDP). Por lo demás, este artículo

prevé su carácter complementario de lo establecido en la LSP (art. 22. 7 LOPDP).

Más dudoso resulta el alcance de la remisión de la LSP a la aplicación supletoria de lo dispuesto en la LO 4/1997 y en sus normas de desarrollo ³⁸, lo que, a mi juicio, no se debe extender al régimen de autorización administrativa por la Comisión de Garantías o por la autoridad policial provincial necesaria para la instalación de cámaras fijas o móviles.

En este sentido, es de recordar el asunto resuelto por la STS 1631/2001, de 19 septiembre, en el que un agente del Cuerpo de Mossos d'Esquadra de la Generalitat de Catalunya encontró una tarjeta de PETROCAT, que había estado asignada al vehículo oficial B...-HZ para proveerlo de carburante, y que la hizo suya y en cuatro ocasiones la utilizó para obtener carburante para su vehículo particular, como consecuencia de lo cual fue condenado como autor de una falta de apropiación indebida.

El agente recurrió en casación denunciando vulneración del art. 18. 1 CE y del art. 11. 1 de la LOPJ, alegando que la base incriminatoria venía constituida por una filmación videográfica que constataba la utilización por el acusado de la tarjeta en una estación de servicio, pero sin que la instalación de la cámara se hiciera con arreglo al régimen establecido en la LO 4/1997.

38 «En lo no previsto en la presente ley y en sus normas de desarrollo, se aplicará lo dispuesto en la normativa sobre videovigilancia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (art. 42. 6 LSP).

El motivo se desestimó por cuanto «la estación de servicio tenía adoptadas como medidas de seguridad unas videocámaras que permitían la observancia del servicio que prestaban». (...). La Ley Orgánica que el recurrente designa como incumplida por la policía instructora tiene por objeto (...) la regulación de la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes... a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana.

No es esta la finalidad de la instalación existente en el espacio destinado a la prestación de un servicio por una empresa privada que lo dispuso para mejorar su servicio y asegurar los riesgos de su prestación. Desde esa finalidad la grabación recogió los distintos suministros del servicio y permitió la identificación de quien utilizaba una tarjeta de forma ilegal. *Su instalación no fue un acto de investigación policial dirigido a la realización de unos fines de prevención de la seguridad, sino que fue propio de una actividad mercantil privada y las filmaciones recogidas en esas cámaras son objeto de una posterior (de) investigación policial ajena a la cobertura legal regulada en la Ley Orgánica 4/1997» (FD 1).*

B) Aportación al proceso penal de las imágenes obtenidas

La Ley de Seguridad Privada no olvida que los datos captados por los sistemas privados de videovigilancia pueden captar imágenes y sonidos sobre hechos con relevancia jurídico penal. En efecto, se contempla que cuando las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia previstos en

la LSP se encuentren relacionadas con hechos delictivos, «se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, respetando los criterios de conservación y custodia de las mismas para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales» (art. 42. 4 LSP).

La anterior disposición se complementa con otras, que enfatizan el deber especial de colaboración de las empresas, detectives y personal de seguridad privada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 14. 1 LSP) y el consiguiente deber del personal y empresas de seguridad privada de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con prontitud «todo hecho delictivo del que tuviesen conocimiento en el ejercicio de su actividad o funciones, poniendo a su disposición a los presuntos delincuentes, así como los instrumentos, efectos y pruebas relacionadas con los mismos» (art. 14. 2 LSP); e, incluso, se exonera de responsabilidad por una eventual infracción del deber de confidencialidad a entidades y personal de seguridad privada que comuniquen de buena fe información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando ello sea necesario para la represión de infracciones penales (art. 15. 3 LSP).

La LSP también establece el deber de puesta a disposición por las empresas o profesionales de la seguridad privada de la información contenida en las grabaciones efectuadas por cámaras de seguridad privada que contengan información relevante sobre hechos aparentemente delictivos, pero el régimen de aportación de la información difiere considerablemente del establecido en la LO 4/1997.

En primer lugar, las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia que se encuentren relacionadas con hechos delictivos se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 42. 4 LSP), los cuales serán los encargados de realizar el atestado y poner las grabaciones a disposición del Ministerio Fiscal o del Juzgado de Instrucción, con arreglo a lo dispuesto en la LECrim.

En segundo lugar, el deber de aportar en su integridad las cintas o soportes originales (art. 7. 1 LOV), se sustituye por el de aportar las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia «respetando los criterios de conservación y custodia de las mismas para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales» (art. 42. 4 LSP).

En tercer lugar, se mantiene el deber de poner las grabaciones a disposición de la autoridad, en este caso policial, con rapidez; «tan pronto como sea posible», según la dicción legal (art. 14. 2 LSP). Sin embargo, el límite temporal del deber de entrega se establece con menores exigencias de rigor y taxatividad que en la LO 4/1997 (art. 7. 1 LOV), al no fijar en este caso un plazo máximo para su entrega.

Por último, también se atribuye la iniciativa para la obtención de la información necesaria para la investigación de delitos a la propia policía. En este sentido, se autoriza el acceso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los sistemas instalados por las empresas de seguridad privada

que permitan la comprobación de las informaciones en tiempo real cuando ello sea necesario para la represión de infracciones penales (art. 15. 1 LSP)³⁹.

Son muy numerosos los casos tratados en la jurisprudencia penal, en los que la captación de imágenes sobre los hechos delictivos se produce mediante cámaras de seguridad privada, instaladas en establecimientos privados abiertos al público con una finalidad preventiva de autoprotección, pero con cuya mediación se obtienen datos e imágenes, que serán utilizadas después como parte del acervo probatorio en un concreto proceso penal.

Además, algunos de esos supuestos jurisprudenciales ponen de manifiesto que es una técnica de investigación de bastante utilidad en ocasiones solicitar de forma generalizada las grabaciones de las cámaras de seguridad instaladas en los establecimientos cercanos al lugar en el que se cometió el hecho delictivo que con posterioridad pasa a ser objeto de investigación en un proceso penal. Así sucede, por ejemplo,

39 En la doctrina MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas ...”, en *Nuevas tecnologías...*, ap. 3.2, señala que es práctica habitual que en sus investigaciones la policía recurra a las imágenes captadas por los sistemas privados de videovigilancia existentes en el entorno en el que se cometió el hecho delictivo, a fin de identificar a los delincuentes, localizar posibles fuentes de prueba, o reconstruir de forma aproximada lo sucedido; advirtiendo igualmente de la problematicidad que suscita tan amplia facultad de acceso a los sistemas de seguridad privada. A mi juicio, ciertamente esa amplia facultad de acceso debe constreñirse mediante el principio de necesidad recogido en el precepto (art. 15. 1 LSP), así como mediante los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima mediante una aplicación supletoria de la LOV (art. 6. 1, 6. 2 y 6. 3 LOV y art. 42. 6 LSP).

en el caso resuelto por la STS 124/2014, de 3 de febrero, en el que se condenó por delito de estafa a través del conocido “timo del tocomochó” (compensación económica a cambio de cupones de la ONCE supuestamente premiados), y «en el que la investigación se centraba en el estudio de las grabaciones de las cámaras de seguridad que cubrían todo el escenario del timo, esto es, las distintas calles, plazas y otro lugares a los que se hubieran dirigido los sospechosos con la víctima»⁴⁰.

Algo similar sucede en el asunto resuelto por la STS 649/2019, de 20 de diciembre, en el que en la instancia se había condenado por delito de asesinato en grado de tentativa y por delito de robo con violencia, cometidos en el curso de un atraco con gran violencia en una joyería y en el que el instructor del atestado policial había solicitado las grabaciones realizadas por todas las cámaras de seguridad situadas en el entorno de la joyería, que hubieran podido

40 A lo que se añade: «Y dentro de tal escenario, se pudo comprobar a través de las cámaras de El Corte Inglés cómo Pedro Francisco se apeaba de un turismo Skoda, en unión de otros dos varones, uno de ellos el conductor del mismo; en esto, apareció una tercera persona (también varón) que hablaba a través de un teléfono móvil y que se dirigía al conductor del vehículo citado; en las cámaras sitas en el BBVA de la Gran Vía de Bilbao se observa cómo entra la víctima en la entidad y tras él, ese tercero, que guarda cola con él, pero cuando la víctima es atendida, abandona la cola sin efectuar gestión alguna; tras ello, se dirigen a otra sucursal bancaria del propio BBVA, entrando tras Pedro Francisco esa tercera persona, guardando de nuevo cola detrás de la víctima, y se observa cómo abandona después la misma para dirigirse al cajero automático y operar en él; finalmente, se dirigen a otra entidad bancaria (Caja Duero) en donde se repite la escena, guardando cola dicha tercera persona sospechosa, sin verificar operación alguna, mientras habla por el teléfono móvil» (FD 2).

recoger imágenes de los posibles autores ⁴¹.

Por otra parte, son muy diversas las clases de establecimientos en los que se encontraban instaladas las cámaras de seguridad, que preventivamente captan las imágenes que posteriormente serán utilizadas como fuente de investigación y de prueba en el proceso penal. Por razones obvias, en la mayoría de las ocasiones se trata de cámaras de videovigilancia instaladas en sucursales bancarias. Es el caso de los asuntos resueltos por la STS 1300/1995, de 18 de diciembre ⁴², por la STS 1525/2003, de 14 de noviembre⁴³ y

41 En este sentido se declara que: «Dichas grabaciones fueron válidamente aportadas al proceso, tal y como obra al folio 37 de la causa, en la diligencia de petición de imágenes que se hace por el Instructor del atestado, invocando el artículo 22.2 de la L.O. 15/99 ; solicitando así todas las posibles cámaras de seguridad que de forma concéntrica estuvieran situadas desde el lugar de los hechos, la Joyería Kraemer, y que hubieran podido recoger imágenes de los posibles autores, concretando como tales los siguientes comercios; Europa Policlínica, Parafarmacia, Joyería Gold Kraemer, Pepe Chiringo, Café City y Cajero Banco Santander ...» (FD 3).

42 Se trataba sin embargo, al parecer, de un reportaje fotográfico llevado a cabo por el sistema de seguridad del Banco, respecto del que la Sala no aprecia ilegalidad alguna, toda vez que el propio recurrente «no cuestiona la legalidad, la realidad o la veracidad de la filmación fotográfica realizada por el establecimiento bancario» (FD 3).

43 En este caso el acusado fue condenado en la instancia por delito continuado de estafa agravada, por haber cobrado en dos ocasiones cheques falsos en dos sucursales bancarias (del Banco Atlántico y de Caixa Galicia). Este asunto presenta la singularidad de que en casación se absolvió del delito cometido en la sucursal de Caixa Galicia ante la deficiente aportación de los soportes de la grabación no durante la instrucción, sino en el acto del juicio oral. En este sentido, se declara: «Sin embargo, ninguno de los empleados de la Caixa Galicia identificó al recurrente como el que presentó en dicha Caja y cobró el cheque ni en fase de instrucción ni en el Plenario (...). Es obvio que una diligencia de investigación no tiene la aptitud ni la naturaleza de una prueba de cargo, y por ello resulta manifiestamente

por la STS 315/2016, de 14 de abril ⁴⁴.

Sin embargo, en otras ocasiones las cámaras de seguridad que preventivamente captan las imágenes después utilizadas en el proceso penal se encontraban instaladas en edificios y establecimientos de muy diferente naturaleza. Así, la STS 67/2014, de 28 de enero, se dicta respecto de un caso de una cámara comunitaria instalada en un edificio privado de viviendas ⁴⁵, la STS 747/2015 de 19 noviembre, recae en el

inhábil para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En el caso de autos esto es tanto más patente cuanto que tal cinta de vídeo que fue presentada al Juzgado –folio 16– no estuvo a disposición de las partes ni del Tribunal en el Plenario, ni siquiera constan en los autos los clichés por lo que ni siquiera el Tribunal sentenciador pudo verificar la identidad de la persona del recurrente con el que aparecía en el soporte gráfico.

Procede la estimación del motivo con la consecuencia de absolver al recurrente del segundo hecho» (FD 1).

44 Se trata de un asunto grave, en el que con ocasión de un atraco con violencia en una sucursal bancaria se condena en la instancia por delitos de asesinato, tentativa de robo con intimidación y uso de arma y de tenencia ilícita de armas. En ella se recuerda la doctrina sobre la licitud de la utilización como fuente de prueba de las grabaciones realizadas en las oficinas bancarias. En este sentido se señala: «Pues bien, con cierta antigüedad esta Sala, señala que es perfectamente lícito, (cfr., entre otras, STS 1300/1995, de 18 de diciembre) que la convicción judicial sobre la intervención de unos individuos en determinados hechos venga acreditada por los *fotogramas obtenidos de una cinta de vídeo grabada en los accesos de un establecimiento bancario*, siempre que el Tribunal haya podido constatar que la filmación se corresponde con lo acaecido y enjuiciados en cada caso en concreto (STS 1336/1999, de 20 de septiembre)» (FD 2).

45 Más en concreto se trataba de un supuesto en el que las imágenes se captan por la cámara de seguridad de uso comunitario instalada en el rellano del piso robado «en donde se observa a los recurrentes desde las 17:47 que llegaron hasta las 19:05, con el rostro al descubierto, llevando a cabo los preparativos previos al robo, de manera que solamente hacen uso de medios de ocultamiento de su rostro cuando Magdalena (que es

mediático caso de la sustracción del «Códice Calixtino» en las dependencias de la Catedral de Santiago de Compostela, y la STS 134/2017, de 2 de marzo, resuelve un asunto en el que se valoran en el proceso las imágenes captadas por la cámara de seguridad de una estación de servicio, en la que se detuvieron a repostar combustible los condenados por delito de robo con violencia ⁴⁶.

Analicemos a continuación algunas de estas resoluciones –alguna muy brevemente– que presentan algunos aspectos de mayor interés en relación con lo que ahora se está analizando. En la STS 67/2014, de 28 de enero -imágenes captadas por la cámara de seguridad de uso comunitario instalada en el rellano del piso robado- se señala que el rechazo del motivo descansa en que en el caso se cumplieron

la moradora) llega a su casa, siendo las imágenes, como expresaron los jueces «a quibus» así como los inspectores de la policía judicial actuante, especialmente nítidas y concluyentes al respecto de su autoría, llegando a señalar que fueron grabadas con «una nitidez excepcional». (...). Las referidas cámaras estaban orientadas precisamente sobre el ángulo de la puerta privada del Sr. Cornelio, estrictamente necesario para que resultase eficaz» (FD 2).

- 46 En ella se declara: «Ahora bien la prueba a valorar la Sala en cuanto a la identificación de los recurrentes como los ocupantes del Ford fiesta, no es propiamente su imagen en el fotograma del folio 17, sino la declaración del instructor del atestado que visionó la totalidad de la grabación -que también obra de autos al recogerse en el atestado que se adjuntaba el DVD que lo contenía- e identificó a Marco Antonio como copiloto y Clemente como conductor. Y en cualquier caso, en el fotograma cuestionado si se aprecia la matrícula del vehículo, y a partir del dato los agentes policiales tras gestiones con la empresa de alquiler, identificaron a Clemente como la persona que alquiló el coche, y si bien no se incorporaron al atestado los contratos de alquiler, si declararon en el plenario los agentes que realizaron tales gestiones y contactaron con las empresas de alquiler».

los requisitos exigidos respecto de este tipo de grabaciones en la jurisprudencia (inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación).

La STS 649/2019, de 20 de diciembre (robo con violencia en joyería y tentativa de asesinato), destaca por varias razones. Por una parte, porque se pronuncia desde una perspectiva general sobre la legitimidad constitucional de la captación de imágenes mediante cámaras de seguridad instaladas en establecimientos privados abiertos al público. En este sentido dice: «Hay que recordar que puede considerarse constitucionalmente legítima la videovigilancia en las zonas comunes de los llamados espacios intermedios, como cafeterías, comercios, zonas de tránsito público de las urbanizaciones, etc. No se trata de una invasión privada, sino que se trata de zonas abiertas al público con radio de acción de la cámara en el núcleo de acceso al comercio con objetivo de seguridad y preventivo. Evidentemente, el perjuicio a la imagen no existe si no se comete un delito, como en este caso ocurre y se precisa por las Fuerzas y Cuerpos y seguridad del Estado la visualización de imágenes de personas sospechosas de la participación en el delito cometido, que es lo que en este caso ocurrió.

En estos casos (...) estamos ante un supuesto (...) de *medidas privadas de autoprotección* del propio núcleo extensivo del comercio a su radio de acción más próximo en aras a disponer de medidas de vigilancia y prevención del delito».

Por otra parte, otro aspecto de interés es que pone de manifiesto –como antes se señalaba al hilo de la normativa vigente- la irrelevancia de que una cámara de seguridad capte parte de la vía pública, en la medida en que resulte necesario para la función de protección del establecimiento privado que vigila. Así, declara: «En el presente caso, se trata de cámaras de videovigilancia instaladas en la puerta del establecimiento comercial por el dueño de los mismos, que en ningún caso invade espacios o entornos privados por lo que no se vulnera ni el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni el derecho a la intimidad, sin que dichos derechos puedan considerarse afectados cuando la grabación de la cámara colocada en la puerta comprende el espacio circundante imprescindible para los fines de vigilancia, como así se ha interpretado por la Instrucción 1/2006 de la AEPD, art. 4.1, que al respecto establece que las cámaras instaladas en puertas, accesos o fachadas del edificio privado objeto de vigilancia no podrán obtener imágenes de espacios públicos, salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende o resulte imposible evitando (evitarlo) por razón de la ubicación de aquellas, de manera que si en este caso la cámara consta instalada en la puerta de entrada, era inevitable que la grabación comprendiera parte de vía pública, y la identidad que se investiga por los agentes policiales de quien llevó a cabo la labor de vigilancia a los efectos de la preparación del delito».

Por último, también presenta particular interés la STS 747/2015 de 19 noviembre, referente a la sustracción del «Códice Calixtino» de la Catedral de Santiago de Compostela y en el que el recurrente alegaba sobre la forma de aportación de las grabaciones de las imágenes. En este sentido, se quejaba de que se realizó sin intervención de las partes y de la Secretaria judicial (LAJ), tanto la recogida de las grabaciones y su entrega a los policías, como el volcado y la selección del contenido del disco duro.

La sentencia rechaza la nulidad postulada. «En primer lugar, porque no está previsto en la ley que esté presente la comisión judicial para retirar el disco duro de una grabación de imagen mediante una videocámara en uno de los despachos de la Catedral, en este caso en el del administrador, cuando no ha sido la autoridad judicial quien ha acordado esa grabación, sino que ha sido la propia administración catedralicia la que ha acordado instalar la cámara con el fin de investigar posibles robos.

En segundo lugar, aunque la intervención de la Secretaria judicial en la entrega del disco duro hubiera dado una mayor fehaciencia a la diligencia de entrega, *no puede estimarse que la falta de la intervención de la funcionaria judicial determine la nulidad de una prueba que, tal como se anticipó, no tiene su origen en una decisión judicial, y por tanto no fue controlada ni supervisada tal grabación por autoridad judicial alguna.* Dado lo cual, *se está ante una grabación de imagen mediante una videocámara realizada en un recinto privado y decidida y practicada por los titulares de tales dependencias.* El problema

se traslada así a la valoración del resultado probatorio de una diligencia practicada privadamente que es después aportada al procedimiento penal» (FD 6. 4).

2. La captación de imágenes en el ejercicio del derecho a la libertad de información y su aportación al proceso penal.

Según se advertía *supra*, en algunas ocasiones la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo no se produce en el marco de una investigación policial o judicial dirigida a la obtención de fuentes de prueba de un hecho delictivo, sino que tiene lugar con ocasión de las actividades de los medios de comunicación que ofrecen noticias, a veces complementadas con imágenes, sobre asuntos de interés público o de trascendencia social, o que llevan a cabo programas con difusión televisiva en el marco del llamado periodismo de investigación, utilizando en ocasiones la técnica de la cámara oculta ⁴⁷. Sin embargo, en algunas de esas otras muchas ocasiones en las que la captación de imágenes de personas que hayan podido participar en la comisión de un hecho delictivo no está preordenada desde el principio a la obtención de fuentes de prueba de un hecho delictivo, sino que se realiza en el ejercicio de otras

47 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen: tratamiento procesal*, Diario La Ley núm. 8595, 1 septiembre 2015, pp. 21-22; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención ...*, ob. cit., pp. 248-249 y BELADIEZ ROJO, M., *Cámaras ocultas y periodismo. Una perspectiva constitucional*, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 28, 2018.

funciones (funciones preventivas o de seguridad, funciones informativas de los medios de comunicación, o funciones de control del empleador en el ámbito laboral), las imágenes captadas por los medios de comunicación en el ejercicio de la profesión periodística pueden resultar relevantes a los fines de las funciones de investigación y de enjuiciamiento que se llevan a cabo en el proceso penal ⁴⁸.

Así, han aflorado a la jurisprudencia penal casos en los que la injerencia en los derechos fundamentales del acusado tenía su origen en la información obtenida con captación de imágenes por periodistas para cubrir hechos noticiables en el ejercicio de la libertad de comunicación y que se han admitido pacíficamente en la jurisprudencia sobre la base del carácter público del lugar en el que han sido captadas.

En este sentido, la STS 4/2005 de 19 enero, se refiere a un caso en el que, en el marco de la detención –ordenada judicialmente y filtrada- de un miembro de la mesa nacional de Herri Batasuna en Bilbao, se concentró un grupo de unas treinta o cuarenta personas en actitud de apoyo a la persona que iba a ser detenida y de enfrentamiento verbal con los agentes de la Ertzaintza. En el transcurso de este incidente, el agente de la Ertzaintza acusado hizo uso del bastón policial que llevaba, golpeando con él en tres ocasiones a una de las personas concentradas en el lugar. Dicho agente fue condenado por la Audiencia por delito de lesiones, quien en el recurso de

48 ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 338-340; y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., pp. 3 y ss.

casación denunció que la Audiencia hubiera admitido como prueba unas grabaciones videográficas elaboradas por los medios de comunicación sin control judicial.

El motivo fue rechazado con fundamento en que la grabación periodística había captado un incidente producido en un lugar público. En palabras del Tribunal Supremo, «la grabación periodística de un incidente acaecido en la vía pública, no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente.

Sin embargo, por tal motivo no puede ser tachada, en modo alguno, de medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración a derecho fundamental alguno, en concreto y de manera especial el derecho a la intimidad en sus diferentes facetas, ya que, como se ha dicho, la grabación recoge hechos sucedidos en un ámbito público.

A partir de la afirmación que precede, ha de reconocérsele, por tanto, validez como material susceptible de aportar al Juzgador conocimiento acerca de lo realmente acontecido, no existiendo ningún motivo apreciable para su rechazo.

Máxime cuando no sólo esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad y búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión «a priori» de ninguna clase

de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido» (FD 1, A).

Algo similar sucede en la STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011. Los hechos que dan lugar a esta sentencia se enmarcan en el contexto de la finalización del servicio de *handling* que IBERIA había venido prestando a AENA en el Aeropuerto del Prat de Barcelona, lo que motivó una huelga de los trabajadores de IBERIA que prestaban el servicio de *handling*, algunos de los cuales invadieron las pistas del aeropuerto impidiendo su uso. Ello dio lugar a la condena de algunos de esos trabajadores por delito de desórdenes públicos, integrándose en el acervo probatorio unos DVD que recogían las grabaciones efectuadas por una cámara de Antena 3 TV. Solicitada en casación la exclusión de esa fuente de prueba, el Tribunal Supremo la rechaza.

En este sentido, argumenta: «no se ha producido, al realizar la grabación, ninguna vulneración de derechos fundamentales que, conforme al artículo 11.1 de la LOPJ, impidiera valorar como prueba lo grabado o las manifestaciones de quienes presenciaron los hechos, concretamente de quien los presenció y procedió a grabarlos con la cámara que portaba como informador gráfico (STS n° 819/1996 y STS n° 913/1996, entre otras). Concretamente, no se ha vulnerado en ningún aspecto el derecho a la intimidad de ninguna persona, pues las grabaciones se realizaron en lugares públicos, aunque de circulación restringida, ni tampoco el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pues ningún domicilio resultó afectado» (FD 1. 1).

