

EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO EN LA PRÁCTICA: “LA PRUEBA EN EL  
PROCESO PENAL POR DELINCUENCIA TRANSNACIONAL GRAVE”

Luis Arroyo Zapatero, Víctor Moreno Catena y Elena Domínguez

ESPAÑA

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha

Centro de Estudios Judiciales ( Ministerio de Justicia)

Instituto Universitario “Alonso Martínez” de Justicia y Litigación

Universidad Carlos III de Madrid

<http://www.cienciaspenales.net>

# **El Espacio Judicial Europeo en la práctica: “La prueba en el proceso penal por delincuencia transnacional grave”**

**Encuesta sobre las distintas formas de obtención de prueba en los Estados Miembros de la Unión Europea: condiciones nacionales de