En estas dos sentencias viene a aplicarse la doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que admite la captación de imágenes por la policía por su propia autoridad, sin necesidad de previa autorización judicial, cuando se trate de imágenes captadas en lugares públicos por la policía en el ejercicio de sus funciones de investigación del delito y de su autor. En cambio, esa previa autorización judicial sí es requerida cuando en el desempeño de esa función investigadora se trate de la captación de imágenes en el domicilio, o en una parte de un lugar público en el que se ejerza la intimidad (aseo).

De esa doctrina jurisprudencial nos ocuparemos con más detenimiento después, al analizar la captación de imágenes como diligencia de investigación penal. En este momento, me limitaré a señalar que el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE), derechos comprendidos ambos en el derecho a la vida privada (art. 8. 1 CEDH), no son derechos absolutos, y que debe distinguirse entre la captación de la imagen y la utilización que se haga de ella. Respecto de lo primero, se debe indicar que en el conflicto entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen, de una parte, y el derecho a la libertad de información, de otra, puede prevalecer este segundo derecho si lo captado son hechos noticiables con relevancia pública o social, como han reconocido tanto la jurisprudencia del TC, como la jurisprudencia del TEDH.

Y respecto de la utilización de las imágenes obtenidas con una videocámara, debe tenerse en cuenta, en primer lugar,

que su divulgación en un medio de comunicación escrito o televisivo puede resultar justificada para la protección del derecho fundamental a la información de los ciudadanos a los que el medio de comunicación se dirige y de los profesionales que trabajan en el medio, pues el art. 8. 2 CEDH admite limitaciones en el derecho a la vida privada, entre otras las necesarias para la protección de los derechos de los demás, en este caso la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10. 2 CEDH.

Pero, en segundo lugar, tampoco considero que merezca reparo constitucional que las imágenes legítimamente captadas en el ejercicio del derecho a la libertad de información (art. 20. 1, d CE) por un periodista sobre unos hechos noticiables comprendidos en este, puedan ser utilizadas como fuente de investigación y de prueba en un proceso penal, si dichos hechos pueden revestir carácter delictivo y se cumplen el resto de exigencias constitucionales (principio de legalidad, principio de proporcionalidad en sentido amplio, ...). Así lo admite la jurisprudencia constitucional, con fundamento en la finalidad constitucionalmente legítima de establecer límites a los derechos fundamentales no absolutos, con el objeto de investigar y perseguir hechos delictivos, o la jurisprudencia del TEDH, que concluye en el mismo sentido sobre la base de que el art. 8. 2 CEDH admite limitaciones en el derecho a la vida privada con la finalidad de prevenir el delito⁴⁹.

49 Entre otras, STEDH (Sección 3ª) de 8 de noviembre de 2016, ap. 5 y 48.

Más problemática resulta la cuestión cuando para la aprehensión de las imágenes captadas por los periodistas se utiliza la técnica de la *cámara oculta*, cuestión en la que no podemos extendernos, pero que tampoco se puede obviar absolutamente, dada su trascendencia sobre el tema aquí objeto de estudio.

Como es sabido, a partir de la STC 12/2012, de 30 de enero, esta técnica periodística de obtención de información e imágenes sobre hechos noticiables está prácticamente proscrita en España por la jurisprudencia constitucional. Se trataba de un supuesto en el que a través de una cámara oculta se procedió a la obtención de imágenes y declaraciones de una esteticista y naturista en su consulta profesional por parte de una periodista que se había hecho pasar por cliente, con ánimo de denunciar la actividad de intrusismo que se desarrollaba en algunas clínicas de estética, donde se actuaba como fisioterapeuta por quien carecía de título para ello.

El TC señala que «en cuanto al interés general del reportaje (...), resulta procedente señalar que, aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen». Esta idea se recalca posteriormente al declarar que «la Sentencia impugnada valora correctamente los datos que concurren en la presente situación, y concluye con la negación de la pretendida prevalencia de la libertad de información. Conclusión constitucionalmente adecuada, *no*

sólo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva –la llamada cámara oculta– en absoluto fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)» (FJ 7) ⁵⁰.

La anterior doctrina constitucional ha sido matizada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en el de la jurisdicción penal. En el ámbito estrictamente constitucional de colisión entre el derecho a la libertad de

50 Esta doctrina fue reiterada poco después en la STC 24/2012, de 27 de febrero y en la STC 74/2012, de 16 de abril. Esta tiene la misma rotundidad de la primera, refiriéndose a un caso en el que dos periodistas se hacían pasar por potenciales clientes de una consulta de parapsicología, con la finalidad de hacer pública y denunciar la existencia de prácticas supuestamente fraudulentas en el campo de la parapsicología. La STC 24/2012, de 27 de febrero, se refiere a un supuesto en el que se observaba cómo una periodista se hacía pasar por una potencial cliente de una clínica de estética solicitante de asesoramiento de un tratamiento de adelgazamiento, con la finalidad de hacer público y denunciar que en este tipo de establecimientos priman intereses económicos frente a criterios estrictamente médicos. Sin embargo, carece del rigor de las otras dos, ya que, aunque se remite a la doctrina de la primera, no rechaza en términos absolutos el método mismo, sino que concluye en rechazar la lesión del derecho a la información en las concretas circunstancias del caso, «toda vez que, desde la perspectiva legitimadora del ejercicio de este derecho, no resultaba necesario ni adecuado acudir a la captación y reproducción de la imagen de la afectada sin su consentimiento para cumplir la finalidad informativa pretendida, ya que existían métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla que no implicara la incidencia que tiene esta concreta técnica de la cámara oculta en otros derechos con rango y protección constitucional».

información (del derecho a la libertad de expresión en los términos del art. 10 CEDH), de una parte, y el derecho a la privacidad (art. 8 CEDH) o los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18. 1 CE), de otra parte, la STEDH de 24 febrero 2015 ⁵¹ se refiere a un caso en el que se grabaron con cámara oculta entrevistas entre unos agentes de seguros y unos periodistas que se hicieron pasar por clientes, al objeto de tratar las prácticas de los agentes de seguros en el ámbito de la venta de los seguros de vida y de probar las deficiencias de estos últimos, y en el que los periodistas habían sido condenados en un proceso penal.

El TEDH reconoce que el tema del reportaje se refería a la escasa calidad de los consejos ofrecidos por los agentes de seguros privados y, por lo tanto, a una cuestión de protección del derecho de los consumidores, por lo que se refería a un debate de gran interés público (ap. 59). Admite también que la difusión de las secuencias de la grabación era susceptible de una violación más importante del derecho del agente a su vida privada, puesto que hubo numerosos espectadores, que pudieron formarse su propia opinión sobre la calidad de los consejos y la falta de profesionalidad del agente. Sin embargo, en este caso es determinante el hecho de que los demandantes pixelaron el rostro del agente y se modificó la voz (ap. 65), por lo que la injerencia en la vida privada del agente no era de una gravedad tal que debiera pasar por alto el interés del público por la información de las malas

51 STEDH (Sección 2ª) de 24 febrero 2015, caso Haldimann y otros contra Suiza.

prácticas denunciadas en el sector de los seguros (ap. 66). Tampoco debía pasar desapercibido que la sanción impuesta por el juez de lo penal al periodista puede tender a alentar a la prensa a que se abstengan de expresar las críticas, y, esto, a pesar de que los demandantes no fueron privados de la oportunidad de difundir sus informes (ap. 67). En consecuencia, el Tribunal concluye que la sanción penal a los periodistas no era en el caso una medida necesaria en una sociedad democrática y, por ello, se violó el art. 10 CEDH⁵².

En el ámbito de la jurisdicción penal, la STS 793/2013, de 28 de octubre, matiza las consecuencias sobre el proceso penal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la vulneración de derechos fundamentales anudada a la grabación de imágenes y sonidos con cámara oculta. En los recursos de casación del Ministerio Fiscal y de las acusaciones populares se impugnaba la sentencia de fecha 30 de enero de 2013 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvió al personal médico y sanitario -que dirigía y trabajaba en clínicas dedicadas a la práctica de abortos en Barcelona- de los delitos de aborto ilegal, falsedad documental, asociación ilícita e intrusismo profesional por los que habían sido acusados.

Los motivos principales de la impugnación se referían a la exclusión por el tribunal de instancia de gran parte de la prueba propuesta, como eran los reportajes audiovisuales

52 Sobre la diferente concepción del TC y del TEDH sobre la técnica de la cámara oculta vid. BELADIEZ ROJO., M., *Cámaras ocultas y periodismo...*, ob. cit., pp. 5 y ss.

grabados con cámara oculta realizados por los periodistas británicos del Daily Telegraph y por los profesionales de la televisión pública danesa DR, así como la declaración testifical de los periodistas que participaron en la elaboración de un reportaje de la televisión pública danesa. La exclusión de esos medios de prueba por el tribunal de instancia se basaba en la jurisprudencia constitucional antes referida. Así, decía que «si se ha considerado ilegítimo el uso de tal técnica periodística en el ámbito de su difusión en medios de comunicación, con mayor razón ha de rechazarse su admisión como medio de prueba lícito en un proceso penal, ni directamente con la reproducción de la grabación (propuesta por alguna otra parte) ni a través de sus autores como testigos de referencia».

Dicho razonamiento se rechaza por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Aunque resulte algo extenso, su innegable riqueza argumental aconseja exponer gran parte de su fundamentación. Así, respecto a la prueba relativa al *reportaje audiovisual obtenido con cámara oculta*, se parte de la diferente naturaleza del conflicto analizado por la jurisprudencia constitucional y por la jurisprudencia penal. En este sentido, advierte que en el primer caso «la controversia planteada (...) atañe, en sentido estricto, al conflicto entre la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen de la esteticista/naturista que fue objeto de grabación mediante una cámara oculta (...). Pero ese desenlace, favorable a la prevalencia del derecho a la intimidad cuando colisiona con el derecho a la

libre difusión de información, no tiene por qué imponerse miméticamente cuando el conflicto entre los derechos concurrentes tiene una naturaleza diferente. En efecto, en el proceso penal convergen bienes y derechos de distinto rango axiológico. Y la jurisprudencia constitucional anotada supra sólo ofrece la regla de ponderación para un conflicto que, si bien se mira, no se presenta en esos mismos términos durante la investigación penal (...).

De ahí que la declaración de impertinencia de la prueba documental consistente en la reproducción de los reportajes obtenidos con cámara oculta habría exigido una resolución judicial que no desenfocara la verdadera naturaleza de los bienes en conflicto (...), sino que efectuara la ponderación de los bienes en conflicto de acuerdo con la singular significación con la que ese conflicto se presenta en el proceso penal (...).

La afectación del derecho a la intimidad que podría implicar la admisión de una determinada prueba gráfica, puede estar plenamente justificada cuando un órgano jurisdiccional entienda, a partir de un motivado juicio de pertinencia, que ese sacrificio viene impuesto por un fin constitucionalmente legítimo y, además, es conforme a los principios de proporcionalidad y necesidad. No parece necesario traer a colación los numerosos ejemplos que ofrece el proceso penal de diligencias de investigación que implican una legítima injerencia en el círculo de exclusión definido por los derechos fundamentales del imputado y que, sin embargo, resultarían inimaginables como elemento de investigación

periodística»⁵³.

53 Donde se añade: «En esta clase de proceso «son perfectamente imaginables supuestos en los que esas imágenes, por su propio contenido, por el lugar en el que han sido captadas, por el contexto en el que se ha desarrollado la entrevista, por el papel asumido por sus protagonistas y, en fin, por la escasa gravedad del hecho cuya prueba se pretende garantizar, puedan justificar su rechazo. Sin embargo, no faltarán otros en los que el examen en el proceso penal de esas imágenes grabadas, con el consiguiente sacrificio del derecho a la intimidad del interlocutor, estará más que justificado.

(...) Condicionar la legitimidad de una prueba en el proceso penal a que también sea aceptada en el ámbito de la difusión informativa, supone desatender los principios que están en la esencia misma de la jurisdicción penal. Las limitaciones que condicionan el ejercicio de la función periodística nada tienen que ver con el sacrificio de los derechos que impone el proceso penal (...)».

(...) Se impone, por tanto, la necesidad de que los Jueces de instancia procedan a un juicio revisado de pertinencia que tome en consideración todos los datos que ofrezca el vídeo cuestionado. No pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro. Resulta ineludible, además, el análisis del entorno físico en el que las imágenes fueron grabadas, la actitud de los protagonistas y la naturaleza de la información - confidencial o no - que fue proporcionada.

(...) La admisión de la prueba documental propuesta (...) no excluye, claro es, que la Audiencia pueda adoptar las medidas que considere convenientes con el fin de minimizar, en su caso, la afectación de los derechos a la intimidad y a la imagen de las personas que fueron objeto de grabación, de modo especial, aquellas contra las que luego no se dirigió acusación. Habrá de valorar, por tanto, la posibilidad de su reproducción a puerta cerrada o de pixelación de los rostros con el fin de impedir, si ésta resultara innecesaria, su identificación» (FD 2, A)

Por lo que respecta a la *prueba testifical de los periodistas* que participaron en la elaboración de un reportaje de la televisión pública danesa, la Audiencia había argumentado que quienes estaban en el origen de la grabación mediante cámara oculta no podían ser luego traídos a juicio como “testigos de referencia”, a fin de impedir que una prueba inicialmente ilícita pudiera ser convalidada con la declaración testifical de los periodistas que obtuvieron la grabación de modo subrepticio.

Sin embargo, la Sala Segunda rechaza tanto la ilicitud de la prueba testifical, como la atribución a los periodistas del carácter de “testigos de referencia”, al ser testigos directos cuyo testimonio tenía interés por lo que ellos mismos vieron y oyeron acerca de lo que se hacía en la clínica y de lo que estaban dispuestos a hacer los que trabajaban en ella. Similar rechazo recibe la pretendida equiparación entre el agente provocador y el periodista que graba con cámara oculta ⁵⁴.

54 Así, la Sala Segunda señala: «En consecuencia, las razones esgrimidas por los Jueces de instancia para la ilicitud de la prueba testifical no pueden ser aceptadas. Ni siquiera mediante la atribución a los periodistas del carácter de “testigos de referencia”. La pertinencia de esa clase de testigos está sujeta a otra serie de presupuestos, relacionados con la existencia de testigos directos que, como tal, no se plantea en el presente caso (...). Resulta obligado insistir en que los periodistas no son testigos de referencia, antes al contrario, su testimonio tiene interés por lo que ellos mismos vieron y oyeron acerca de lo que en la clínica se hacía y lo que estaban dispuestos a hacer, con datos de relevante significación a la hora de valorar el resto de las pruebas practicadas.

(...) El Juez penal que descarta la admisibilidad de testigos que percibieron de forma directa las informaciones suministradas por las personas entrevistadas, que vieron y oyeron lo que el personal médico de las clínicas investigadas aceptaba como pautas clínicas para facilitar el aborto, está

Ante la contundencia de los argumentos del Tribunal Supremo en esta sentencia poco cabe añadir. A mi juicio, no debe descartarse *ab initio* la posibilidad de que las imágenes, captadas mediante cámara oculta por periodistas en el ejercicio del derecho a la libertad de información, puedan ser utilizadas como fuente de investigación y de prueba en un proceso penal, cuando los hechos de interés público o social sobre los que versen las grabaciones presenten apariencia delictiva, atendiendo a las circunstancias del caso y a los principios que rigen en materia de limitaciones a los derechos fundamentales.

Si acaso, se podría recordar que, como antes se dijo, en el ámbito estrictamente constitucional de colisión entre el derecho a la libertad de información (la libertad de expresión en los términos del art. 10 CEDH) y el derecho a la privacidad (art. 8 CEDH), en alguna ocasión, como es

prescindiendo de una fuente de prueba que puede aportar datos fácticos de especial relevancia» (FD 2, B).

Por último, el Tribunal Supremo rechaza, también con acierto, la pretendida equiparación entre el agente provocador y el periodista que graba con cámara oculta. Así, señala: «Sin embargo, ninguna coincidencia existe entre el agente encubierto o la provocación al delito y el papel desplegado por los periodistas que se entrevistaron con personal de la clínica regida por el principal acusado.

(...) Nada tiene que ver, por tanto, el interés del Estado en infiltrar a un agente encubierto en una organización delictiva, con el fin de obtener pruebas de su actividad criminal, y la búsqueda por parte de periodistas noruegos de la información precisa para respaldar un reportaje televisivo. No eran agentes de la autoridad, no se infiltraron en la estructura administrativa de la clínica del Dr. Ernesto, ni indujeron a la práctica de un aborto por el que luego se le haya exigido a aquél responsabilidad criminal» (FD 2, C).

el caso de la STEDH de 24 febrero 2015 ⁵⁵, el TEDH ha considerado que el derecho a la libertad de información puede prevalecer sobre el derecho a la vida privada, aún en supuestos de grabaciones con cámara oculta, si el tema del reportaje presenta interés público y se adoptan medidas para la menor injerencia posible en el derecho a la vida privada del entrevistado, como pixelar el rostro o modificar la voz⁵⁶.

3. La captación de imágenes en el ámbito laboral en ejercicio de las funciones de control del empleador.

Tampoco es infrecuente que la captación de imágenes relacionadas con la comisión de posibles hechos delictivos tenga lugar en el ámbito laboral ⁵⁷, con ocasión del ejercicio de las funciones de control propias del empleador, que sospecha que algunas pérdidas económicas o irregularidades puedan tener su origen en actividades ilícitas o delictivas de empleados, las más de las veces ante la sospecha de la

55 STEDH (Sección 2ª) de 24 febrero 2015, caso Haldimann y otros contra Suiza.

56 Para un análisis más detenido del tratamiento del tema en la jurisprudencia del TC y del TEDH vid. BELADIEZ ROJO, M., *Cámaras ocultas y periodismo...*, ob. cit, pp. 5 y ss.

57 PERALS CALLEJA, J., “La grabación de las comunicaciones entre particulares como medio de prueba en el proceso penal. La utilización de videocámaras de seguridad”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ap. 5 y RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolkers Kluwer, 2017, pp. 235-237.

apropiación de dinero de la caja de la empresa. No obstante, conviene aclarar que en este ámbito los supuestos analizados muestran que en el ámbito laboral las cámaras se utilizan por el empleador más bien como medida privada de investigación, por lo que el paralelismo o similitud con la captación de imágenes como diligencia de investigación, de la que nos ocuparemos en el siguiente apartado, es mucho mayor.

Así sucede, por ejemplo, en la situación de hecho que dio lugar al despido y posterior proceso laboral, que llega en amparo ante el Tribunal Constitucional y es resuelto por la STC 186/2000, de 10 de julio. En los antecedentes de la sentencia se refiere que el demandante de amparo venía prestando servicios como cajero del economato de su empresa y que ante las sospechas de que algunos cajeros se apropiasen de cantidades de dinero, la dirección de la empresa contrató con una empresa de seguridad la instalación de un circuito cerrado de televisión, que enfocase únicamente a las tres cajas registradoras y al mostrador de paso de las mercancías. Las cintas de vídeo grabadas revelaron que el actor realizó de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja, y el recurrente fue despedido⁵⁸.

58 En este caso el TC declara que «el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE) y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la

Un caso similar se plantea en la STC (Pleno) 39/2016, de 23 de marzo, en cuyos antecedentes se relata que el departamento de seguridad de Inditex, a raíz de la instalación de un nuevo sistema de control informático de caja, detectó que en la tienda y caja donde prestaba sus servicios la demandante existían múltiples irregularidades, de lo que podría desprenderse una apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que trabajaban en dicha caja, entre ellos la demandante. Por ello encargaron a una empresa de seguridad que instalara una cámara de videovigilancia en la tienda donde prestaba sus servicios la demandante y que controlara la caja donde trabajaba. Como resultado de las grabaciones, se comunicó a la demandante la carta de despido, en la que se le informaba de su despido disciplinario

dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [arts. 4.2 c) y 20.3 ET]» (FD 5). Y rechaza que las grabaciones hayan vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, lo que fundamenta en los siguientes términos: «en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE» (FJ 7). La sentencia rechaza también que las grabaciones videográficas fueran prueba ilícitamente obtenida, tanto porque no se lesionó el art. 18.1 CE por las razones expuestas, como porque también fueron valoradas otras pruebas practicadas en el juicio oral (FJ 8).

por haberse apropiado de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas que señalaba y de forma habitual, por un importe de 186,92 euros ⁵⁹.

59 En este caso, sobre la base de que la información gráfica o fotográfica, y por tanto la imagen, se considera un dato de carácter personal (art. 3 LO 15/1999 y art. 5.1 f) RD 1720/2007), se parte de la definición del contenido del derecho fundamental a la protección de datos (art. 18. 4 CE) realizada en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 7), conforme a la cual «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos». Partiendo de lo anterior y de la general necesidad de consentimiento para la obtención y tratamiento de esos datos, añade el Pleno que «en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Esta excepción a la exigencia de consentimiento aparece también recogida en el art. 10.3 b) del Real Decreto 1720/2007 (...)». Si bien, se matiza que «la dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo» (FJ 3). Por lo que concluye que «en este caso, el sistema de videovigilancia captó la apropiación de efectivo de la caja de la tienda por parte de la recurrente que por este motivo fue despedida disciplinariamente. Por tanto, el dato recogido fue utilizado para el control de la relación laboral. No hay que olvidar que las cámaras fueron instaladas por la empresa ante las sospechas de que algún

Son también las sospechas de apropiación de dinero de las cajas de un supermercado las que están en el origen de la STEDH de 17 de octubre de 2019 ⁶⁰. En este caso, a partir de marzo de 2009, el gerente de la tienda observó irregularidades entre los niveles de stocks y las cifras de ventas del supermercado. En los meses siguientes identificó pérdidas por un importe de 7.780€ en febrero, 17.971€ en marzo, 13.936€ en abril, 18.009€ en mayo y 24.614€ en junio. En el marco de una investigación interna destinada a esclarecer dichas pérdidas, el 15 de junio de 2009, el gerente instaló cámaras de vigilancia tanto visibles como ocultas. Las cámaras visibles estaban orientadas hacia las entradas y salidas del supermercado. Las cámaras ocultas estaban situadas en altura y dirigidas hacia las cajas registradoras (ap. 11-12) ⁶¹.

trabajador de la tienda se estaba apropiando de dinero de la caja.

En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE» (FJ 4).

60 STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros contra España.

61 El examen de esta sentencia excede en mucho nuestro objeto de estudio, que pese a su carácter reciente ha sido objeto de análisis en distintos estudios. Vid. NAVARRO NIETO, F., *La videovigilancia laboral. Un comentario a la STEDH 17-10-2019, Asunto López Ribalda*, en Diario La Ley, N° 9519, 15 de Noviembre de 2019 y MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G., *La grabación o videovigilancia de la empresa: el control del empresario en el puesto de trabajo*, en La Ley Unión Europea, N° 76, 31 de Diciembre de 2019.

Nos limitaremos aquí a destacar algunas de sus ideas. Desde un plano legislativo, que permita la protección de los derechos reconocidos en el art. 8 CEDH en el ámbito laboral, se establece que «Tratándose más

Aunque en los casos anteriores el conflicto entre trabajadores y empleador quedó en el ámbito laboral, en otros casos el conflicto trascendió al ámbito penal, supuesto en el que podría plantearse la utilización en el proceso penal de las grabaciones de imágenes obtenidas en el marco de la relación

concretamente de la vigilancia de los empleados en el lugar de trabajo, consideró que el artículo 8 dejaba a la apreciación de los Estados la elección de una legislación específica relativa a la videovigilancia (Köpke , decisión precitada) o sobre el control de la correspondencia y de las comunicaciones no profesionales de los empleados (Bărbulescu, precitado, ap. 119). No obstante, recordó que, con independencia del margen de maniobra que gocen los Estados para elegir los medios para proteger los derechos en cuestión, los tribunales internos deben garantizar que la aplicación por parte de un empleador de medidas de supervisión que atenten contra el derecho a la privacidad o correspondencia de los empleados, sea proporcionada e vaya acompañada de las garantías adecuadas y suficientes contra el abuso (Bărbulescu, precitado, ap. 120, y Köpke , decisión precitada)» (ap. 114). Por lo que respecta al caso concreto, «en las particulares circunstancias del presente asunto, en especial con respecto al grado de intromisión en la vida privada de las demandantes (apds. 125-126) y a las legítimas razones que motivaron la puesta en marcha de la videovigilancia, el Tribunal estima que los órganos jurisdiccionales de lo social pudieron, sin traspasar el margen de apreciación que disponen las autoridades nacionales, considerar que la injerencia en la vida privada de las demandantes era proporcionada (véase para una situación similar, Köpke, decisión precitada). De hecho, si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria. Esto es más cierto cuando el buen funcionamiento de la empresa estaba en entredicho no solo por las irregularidades cometidas por un solo empleado, sino por la acción conjunta de varios empleados, en la medida en que esta situación podía crear en la empresa un clima general de desconfianza» (ap. 134).

Además, se debe destacar que esta sentencia también rechazó la queja de vulneración del derecho a un proceso equitativo fundada en la valoración de la prueba supuestamente obtenida con vulneración del derecho a la vida privada (art. 6. 1 CEDH).

laboral, cuando estas revelen información sobre hechos con relevancia penal. De hecho, en el último de los casos citados se iniciaron diligencias penales, pero fueron finalmente archivadas, dado que no se acreditó que el dinero sustraído por cada acusado excediera de 400 € y había transcurrido el plazo de prescripción establecido para las faltas.

Sin embargo, el conflicto laboral trasciende a un proceso penal en el asunto resuelto por la STS 239/2014, de 1 de abril, que versa sobre un supuesto de condena a un empleado por delito de apropiación indebida. La declaración de hechos probados de la sentencia de instancia daba cuenta de que el acusado había prestado servicios como trabajador de una empresa de suministros industriales, en la que desempeñaba funciones de contable y de gestión financiera, y de que entre los días 12 de septiembre y 20 de octubre de 2007, el acusado, aprovechando la situación de total confianza que tenía en la empresa, procedió, con ánimo de ilícito beneficio, a hacer suyas diversas cantidades de dinero que iba cogiendo de la caja registradora, llegando a obtener de esta forma la suma de 4.927,16 euros.

El condenado recurrió en casación, uno de cuyos motivos se basaba en la vulneración de su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), al haberse valorado como prueba una grabación obtenida de forma ilegal, al no existir conocimiento del trabajador ni autorización judicial, así como su derecho a la presunción de inocencia, al basarse la condena en prueba ilícitamente obtenida.

El Tribunal Supremo parte de la jurisprudencia constitucional, que admite cierto poder de control y vigilancia del empleador sobre el trabajador, y de la necesidad de ponderar con equilibrio los derechos del empresario y del trabajador, así como los lugares en los que se instalaron las cámaras de videovigilancia. En este sentido, señala que una cámara se había instalado junto a la caja registradora, de la que se tomaba el dinero, que se encontraba en una zona común a la que tenían acceso todos los trabajadores- algunos de los cuales habían presenciado la conducta del acusado tomando dinero de la misma-, por lo que no puede pretenderse una expectativa razonable de intimidad en un lugar de acceso común y no se vulneró el derecho a la intimidad del trabajador al colocar una cámara de grabación en una zona común.

Sin embargo, se estima que la instalación de una cámara en el despacho del acusado sí vulneró el derecho a la intimidad del trabajador, por una parte, porque «en principio, un despacho individual es una dependencia atribuida a una determinada persona, de la que depende el consentimiento para facilitar el acceso visual o personal de terceros al mismo». Por otra parte, porque en el caso no se considera proporcional la medida, pues «la empresa ya disponía de los testimonios de otros trabajadores que habían presenciado las sustracciones realizadas por el acusado y la posibilidad de obtener datos suficientes para acreditar su conducta mediante las grabaciones obtenidas por las cámaras instaladas en las zonas comunes. Por lo tanto, el impuesto sacrificio del

derecho a la intimidad aparecía desproporcionado en la medida en que no era necesario para la consecución del fin legítimo pretendido».

Como consecuencia de la apreciación de vulneración parcial del derecho a la intimidad, se declara que las imágenes obtenidas de la cámara instalada en el despacho del acusado no podrán ser utilizadas como prueba de cargo, sin que nada se ponga a la valoración de las demás grabaciones obtenidas de las cámaras instaladas en zonas de acceso general, en las que los trabajadores desarrollaban sus funciones laborales ⁶².

III. LA CAPTACIÓN DE IMÁGENES COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL (ART. 588 *QUINQUIES* LECRIM).

1. Sobre la inconstitucionalidad del régimen legal de captación de imágenes del art. 588 *quinquies* LECrim.

El capítulo VII del Título VIII del Libro II de la LECrim se dedica a la regulación de las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales relativas a «dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización», dedicándose un artículo al uso de dispositivos de captación de la imagen (art. 588

62 La sentencia cuenta con un importante voto particular del magistrado D. Antonio del Moral García, donde se cuestiona el tratamiento que debiera darse a las imágenes captadas en el despacho y, sobre todo, la posibilidad excepcional de atenuación de la regla de la exclusión de la prueba ilícita en algunos supuestos.

quinquies a LECrim) y dos artículos a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización (art. 588 *quinquies* b y c LECrim).

El régimen legal de la captación de imágenes se refiere a la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, según prescribe el tenor legal del art. 588 *quinquies* a LECrim, y siempre que no vaya acompañada de la captación de comunicaciones orales, la cual siempre está sometida –se capten solo conversaciones ambientales, o se complemente con la captación de imágenes- al régimen jurídico establecido en el art 588 *quater* LECrim, que requiere siempre de previa autorización judicial.

De hecho, la captación de imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos es la única diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales que no está sujeta al requisito de la previa autorización judicial, sino que se admite que se adopte por la policía judicial por su propia autoridad y sin necesidad de posterior ratificación judicial. El legislador lo justifica en el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, en el hecho de que, a su entender, esta diligencia no afecta a ninguno de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE ⁶³, interpretación

63 En este sentido, señala en el apartado IV: «La reforma aborda también la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La incidencia que en la intimidad de cualquier persona puede tener el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial, hace que la autorización para su práctica se atribuya al juez de instrucción. *En el mismo capítulo se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 de nuestro texto constitucional*».

que es compartida por la Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Esa interpretación se basa, entre otras razones, en la consolidada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha venido considerando que la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas no vulnera derechos fundamentales (SSTS n.º 968/1998, de 17 julio; 67/2014, de 28 enero; 409/2014, de 21 de mayo; y 200/2017, de 27 de marzo)⁶⁴.

Dicha jurisprudencia colmaba el vacío legal existente en la LECrim, que no regulaba específicamente la captación de imágenes ni como diligencia de investigación, ni como medio de prueba. La LECrim solo contenía en aquel momento un precepto genérico relativo a las funciones de la policía judicial consistentes en averiguar los delitos públicos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial (art. 282 LECrim).

64 Así la Circular FGE 4/2019, previamente mantiene: «Realmente, podría cuestionarse la inclusión de la captación de imágenes en lugares o espacios públicos en el propio título VIII del Libro II (De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución) ya que, como proclama expresamente el preámbulo de la LO 13/2015, con esta medida, no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 de nuestro texto constitucional. De ahí que resulte innecesaria la autorización judicial para su utilización por la Policía Judicial».

Sobre la base del anterior precepto, la jurisprudencia lo desarrollaba, estableciendo un régimen jurídico diferente en función del lugar en el que fueran captadas las imágenes⁶⁵, en ocasiones, excediéndose de la función constitucional y legalmente atribuida ⁶⁶. Buen botón de muestra de esa concepción jurisprudencial es la STS 354/2003, de 13 de marzo, que, habida cuenta de sus abundantes citas jurisprudenciales, riqueza argumental y carácter “pedagógico”, transcribimos con algo de detalle:

«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 6-5-1993, 7-2, 6-4 y 21-5-1994, 18-12-1995, 27-2-1996, 5-5-1997, 968/1998 de 17-7 y 188/1999, de 15 de febrero, entre otras).

Así, en la Sentencia de 6 de mayo de 1993 se expresa que las tareas de investigación de todo hecho delictivo están encaminadas a practicar las diligencias necesarias para

65 Cfr. SUÁREZ QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C., *Las videograbaciones como prueba en el proceso penal*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, núm. 2024, pp. 4523 y ss.

66 PEDRAZ PENALVA, E., “La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva”, en *Protección de datos y proceso penal* (dir. PEDRAZ PENALVA), La Ley, 2010, pp. 38-39 y ETXEBERRIA GURIDI, J, F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., p. 345.

comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial.

No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la LO 5-5-1982 reguladora de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. Según el art. 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la

Ley. El art. 282 LECrim autoriza a la Policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes.

No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. *Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.*

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 sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye 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 técnicos de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario» (FD 2).

Sin embargo, a mi juicio, como con acierto puso de manifiesto la doctrina, no puede afirmarse que en los espacios públicos no pueda resultar afectado el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada, como ha declarado la jurisprudencia del TEDH respecto del derecho a la vida privada recogido en el art. 8 CEDH, y buena prueba de ello es que la LO 4/1997 rodea el uso de videocámaras por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en espacios públicos de un haz de garantías para evitar la injerencia en los derechos de los ciudadanos ⁶⁷.

Por otra parte, habida cuenta de la diferente graduación o intensidad que puede presentar la afectación a derechos fundamentales –mucho mayor en la grabación que en la visualización, por la perpetuación y almacenamiento de imágenes y datos susceptibles de ulteriores y plurales utilizaciones- y de los avances en la delimitación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE), no parece que pueda admitirse en la actualidad la equiparación subyacente en la anterior

67 ETXEBERRIA GURIDI, J, E., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal* ..., ob. cit., pp. 338-339.

jurisprudencia entre percepción visual directa de acciones y grabación mecánica de imágenes.

No lo ha entendido así la Fiscalía General del Estado tras la LO 13/2015, que justifica su interpretación en la referida jurisprudencia de la Sala Segunda, así como en que la afectación al derecho fundamental a la intimidad personal no requiere autorización judicial ⁶⁸.

Sin embargo, esa argumentación incurre en un salto lógico y olvida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH sobre el particular. Respecto de lo primero, porque, como razona la doctrina citada, una cosa es que determinados derechos fundamentales gocen de un régimen de tutela reforzada –aquellos para los que la CE requiere

68 La Circular FGE 4/2019 dice: «Entre ellas, el Capítulo VII regula la «Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización» estableciendo previsiones normativas que disciplinan dos técnicas de investigación que, a pesar de venir siendo utilizadas desde hace ya tiempo en la persecución de los delitos, carecían del correspondiente soporte legal. En principio, se trata de formas de indagación de la actividad delictiva que van a incidir en el derecho fundamental a la intimidad personal, al invadir reductos de privacidad que pueden llegar a afectar a la esfera más reservada de la vida de los investigados. Sin embargo, como a continuación se expondrá, esta incidencia sobre el derecho fundamental ha llegado a ser cuestionada en el caso de las formas más leves de afección, como la consistente en la captación de imágenes en lugares públicos. Es esta una materia que no aparece condicionada en el texto constitucional a la reserva judicial, de ahí que el legislador haya optado por graduar la incidencia en el derecho fundamental de estas dos formas de persecución del delito exigiendo habilitación judicial únicamente para las modalidades más invasivas, los seguimientos a través de dispositivos técnicos, manteniendo, sin embargo, en manos de la Policía Judicial la capacidad de recurrir al empleo de dispositivos técnicos para la captación de imágenes».

de forma expresa previa autorización judicial- y otra cosa diferente es que algunos derechos fundamentales que no gozan del anterior privilegio no puedan resultar afectados por el hecho de que las imágenes se capten en un espacio o contexto público ⁶⁹.

De hecho, tras la reforma, parte de la doctrina ha cuestionado que la captación de imágenes en espacios públicos no pueda afectar a derechos fundamentales ⁷⁰, en especial, al derecho a la protección de datos personales ⁷¹.

A mi juicio, así es, pues la captación de imágenes en espacios públicos puede afectar a distintos derechos fundamentales, lo que genera serias dudas de inconstitucionalidad respecto del régimen legal de captación de imágenes del art. 588 *quinquies* a) LECrim. No puede descartarse *a radice* que la captación de imágenes en espacios públicos pueda afectar en algunas ocasiones al derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE), pero, sobre todo, con relativa facilidad la captación y grabación de imágenes de los sospechosos en el curso de una investigación policial puede afectar al derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE), así como al derecho a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE).

69 ETXEBERRIA GURIDI, J. E., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal* ..., ob. cit., pp. 338-339.

70 SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 206-207.

71 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del Estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica*, Diario La Ley, núm. 9416, 16 de mayo de 2019, p. 22.

Pero es que, además, según la jurisprudencia constitucional, no es cierto que, como regla general, la restricción del derecho a la intimidad –o del derecho a la propia imagen o del derecho a la protección de datos personales– no requiera previa resolución judicial. Antes al contrario, la regla general es que toda restricción de un derecho fundamental, entre ellos el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, o a la protección de datos personales, requiere el consentimiento del afectado, o previa autorización judicial. No obstante, como ninguno de esos derechos fundamentales tiene el carácter de derecho absoluto, pueden resultar limitados cuando lo exija la protección de otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la libertad de información), o de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como, sin duda, lo es la investigación y persecución de los hechos delictivos; y, sin perjuicio, de que, con carácter excepcional y por razones de urgencia, la consecución de ese otro fin constitucionalmente legítimo pueda justificar una intervención policial inmediata, pero necesitada de una confirmación judicial posterior.

En palabras del Tribunal Constitucional: «Por lo que se refiere a la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo que puede permitir la injerencia en el derecho a la intimidad, este Tribunal ha venido sosteniendo que reviste esta naturaleza «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal» (SSTC 25/2005, de 14 de febrero, F. 6; 206/2007, de 24 de septiembre, F. 6). En

efecto, «la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE» (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, F. 3 a; 292/2000, de 30 de noviembre, F. 9)» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

Así mismo, argumenta la anterior resolución en torno a la regla general y a la regla excepcional para los supuestos de urgencia y necesidad que resultan de aplicación para la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad que:

«En relación a la necesidad de autorización judicial, el criterio general, conforme a nuestra jurisprudencia, es que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el ámbito de este derecho fundamental mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecue al principio de proporcionalidad (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4; 25/2005, de 14 de febrero, F. 6; 233/2005, de 26 de septiembre, F. 4). Esta regla no se aplica, también según nuestra doctrina, en los supuestos en que concurren motivos justificados para la intervención policial inmediata, que ha de respetar también el principio de proporcionalidad» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Pero, teniendo en cuenta que «la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante* y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a

la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales» (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, b. 5 y STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) ⁷².

A la luz de esa jurisprudencia constitucional solo se puede concluir que la escuetísima regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes del art. 588 *quinquies* a) LECrim es inconstitucional. Por una parte, por

72 A lo que se añade con cita de la jurisprudencia anterior que: «De manera significativa hemos resaltado en la STC 70/2002, de 3 de abril, que “la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad” [F. 10 b).3]. Bien entendido que “la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales” [F. 10 b).5]. En esta línea en la STC 206/2007, de 24 de septiembre, F. 8, afirmábamos que “la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad”» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

lo que esa regulación legal específica dice. Y, por otra parte, por lo que esa brevísima e insuficiente regulación legal no dice.

En primer lugar, la inconstitucionalidad de la regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes del art. 588 *quinquies* a) LECrim deriva de lo que esa regulación legal específica dice. Esa regulación legal parte de un doble error: considerar que la captación de imágenes en los espacios públicos no puede afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos (primero) y estimar que la afectación a los derechos fundamentales consagrados en el art. 18. 1 CE no requiere constitucionalmente autorización judicial (segundo).

Sin embargo, al inicio de este apartado y del propio capítulo se ha puesto de manifiesto la capacidad de los actuales dispositivos tecnológicos de captación, grabación y reproducción de imágenes para incidir sobre el núcleo constitucionalmente protegido de diversos derechos fundamentales, con gran facilidad en el derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE) y en el derecho a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE), y eso puede suceder aunque las imágenes se capten en lugares, o espacios públicos ⁷³.

En efecto, sobre este aspecto es de necesaria referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha puesto de manifiesto con reiteración la posibilidad de

73 Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J. E., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 348-353 y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Veintiocho discrepancias ...*, ob. cit., p. 22.

afectación del derecho a la vida privada como consecuencia de la captación, grabación o reproducción de imágenes obtenidas en lugares o espacios públicos.

En este sentido, se debe partir de la STEDH de 28 de enero de 2003 ⁷⁴, supuesto en el que se captan imágenes de hechos protagonizados en la calle por un ciudadano que sufría depresión e intenta suicidarse en la vía pública. El tribunal parte de un concepto amplio del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), que no excluye la captación de imágenes en un contexto público y que utiliza como criterio de ponderación –relevante, más no determinante– el de la expectativa de privacidad de la persona en el lugar en el que son captadas las imágenes ⁷⁵ y en el caso, pese a encontrarse en

74 STEDH (Sección 4ª) de 28 de enero de 2003, caso Peck contra Reino Unido. El 20 de agosto de 1995 a las 23.30 h, una persona que sufría una depresión iba andando sola por la calle hacia un cruce en el centro de la población con un cuchillo de cocina en la mano e intentó suicidarse cortándose las venas de las muñecas. No sabía que una cámara estaba filmando sus movimientos y la película fue divulgada más tarde por medios de comunicación televisivos, que no grababan ni divulgaban propiamente el intento de suicidio, sino los instantes próximos en los que se le veía blandir un cuchillo y su cara de forma que podía ser reconocido.

75 Como con más detalle se señala: «Vida privada es un término amplio no susceptible de una definición exhaustiva. El Tribunal ya ha decidido que elementos como la identificación del género, nombre orientación y vida sexual son elementos importantes de la esfera personal protegidos por el artículo 8. El artículo protege también un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior y eso puede incluir actividades de naturaleza profesional o de negocios. Por lo tanto, existe una zona de interacción de la persona con los demás, incluso en un contexto público, que puede entrar en el ámbito de la “vida privada” (P. G. y G. H. contra el Reino Unido, núm. 44787, ap. 56, TEDH 2001-IX, con más referencias). En la anteriormente citada P. G. y G. H. contra el Reino Unido, el

una calle pública, las circunstancias sugerían una expectativa de privacidad que hacía difícil prever que su imagen pudiera ser captada ⁷⁶.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada con posterioridad en numerosas y recientes ocasiones, algunas referidas además a España. En esta jurisprudencia destaca la concepción de la imagen como un atributo principal de la personalidad de la persona y por ende del derecho a la vida privada, en cuanto contribuye de modo esencial a la identidad e individualidad de esta, y, por tanto, comprende el derecho del individuo a mantener el dominio sobre su propia imagen y a excluir su captación, conservación y reproducción por terceras personas.

Tribunal indicó lo siguiente (apartado 57): “Hay una serie de elementos pertinentes a tomar en consideración relativos a que la vida privada de una persona se considere que se lleva a cabo fuera del hogar de la persona o lugares privados. Puesto que hay ocasiones en que la gente, sabiéndolo y de manera intencionada, se implica en actividades que son o pueden ser grabadas o de las que se informe públicamente o puedan serlo, la expectativa de privacidad de una persona puede ser significativa, aunque no necesariamente un factor concluyente. Una persona que camina por una calle será vista inevitablemente por cualquier otra persona que también esté presente. Controlar por medios tecnológicos la misma escena pública (por ejemplo, un guardia de seguridad observando por un circuito cerrado de televisión) es de similares características. Las consideraciones sobre la vida privada surgen, sin embargo, una vez que existe un registro sistemático o permanente de tal material del dominio público”» (ap. 57 y 58).

76 «El actual demandante estaba en una calle pública pero no estaba allí para participar en ningún acontecimiento público y no era una figura pública. Era entrada la noche, estaba profundamente perturbado y en un estado de angustia. Aunque iba andando en público blandiendo un cuchillo, no fue luego acusado de ningún delito» (ap. 62).

En este sentido, la STEDH de 27 de mayo de 2014⁷⁷ declara que «el Tribunal tuvo ocasión de indicar que la imagen de un individuo es uno de los atributos principales de su personalidad, debido a que realza su originalidad y le permite diferenciarse de sus congéneres. El derecho de la persona a la protección de su imagen constituye así uno de los componentes esenciales de su plenitud personal y presupone principalmente el dominio por el individuo de su imagen. Si dicho dominio implica, en la mayoría de los casos, la posibilidad para el individuo de negarse a la difusión de su imagen, comprende a la vez el derecho para oponerse a la captación, la conservación y la reproducción de ésta por terceras personas. En efecto, siendo la imagen una de las características vinculadas con la personalidad de cada uno, su protección efectiva presupone, en principio, el consentimiento del individuo desde su captación y no solo en el momento de su eventual difusión al público. En caso contrario, un atributo esencial de la personalidad podría ser guardado por terceras personas sin que el interesado tuviera el dominio sobre su eventual uso posterior (ver, *mutatis mutandis*, *Reklos y Davourlis contra Grecia*, núm. 1234/2005, ap. 40, 15 enero 2009)»⁷⁸.

77 STEDH (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2014, caso *De la Flor Cabera contra España*.

78 En el mismo sentido, más recientemente la STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, caso *López Ribalda y otros contra España*, advierte que: «Por el contrario, pueden surgir consideraciones de privacidad cuando los datos personales, incluidas las imágenes de una persona identificada, se recogen y registran de forma sistemática o permanente (*Peck contra Reino Unido*, núm. 44647/98, apds. 58-59, TEDH 2003 I, *Perry*, precitado, apds. 38 y 41, y *Vukota-Boji contra Suiza*, núm. 61838/10, apds. 55 y 59, 18 de octubre de 2016). Como ya ha señalado el Tribunal en este

Así mismo, el tribunal considera en este caso que la grabación de imágenes de vídeo constituye una injerencia en la vida privada de un individuo y lo hace en un caso en el que la aseguradora demandada por las lesiones derivadas de un accidente de tráfico graba un vídeo del demandante en la vía pública para desmentir la veracidad de las alegaciones que sustentaban las pretensiones del actor en el proceso civil.

Por lo tanto, se debe concluir que la utilización de dispositivos tecnológicos de captación, grabación y reproducción de imágenes que permitan la obtención de imágenes en lugares, o espacios públicos puede incidir sobre el núcleo constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, y puede hacerlo con gran facilidad por lo que se refiere a los derechos fundamentales a la propia imagen (art. 18. 1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE).

Y ello es así también cuando la captación de las imágenes se realiza por la policía, a fin de descubrir e identificar a los sujetos responsables de un delito.

sentido, la imagen de un individuo es uno de los principales atributos de su personalidad, ya que expresa su originalidad y le permite diferenciarse de sus congéneres. El derecho de cada persona a la protección de su imagen es, por tanto, una de las condiciones esenciales para su desarrollo personal y presupone el derecho a controlar el uso de dicha imagen. Si bien tal dominio implica, en la mayoría de los casos, la posibilidad de que dicho individuo se niegue a difundir su imagen, incluye al mismo tiempo el derecho de éste a oponerse a la captura, conservación y reproducción de la misma por otros (Reklos y Davourlis contra Grecia, núm. 1234/05, ap. 40, 15 de enero de 2009 y De La Flor Cabrera contra España, núm. 10764/09, ap. 31, 27 de mayo de 2014 .».

En este sentido, la STEDH de 17 de julio de 2003 ⁷⁹ versa sobre un supuesto en el que la policía en el curso de la investigación de unos robos reguló la cámara de seguridad que había en la Comisaría a la que iba a ser conducido el detenido, a fin de que se pudieran tomar imágenes nítidas suyas en la zona de seguridad de la Comisaría y que fueron insertadas en un montaje, que fue mostrado a los testigos para ver si podían identificar al investigado; vídeo que también fue mostrado durante el juicio en una audiencia pública celebrada ante el tribunal. El Tribunal europeo consideró que «la grabación permanente de las imágenes y su inclusión en un montaje para ser utilizado posteriormente, puede por lo tanto ser considerada como el registro o la recogida de datos personales sobre el demandante».

Por otra parte, el Tribunal europeo rechazó el argumento del Gobierno demandado relativo a que el uso de fotografías en álbumes de identificación resulta compatible con el CEDH cuando se utilizan únicamente con fines de identificación de delincuentes en un procedimiento penal. El argumento se rechaza porque en el asunto *Lupker contra Holanda*⁸⁰, la Comisión subrayó en aquel caso que las fotografías no habían llegado a manos de la Policía mediante una invasión de la intimidad, ya que las fotografías habían sido aportadas voluntariamente a las autoridades para las solicitudes de

79 STEDH (Sección 3ª) de 17 de julio de 2003, caso *Perry contra Reino Unido*.

80 Asunto núm. 18395/1991, resolución de la Comisión de 7 diciembre 1992, sin publicar.

pasaportes, o habían sido tomadas por la Policía con ocasión de un arresto anterior. Mientras que en este caso las imágenes no fueron obtenidas voluntariamente, o en circunstancias en las que se pudiera razonablemente prever, que serían grabadas y utilizadas para fines de identificación. Por lo que se concluye que la grabación por la policía en un espacio público (comisaría de policía) y el uso de las imágenes de vídeo del demandante investigado supuso una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada (ap. 40-43).

Otro asunto en el que, por el contrario, la realización de fotografías no se consideró una injerencia en el derecho a la vida privada por parte de las autoridades públicas fue la STEDH de 31 enero 1995, caso Friedl contra Austria. En ese asunto, la Comisión había considerado que tomar fotografías podía suponer una intromisión en la privacidad de la persona, si bien en el caso rechazó que se hubiera infringido el art. 8 CEDH porque las fotografías tomadas permanecieron anónimas -ya que no se anotaron nombres-, los datos personales registrados y las fotografías tomadas no fueron introducidas en un sistema de procesamiento de datos, y no se llevó a cabo ninguna acción para identificar a las personas fotografiadas en esa ocasión por medio de procesamiento de datos (ap. 50-52).

Igualmente se ha considerado que la grabación y análisis de las voces a los efectos de identificar a los responsables de un delito constituyen una actividad de procesamiento de datos, que supone una intromisión en el derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH. En este sentido, la STEDH de

25 de septiembre de 2001 ⁸¹ advierte que se puede considerar que las grabaciones hechas para obtener muestras de voz entran en el ámbito de protección ofrecido por el artículo 8 y que en el caso se hizo por la policía un registro permanente de la voz del detenido, que estaba sujeto a un proceso de análisis que llevó directamente a la identificación del detenido; de modo que la grabación y análisis de las voces formaba parte de un procesamiento de datos personales de los investigados. En consecuencia, se concluye que «la grabación de las voces de los demandantes mientras estaban siendo interrogados y mientras permanecieron retenidos en la celda de la comisaría supone una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada según el sentido del artículo 8.1 del Convenio» (ap. 59-60).

En definitiva, la utilización de dispositivos tecnológicos de captación, grabación y reproducción de imágenes que permitan la obtención de imágenes en lugares o espacios públicos por la policía, a fin de descubrir e identificar a los sujetos responsables de un delito, puede incidir con facilidad sobre el núcleo constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a la propia imagen (art. 18. 1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE), o del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH).

Por otra parte, según decíamos, el segundo error de partida de la regulación legal de la LECrim –respaldado por la

81 STEDH (Sección 3ª) de 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H. contra el Reino Unido.

Circular 4/2019 FGE- consiste en considerar que la afectación a los derechos fundamentales consagrados en el art. 18. 1 CE no requiere constitucionalmente autorización judicial, pues, como hemos visto, la jurisprudencia constitucional distingue entre un régimen general u ordinario y un régimen excepcional previsto para los supuestos de urgencia, jurisprudencia que, por lo demás, tiene claros antecedentes en la jurisprudencia del TEDH.

En efecto, conforme a la jurisprudencia constitucional expuesta, la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad –lo que resulta extrapolable respecto al derecho a la propia imagen y al derecho a la protección de datos– requiere preceptiva resolución judicial motivada, que se adecue al principio de proporcionalidad, resolución judicial que en el régimen ordinario deberá dictarse con carácter previo a la ejecución policial de la medida invasiva mediante la oportuna autorización judicial. No obstante, con carácter excepcional, razones de urgencia y necesidad pueden justificar una intervención policial inmediata, que respete también el principio de proporcionalidad, y que debe ser objeto de un posterior control y ratificación judicial, sin el cual quedaría privada de valor la información obtenida mediante el uso de la diligencia restrictiva del derecho fundamental⁸².

Dicha jurisprudencia constitucional es la que ha determinado además que la reforma de la LECrim realizada

82 STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, b. 5 y STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.

mediante la LO 13/2015 haya establecido ese doble régimen legal –ordinario y excepcional- al regular los sujetos autorizados para acordar otras medidas restrictivas de derechos fundamentales, exigiendo con carácter general la previa resolución judicial, pero admitiendo respecto de algunas diligencias de investigación que se acuerden en caso de urgencia por autoridades gubernativas o por la policía, pero con ratificación judicial posterior inmediata ⁸³.

Sin embargo, la actual regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes en el art. 588 *quinquies* a) LECrim incumple el anterior parámetro de constitucionalidad y deviene en inconstitucional, al autorizar que la policía judicial invada los derechos fundamentales de la persona investigada mediante la captación y grabación de sus imágenes cuando se encuentre en un lugar o espacio público, sin supeditarlos a la concurrencia de urgencia y sin supeditarlos a la ratificación judicial posterior.

Además, dicho parámetro de constitucionalidad no deriva exclusivamente de nuestra Constitución, sino que dimana a su vez del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8 CEDH), como ha proclamado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

83 Como sucede respecto de la interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas (art. 588 *ter* d 3 LECrim), de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización (art. 588 *quinquies* b 4 LECrim) y respecto del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (art. 588 *sexies* c 3 y 4 LECrim).

En este sentido, la STEDH de 30 de mayo de 2017 recuerda su jurisprudencia sobre la necesaria existencia de autorización de un órgano independiente, por lo que la existencia de previa autorización judicial es un requisito exigido en todo caso para la injerencia en el derecho a la vida privada previsto en el art. 8 CEDH; así como que, aunque en situaciones de urgencia puede admitirse la injerencia sin previa autorización judicial, el respeto a los derechos reconocidos en el convenio dependerá de que exista un control judicial posterior y de que ese control judicial sea efectivo ⁸⁴. Por ello,

84 STEDH (Sección 3ª) de 30 de mayo de 2017, caso Rueda contra España. En este sentido, señala, en primer lugar: «El Tribunal constata que, en lo que concierne al acceso al contenido de un ordenador personal por la policía, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido la regla de la previa autorización judicial, condición exigida en cualquier caso por el artículo 8 del Convenio (que requiere que se dicte una orden por un órgano independiente) cuando está en juego una vulneración contra la vida privada de una persona (ver, en particular, Dumitru Popescu contra Rumanía [núm. 2], núm. 71525/2001, aps. 70-71, 26 abril 2007, y Iordachi y otros contra Moldavia, núm. 25198/2002, ap. 40, 10 febrero 2009). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional española permite, a título excepcional, hacer caso omiso a dicha autorización en situaciones de urgencia («necesidad urgente») pudiendo ser objeto de un control judicial posterior».

Con posterioridad, añade: «Es cierto que un proceso de urgencia puede otorgar a las autoridades una libertad ilimitada para determinar en qué situaciones está justificado recurrir a este procedimiento sin previa autorización judicial, lo que supondría cierto riesgo de recurso abusivo a este procedimiento (Roman Zakharov contra Rusia [GS], núm. 47143/2006, ap. 266, TEDH 2015). El Tribunal ha tenido ocasión de examinar leyes que permiten a las autoridades de investigación realizar registros sin previa autorización en caso de urgencia y ha concluido con la violación del Convenio cuanto el control judicial posteriori no ha sido efectivo (Smirnov contra Rusia, núm. 71362/2001, ap. 45, 7 junio 2007, Heino contra Finlandia, núm. 56720/2009, aps. 45-48, 15 febrero 2011, Gutsanovi contra Bulgaria, núm. 34529/2010, aps. 221-227, TEDH 2013 [extractos], Prezhdarovi contra Bulgaria, núm. 8429/2005, aps. 46-52, 30 septiembre 2014, Slavov y otros contra Bulgaria, núm. 58500/2010, aps. 145-151, 10 noviembre 2015» (ap. 35-37).

la falta de control judicial sobre la injerencia de la policía en el derecho a la vida privada de los investigados en un proceso penal comporta una lesión de ese derecho fundamental, tanto en los casos en los que existe una falta absoluta de control⁸⁵, como aquellos en los que el posterior control judicial sea formalista y no pueda considerarse efectivo⁸⁶.

85 Como se recuerda en el caso resuelto por la STEDH (sección 4ª) de 24 de abril de 2018, caso Benedik contra Slovenia, en un supuesto en el que la policía obtuvo directamente de la proveedora de servicios los datos de identificación del cliente. En él se señala: «Además, no se ha demostrado que existiera, en el momento en causa, un control independiente del uso de estas facultades de la policía, a pesar de que esos poderes, como interpretaron los tribunales nacionales, obligaron al ISP a recuperar los datos de conexión almacenados y permitió a la policía asociar una gran cantidad de información sobre la actividad en línea de un individuo en particular sin su consentimiento» (ap. 130).

86 Como sucede en el asunto resuelto por la STEDH (Sección 4ª) de 30 septiembre 2014, caso Prezhdarovi contra Bulgaria, en el que en un supuesto del registro de una tienda de informática en el que se incautan unos ordenadores, se señala en primer lugar que: «el Tribunal ha considerado que *la ausencia de una orden judicial previa puede ser contrarrestada por la disponibilidad de una revisión judicial de carácter retroactivo* (véase, Heino [PROV 2011, 39648], op. cit., ap. 45; y Smirnov contra Rusia [PROV 2007, 135584], núm. 71362/01, ap. 45, de 7 de junio de 2007). A este respecto, se reitera que pese al margen de apreciación que el Tribunal reconoce a los Estados contratantes en este ámbito, se debe ser especialmente vigilante cuando, como en el presente caso, parece ser que las autoridades tienen la potestad, en virtud del derecho interno, de ordenar y llevar a cabo registros sin una orden judicial previa (véase, Heino [PROV 2011, 39648], op. cit., ap. 40)».

Sin embargo, añade que ese posterior control judicial debe ser efectivo y significativo, mientras que en el caso «la falta de argumentos acerca de la relevancia de la información incautada para la investigación y la denuncia de los demandantes acerca de la naturaleza personal de cierta información contenida en los equipos informáticos, hace que *la revisión judicial fuera meramente formalista y privó asimismo a los demandantes de las garantías suficientes contra el abuso de sus derechos*» (ap. 46 y 49).

En segundo lugar, la inconstitucionalidad de esa brevísima e insuficiente regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes contenida en el art. 588 *quinquies* a) LECrim deriva de lo que esa regulación legal específica silencia o no dice. Sin embargo, esto es algo que debe ser puesto de manifiesto al hilo del análisis del concreto régimen jurídico de la diligencia de investigación de captación de imágenes del investigado en lugares o espacios públicos.

2. Régimen jurídico de la diligencia

2.1. *Ámbito de aplicación*

El ámbito de aplicación del régimen jurídico establecido para la regulación de la captación y grabación de imágenes por la policía judicial viene referido a las diligencias practicadas por la policía con la finalidad de investigar un aparente delito, ya cometido, o que se está cometiendo, o preparando, según se determina en el art. 588 *quinquies* a), 1 LECrim, conforme al cual la diligencia se realizará cuando resulte necesario para facilitar la identificación de la persona investigada, para localizar los instrumentos o efectos del delito, o para obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de este régimen jurídico las actividades de videovigilancia que puedan realizarse con una finalidad predominantemente extraprocesal en el ejercicio de una función preventiva o de seguridad pública o privada, o en ejercicio del derecho a la libertad de información de periodistas, o en ejercicio de los

poderes de control que en el ámbito laboral corresponden al empresario o empleador y de los que ya nos ocupamos en el apartado II.

Pero también quedan fuera del ámbito de aplicación de la regulación las grabaciones de imágenes que puedan realizar u obtener particulares que resulten de utilidad para la investigación de un delito, en cuanto que no han sido obtenidas por la policía judicial en el curso de una investigación penal, como prevé la ley. No es esta una cuestión regulada por la ley procesal penal, ni respecto de esta diligencia de investigación, ni respecto de otras. Ante el silencio legal, en la jurisprudencia parece prevalecer la tendencia a admitir la licitud de las grabaciones de imágenes obtenidas por particulares de modo puntual o casual, pero no la grabación preordenada a la investigación de los hechos delictivos o a la obtención de pruebas, que se concibe como competencia de la policía judicial ⁸⁷. De esta cuestión nos ocuparemos en el apartado V.

2. 2. *Contenido y alcance de la diligencia*

El art. 588 *quinquies* a), 1 LECrim permite tanto la captación como la grabación de imágenes («obtener y grabar»,

87 En este sentido Circular FGE 4/2019, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención ...*, ob. cit., pp. 243-245 y SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación...*, ob. cit., pp. 212-213. Caso palmario de obtención de prueba intencional por particular víctima del delito mediante grabación de conversación ambiente con el supuesto agresor es el resuelto por la STS 1066/2009, de 4 de noviembre.

según la dicción legal), actividades que, como reconoce la Circular FGE 4/2019, son diferentes. «La captación supone el visionado y, por lo tanto, la vigilancia de la escena en tiempo real, mientras que la grabación perpetúa esa misma escena», actividad de mayor afección para los derechos fundamentales del investigado, ya que «la conservación de lo captado a través de la grabación va a suponer el almacenamiento de sus datos de carácter personal»⁸⁸.

En segundo lugar, el art. 588 *quinquies* a), 1 LECrim solo autoriza a grabar imágenes, no sonidos, aunque la grabación se lleve a cabo en un lugar público. De modo que para grabar conjuntamente sonido e imágenes será de aplicación el régimen establecido en los arts. 588 *quater* a y siguientes, como también advierte la Circular FGE 4/2019 y admite de modo pacífico la doctrina.

En tercer lugar, ya se ha visto que se admite la práctica de la diligencia con la finalidad de investigar un hecho delictivo y descubrir a su autor, obteniendo las fuentes de investigación y de prueba al respecto. Sin embargo, no especifica la ley qué

88 Aquí admite implícitamente la Circular FGE 4/2019 la afectación de esta diligencia a los derechos fundamentales del investigado que ella niega poco antes o incluso aquí y nosotros afirmábamos supra. Así declara: «El art. 588 *quinquies* a autoriza tanto a captar como a grabar las imágenes. La captación supone el visionado y, por lo tanto, la vigilancia de la escena en tiempo real, mientras que la grabación perpetúa esa misma escena. La previsión no es superflua ya que, mientras que la captación de la imagen no afecta a derechos fundamentales del investigado, la conservación de lo captado a través de la grabación va a suponer el almacenamiento de sus datos de carácter personal. Esa mayor afección que va a traer consigo la grabación recibe, de este modo, la adecuada previsión legal».

clase de hechos delictivos pueden investigarse mediante esta diligencia de investigación.

Ello podría llevar a interpretar que la ley permite el uso de la medida para la investigación policial de cualesquiera hechos delictivos ⁸⁹, aun con la salvaguarda de la finalidad de investigación referida ⁹⁰. No obstante, dicha conclusión resulta incompatible con los principios rectores comunes establecidos para todas las diligencias restrictivas de derechos fundamentales -principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida- (art. 588 bis a LECrim), la diligencia de captación de imágenes inclusive, por lo que sería razonable concluir con la Circular FGE 4/2019, que en esta diligencia, cuando la policía informe al Juez, este debe valorar la concurrencia de los principios rectores en el caso.

No obstante, aun interpretándolo así, dudo mucho que en este extremo la regulación legal cumpla con el requisito de la calidad de la ley que ofrece cobertura legal a la adopción de una diligencia restrictiva de derechos fundamentales, calidad legal que, como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal

89 En este sentido, SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación...*, ob. cit., pp. 213-214, advierte que las normas referidas permiten que la grabación de imágenes pueda ser usada prácticamente para cualquier investigación policial, para toda investigación criminal.

90 Así parece pronunciarse DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit., pp. 286-287, cuando advierte que el uso de videocámaras por la policía se considerará una medida proporcionada cuando se pretenda facilitar la investigación del sospechoso, localizar instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para la investigación (art. 588 quinquies a LECrim).

Europeo de Derechos Humanos, requiere definir la categoría de delitos que pueden dar lugar a la adopción de la medida invasiva ⁹¹. Esa deficiente regulación legal de una medida restrictiva de derechos fundamentales, como es sabido, es suficiente por sí misma para determinar la infracción del derecho a la vida privada previsto en el art. 8 CEDH.

En cuarto lugar, la ley no limita los medios técnicos a través de los cuales puedan captarse las imágenes, por lo que deben admitirse con amplitud (cámaras de vídeo y de fotografía, tabletas, smartphones). Esta previsión no plantea problema legal, al tiempo que resulta compatible con los resultados de los nuevos avances tecnológicos ⁹².

En quinto lugar, la regulación legal autoriza que la policía judicial capte y grabe imágenes de la persona

91 En este sentido, la STEDH (Sección 2ª) de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia, advierte que: «Por consiguiente, deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: en este ámbito es también indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente (...). En opinión del Tribunal, la «Ley» debe ofrecer a los justiciables «la protección adecuada» contra los posibles abusos (...), al igual que en materia de escuchas telefónicas. De esta forma, deben definirse las categorías de personas que pueden ser objeto de tal medida y la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la misma (...)» (ap. 26). En la misma línea, la STEDH (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2005, caso Wisse contra Francia, advierte que «entre las “salvaguardias adecuadas” contra los posibles abusos figuran las categorías de personas susceptibles de ser objeto de tal medida, y debe definirse la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a las mismas (...)».

92 Sobre la diversidad de nuevos dispositivos tecnológicos que permiten las actuales tecnologías ver BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., pp. 100-102.

investigada cuando esta «se encuentre en un lugar o espacio público». En consecuencia, si la persona investigada se encuentra en su domicilio, la captación de imágenes requerirá autorización judicial (arts. 588 *quater* a y 588 *quinquies* a LECrim), excepción que, con arreglo a la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo y a la LO 4/1997 antes analizada -aquí susceptible de aplicación por analogía-, debe extenderse a aquellas dependencias de lugares públicos en los que exista una expectativa de intimidad o privacidad ⁹³.

En mi opinión, tampoco resultará autorizada la policía por su propia autoridad para captar imágenes del investigado que se encuentre en un establecimiento -o lugar cerrado-privado, pero abierto al público. Con independencia de que, si la policía está investigando un hecho delictivo, respecto del que ha podido captar imágenes un sistema privado de videovigilancia, la policía puede requerir la colaboración de la empresa de seguridad privada o del titular del establecimiento que tenga encomendado legalmente el tratamiento de las imágenes y datos personales almacenados en el sistema de videovigilancia, en los términos antes expuestos.

93 Como también se prevé en el art. 6. 5 LO 4/1997, según el cual «no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, *ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas*». Por lo que es razonable concluir con la Circular FGE 4/2019 que deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de esta diligencia los lugares «como el domicilio, el vestuario de un gimnasio, el cambiador de una tienda o un cuarto de baño, donde el individuo puede limitar el acceso de terceros, ejerciendo de ese modo ámbitos de privacidad excluidos del conocimiento ajeno».

Supuesto especialmente problemático en la jurisprudencia es el de la captación de imágenes por la policía en las inmediaciones del domicilio del investigado, o, incluso, en su interior, pero desde el exterior, a través de dispositivos técnicos, que permiten el acercamiento de la imagen. Por lo que respecta a las inmediaciones del domicilio, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado que las imágenes no se habían captado en un domicilio, sino en un lugar público, cuando la filmación de imágenes se hizo en el exterior del edificio en donde está ubicada la vivienda propiedad del investigado⁹⁴, cuando las imágenes se tomaron en el patio que daba acceso a la vivienda y que era perceptible directamente desde el exterior⁹⁵, cuando se había grabado desde el exterior la entrada en un domicilio y sus ventanas⁹⁶, o cuando se captan las imágenes de las ventanas enrejadas de los domicilios ubicados en bajos que daban a la calle y a través de las cuales se materializaba en ocasiones la entrega y pago de la droga⁹⁷;

94 STS 1049/1994, de 21 de mayo, FD 3.

95 STS 245/1999, de 18 de febrero, FD 3.

96 STS 354/2003, de 13 de marzo, FD 2 y que se rechaza, con cita de otras resoluciones relativas a la captación de imágenes a través de ventanas, porque las imágenes se captaron en la vía pública o a la vista de la vía pública (FD 2). Así, se recuerda que: «En relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida tal captación de imágenes en la Sentencia 913/1996 de 23-11, y en la 453/1997 de 15-4, en la que se expresa que en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el «Placet» judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás».

97 STS 433/2012, de 1 de junio, antecedente 1.

o cuando las imágenes se captan al acceder desde la calle al portal de un edificio comunitario ⁹⁸.

Especial interés presenta la STS 329/2016, de 20 de abril, supuesto en el que la policía capta imágenes del interior de un domicilio desde un edificio contiguo a través de unos prismáticos y en el que la sentencia rompe con una jurisprudencia bastante asentada en la Sala a la que nos acabamos de referir, sirviendo de precedente a una nueva orientación jurisprudencial.

En este sentido, se rechaza la interpretación de los tribunales de instancia, que negaban la lesión del derecho a la intimidad, con base en el clásico argumento, según el cual “... la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver a través de la ventana” (negligencia o descuido del morador).

Sin embargo, con profundidad, a la par que con carácter innovador, en la sentencia de casación se pone de manifiesto que la vulneración del derecho a la inviolabilidad

98 Así la STS 272/2017, de 18 abril, advierte que: «el edificio según consta en las fotografías de las vigilancias, tiene dos pisos, esto es tiene ubicado su domicilio, no en una vivienda con puerta a la calle sino a un portal y viven en un piso de un inmueble, esto supone que, al no constar ninguna grabación en el interior del portal o escalera de un inmueble, difícilmente pudo grabarse la puerta del domicilio de ninguno de los investigados, pues las vigilancias se hicieron en la vía pública, como admitió la propia defensa que planteó la cuestión. En todo caso se grabaría la entrada al inmueble, que es público, pues no puede pretenderse una expectativa razonable de intimidad en un lugar de acceso común para todos los vecinos y no exclusivo del Sr. (...)», añadiendo que ninguno de los “fotoprinters” contiene imágenes del interior de portales o escaleras» (FD 3).

del domicilio puede tener lugar tanto por una intromisión física, como por una intromisión virtual. En este sentido se declara que «nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos. A juicio de la Sala, sin embargo, la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscribire el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado» (FD 2) ⁹⁹.

99 Por lo que concluye casando la sentencia ya que se trataba de la principal o única prueba de cargo: «En definitiva, existió una intromisión en el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio, injerencia que tiñe de nulidad la observación que los agentes llevaron a cabo del intercambio de droga y la manipulación de una sustancia de color marrón, todo ello “... a través de uno de los dos ventanales que daban a la calle”. La vigilancia del comedor de la vivienda y de las idas y venidas de los moradores entre el salón y otras dependencias interiores del inmueble no

Dicha sentencia constituye un hito importante en la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, con la regulación actual debe darse un paso más, de modo que debe rechazarse que la policía en el contexto de su función de investigación se introduzca física o visualmente en la intimidad del domicilio personal o familiar, aun sin hacer uso de medios tecnológicos de aproximación, sin el consentimiento del investigado y sin autorización judicial ¹⁰⁰.

La actual regulación del art. 588 *quinquies* a LECrim serviría de fundamento a esta interpretación, ya que este precepto solo permite la captación de imágenes del investigado cuando este se encuentre en lugares o espacios públicos ¹⁰¹, condición que indudablemente no tiene el domicilio.

Esa interpretación se vería, además, reforzada mediante una aplicación por analogía de lo dispuesto en el art. 6. 5

puede considerarse como un acto de investigación sustraído a la exigencia de autorización judicial. No altera esta conclusión el hecho de que se tratara, como describe el relato de hechos probados, de "... dos ventanales que daban a la calle". Repárese en que el *factum* alude a un décimo piso, ubicado en la CALLE000 de Orense. Y esa inutilizabilidad de la principal prueba de cargo, al fin y al cabo, la que permitió la inmediata detención de Ildefonso y la aprehensión de la droga, conduce al vacío probatorio y obliga a la consiguiente absolución de ambos acusados (cfr. SSTC 81/1998, FJ 4, 121/1998, FJ 5, 49/1999, FJ 14, 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6, 166/1999, FJ 4, 171/1999, FJ 4; 81/1998, 121/1998, 151/1998, de 13 de julio, 49/1999, 166/1999, 171/1999)» (FD 3).

100 En este sentido, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención ...*, ob. cit., pp. 230-232.

101 Cfr. SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación...*, ob. cit., pp. 210-211.

de la LO 4/1997, sobre videovigilancia, la cual resulta de aplicación a la actividad de captación de imágenes y, en su caso, sonidos en lugares públicos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Dicho precepto prohíbe expresamente que se utilicen videocámaras «para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial», y establece que la consecuencia jurídica del incumplimiento accidental de esa prohibición será la destrucción inmediata de las imágenes obtenidas del interior de las viviendas por quien tenga la responsabilidad de su custodia ¹⁰².

En sexto y último lugar, la regulación legal autoriza que la diligencia policial de captación de imágenes de la persona investigada pueda afectar también a terceros, lo que se condiciona a dos supuestos alternativos: o bien a que «de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia», o bien a que «existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación».

102 Además, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, J, F., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal ...*, ob. cit., pp. 363-364, el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011 (art. 317. 1) iba también en esta dirección, en la medida en que exigía autorización judicial para la captación y grabación de imágenes del interior de un domicilio aunque pudieran ser divisadas desde el exterior.

2.3. Lagunas legales y disposiciones comunes aplicables.

Según se adelantó *supra* el régimen legal específico de la diligencia de captación de imágenes es excesivamente parco y escueto, lo que obliga a integrarlo en la medida de lo posible con las disposiciones comunes aplicables a las distintivas medidas restrictivas de derechos fundamentales establecidas en los arts. 588 *bis* a) a 588 *bis* k) LECrim.

La aplicación de estas disposiciones comunes a la diligencia de captación de imágenes resulta jurídicamente procedente, pues la propia rúbrica del capítulo IV en el que estas disposiciones comunes se contienen se refiere expresamente a la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen. Sin embargo, la aplicación de esas disposiciones comunes a las diligencias tecnológicas restrictivas de derechos fundamentales presenta dificultades derivadas de que esta diligencia puede ser acordada por la policía judicial por su propia autoridad, a diferencia del resto de diligencias, que requieren siempre autorización judicial, previa, o, en caso de urgencia, posterior.

Esta dificultad se plantea, en primer lugar, respecto de los principios rectores comunes a todas las diligencias restrictivas de derechos fundamentales -principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida- (art. 588 *bis* a LECrim), ya que estos se establecen propiamente respecto de la resolución judicial. Su adaptación a la diligencia de captación de imágenes debe llevar a interpretar, como mantiene la Circular FGE 4/2019,

que en esta diligencia, cuando la policía informe al Juez, este deberá valorar la concurrencia de esos principios rectores en el caso ¹⁰³.

Tal y como propone la Circular FGE 4/2019 también deben considerarse aplicables en la medida de lo posible las disposiciones comunes relativas al secreto (art. 588 *bis* d LECrim), al control judicial de la medida (art. 588 *bis* g LECrim) y a la destrucción de registros (art. 588 *bis* k LECrim).

Sin embargo, su adaptación a esta diligencia presenta incoherencias o dificultades no siempre de fácil solución. En este sentido, como pone de manifiesto la Circular, la sustanciación en pieza separada y secreta de esta diligencia (art. 588 *bis* d LECrim) puede no resultar necesaria cuando la grabación de la policía sea puntual y no haya lugar a abrir una investigación judicial, o no existan razones para mantener secreta una investigación. En otro caso, puede ser necesario incoar la pieza separada y secreta para no frustrar la eficacia de las nuevas medidas que se adopten, o de las que estén pendientes de practicar.

Así mismo, la disposición sobre la destrucción de los registros que contengan las grabaciones (art. 588 *bis* k LECrim) puede carecer de sentido, si la investigación policial

103 En el mismo sentido, BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., p. 129 y ARRABAL PLATERO., P., *Validez de la grabación policial al conductor a efectos de prueba en el delito de conducción bajo la influencia de las drogas del artículo 379.2 CP*, Diario La Ley núm. 9628, 8 mayo 2020, p. 9.

no culmina en una actuación judicial ¹⁰⁴; situación que puede ser preocupante desde la perspectiva de la ausencia de control judicial sobre la que ahora vamos a volver.

Pero, sobre todo, lo que mayores dificultades plantea, a mi juicio, es la aplicación de las disposiciones sobre el control judicial de la medida (art. 588 *bis* g LECrim) y sobre su duración y prórroga (arts. 588 *bis* e y 588 *bis* f LECrim).

Hasta tal punto es así que la Circular FGE 4/2019 mantiene que no son de aplicación a esta diligencia las disposiciones comunes relativas a la duración y prórroga de la medida (arts. 588 *bis* e y 588 *bis* f LECrim)

En mi opinión, el núcleo del problema radica, sobre todo, en la inexistente regulación del régimen específico de control judicial de esta diligencia y, en segundo lugar, en la falta de establecimiento de un específico plazo máximo de duración de la medida; así como el “evanescente” contenido de las disposiciones comunes relativas a estos aspectos, las cuales, en buena medida, necesitan de desarrollo en la regulación específica de cada diligencia.

Así, por lo que respecta al control judicial de la medida (art. 588 *bis* g LECrim), se dispone que la policía informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida con la periodicidad que este determine y, en todo

104 Como advierte RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Veintiocho discrepancias ...*, ob. cit., p. 23, quien señala que en ese caso lo razonable sería aplicar el art. 22 LO 15/1999.

caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma. Sin embargo, como en la regulación específica ni se requiere que se solicite autorización judicial previa, ni se exige una ratificación judicial posterior, ni se establece por ello un plazo en el que esa ratificación resulte necesaria, resulta extraordinariamente difícil la efectividad del control judicial, que queda en todo caso al albur de la libérrima voluntad de la propia policía, a la cual no se le fija además un plazo de duración máximo de vigencia de la medida. Piénsese que, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos (arts. 588 *ter* f LECrim para las comunicaciones telefónicas y telemáticas, o art. 588 *quater* d LECrim para las comunicaciones orales directas) ni siquiera se establece nada en el art. 588 *quinquies* a LECrim sobre las características de las grabaciones (originales o copias, íntegras, resumidas, o ambas) que la policía debe aportar al órgano judicial, ni sobre el plazo en el que debe hacerlo. Y la aplicación de la disposición común en este aspecto tampoco colma el vacío legal.

En definitiva, a mi juicio, a la luz de lo expuesto solo se puede concluir que la deficiente e insuficiente regulación legal de esta diligencia restrictiva de derechos fundamentales no cumple en absoluto las exigencias de calidad de la ley exigibles para las medidas restrictivas de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en el art. 8 CEDH, y que ha recordado en numerosas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, provocando, en consecuencia, la inconstitucionalidad de la regulación legal efectuada en el art. 588 *quinquies* a LECrim.

En este sentido es de recordar con la STEDH de 31 de mayo de 2005 que las medidas restrictivas de derechos fundamentales *«deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: en este ámbito es también indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente (...). En opinión del Tribunal, la «Ley» debe ofrecer a los justiciables «la protección adecuada» contra los posibles abusos (...), al igual que en materia de escuchas telefónicas. De esta forma, deben definirse las categorías de personas que pueden ser objeto de tal medida y la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la misma; el Juez debe estar obligado a fijar un límite a la duración de la ejecución de la medida; deben asimismo precisarse las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis en las que constan las conversaciones «escuchadas», las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas, a efectos de un eventual control por el Juez y por la defensa, así como las circunstancias en las que puede y debe llevarse a cabo la borradura o la destrucción de dichas cintas, concretamente tras un sobreseimiento o una absolución»¹⁰⁵.*

105 STEDH (Sección 2ª) de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia (ap. 26).

En la misma línea, de profundizar en las exigencias de la calidad de la ley se pronuncia la STEDH (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2005, caso Wisse contra Francia, que, además, tiene el mérito de recordar la idea de que las exigencias de precisión y concreción en la regulación legal de una medida restrictiva de derechos fundamentales vienen anudadas a la necesidad de previsibilidad de la medida para el sujeto eventualmente afectado por la misma. Así, se señala que «el Tribunal recuerda que (...),

Como antes se señaló, a mi juicio, la inconstitucionalidad de la escuetísima regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes en el art. 588 *quinquies* a) LECrim

la Ley en la que se fundamenta debe ser «previsible» en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables. El Tribunal ha recordado constantemente que las condiciones cualitativas incluidas en las palabras «previstas por la Ley» en el sentido del artículo 8.2 exigen la accesibilidad de la Ley a la persona en cuestión, que asimismo debe poder prever sus consecuencias y su compatibilidad con la preeminencia del Derecho (...). Entre las «salvaguardias adecuadas» contra los posibles abusos figuran las categorías de personas susceptibles de ser objeto de tal medida, y debe definirse la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a las mismas; el Juez debe ser obligado a fijar un límite para la duración de la ejecución de la medida; deben igualmente precisarse las condiciones para levantar las actas en las que se recojan las conversaciones «escuchadas», las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas para su posible control por el Juez y la defensa, así como las circunstancias en las que puede o debe borrar o destruir tales cintas, concretamente tras un sobreseimiento o absolución del acusado (Sentencia Kruslin ...).

Así mismo, la STEDH (sección 4ª) de 24 de abril de 2018, caso Benedik contra Slovenia, dictada en un supuesto en el que la policía obtuvo directamente de la proveedora de servicios los datos de identificación del cliente, hace consideraciones de interés sobre las autoridades competentes para permitir, realizar y supervisar medidas restrictivas de derechos fundamentales. En este sentido, señala: «Además, la compatibilidad con el estado de derecho requiere que la legislación interna proporcione una protección adecuada contra las injerencias arbitrarias con los derechos del artículo 8 (véase, mutatis mutandis, A. , precitada, apds. 76-77; B. contra Rusia [GS], núm. 4378/02, ap. 76, 10 de marzo de 2009; véase también W. y S. contra Alemania (dec.), núm. 54934/00, ap. 94, TEDH 2006 XI; y L. y otros, precitada, ap. 62). El Tribunal también debe considerar que existen las garantías adecuadas y efectivas contra el abuso. Esta valoración depende de todas las circunstancias del caso, tales como la naturaleza, alcance y duración de las posibles medidas, los motivos necesarios para ordenarlas, las autoridades competentes para permitir las, realizarlas y supervisarlas, y el tipo de recurso proporcionado por la ley (véase Asociación para la Integración Europea y Derechos Humanos y E. contra Bulgaria , núm. 62540/00, ap. 77, 28 de junio de 2007, con referencias a K y otros contra Alemania , 6 de septiembre de 1978 , ap. 50, series A núm. 28, y U. , precitado, ap. 63)» (ap. 125).

deriva, por una parte, de lo que esa regulación legal específica *dice*, y, por otra parte, de lo que esa brevísima e insuficiente regulación legal *no dice*.

Respecto de lo que esa regulación legal específica *dice*, ya se señaló que esa regulación legal parte de un doble error: considerar que la captación de imágenes en los espacios públicos no puede afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos (primero) y estimar que la afectación a los derechos fundamentales consagrados en el art. 18. 1 CE no requiere constitucionalmente autorización judicial (segundo).

Respecto de lo que esa brevísima e insuficiente regulación legal *no dice*, se debe destacar que el régimen jurídico establecido para la captación de imágenes en el art. 588 *quinquies* a LECrim no regula muchos de los aspectos requeridos por la exigencia relativa a la calidad de la ley que prevé la medida invasiva de derechos fundamentales, según la jurisprudencia del TEDH expuesta. La regulación contenida en el art. 588 *quinquies* a LECrim no define la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la medida, no fija un límite a la duración de la ejecución de la medida, no establece las condiciones ni el plazo en los que las grabaciones deben ser puestas a disposición judicial (originales o copias; íntegras, resumidas, o ambas), ni lo que, es más importante, no determina cómo con los anteriores antecedentes puede llevarse a cabo un control judicial efectivo de la ejecución de la medida restrictiva y de sus resultados. Además, como se ha visto, esas lagunas no se resuelven, o lo hacen inadecuadamente con la aplicación de las disposiciones

comunes sobre diligencias restrictivas establecidas en el art. 588 *bis* LECrim. En mi opinión, como ya se ha dicho, la consecuencia de esa manifiesta insuficiente regulación es la inconstitucionalidad del actual régimen legal de esta diligencia.

IV. LA INTRODUCCIÓN DE LA IMAGEN EN EL JUICIO ORAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha regulado las técnicas de videovigilancia como medio de investigación y de prueba hasta la reforma producida a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre. Sin embargo, ese vacío legal no impide la utilización en el proceso penal de instrumentos de captación de imágenes y sonido, a partir del año 2000, con fundamento en la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4 LEC), que en sus arts. 382 y 383 LEC regula como medio de prueba la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación y grabación, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina¹⁰⁶ y en la jurisprudencia¹⁰⁷.

106 ETXEBERRIA GURIDI, J, E., “Videovigilancia ...”, en *El proceso penal* ..., ob. cit., pp. 338-339.

107 En este sentido, la STS 4/2005 de 19 enero, señala que «la grabación periodística de un incidente acaecido en la vía pública, no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente.

Sin embargo, por tal motivo no puede ser tachada, en modo alguno, de medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración a derecho fundamental alguno, en concreto y de manera especial el derecho a la intimidad en sus diferentes facetas, ya que, como se ha dicho, la grabación recoge hechos sucedidos en un ámbito público.

Como hemos visto, la reforma realizada en la LECrim a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, ya ofrece fundamento legal expreso en el art. 588 *quinquies* LECrim a la utilización de técnicas de captación de imágenes como diligencia de investigación penal. Sin embargo, lo hace con técnica legislativa deficiente, no solo por las razones antes expresadas relativas a la configuración de los presupuestos y requisitos de la nueva diligencia de investigación, sino también porque esa ley no regula la práctica de los medios de prueba a través de los cuales deben introducirse en el juicio oral los resultados obtenidos mediante las denominadas diligencias de investigación tecnológica ¹⁰⁸, entre ellas, mediante las diligencias de captación de imágenes ¹⁰⁹.

A partir de la afirmación que precede, ha de reconocérsele, por tanto, validez como material susceptible de aportar al Juzgador conocimiento acerca de lo realmente acontecido, no existiendo ningún motivo apreciable para su rechazo.

Máxime cuando no sólo esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso Penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad y búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión «a priori» de ninguna clase de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido» (FD 1, A). La cursiva es nuestra.

108 Como ha recordado la doctrina en general respecto de las fuentes de prueba tecnológicas. En este sentido, ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica...*, ob. cit., pp. 279-280 y FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras las reformas de 2015”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO CUEVILAS SAYROL), Atelier, 2016, p. 277.

109 MAGRO SERVET, V., *Sobre el valor de las cámaras de vigilancia ...*, ob. cit., pp. 5 y 13, y BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., pp. 131 y ss.

Ello tampoco ha sido óbice para que la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo siga admitiendo su utilización como medio de prueba en el proceso penal mediante una aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 4, 382 y 383 LEC), como pone de manifiesto, por ejemplo, STS 649/2019, de 20 de diciembre.

En ella se proclama lo siguiente: «la doctrina jurisprudencial entiende, con carácter general, que las grabaciones videográficas de imágenes captadas en espacios públicos, a condición de que sean auténticas y de que no estén manipuladas, constituyen un medio de prueba legítimo y válido en el proceso penal -previsto ahora expresamente en el art. 382 Lec y aplicable de forma supletoria conforme a lo dispuesto en el art. 4 Lec-, sin que se requiera para su captación la previa autorización judicial. En efecto, nos encontramos con la posibilidad del uso de la prueba documental tecnológica del proceso civil aplicable al proceso penal, como en estos casos se realiza cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recaban del comercio la observación de las imágenes en uso de las facultades investigadoras que se les confiere» (FD 3).

A nuestro juicio, la regulación de las nuevas diligencias de investigación tecnológica –la captación de imágenes entre ellas- era necesaria y urgente, constituyendo un acierto su regulación expresa en el proceso penal. Sin embargo, una reforma técnicamente adecuada debiera llevar también a la regulación directa en el texto de la LECrim del modo de incorporar al juicio oral, mediante la práctica de los diferentes

medios de prueba en la vista, la información derivada de las fuentes de prueba obtenidas a través de las nuevas diligencias de investigación. La ubicación sistemática más adecuada para ello es el capítulo tercero del Título III del libro III de la LECrim, dedicado a la regulación «Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral». El legislador no lo ha hecho así en las reformas de 2015, pero es altamente conveniente que acometa esa tarea en la anunciada próxima reforma legal de la LECrim, en favor de la seguridad jurídica y para una mayor garantía de los derechos procesales de las partes y, en último término, del derecho de defensa (art. 24. 2 CE).

Visto el estado legal de la cuestión, pasaremos a analizar el tratamiento que ha merecido en la jurisprudencia el uso de grabaciones de imágenes obtenidas a través de diferentes técnicas de grabación y reproducción de la imagen ¹¹⁰. Para ello distinguiremos diferentes ámbitos y nos referiremos a las imágenes captadas en desempeño de una función preventiva, por una parte, por cámaras de seguridad públicas instaladas al amparo de la LO 4/1997, con las peculiaridades que supone el hecho de que las imágenes sean tomadas por cámaras de videovigilancia automáticas y, por otra parte, por cámaras de seguridad de establecimientos privados abiertos al público; a las imágenes captadas en desempeño de una función de investigación por la policía judicial y a las imágenes captadas por periodistas en el ejercicio del derecho a la libertad de información.

110 Sobre la aportación de nuevas fuentes de prueba tecnológica a través de los diferentes medios de prueba, ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica...*, ob. cit., pp. 279 y ss.

Para ello, puede partirse del concepto amplio de documento que asume la ley penal, en la cual se considera como tal «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica» (art. 26 CP) y de que la jurisprudencia admite que el resultado de las grabaciones de las conversaciones se incorpore al juicio oral como prueba documental (documento videográfico) ¹¹¹.

1. Imágenes captadas como diligencia de investigación policial.

Según se advirtió *supra*, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha admitido tradicionalmente la captación de imágenes por la policía por su propia autoridad, sin necesidad de previa autorización judicial, cuando se trate de imágenes captadas en lugares públicos por la policía en el ejercicio de sus funciones de investigación del delito y de su autor, las más de las veces a través de filmaciones de vídeo. De estos supuestos interesa destacar algunas ideas.

Por una parte, del análisis de esa jurisprudencia se desprende que, en ocasiones, la captación de las imágenes se utiliza, después de una labor de seguimiento y vigilancia policial en la investigación de determinado delito (con frecuencia de tráfico de drogas), más como instrumento que justifique la adopción por el juez de otra diligencia restrictiva de derechos fundamentales más invasiva (entrada

111 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., p. 12.

y registro de domicilio¹¹², o interceptación de comunicaciones telefónicas¹¹³, que como medio de prueba de cargo apto para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

En segundo lugar, también se observa que en buena parte de esos casos la grabación de vídeo no se valora como medio de prueba de cargo importante para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, sino como elemento corroborador de la declaración testifical del agente que en el momento de los hechos simultáneamente los vio y realizó

112 Es el caso de la STS 1135/2004, de 11 de octubre, en el que se monta un dispositivo policial de vigilancia sobre una zona de Las Palmas de Gran Canaria en la que se traficaba con droga. El sistema era siempre idéntico, se acercaba el comprador a alguno de los acusados y, a cambio de dinero, éstos le entregaban uno o varios envoltorios blancos de idénticas características, abandonando a continuación el lugar los compradores. Observadas por los miembros de la Policía Judicial y filmadas las distintas transacciones procedían a comunicar a sus compañeros las características de los compradores o del vehículo que ocupaban y se procedía a su seguimiento e interceptación en lugar seguro para la investigación, llegándose a interceptar a nueve de los compradores a los cuales se les incautó la sustancia adquirida. Como consecuencia de estas investigaciones, la policía solicitó del Juzgado de Instrucción mandamiento de entrada y registro en los domicilios de los acusados, en los que se obtuvo gran cantidad de droga.

113 La STS 299/2006, de 17 de marzo, se refiere también a un supuesto de investigación policial de tráfico de drogas. Dos acusados fueron sometidos a un seguimiento policial como consecuencia de ciertas denuncias que los relacionaban con un supuesto tráfico de drogas. En el curso del seguimiento se advirtió y grabó con video cómo numerosas personas se acercaban al domicilio de los acusados, y, tras pasar al mismo por un breve momento, salían tras haber adquirido pequeñas cantidades de droga, principalmente cocaína, según se desprendía de la inmediata interceptación posterior de los compradores. Como consecuencia de este seguimiento se solicitó la intervención judicial de los teléfonos de los investigados, que fue acordada, y finalmente se solicitó y acordó la entrada y registro de domicilio.

la grabación, que suele tener carácter de medio de prueba fundamental y que suele exigir la presencia en el juicio oral del agente de policía que realizó la grabación¹¹⁴.

Así, en la STS 352/2005, de 18 de marzo, que versa sobre un supuesto de grabaciones realizadas por la policía con videocámara en la vía pública sobre presuntos actos de tráfico de drogas, se advierte que «la prueba viene constituida, no tanto por las cintas grabadas, sino por las declaraciones de los agentes que intervinieron en las actuaciones, los cuales declaran sobre hechos de conocimiento propio. Incluso cuando quien declara es la persona que al mismo tiempo ha grabado lo ocurrido, su declaración no versa sobre el contenido de la cinta, sino sobre los hechos que presenció a través del visor de la cámara de modo simultáneo a la grabación. En este sentido, el contenido de las cintas no es otra cosa que un refuerzo documental para dichas declaraciones que puede

114 No obstante, la STS 597/2010, de 2 de junio, dictada en un caso de condena por delito de desórdenes públicos durante la celebración de las fiestas patronales de la Virgen Blanca de Vitoria, matiza esta doctrina en alguna medida, al exigir que para que sea necesario que el autor de la grabación declare en el juicio es necesario que lo solicite la defensa del acusado, ya que señala que «por último, la defensa, que había ocurrido en la fase de instrucción al visionado de todas las cintas aportadas, habiéndolas tenido a su disposición, sin que conste ninguna protesta en relación con su integridad o veracidad, no interesó la presencia de los agentes que llevaron a cabo la grabación en el acto del juicio oral, por lo que carece de razón denunciar con posterioridad su falta de ratificación».

Sin embargo, ello no tenía gran relevancia en el caso, dado que en el juicio oral habían comparecido unos policías locales que intervinieron el día de los hechos arrebatando la pancarta al acusado y el guardia civil que después de visionar el vídeo había reconocido al acusado como aquel que el día de los hechos portaba la pancarta, por lo que existía prueba personal directa independiente de la realidad de la grabación.

permitir en ocasiones una mejor y más completa valoración de la prueba»¹¹⁵.

115 En sentido análogo, en la STS 1135/2004, de 11 de octubre, se dice que «En primer lugar, no es exacto que las pruebas de cargo se hayan obtenido mediante el uso de cámaras de video, pues las declaraciones testificales que se tienen en cuenta como base de las condenas se originan en el dispositivo policial de vigilancia establecido en el lugar donde el recurrente realizaba la conducta que se declara probada en la sentencia. *Los agentes declaran sobre hechos de conocimiento propio, de tal manera que sus declaraciones son valorables con independencia del contenido de la grabación que alguno de ellos realizaba simultáneamente a su intervención. Entendida la cuestión en estos términos, la grabación no es más que un elemento de apoyo a aquellas declaraciones*, de manera que el hecho de su existencia y de su aportación a la causa no resta valor a la percepción directa de los testigos.

En cuanto a su legitimidad, ha de tenerse en cuenta en primer lugar, que se realiza en un espacio público y que su objeto es una actividad desarrollada en dicho espacio público, aparentemente delictiva y que, como tal, está siendo directamente investigada por agentes de Policía judicial en el ejercicio de las misiones que les encomienda la Ley» (FD 3). Así mismo, advierte que «La lectura de la sentencia permite comprobar que *la base de la condena del recurrente lo constituyen las declaraciones de los agentes policiales que participaron en el dispositivo que dio origen a la presente causa y el resultado de la diligencia de entrada y registro. Así, varios policías han declarado ante el Tribunal, bajo el interrogatorio de las partes, que vieron al recurrente vender droga. Aunque sus declaraciones se concreten en haber presenciado la entrega de algo a cambio de dinero han de completarse con las declaraciones de otros agentes ratificando las actas de ocupación de droga en poder de los compradores. Y las declaraciones de los agentes junto con el acta de la diligencia de entrada y registro acreditan la incautación de una importante cantidad de droga en su domicilio*».

En la STS 299/2006, de 17 de marzo, se señala: «Asimismo, la improcedencia del motivo viene impuesta por el alcance probatorio y finalidad perseguida por tales grabaciones.

La fuerza probatoria le viene de la testifical de los policías que la grabaron y que asistieron a juicio, donde pudieron ser contradictoriamente interrogados.

Sólo se pretendía justificar la necesidad de realizar una intervención telefónica y posterior libramiento de sendos mandamientos de entrada y registro y para ello fue determinante el oficio policial petitorio al que

En tercer lugar, cuando la grabación de las escenas delictivas es realizada por la policía en el curso de la investigación de un delito suele exigirse que la policía aporte las grabaciones originales e íntegras, por una aplicación analógica de la LO 4/1997 y que posteriormente en el acto del juicio se produzca el visionado o reproducción de la grabación (art. 382 LEC). Sin embargo, no resulta

suele remitirse el auto judicial habilitante, y en tal escrito policial se afirma, entre otras cosas, la posibilidad material de comprobar por parte del juez, si lo estima oportuno que, en un domicilio habitado por una persona con antecedentes penales y sobre el cual se habían recibido diversas denuncias anónimas por la dedicación a la venta de drogas, con inusitada frecuencia entran y salen personas conocidamente adictos a tal consumo (algunos días más de treinta individuos) y después de permanecer en la vivienda unos instantes, retornaban a la vía pública.

Con tal finalidad de reforzamiento del oficio sobre la adopción de medidas restrictivas del derecho a la intimidad, su posterior consideración como prueba de cargo se halla enormemente reducida, al limitarla a la única función de corroboración del testimonio de unos policías que al juez pueden merecerle plena credibilidad sin necesidad de las grabaciones efectuadas, que por otra parte no es usual aportarlas a la causa» (FD 1, 3).

Por último, la STS 597/2010, de 2 de junio, dictada en un caso de condena por delito de desórdenes públicos durante la celebración de las fiestas patronales de la Virgen Blanca de Vitoria, se advierte que «Además de ello, debe subrayarse, como apunta el Ministerio Fiscal, que comparecieron al acto del juicio oral los policías locales que arrebataron la pancarta al acusado y el guardia civil que después de visionar el vídeo le reconoció sin lugar a dudas “como la persona que portaba el mástil de la pancarta con una mano cubierta por un guante”, reconociéndole como aquél que el día de autos era portador de la misma, existiendo por ello prueba personal directa independiente de la realidad de la grabación, con cita de la S.T.S. 299/06 que, en un caso semejante, afirma la validez de estos actos de investigación (grabaciones videográficas) con finalidad corroboradora de lo que pudieron ver los agentes policiales, siendo éstos, que declaran como testigos, quienes permiten al Tribunal llegar a la conclusión de la realidad de lo grabado, y por lo tanto el derecho a la presunción de inocencia aparece correctamente enervado» (FD 1).

imprescindible que durante el juicio oral se proceda al visionado de la totalidad de la grabación, bastando que se proceda al visionado del vídeo resumen que se acompañe a las cintas originales, siempre que estas estén a disposición del tribunal sentenciador y de las partes, y que las partes no la hayan impugnado, o no hayan solicitado en tiempo hábil las partes relevantes de los soportes originales que hubieran deseado que se reprodujeran en el acto del juicio ¹¹⁶.

Por último, cuando la grabación de las escenas delictivas es realizada por la policía en el curso de la investigación de un delito suele exigirse que la policía ponga a disposición judicial las grabaciones con prontitud, por una aplicación analógica de la LO 4/1997, requisito cuyo incumplimiento no determina por sí mismo la falta de validez de la grabación. En este sentido, la STS 1154/2010, de 12 de enero, respecto de unas grabaciones obtenidas por medios de comunicación, señala que «aunque efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a

116 En este sentido, la STS 352/2005, de 18 de marzo, pone de manifiesto que «al folio 41 consta que se remiten por la Policía al Juzgado cuatro cintas de videocámara donde se recogen las videograbaciones registradas y una cinta de videocasete, donde se resumen las anteriores. Se distingue, por lo tanto, con total claridad, las cintas originales de la grabación y la cinta confeccionada posteriormente por la Policía como resumen de las anteriores. El hecho de que en el juicio, para mayor facilidad, se haya empleado esta última no disminuye el valor probatorio de las originales que han estado a disposición de las partes en el juicio oral, tal como se resalta en la sentencia, sin que interesaran su visionado total o parcial» (FD 2).

tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar» (FD 1. 2)

2. Imágenes captadas por periodistas en ejercicio del derecho a la libertad de información.

Un primer supuesto es el resuelto por la STS 4/2005, de 19 enero, referido a un caso en el que, en el marco de la detención de un miembro de Herri Batasuna en Bilbao, se concentró un grupo de treinta o cuarenta personas en actitud de apoyo a la persona que iba a ser detenida y de enfrentamiento verbal con los agentes de la Ertzaintza. En el transcurso de la detención un agente de la Ertzaintza hizo uso del bastón policial que portaba, golpeando a una de las personas concentradas en el lugar. Dicho agente fue condenado por la Audiencia por delito de lesiones, quien en el recurso de casación denunció que la Audiencia hubiera admitido como prueba unas grabaciones videográficas elaboradas por los medios de comunicación sin control jurisdiccional.

La sentencia pone de manifiesto que a la grabación periodística se le da el trato de prueba documental videográfica y que se incorpora al juicio oral mediante su visionado, sin perjuicio de que hubiera podido complementarse con prueba pericial, de haberse solicitado. Así mismo, advierte que la Audiencia visionó en el acto del juicio las grabaciones, en las que el propio acusado se reconocía como la persona

que aparecía golpeando varias veces al lesionado, y que la Audiencia entendió que cualquiera de los golpes recogidos en aquellas podía haber ocasionado las lesiones, respecto de las que también existían informes médicos.

Otro supuesto de interés en este ámbito es el decidido por la STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011. Los hechos que dan lugar a esta sentencia se enmarcan en el contexto de la finalización del servicio de handling que IBERIA había venido prestando a AENA en el Aeropuerto del Prat de Barcelona, lo que motivó una huelga de los trabajadores de IBERIA que prestaban el servicio de handling, algunos de los cuales invadieron las pistas del aeropuerto impidiendo su uso. Ello dio lugar a la condena de algunos de esos trabajadores por delito de desórdenes públicos, integrándose en el acervo probatorio unos DVDs que recogían las grabaciones efectuadas por un cámara de Antena 3 TV.

En esta sentencia se realizan declaraciones de gran importancia, que han repercutido en la jurisprudencia posterior. En primer lugar, destaca la idea de que, aunque es importante que las grabaciones se pongan a disposición judicial con prontitud, el tratamiento puede diferir, según las grabaciones sean aportadas por la policía o por terceros – un medio de comunicación en el caso-, y, en cualquier caso, el transcurso del tiempo por sí mismo no priva de todo valor a la grabación; sin perjuicio de que pueda influir en la necesidad de un mayor control de la autenticidad mediante

prueba pericial¹¹⁷. Además, de que en el caso el retraso denunciado en cuanto al tiempo de su aportación a la causa no resultaba relevante, pues los soportes de las grabaciones fueron entregados al Juzgado un mes después de reclamados.

En segundo lugar, pone de manifiesto con acierto que la defensa del acusado no puede limitarse a impugnar de modo formal y genérico la autenticidad de las grabaciones de vídeo aportadas, sobre la simple base de su alegación, sin ofrecer indicio alguno de una posible alteración, especialmente cuando en el caso el contenido de las grabaciones había sido contrastado y corroborado con la prueba testifical ¹¹⁸.

117 En este sentido, se dice: «Aunque efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas» (FD 1. 2).

118 Así advierte que «efectivamente, el DVD número cuatro, que contiene las conversaciones entre la torre de control y los pilotos, fue ratificado en juicio oral por un testigo; los números 1, 2, que corresponden a las cámaras fijas del aeropuerto se contrastaron con las testificales de los agentes de la Guardia Civil y del personal y responsables del aeropuerto, y el 3 en el que se encuentra la grabación de Antena 3 TV fue valorado directamente en relación a la declaración testifical de su autor».

En tercer lugar, se razona sobre la flexibilización del requisito de que la aportación sea de las grabaciones íntegras cuando estas no han sido realizadas por la policía¹¹⁹, sino por medios de comunicación, en la medida en que la autenticidad esté corroborada por otras pruebas y las grabaciones aportadas sirvan para acreditar los hechos penalmente relevantes objeto de la condena, en el caso la identificación de los acusados como integrantes del grupo de personas que invadieron en un determinado momento las pistas del aeropuerto ¹²⁰.

119 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., pp. 14 y ss.

120 «En lo que se refiere a la integridad de la grabación, es cierto que en algunas sentencias se ha exigido que lo grabado se remita en su totalidad. Especialmente se exige cuando se trate de grabaciones efectuadas por la Policía en su investigación que, es claro, debe ser comunicada en su totalidad al Juez. Sin embargo, no se trata de una exigencia meramente formal, sino que se justifica en el sentido de garantizar a la defensa la posibilidad de utilizar todo el contenido de la grabación para sostener una interpretación y valoración distinta de lo grabado, lo cual debe ponerse en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales la grabación puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio. En el caso, el Tribunal valora la grabación aportada por Antena 3 TV, muy especialmente en orden a la identificación de los acusados, aunque también a la prueba de su presencia en el lugar, y al momento temporal en que tal cosa ocurre. De lo que se trataba era de precisar quienes se encontraban entre los que habían invadido las zonas restringidas provocando, con su presencia y su actitud, la alteración del orden que se describe en la sentencia, o, en su caso, contribuyendo mediante su conducta al mantenimiento de la situación ya creada impidiendo de esa forma la restauración de la normalidad. Mientras que la conducta de quienes invadieron aquellas zonas queda probada por la prueba testifical, la grabación cuestionada solo se encamina a su identificación y a acreditar que, en el momento al que se refiere, esas personas formaban parte del grupo que ejecutó aquella conducta. No es preciso para ello disponer de la grabación íntegra del incidente. Y la autenticidad de lo grabado se basa en la declaración del

De modo similar, sucede en la STS 485/2013, de 5 de junio, en un supuesto de condena a un policía local por delito contra la integridad moral penado en el art. 175 CP, al haber propinado varias bofetadas a un detenido en la sala de atestados de la Comisaría de la Policía Local de Alcorcón, pero en el que las imágenes y sonidos de las bofetadas no fueron captadas por las cámaras públicas instaladas en la referida Sala, sino por el teléfono móvil de otro policía local que se encontraba en el lugar de los hechos y que aunque no entregó la grabación a la autoridad judicial, por una serie de vicisitudes el vídeo de la grabación llegó a televisión (Telemadrid), internet y al juzgado.

Dicha sentencia aborda dos cuestiones de interés. La primera la relativa a la falta de prontitud en la puesta a disposición judicial de la grabación, que resuelve aplicando la doctrina establecida en la STS 1154/2010, pese a que en

testigo, valorada de forma razonable por el Tribunal, y coincidente con otras testificales de Guardias Civiles mencionadas en la sentencia. Ya esta Sala, en STS nº 4/2005, aceptó la validez como prueba de las grabaciones videográficas realizadas por medios de comunicación, aunque en su ejecución no existiera, por razones evidentes, ningún control judicial y aunque sean parciales respecto a la totalidad de los hechos ocurridos» (FD 1. 3).

La sentencia también hace reflexiones importantes sobre la distribución de la carga de la prueba relativa a una supuesta alteración de grabaciones no íntegras. Así dice que: «De otro lado, en ningún momento fue solicitado por la defensa el examen de las grabaciones íntegras, con la posible finalidad de verificar si en ellas se contenía algo de su interés. Tampoco solicitó su aportación. Es cierto, como argumenta, que no le corresponde proporcionar pruebas de cargo, ni tampoco la sanación de las aportadas por la acusación. Pero si pretendía utilizar como elemento de defensa parte de la grabación, hasta entonces no aportada, debió solicitarla».

este supuesto la grabación por diferentes circunstancias se aportó año y medio después de su grabación, relativa a que el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones, especialmente cuando las grabaciones han sido realizadas por terceros, ya que en este caso solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, así como porque en el caso ante el tribunal de instancia se había practicado prueba conducente a verificar su autenticidad ¹²¹.

La segunda cuestión relevante es precisamente esta última, ya que el recurrente alegaba que, ante la falta de control judicial, no se había podido garantizar la autenticidad,

121 En este sentido, dice: «En el caso que nos ocupa, se trata de la grabación que un Policía Local realiza con su teléfono, y de la que no tiene voluntad de entregar a la autoridad judicial ni se graba con ese propósito: de hecho quien grababa no podía conocer que el acusado iba a golpear al detenido. Una serie de vicisitudes, que la sentencia relata, son las que determinen que finalmente el vídeo acabe en el Juzgado y en la televisión (incluso en internet). De manera que de lo que se trata en el caso de que el Tribunal Supremo establezca que no ha habido vulneración alguna de la intimidad del acusado, es determinar si el vídeo ha sido manipulado o no. El Tribunal de instancia considera, con razones de peso, que el contenido del vídeo responde a la realidad de lo ocurrido, hasta el punto de confrontarse con las manifestaciones de los Policías presentes en aspectos esenciales de la acción delictiva. Las consideraciones sobre la verdadera intención del autor de la filtración del vídeo en nuestra opinión no son relevantes. Lo relevante es ver si el vídeo es o no fiable. Y estamos conformes con el Tribunal en su apreciación de que efectivamente, lo es; aunque en todo caso esa cuestión pertenece a un ámbito diferente, el de la valoración de la prueba. Así las cosas, no creemos que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que el vídeo haya llegado a la Autoridad Judicial un año y medio después de su grabación, en las condiciones en que lo hizo» (FD 2. 3).

ni la integridad del soporte audiovisual examinado en el juicio oral, pues no se había aportado el original del vídeo, sino la copia de la grabación aportada por Telemadrid, cuyas manipulaciones y trucajes se desconocían después de casi un año y medio desde su grabación. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza la queja por estimar que ante el tribunal de instancia se había practicado prueba conducente a verificar su autenticidad, consistente en visionar la grabación durante el juicio oral a presencia del policía local autor de la grabación y en el interrogatorio de este testigo y del acusado, y que la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio sobre el carácter fiable de la copia de la grabación aportada no resultaba en el caso susceptible de reproche por el tribunal de casación ¹²².

122 En concreto, señala que: «En la línea marcada por la jurisprudencia más arriba citada, el tribunal de instancia se preocupó de aclarar la eventual manipulación del vídeo aquí cuestionado, y, así, señala en su fundamento de derecho primero, que “durante el interrogatorio del testigo que se reconocía como autor del vídeo de los hechos en su teléfono móvil, policía local 1369, se acordó, tal como interesaban las acusaciones y se estimó adecuado por el Tribunal, proceder en ese momento al visionado de la grabación para que por el testigo se confirmara si efectivamente la que constaba en las actuaciones era copia de la que él había realizado en el momento de suceder los hechos, si podía haber sido manipulada y en qué parte o de qué manera, partiendo de que el vídeo al parecer se divulgó en un programa de televisión que el testigo refería haber visto, al igual que el acusado; y que ambos afirmaban que no coincidía con lo que había sucedido; si bien el acusado, Adolfo ha declarado en el acto del juicio que pese a que se habían “pixelado” los rostros en el referido programa, sí se reconocía en esa intervención aunque dice que se han “extrapolado” a su entender las imágenes.

El agente de Policía Local 1369, que grabó las imágenes con su teléfono móvil, y que como un año después las volvió a ver en su mismo teléfono, afirma en el acto del juicio oral que efectivamente, el vídeo que se ha visionado en dicho acto, es una parte del que él grabó aunque mantiene que

3. Imágenes captadas preventivamente por establecimientos privados abiertos al público.

Estos son los supuestos más numerosos en la jurisprudencia, en la que se admite como prueba la documental videográfica procedente de cámaras de seguridad privadas, siempre que no ofrezca dudas de autenticidad y, especialmente, si existen otros medios de prueba entre el acervo probatorio.

En este sentido, la STS 1525/2003 de 14 noviembre, absuelve al acusado de uno de los dos delitos de estafa por los que se había condenado en la instancia porque «una

faltan cinco o seis segundos al principio, que comienza con la grabación de sus pies; y respecto a lo que se oye al final, lo que afirma es que ya no estaba grabando el incidente sino sus pies, tal como se aprecia en la imagen, y que no recuerda los sonidos de bofetones y las expresiones que se oyen en dicho vídeo.»

Y por ello los jueces a quibus, llegaron a la conclusión -plenamente compartible- de que “no puede entenderse por lo tanto que la grabación se realiza con vulneración ni del derecho a la intimidad del acusado ni de ningún derecho otro derecho fundamental del mismo, por lo que no procede como se interesa su expulsión del proceso de acuerdo con el art. 11.1 de la LOPJ, no estimándose tampoco que la grabación aportada haya sido sometida a ningún tipo de manipulación, pudiendo valorarse por ello su contenido como prueba junto con el resto de las pruebas practicadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la LECr”» (FD 3. 2).

Sobre la pluralidad de circunstancias valoradas por la Sala a fin de verificar la autenticidad de un vídeo obtenido de internet en fase de instrucción respecto de una investigación por delitos de pertenencia a grupo terrorista talibán resulta de interés la STS 1140/2010, de 29 de diciembre, FJ 3, d).

diligencia de investigación no tiene la aptitud ni la naturaleza de una prueba de cargo, y por ello resulta manifiestamente inhábil para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En el caso de autos esto es tanto más patente cuanto que *tal cinta de vídeo que fue presentada al Juzgado –folio 16– no estuvo a disposición de las partes ni del Tribunal en el Plenario*, ni siquiera constan en los autos los clichés por los que ni siquiera el Tribunal sentenciador pudo verificar la identidad de la persona del recurrente con el que aparecía en el soporte gráfico».

La STS 67/2014, de 28 de enero, analiza un supuesto de imágenes grabadas por una cámara de seguridad de uso comunitario instalada en el rellano del piso robado. En ella se recuerda que, conforme a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral con todas las garantías procesales, para que tengan realidad los principios de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad. Además, se trataba de un supuesto en el que la grabación videográfica había desempeñado un papel fundamental en la formación de la convicción del tribunal sentenciador, ante la percepción directa de las imágenes por este y la nitidez de las imágenes captadas por la cámara de seguridad ¹²³.

123 En este sentido, se declara: «La prueba de cargo consistió fundamentalmente en el visionado en la pantalla de la Sala de Vistas de la Audiencia de las imágenes grabadas por una cámara de seguridad de uso comunitario

En otros casos, en cambio, la utilización de elementos de enmascaramiento o disfraz por el supuesto autor del delito, puede hacer aconsejable complementar la prueba documental videográfica con prueba testifical ¹²⁴, o con prueba pericial

instalada en el rellano del piso robado, en donde se observa a los recurrentes desde las 17:47 que llegaron hasta las 19:05, con el rostro al descubierto, llevando a cabo los preparativos previos al robo, de manera que solamente hacen uso de medios de ocultamiento de su rostro cuando Magdalena (que es la moradora) llega a su casa, siendo las imágenes, como expresaron los jueces «a quibus» así como los inspectores de la policía judicial actuante, especialmente nítidas y concluyentes al respecto de su autoría, llegando a señalar que fueron grabadas con «una nitidez excepcional». A partir de ahí, se consiguen de la autoridad judicial las pertinentes autorizaciones para las intervenciones telefónicas que constan en la causa y se producen las entradas y registros, por lo que si bien las víctimas no pudieron identificar a los autores del robo, sí se produjo tal identificación mediante los “fotoprinters” de las cámaras de seguridad. Las referidas cámaras estaban orientadas precisamente sobre el ángulo de la puerta privada del Sr. Cornelio, estrictamente necesario para que resultase eficaz. Y lo ocurrido en el interior de la vivienda ha quedado probado por las declaraciones contundentes -dicen los juzgadores de instancia- de sus moradores».

- 124 Así en la STS 1525/2003 de 14 noviembre, antes referida, ni siquiera se impugna en casación la condena por uno de los dos delitos de estafa por los que se había condenado en la instancia, ya que «un estudio de las actuaciones pone de manifiesto que toda la investigación se inició sobre la pista que ofrecía el vídeo de seguridad de Caixa Galicia –folio 10– que al parecer había recogido las imágenes de la persona que presentó el cheque y lo cobró. Fue en base a los fotogramas de dicha cinta que el empleado del Banco Atlántico, Delio Crespo identificó al recurrente como el que presentó y cobró el cheque. Tal acto de investigación, se convirtió en prueba de cargo cuando el testigo, en el Plenario, a la vista del recurrente, lo identificó».

En el mismo sentido, la STS 134/2017, de 2 de marzo, resuelve un asunto en el que se valoran en el proceso las imágenes captadas por la cámara de seguridad de una estación de servicio, en la que se detuvieron a repostar combustible los condenados por delito de robo con violencia. En ella se declara: «Ahora bien la prueba a valorar la Sala en cuanto a la identificación de los recurrentes como los ocupantes del Ford fiesta, no es propiamente

fisionómica ¹²⁵.

su imagen en el fotograma del folio 17, sino la declaración del instructor del atestado que visionó la totalidad de la grabación-que también obra de autos al recogerse en el atestado que se adjuntaba el DVD que lo contenía-e identificó a Marco Antonio como copiloto y Clemente como conductor. Y en cualquier caso, en el fotograma cuestionado si se aprecia la matrícula del vehículo, y a partir de dato los agentes policiales tras gestiones con la empresa de alquiler, identificaron a Clemente como la persona que alquiló el coche, y si bien no se incorporaron al atestado los contratos de alquiler, si declararon en el plenario los agentes que realizaron tales gestiones y contactaron con las empresas de alquiler».

- 125 Es el caso de la STS 315/2016, de 14 de abril. Se trata de un asunto grave, en el que con ocasión de un atraco con violencia en una sucursal bancaria se condena en la instancia por delitos de asesinato, tentativa de robo con intimidación y uso de arma y de tenencia ilícita de armas. En ella se recuerda la doctrina sobre la licitud de la utilización como fuente de prueba de las grabaciones realizadas en las oficinas bancarias. En este sentido se señala: «Pues bien, con cierta antigüedad esta Sala, señala que es perfectamente lícito, (cfr., entre otras, STS 1300/1995, de 18 de diciembre) que la convicción judicial sobre la intervención de unos individuos en determinados hechos venga acreditada por los fotogramas obtenidos de una cinta de vídeo grabada en los accesos de un establecimiento bancario, siempre que el Tribunal haya podido constatar que la filmación se corresponde con lo acaecido y enjuiciados en cada caso en concreto (STS 1336/1999, de 20 de septiembre)» (FD 2).

El propio visionado de la grabación de la entidad bancaria ya parecía ofrecer bastante relevancia al tribunal de instancia. Así se indica que: «En autos, *las grabaciones, permiten observar nítidamente lo sucedido; y también la fisonomía de quien realiza los disparos*; es cierto que dificultada porque portaba peluca, así como barba negra recortada perfilando el arco de la mandíbula y bigote postizos, pero que *a su vez, dejaba al descubierto la mayoría y gran parte de sus rasgos faciales, de modo que en directa observación de este documento, las grabaciones videográficas, cualquier observador desinteresado puede concluir conforme a máximas de experiencia ordinarias, que la identificación de esta persona, resulta viable a partir de esta grabación, de forma que aún sin pericial de ninguna clase, no resultaría arbitraria, un motivado reconocimiento identificativo del inculpado y recurrente en las imágenes grabadas*».

Pero, además, en el caso se había practicado abundante prueba pericial fisionómica o morfológica, habiéndose aportado informes por la Guardia

4. Imágenes captadas preventivamente por cámaras de seguridad pública al amparo de la LO 4/1997.

Como antes se decía, el legislador es consciente de que las imágenes captadas en lugares públicos por las videocámaras utilizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden proporcionar información sobre hechos con aparente relevancia jurídico penal. Para el caso de que así sucediera los agentes policiales deben preparar el atestado y poner la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación (art. 7. 1 LOV).

Esta norma establece un régimen de garantías muy adecuado para asegurar que las grabaciones obtenidas mediante las videocámaras de seguridad puedan alcanzar el mayor grado de eficacia probatoria en el posterior proceso penal. En primer lugar, exige que se pongan a disposición judicial los soportes *originales* de las grabaciones de las imágenes y sonidos, en un intento de garantizar la autenticidad y fiabilidad de las grabaciones, pues pueden permitir determinar con más exactitud los intentos de alteración o manipulación.

Civil, por los Mossos d'Esquadra, por la Ertzaintza y por la Sección de Antropología de la Unidad Central de Identificación de la Comisaría General de Policía Científica, los cuales, tras la emisión conjunta en el plenario de sus respectivos dictámenes y tras el examen contradictorio realizado por las partes, todos ellos de forma categórica concluyeron que las imágenes dubitadas correspondían al condenado (FD 3. b).

Y, en segundo lugar, se exige la puesta a disposición judicial de las grabaciones originales de las imágenes y sonidos *en su integridad*, lo que puede resultar útil para la defensa, tanto a los efectos de cuestionar la autenticidad de la grabación, como a fin de permitir un ejercicio pleno del derecho de defensa ¹²⁶, ya que evita la descontextualización de las grabaciones ¹²⁷.

Uno de esos casos es el resuelto por la STS 1220/2011, de 11 de noviembre, referida a un supuesto en el que se captan imágenes de los partícipes en la comisión de un delito de asesinato en grado de tentativa por las cámaras ubicadas en el edificio de la Subdelegación del Gobierno en Almería y cuya grabación fue visionada en la vista del juicio con todas las garantías de contradicción para las partes.

Sin embargo, mayor interés presentan la STS 409/2014, de 21 de mayo y la STS 135/2019, de 12 de marzo, por las precisiones que realizan en torno a la no necesidad de que comparezca a testificar en el juicio oral la persona encargada de la cámara de vigilancia que realizó la grabación, cuando se trata de videocámaras de grabación automática.

La STS 409/2014, de 21 de mayo, trata sobre un caso en el que una persona que se encontraba en las inmediaciones

126 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras ...*, ob. cit., p. 15.

127 VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., p. 11 y DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia ...”, en *El nuevo proceso penal ...*, ob. cit., p. 287.

del Centro Penitenciario de Melilla lanzó un paquete que contenía sustancias estupefacientes al interior del referido Centro, logrando rebasar el muro y valla de seguridad, pero siendo finalmente interceptado por funcionarios del Centro en la zona del patio del Módulo de Penados. El tribunal de instancia dictó sentencia absolutoria, al haberse negado validez a la grabación obtenida por la cámara de seguridad número seis del perímetro exterior del Centro Penitenciario de Melilla, en la que se observaba como un individuo joven lanzaba un paquete, por considerar que no se había introducido correctamente en el plenario, ya que no habían intervenido como testigos los agentes de policía que el día de los hechos prestaban servicio de vigilancia en dicho centro y controlaban la cámara de seguridad que grabó las imágenes, como era necesario para garantizar la autenticidad de la grabación.

Interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal, el recurso fue estimado, por considerar la Sala Segunda del TS, que además de que la autenticidad de la grabación no se había cuestionado expresamente, ni había sido mínimamente acreditada su alteración, «la validez de esa prueba no puede quedar supeditada al testimonio de los policías que controlan visualmente el material que las cámaras de seguridad grababan, quienes ni fueron testigos directos del suceso ni son técnicos en medios audiovisuales.

Una vez que la cinta fue reproducida en el acto del juicio oral, nos encontramos ante uno de los supuestos en los que, con arreglo al criterio de esta Sala, las grabaciones

videográficas constituyen prueba válida sin necesidad de ser completadas. El Tribunal de instancia que las vio, pudo y debió valorarlas, con libertad de criterio, junto con el resto de la prueba practicada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 741 de LECrim»¹²⁸.

En sentido análogo se pronuncia la STS 135/2019, de 12 de marzo, que versa sobre un asunto de condena por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el art. 318 bis, núm. 1º y 3º, b CP, en el que fueron utilizadas las imágenes captadas por distintas cámaras de seguridad instaladas en la base militar Alfonso III de Melilla en las inmediaciones del recinto militar (estacionamiento de un

128 Así, se dice: «Esa autenticidad no se cuestionó expresamente. La defensa en el trámite de cuestiones previas impugnó las grabaciones en tanto las mismas no fueran objeto de ratificación y reproducción; alegación que no constituye una impugnación formal. No se apunta dato alguno que pueda servir de indicio de una supuesta alteración de la cinta incorporada a autos. Esta Sala ha rechazado la nulidad del material videográfico, consistente en grabación efectuada por las cámaras de los accesos a una entidad bancaria, que se postulaba por el recurrente en aquel caso basándose en la mera posibilidad de su alteración sin que existiera dato alguno que lo avalara (STS 1336/1999, de 20 septiembre), al existir motivos para pensar que lo grabado se correspondía con lo ocurrido el día de los hechos. Y esta es la situación en la que nos encontramos: los funcionarios de prisiones que comparecieron al acto del juicio como testigos explicaron que fue arrojado desde el exterior de la prisión un paquete con sustancias que, una vez analizadas, resultaron ser estupefacientes. Hasta tal punto es así, que la sentencia recurrida lo recoge expresamente en su relato de hechos probados. Pero aun en el caso de que entendiera el Tribunal de instancia que la autenticidad o integridad de la cinta estaban en entredicho, la validez de esa prueba no puede quedar supeditada al testimonio de los policías que controlan visualmente el material que las cámaras de seguridad grababan, quienes ni fueron testigos directos del suceso ni son técnicos en medios audiovisuales» (FD 2).

vehículo en las proximidades del acuartelamiento para sacar del mismo a una persona que se había introducido de forma irregular en territorio español procedente de Marruecos) ¹²⁹.

En ella, recordando y haciendo aplicación de la doctrina establecida en la sentencia anterior, se pone de manifiesto que «en el caso que ahora se juzga las cámaras de seguridad grababan el perímetro exterior del Acuartelamiento Alfonso XIII de Melilla. Por lo tanto, estaban recogiendo imágenes de los lugares públicos que rodeaban la base militar y se trataba de cámaras fijas o automáticas. Es posible que, como señala la parte recurrente, en algún momento las orientaran o manejaran alguno de los vigilantes del servicio de seguridad del Acuartelamiento, y que por tanto enfocaran alguna de ellas hacia la zona donde se detuvo el vehículo propiedad del acusado, sin embargo, *ello no quiere decir que fuera imprescindible que comparecieran a deponer esos vigilantes del perímetro del edificio militar, toda vez que ni hay indicio alguno de que lo grabado hubiera sido alterado o manipulado, ni tampoco los improvisados operadores iban aportar más datos que los recogidos en las grabaciones*» ¹³⁰.

129 Este no parece un caso típico de aplicación de la LO 4/1997, pues se trataba de cámaras de una base militar controladas por personal militar de la base.

130 Y añade: «Máxime cuando el Tribunal sentenciador no declaró probado que consiguiera identificarse con garantías de certeza que el acusado fuera una de las dos personas que extrajeron al inmigrante clandestino del interior del turismo.

Siendo así, es claro que no cabe acordar la nulidad de las grabaciones que fueron visionadas y sometidas a contradicción en la vista oral del juicio» (FD 2. 3).

5. Recapitulando sobre la introducción de las grabaciones de imágenes en el juicio oral.

Una vez sistematizada la jurisprudencia sobre la materia en los apartados anteriores, en atención a las diferentes finalidades con las que se captaron las imágenes, estamos en mejores condiciones para intentar extraer unas conclusiones generales.

Cuando las imágenes y, en su caso, sonidos sobre hechos aparentemente delictivos hayan sido captadas en lugares públicos por videocámaras instaladas con fines de prevención y seguridad ciudadana, los agentes policiales deben preparar el atestado y poner la cinta o soporte *original* de las imágenes y sonidos *en su integridad* a disposición judicial a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación (art. 7. 1 LOV).

Esta norma, paradójicamente introducida en una ley extraprocesal, establece un régimen de garantías adecuado para asegurar que las grabaciones obtenidas mediante las videocámaras de seguridad puedan alcanzar el mayor grado de eficacia probatoria en el posterior proceso penal. La exigencia de que se pongan a disposición judicial los soportes *originales* de las grabaciones facilita que se puedan valorar mejor la autenticidad y fiabilidad de las grabaciones, pues pueden permitir determinar con más exactitud los intentos de alteración, o manipulación.

El deber de poner a disposición judicial las grabaciones originales *en su integridad* contribuye a un ejercicio más pleno del derecho de defensa, ya que al mismo tiempo que permite evitar la descontextualización del contenido de las grabaciones, permite seleccionar o poner el énfasis en aquellos pasajes que puedan favorecer la defensa del acusado.

Así mismo, la brevedad del plazo en el que la policía debe poner a disposición judicial los soportes de las grabaciones realizadas con fines preventivos, radica en que esas grabaciones pueden afectar a derechos fundamentales de las personas que aparecen en la grabación y en que la autoridad judicial es la competente para dirigir la instrucción penal que puede resultar necesario iniciar.

Sin embargo, como ya se ha expuesto, el art. 588 *quinquies* a LECrim guarda absoluto silencio sobre la actuación que debe llevar a cabo la policía tras la obtención y grabación de las imágenes como diligencia de investigación penal, laguna que debe ser colmada en la necesaria reforma legal y, entre tanto esta se produce, mediante una aplicación por analogía de lo dispuesto en el art. 7. 1 LOV, concluyendo en consecuencia que la policía deberá poner la cinta o soporte *original* de las imágenes y sonidos *en su integridad* a disposición judicial a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación.

Así lo ha venido considerando, además, respecto de la captación de imágenes como diligencia policial de investigación penal, la jurisprudencia de la Sala Segunda del

Tribunal Supremo, la cual, con anterioridad a la reforma de 2015, venía entendiendo que la rapidez en la aportación tiene su razón de ser cuando el autor de las grabaciones es un agente policial, dada su obligación legal de informar al Juez de los resultados de su investigación preliminar (STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 y STS 485/2013, de 5 de junio).

Así mismo, la jurisprudencia venía considerando que la aportación íntegra de la grabación, es decir, en su totalidad, se exige especialmente cuando se trate de grabaciones efectuadas por la policía en su investigación, ya que esta tiene el deber legal de informar de forma exhaustiva al juez sobre los resultados de su investigación.

Sin embargo, esa jurisprudencia ha propugnado una interpretación más flexible en otros casos, tanto respecto del plazo de aportación, como respecto de las características de las grabaciones (originalidad e integridad) que deben ser aportadas a la autoridad judicial. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la prontitud de la aportación no puede ser idéntica en el caso de que las grabaciones hayan sido obtenidas por terceros (en concreto, por medios de comunicación), ya que en estos casos será necesario que la autoridad judicial llegue a conocer su existencia y pondere la necesidad de reclamarlas, después de valorar su posible trascendencia, respecto de los hechos investigados. En cualquier caso, se ha precisado que el transcurso del tiempo por sí mismo no priva de todo valor a la grabación; sin perjuicio de que pueda influir en la necesidad de un mayor control de la autenticidad

mediante prueba pericial (STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 y STS 485/2013, de 5 de junio).

Tanto la aportación de la grabación con prontitud, como la entrega de los soportes originales de la totalidad de la grabación facilitan verificar la autenticidad y fiabilidad del contenido de las grabaciones, pero no son requisito imprescindible para comprobar esa autenticidad y fiabilidad, la cual puede corroborarse mediante otros medios de prueba, como la pericial (STS 315/2016, de 14 de abril) y la testifical (STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 y STS 134/2017, de 2 de marzo) ¹³¹.

Las imágenes contenidas en la grabación deberán introducirse en el juicio oral mediante el visionado o reproducción de la grabación (arts. 4 y 382 LEC). Sin embargo, no resulta imprescindible que durante el juicio oral se proceda al visionado de la totalidad de la grabación, bastando que se proceda al visionado del vídeo resumen que se acompañe a las cintas originales, siempre que estas estén a disposición del tribunal sentenciador y de las partes, y que las partes no la hayan impugnado, o no hayan solicitado en tiempo hábil las partes relevantes de los soportes originales que hubieran deseado que se reprodujeran en el acto del juicio (STS 352/2005, de 18 de marzo).

131 No obstante, como indica BUENO (DE MATA, *Las diligencias de investigación ...*, ob. cit., pp. 137-138) en la actualidad existen medios más avanzados para garantizar la autenticidad, especialmente en el caso de prueba obtenida por la policía judicial que sirviera al mismo tiempo para garantizar la cadena de custodia de la prueba, como aportar una firma electrónica avanzada o un sellado de tiempo que evitara que la imagen fuera modificada o manipulada.

Las imágenes reproducidas en el acto del juicio oral y percibidas directamente por el tribunal sentenciador pueden desempeñar un papel fundamental en la formación de su convicción, en caso de nitidez de las imágenes captadas por la videocámara (STS 67/2014, de 28 de enero). En otro caso, puede resultar aconsejable complementar la prueba documental videográfica con prueba testifical (STS 1525/2003, de 14 de noviembre y STS 134/2017, de 2 de marzo), o con prueba pericial (STS 315/2016, de 14 de abril).

En la jurisprudencia se exige que comparezca como testigo a declarar en el juicio oral la persona autora de la grabación, salvo que las imágenes hayan sido captadas por cámaras de seguridad que graban automáticamente, ya que, dado que en esos casos no se observa además la realidad grabada, sino que se observa exclusivamente el contenido de la grabación, el testigo no puede aportar datos adicionales a los contenidos en las grabaciones (STS 409/2014, de 21 de mayo y STS 135/2019, de 12 de marzo).

En todo caso, la autenticidad de las grabaciones puede examinarse de oficio, o a instancia de parte, pero si se cuestiona por la defensa del acusado, esta no puede limitarse a impugnar de modo formal y genérico la autenticidad de las grabaciones de vídeo aportadas, sobre la simple base de su alegación, sino que debe ofrecer algún indicio de una posible alteración, especialmente cuando el contenido de las grabaciones había sido contrastado y corroborado con otro medio de prueba (STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011).

V. OBTENCIÓN DE IMÁGENES, PRUEBA ILÍCITA Y ATENUACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.

Al abordar el ámbito de aplicación de la regulación de las grabaciones de imágenes en el art. 588 *quinquies* señalábamos que quedan fuera de ese ámbito de aplicación las grabaciones de imágenes que puedan realizar u obtener particulares que resulten de utilidad para la investigación de un delito, en cuanto que no han sido obtenidas por la policía judicial en el curso de una investigación penal, como prevé la ley.

No es esta una cuestión regulada por la ley procesal penal, ni respecto de esta diligencia de investigación, ni respecto de otras. Ante el silencio legal sobre esta específica cuestión, en la jurisprudencia parece prevalecer la tendencia a admitir la licitud de las grabaciones de imágenes obtenidas por particulares de modo puntual o casual, pero no la grabación preordenada a la investigación de los hechos delictivos o a la obtención de pruebas, que se concibe como competencia de la policía judicial ¹³², entendiéndose que en otro caso se trataría de prueba ilícita.

132 En este sentido Circular FGE 4/2019, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención ...*, ob. cit., pp. 243-245 y SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación...*, ob. cit., pp. 212-213. Caso palmario de obtención de prueba intencional por particular víctima del delito mediante grabación de conversación ambiente con el supuesto agresor es el resuelto por la STS 1066/2009, de 4 de noviembre.

Como ya dije antes, desborda los límites de este trabajo un tratamiento profundo del nuclear y complejo tema de la regla de exclusión de la prueba ilícita y su eventual atenuación. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional está evolucionando en una tendencia que va desde una interpretación rigurosa del art. 11. 1 de la LOPJ hacia una interpretación más flexible, que atenúa la regla de la exclusión del proceso de la prueba ilícita en algunos supuestos ¹³³.

Ahora, dado el contenido de algún pronunciamiento de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de indudable interés, planteado precisamente respecto de la captación de imágenes por particulares, me referiré brevemente a ese posible supuesto de atenuación de la regla de exclusión, sobre todo, cuando ese particular es la víctima del delito.

En efecto, parece razonable atenuar el rigor de la regla de exclusión y admitir la prueba en el caso de obtención de prueba de forma puntual y casual por particulares, que guiados de la buena fe aportan las fuentes de prueba así encontradas a la policía, al Ministerio Fiscal o a un Juzgado de Instrucción ¹³⁴.

133 Sobre el tratamiento de esta cuestión den Derecho Comparado vid. ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, ob. cit., pp. 21 y ss. Sobre la evolución del tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, ob. cit. Sobre las excepciones a la regla de exclusión en la jurisprudencia norteamericana y nacional vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La prueba ilícita: la regla de exclusión ...*, ob. cit., pp. 131 y ss.

134 Buen botón de muestra son los ejemplos que proporciona VELASCO

También resulta razonable excepcionar la regla de exclusión de la prueba en el supuesto de obtención de imágenes por particulares que casualmente se encuentran con un delito *in fraganti* que se está preparando o cometiendo y que obtienen las imágenes mediante los dispositivos que llevan consigo (cámaras de vídeo o de fotografía, o smartphones que incorporan ambas aplicaciones) ¹³⁵, dada la finalidad constitucionalmente legítima de las restricciones de derechos fundamentales que tienen su justificación en la protección de otros bienes constitucionalmente protegidos, como hemos visto que lo es la investigación y persecución de los delitos.

A mi juicio, la finalidad constitucionalmente legítima de estas restricciones, la obligación de denunciar del ciudadano que presencie un delito público (art. 259 LECrim) y el deber de colaborar con la administración de justicia del ciudadano que tenga conocimiento de otro modo de la comisión de un delito público (art. 264 LECrim), pueden constituir cobertura legal suficiente para la injerencia de los particulares que captan imágenes del delito cometido *in fraganti* y de su autor

NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., ap. V, 4: «En el Juzgado que dirijo, unos militares de servicio en Afganistán aportaron un pen drive de un superior con pornografía infantil que durante varios días le vieron observar, y lo ocuparon un día que se le olvidó en un ordenador de uso común; un taxista trajo un teléfono móvil también con imágenes de pornografía infantil, que encontró cuando buscaba datos para devolverlo a su titular, que se lo había dejado olvidado en un trayecto al aeropuerto de Barajas, y una camarera de una pensión trajo una filmación delictiva que ocupó en la basura de un cliente que ya había abandonado su habitación, cuando la preparaba para el siguiente».

135 En este sentido, VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen...*, ob. cit., ap. V, 2.

en los derechos fundamentales de este. Especialmente, si se tiene en cuenta que el incumplimiento de la obligación de denunciar un delito público por quien lo presencia se sanciona económicamente (arts. 259 y 264 LECrim), y que, si bien el deber de denunciar los delitos públicos no comprende la obligación de probar los hechos denunciados, el cumplimiento de ese deber de denunciar no le exime de responsabilidad respecto de los delitos que hubiere podido cometer por medio o con ocasión de la denuncia eventualmente falsa (arts. 259 y 264 LECrim). Por lo que debe reconocérsele al particular denunciante, que presencia un delito *in fraganti*, un interés legítimo en obtener pruebas sobre la veracidad de los hechos denunciados, que sirvan para su defensa frente a una posible exigencia de responsabilidad penal por parte del denunciado.

Pero la licitud de esa obtención de imágenes por particulares también puede predicarse, en mi opinión, respecto de las captaciones de imágenes realizadas por la víctima, que también es titular de derechos fundamentales, cuya adecuada protección puede justificar la obtención intencional de fuentes de pruebas por ella ¹³⁶.

No obstante, antes de exponer este argumento, conviene detenerse en la STS 569/2013 de 26 junio, emblemática sentencia, tanto por la singularidad de un caso en el que en

136 En esta línea, RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención ...*, ob. cit., pp. 243-245, señala, con relación a la tendencia jurisprudencial sobre la obtención de prueba ocasional por particulares, que tampoco resulta «aceptable que se pretenda hacer prevalecer el derecho a la intimidad por encima del derecho a perseguir delitos».

el curso de un proceso penal se plantea el conflicto entre derechos fundamentales de víctima y acusado, como por la calidad de la sentencia, tanto de la ponencia, como del voto particular ¹³⁷.

En esta sentencia de casación se confirma la sentencia de absolución por el delito de abusos sexuales, al compartir el criterio de la sentencia recurrida sobre la ilicitud de la principal prueba de cargo consistente en la sustracción in consentida de las imágenes grabadas en unos vídeos de contenido sexual explícito.

El procedimiento había comenzado mediante la presentación de denuncia por la cuñada y por la esposa del denunciado, en la que se denunciaba la realización de tocamientos inequívocamente sexuales sobre la persona de la cuñada del denunciado, que este había grabado con su móvil y que había llevado a cabo sin el consentimiento de la cuñada denunciante mientras estaba dormida.

Las denunciantes habían conocido los hechos que denunciaron a partir de una llamada telefónica de una mujer -supuesta amante- a su esposa -de la que se encontraba separado de hecho- refiriéndole que en el coche del denunciado estaban las pruebas de la relación que sostenían. La esposa cogió un duplicado de las llaves del vehículo de su esposo, lo abrió y encontró en su interior la caja de bombones y el

137 La ponencia es de la autoría del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, mientras que el voto particular es formulado por el magistrado Antonio del Moral García.

mapa de las que le había hablado su interlocutora telefónica. Halló, además, unos CDs y DVDs, que visionó después y en los que aparecían los fotogramas y vídeos de contenido sexual referidos a la cuñada del denunciado y a otras personas ¹³⁸.

Dictada sentencia absolutoria por la Audiencia por apreciar la ilicitud del material videográfico, prueba fundamental de las acusaciones, se presentó recurso de casación tanto por el Ministerio Fiscal, como por las acusaciones particulares (víctima y su hermana). En el

138 Más en concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) de 1 de octubre de 2012 contenía la siguiente declaración de hechos probados:

«UNICO.- Se considera probado y así se declara que el día 10 de febrero de 2011 Guillerma y su hermana Catalina formularon denuncia contra Juan Manuel, mayor de edad, sin antecedentes penales y esposo de esta última por la presunta realización de tocamientos inequívocamente sexuales sobre la persona de Guillerma, actos que habría llevado a cabo sin su consentimiento y estando ésta dormida y que habría grabado con su móvil, manifestando también sus sospechas de un posible abuso de igual naturaleza sobre Mireia, la hija menor de ambos por presentar en alguna ocasión irritación en sus genitales externos.

Los denunciantes habían tenido conocimiento de los hechos que denunciaron cuando Catalina, que se hallaba separada de hecho de su esposo desde un tiempo antes que no ha quedado determinado, pro infidelidades de éste, tras recibir una llamada telefónica de una mujer -su supuesta amante- refiriéndole que en el coche de Juan Manuel estaban las pruebas de la relación que sostenían, cogió un duplicado de las llaves que guardaba en su domicilio y se dirigió al lugar donde Juan Manuel tenía aparcado el vehículo y abriéndolo, halló en su interior la caja de bombones y el mapa de los que le había hablado su interlocutora telefónica y además unos CDS y DVDS que cogió y se llevó con la finalidad de averiguar que guardaba su esposo en ellos, lo que hizo con ayuda de Guillerma visionando su contenido en un ordenador del negocio de hostelería que esta regentaba. Catalina tomó y visionó los CDS y DVDS, que además de fotogramas y videos de contenido sexual referidos a Guillerma contenían otros relativos a terceras personas, sin consentimiento de Juan Manuel.» [sic]».

recurso del primero se argumentaba, con fundamento en la construcción jurisprudencial relativa a la “conexión de antijuridicidad”, en el sentido de que la posible irregularidad del acto de aprehensión de los soportes de las grabaciones del interior del vehículo, no tendría por qué llevar consigo la ilegitimidad de otros medios probatorios relativos a los hechos inicialmente conocidos mediante las imágenes contenidas en los referidos soportes ¹³⁹.

La Sala rechaza con acierto el argumento relativo a que la obtención del video por la esposa del denunciado fuera una simple irregularidad. En este sentido, razona que, aunque es verdad que un automóvil no tiene la consideración de ámbito propio para el ejercicio de la intimidad, que sí tiene el domicilio, también es cierto que «al ser su interior un área privada bajo la estricta disponibilidad del titular o del usuario, no es lugar de libre acceso para quien carezca de la autorización de alguno de estos». Además, de que en el caso, el vehículo contenía un material -los CDs o DVDs- cuyo libre acceso tampoco resultaba legítimo.

139 En este sentido, el recurrente añadía: «que la propia Audiencia reconoce que ninguna de las partes ha cuestionado la veracidad de cada uno de los actos sexuales documentados en los vídeos o fotogramas aportados a la causa, ni la identidad de la persona afectada, ni que estuviera dormida, ni tampoco la identidad del autor; lo que excluye la sospecha de una manipulación. Se dice también que lo documentado es lo suficientemente explícito y grave como para que de ello se derive un deber legal de denunciar; que las grabaciones estaban en un sitio, un auto, al que podrían acceder otras personas; que el supuesto es asimilable al del particular que, tras de haber hallado unas fotografías acreditativas de la existencia de un delito, hubiese acudido con ellas al juzgado, al amparo de lo que dispone el art. 264 Lecrim».

Por lo que concluye en la ilicitud del uso y valoración de las grabaciones contenidas en los CDs y DVDs: «Por tanto, si la primera invasión no autorizada del marco propio de una cierta privacidad de aquél (el auto), llevó consigo alguna carga de ilegitimidad, la deliberada injerencia en un espacio (el contenido de los CDs o DVDs), éste sí, de sabida rigurosa intimidad, hizo que la actuación de Guillerma, dotada, al menos en principio, de las connotaciones antijurídicas que señala la Audiencia, fuera, en efecto, constitucionalmente ilegítima. De una ilegitimidad que no puede neutralizarse, en modo alguno, con el argumento de que lo obtenido por ese medio pudiera (luego) haber informado de la eventual existencia de un delito; del que, en el momento de la acción de Guillerma no existían indicios. Y, cuando además, ni siquiera la sospecha de la presencia de estos (y solo contando con que cupiera atribuirles un contenido incriminatorio) habría podido justificar otra cosa que la denuncia».

Rechazada la licitud de la prueba directa, rechaza a continuación la licitud de la prueba derivada. Así, advierte que por el recurrente «se ha invocado la construcción jurisprudencial de la llamada “conexión de antijuridicidad”, para sugerir que aquí no se habría dado y que, por eso, la ilegitimidad que, sin duda, teñía la obtención de los CDs o DVDs no llegó a transmitirse y difundirse, dentro del proceso, conjuntamente con la noticia de los actos de contenido sexual de Juan Manuel; de modo que el reconocimiento por éste de la autoría de estos últimos y de las grabaciones tendría que servir como prueba de cargo para condenarle».

Sin embargo, la sentencia de casación rechaza el argumento del recurrente porque «lo afirmado por aquél, y que se desprende de la sentencia y no ha sido cuestionado, es que sus acciones, por el mismo vídeoregistradas, se habían producido dentro de un marco de relaciones sexuales consentidas por la implicada en esas escenas. De manera que, tampoco operando con ese peculiar criterio jurisprudencial de lectura del art. 11.1 LOPJ cabría atribuir a Juan Manuel la admisión de la hipótesis que ponía a su cargo la ejecución de delitos contra la libertad sexual y otros, al ser muy otra la asumida por él».

No de menor calidad es el excelente y extenso voto particular formulado por el magistrado Antonio del Moral García sobre la regla de la exclusión de la prueba ilícita y sobre los supuestos de su atenuación, que ahora solo vamos a tratar brevemente. Comparto en lo esencial los razonamientos realizados en la sentencia mayoritaria y, todavía más, en el voto particular. En este sentido, pienso que, como señala el voto particular, en el caso existían varios datos que contribuían a la atenuación de la regla de la exclusión probatoria de la grabación de vídeo, como el hecho de que la prueba fuera obtenida por un particular, de que el hallazgo de los CDs y DVDs que contenían las imágenes puede considerarse un hallazgo casual, y de que existían otras fuentes de prueba que podían servir para romper la conexión de antijuricidad, como el reconocimiento por el denunciado de la autoría de los hechos (que al parecer solo discutía el carácter in consentido de la actuación) debidamente asesorado por un abogado y la

declaración de la víctima sobre el carácter in consentido de la actuación.

Desde luego, no considero que en el caso resultara justificado el acceso de la esposa también denunciante a los CDs y DVDs, ni que la obtención por esta de las grabaciones debiera reconocerse en rigor como un hallazgo casual, dado el lugar en el que fueron halladas, el estado en el que se encontraba la relación con su esposo –separados de hecho- y la falta de consentimiento de éste. Sin embargo, quizá si fuera un hallazgo casual para la víctima del delito, la cuñada del denunciado y hermana de la esposa también denunciante, y lo que, a mi juicio, es más determinante, que la víctima es titular de derechos dignos de tutela que resultan lesionados por el hecho delictivo objeto de enjuiciamiento. Ello determina, en mi opinión, otro dato a tener en cuenta para atenuar el rigor de la exclusión de la prueba obtenida limitando derechos fundamentales, que la obtención de imágenes o de fuentes de prueba que inciden sobre los derechos fundamentales del investigado se justifique en la protección efectiva de los derechos fundamentales de la víctima del delito, supuestos en los que se debería efectuar una ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto, aun cuando la obtención de la fuente de prueba fuera intencional y preordenada a la defensa de sus derechos en el proceso penal en el que se investigue y enjuicie el delito del que se ha sido víctima.

En esta línea, pueden resultar legítimas ciertas limitaciones a los derechos fundamentales no absolutos –y ni el derecho a la propia imagen ni al derecho a la protección de los datos personales lo son (art. 18. 1 y 4 CE)-, cuando

la limitación del derecho fundamental se justifica en la protección de otros bienes constitucionalmente protegidos – como la eficacia del sistema de investigación y enjuiciamiento penal-, o en la protección de otros derechos fundamentales, según ha reconocido la jurisprudencia constitucional a la que antes me refería y el art. 8. 2 CEDH y la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta. Y es de recordar, que a diferencia de lo que pueda suceder en otros ordenamientos jurídicos, en el Derecho Procesal Penal español el derecho de acción penal de la víctima del delito tiene rango de derecho fundamental, al formar parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24. 1 CE ¹⁴⁰, y, en ordenamientos como el nuestro, del derecho de acceso a un tribunal (art. 6. 1 CEDH) ¹⁴¹, naturaleza que también tiene el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa (art. 24. 2 CE).

Esta perspectiva está presente además en alguna jurisprudencia del TEDH respecto de procesos civiles y laborales, en los que la captación de imágenes por la víctima de un ilícito civil o de un ilícito laboral con la finalidad de obtener una prueba para poder utilizarla después en un proceso, es considerada como una limitación legítima del derecho a la vida privada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así sucede en la STEDH de 27 mayo 2014, relativa a un caso en el que a la aseguradora en sendos

140 Cfr. STC 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; STC 218/2007, de 8 de octubre, FJ 3 y STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras.

141 Sobre esa vertiente del derecho a un proceso equitativo vid. STEDH (Sección 4ª) de 4 octubre 2016, caso Martocian contra Rumania y STEDH de 12 febrero 2004, caso Pérez contra Francia.

procesos civiles se le había reclamado una indemnización por las lesiones derivadas de un accidente de tráfico, y a su vez se le había demandado por vulnerar el derecho a la imagen de la supuesta víctima del accidente. Ante la primera demanda la aseguradora encargó a detectives la grabación de un vídeo de la supuesta víctima en la vía pública para desmentir la veracidad de las alegaciones que sustentaban las pretensiones de indemnización del actor en el proceso civil y las aportó al proceso con ese fin. Sobre este particular, el TEDH razona que: «En cuanto a la finalidad perseguida por la utilización del vídeo, el Tribunal juzga razonable considerar que las imágenes grabadas tenían vocación de contribuir de forma legítima en el debate judicial, con el fin de permitir al asegurador poner a disposición del Juez todos los elementos pertinentes. En efecto, las imágenes en litigio contradecían las afirmaciones del demandante según las cuales había sido incapaz, tras su accidente, de conducir vehículos a motor. *En la medida en que su demanda de indemnización estaba basada en esta incapacidad, era necesario, en opinión del Tribunal, que todo elemento que probara lo contrario fuera sometido al Juez. Es de interés público garantizar a todo justiciable un proceso justo*»¹⁴².

142 STEDH (Sección 3ª) de 27 mayo 2014, caso De la Flor Cabrera contra España. En ella también se declara lo siguiente: «El Tribunal no observa razones válidas para apartarse del enfoque de los Tribunales nacionales. En efecto, constata que las imágenes en litigio fueron grabadas cuando el demandante se dedicaba a una actividad susceptible de ser filmada, en este caso la conducción de una moto para sus desplazamientos en la vía pública. Además, las imágenes fueron utilizadas exclusivamente en tanto que medio de prueba ante un Juez, por tanto, no había ningún riesgo de explotación posterior».

En el mismo sentido, ya en el contexto de una relación laboral, en la STEDH de 17 de octubre de 2019 la Gran Sala confirma la legitimidad de la instalación de cámaras por el empleador ante las sospechas de apropiación de dinero de las cajas de un supermercado y del uso de las grabaciones en un proceso laboral por despido, en un supuesto en el que «la finalidad de la videovigilancia (que) era, como señalaron dichas jurisdicciones, descubrir a los posibles responsables de los robos, pero también obtener la pruebas que pudieran permitirle tomar las medidas disciplinarias correspondientes» (ap. 128) ¹⁴³.

Por ello, en mi opinión, no toda limitación o injerencia en los derechos fundamentales del investigado debe determinar la ilicitud de la prueba y el rechazo de su utilización, pudiendo resultar justificada la limitación de sus derechos a la propia imagen y a la protección de sus datos personales cuando la injerencia en esos derechos tenga su causa en la protección efectiva de los derechos fundamentales de acción penal y a la prueba de la víctima del delito ¹⁴⁴. En estos casos, se produciría, a mi juicio, un supuesto de colisión entre derechos

143 STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros contra España.

144 La atenuación de la regla de exclusión en supuestos en los que pueden estar en juego los derechos de la víctima, sobre todo de las víctimas especialmente vulnerables, ha sido admitida en la doctrina por los defensores de una interpretación rigurosa de la regla de exclusión de la prueba ilícita. En este sentido, ASENSIO MELLADO, J. M^a., *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita*, ob. cit., p. 5, señala como uno de los supuestos en los que la ley debiera ofrecer cobertura a situaciones como la de la grabación por la madre de las violaciones o abusos de su pareja a su hija menor.

fundamentales, que debiera resolverse como sucede en estos supuestos caso por caso, mediante la técnica del juicio de ponderación y primordialmente desde la perspectiva de las exigencias del principio de proporcionalidad.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA.

Según se vio *supra*, las autoridades españolas a las que compete la investigación del delito ya venían utilizando en la práctica desde hace tiempo algunas de las herramientas que proporcionan los avances tecnológicos para la investigación de los delitos y de sus autores. Sin embargo, el régimen legal de esas diligencias en la ley procesal penal por excelencia (la LECrim) solo podía calificarse como insuficiente, o incluso como inexistente, respecto de alguna de ellas, y fue integrado en buena medida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, la cual, según vimos, advirtió puntualmente de la imposibilidad de utilizar algunas diligencias (comunicaciones orales directas), hasta que tuvieran suficiente fundamento legal.

Con la reforma de la LECrim realizada a través de la LO 13/2015, el legislador español ha asumido al fin la función de dotar de cobertura legal a las diligencias tecnológicas de investigación necesarias en el siglo XXI para la investigación de los delitos con entidad para afectar a los derechos fundamentales del investigado. Se regulan en siete capítulos (capítulos IV a X) en el Título VIII del Libro II (Sumario) de la LECrim (arts. 588 *bis* a 588 *octies*), mediante un primer capítulo (capítulo IV), en el que se recogen los principios

rectores y las disposiciones comunes a las diligencias de investigación tecnológica, y otros capítulos posteriores, en los que se regulan de forma específica las diferentes diligencias de investigación tecnológica, entre las que se encuentran la captación y grabación de imágenes objeto de nuestro estudio.

En mi opinión, con carácter general, la regulación realizada por el legislador de las diligencias de investigación tecnológica merece un juicio favorable y respeta los imperativos constitucionales, al acoger en sus principios rectores (legalidad, especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad) y en las disposiciones comunes las pautas que han ido marcando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, el anterior juicio favorable tampoco impide observar algunos aspectos susceptibles de mejora, unos pocos, comunes a la regulación de todas las diligencias de investigación tecnológicas – o incluso a algunas diligencias clásicas que también afectan a derechos fundamentales-, y, en este caso, muchos y graves, específicos de la diligencia de investigación de captación y grabación de imágenes.

Con respecto a los aspectos comunes a las diligencias de investigación tecnológica mejorables en una futura reforma legal –ya anunciada en mayo de 2020 por el ministro de justicia-, en primer lugar, debería regularse la forma en la que deben introducirse en el juicio oral los resultados obtenidos mediante las diligencias de investigación tecnológica, a

través de la práctica en el plenario de los diferentes medios de prueba, y, previamente, reconocer la existencia y legalidad de esos nuevos “medios de prueba tecnológicos”, de forma análoga a como sucede en la LEC (arts. 299 LEC).

En segundo lugar, otro aspecto común que debería regularse en la LECrim es el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal (control de oficio o a instancia de parte, momento procesal adecuado, procedimiento de control, en su caso impugnación de la declaración de la ilicitud, ...), como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales, que eventualmente pueda producirse al obtener o, en su caso, custodiar las fuentes de prueba, mediante la práctica de las diligencias de investigación tecnológica.

Pero, sobre todo, resulta urgente y necesaria una nueva regulación específica de la diligencia de captación y grabación de imágenes, pues su regulación actual resulta, en mi opinión, inconstitucional. Como antes se señaló, a mi juicio, la inconstitucionalidad de la escuetísima regulación legal específica de la diligencia de captación de imágenes en el art. 588 *quinquies* a) LECrim deriva, por una parte, de lo que esa regulación legal específica *dice*, y, por otra parte, de lo que esa brevísima e insuficiente regulación legal *no dice*.

Respecto de lo que esa regulación legal específica *dice*, ya se advirtió que esa regulación legal parte de un doble error: considerar que la captación de imágenes en los espacios públicos no puede afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos –primero- y estimar que la afectación

a los derechos fundamentales consagrados en el art. 18. 1 CE no requiere constitucionalmente autorización judicial –segundo-.

Sin embargo, según se ha justificado *supra*, no puede descartarse *a radice* que la captación de imágenes en espacios públicos pueda afectar en algunas ocasiones a distintos derechos fundamentales. En efecto, no puede rechazarse que la captación de imágenes en espacios públicos pueda afectar al derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE), pero, sobre todo, con relativa facilidad la captación y grabación de imágenes de los sospechosos en el curso de una investigación policial puede afectar al derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE), así como al derecho a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE).

Pero es que, además, como se expuso *supra*, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, no es cierto que, como regla general, la restricción del derecho a la intimidad –o del derecho a la propia imagen o del derecho a la protección de datos personales- no requiera previa resolución judicial. Antes al contrario, según esa jurisprudencia, la regla general es que toda restricción de un derecho fundamental, entre ellos el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, o a la protección de datos personales, requiere el consentimiento del afectado, o autorización judicial previa. Y solo con carácter excepcional y por razones de urgencia, la consecución de otro fin constitucionalmente legítimo -como la investigación y persecución de los hechos delictivos- pueda justificar una intervención policial inmediata, pero necesitada siempre de

una confirmación judicial posterior. Dicha jurisprudencia del TC coincide según se expuso con la del TEDH.

Respecto de lo que esa brevísima e insuficiente regulación legal *no dice*, se debe destacar que el régimen jurídico establecido para la captación de imágenes en el art. 588 *quinquies* a LECrim no regula muchos de los aspectos requeridos por la exigencia relativa a la calidad de la ley que prevé una medida invasiva de derechos fundamentales, según la jurisprudencia del TEDH expuesta. La regulación contenida en el art. 588 *quinquies* a LECrim no define la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la medida, no fija un límite temporal a la duración de la ejecución de la medida, no establece las condiciones ni el plazo en los que las grabaciones deben ser puestas a disposición judicial (originales o copias; íntegras, resumidas, o ambas), ni lo que, es más importante, no determina cómo con los anteriores antecedentes puede llevarse a cabo un control judicial efectivo de la ejecución de la medida restrictiva y de sus resultados.

Además, como se ha visto, esas lagunas no se resuelven, o lo hacen inadecuadamente con la aplicación de las disposiciones comunes sobre diligencias restrictivas establecidas en el art. 588 *bis* LECrim. En mi opinión, como ya se ha dicho, la consecuencia de esa manifiesta insuficiente regulación legislativa es la inconstitucionalidad del actual régimen legal de esta diligencia.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2011

ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020

ARRABAL PLATERO., P., *Validez de la grabación policial al conductor a efectos de prueba en el delito de conducción bajo la influencia de las drogas del artículo 379.2 CP*, Diario La Ley núm. 9628, 8 mayo 2020

ASENCIO MELLADO, J. M^a., *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita*, Diario La Ley, n.º. 9499, 16 de octubre de 2019

BAUZÁ MARTORELL, F. J., *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Marcial Pons, 2004

BELADIEZ ROJO., M., *Cámaras ocultas y periodismo. Una perspectiva constitucional*, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 28, 2018

BUENO DE MATA, F., *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Aranzadi, 2019

CASANOVA MARTÍ, R., *La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, Diario La Ley núm. 8674, 4 enero 2016

CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, 2014

CEDEÑO HERNÁN, M., “Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Thomson Reuters Aranzadi, 2017

DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., *Las Comisiones de Garantía de la Videovigilancia*, en *Revista de Derecho Político*, núm. 68 de 2007

DURÁN SILVA, C., “La videovigilancia como acto limitador de derechos fundamentales”, en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES), Atelier, 2019.

ETXEBERRIA GURIDI, J, F., “La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco”, en *Videovigilancia. Ámbitos de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales* (Coord. ETXEBERRIA y ORDEÑANA), Tirant lo Blanch, 2011

ETXEBERRIA GURIDI, J, F., “Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal”, en *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito* (Coord. PÉREZ GIL), La Ley, 2012

FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras las reformas de 2015”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO CUEVILAS SAYROL), Atelier, 2016

GALÁN GÓMEZ, C., “Pasado y presente de las interceptaciones telefónicas, telemáticas y orales”, en *Derecho, Justicia, Universidad (Liber Amicorum de Andrés De la Oliva Santos)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, T. I

GÓMEZ COLOMER, J. L., *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, Revista Jurídica de Cataluña, 1998, núm. 1.

MAGRO SERVET, V., *Sobre el valor de las cámaras de vigilancia en el proceso penal*, Diario La Ley núm. 9114, 9 enero 2018

MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015

MARTÍN MORALES, R., El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta, Diario La Ley núm. 6079, 6 de septiembre de 2004

MARTÍNEZ SANTOS, A., “Las grabaciones obtenidas a través del sistema de videovigilancia en el proceso penal: derechos fundamentales afectados y tipología de supuestos”, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Thomson Reuters Aranzadi, 2017

MIRANDA ESTRAMPES, M., *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguridad Pública, mayo 2010

MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G., *La grabación o videovigilancia de la empresa: el control del empresario en el puesto de trabajo*, en *La Ley Unión Europea*, Nº 76, 31 de Diciembre de 2019

MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1999

NAVARRO NIETO, F., *La videovigilancia laboral. Un comentario a la STEDH 17-10-2019, Asunto López Ribalda*, en *Diario La Ley*, Nº 9519, 15 de Noviembre de 2019

ORDUNA NAVARRO, B., *Intervención de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Alcance de la reforma de la LECrim. LO 13/2015, de 5 de octubre*, *Diario La Ley* núm. 9190, 4 mayo 2018

PEDRAZ PENALVA, E., “La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva”, en *Protección de datos y proceso penal* (dir. PEDRAZ PENALVA), La Ley, 2010

PERALS CALLEJA, J., “La grabación de las comunicaciones entre particulares como medio de prueba en el proceso penal. La utilización de videocámaras de seguridad”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolkers Kluver, 2017

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Las grabaciones de videocámaras de seguridad como fuente probatoria en el proceso penal*, Diario La Ley, núm. 7921, 12 de Septiembre de 2012

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Sobre la inconstitucionalidad de las vigilancias policiales mediante micrófonos ocultos (A propósito de la STC 145/2014, de 22 de septiembre)*, Diario La Ley núm. 8438, 10 diciembre 2014

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del Estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica*, Diario La Ley, N° 9416, 16 de Mayo de 2019

SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, 2017

SUÁREZ QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C., *Las videograbaciones como prueba en el proceso penal*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 2024, 2006

VELASCO NUÑEZ, E., “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015* (Coord. ZARAGOZA TEJADA, J.I), Thomson Reuters Aranzadi, 2017

VELASCO NUÑEZ, E., *Derecho a la imagen: tratamiento procesal*, Diario La Ley núm. 8595, 1 septiembre 2015

VERVAELE, J., “Uso lícito y equitativo de pruebas penales en la Unión Europea desde la perspectiva europea de los derechos humanos”, en *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019

VIEIRA MORANTE, F. J., *Videovigilancia y privacidad. El papel de la Comisión de Garantías de Videovigilancia*, Diario La Ley, N° 7369, 25 Mar. 2010

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com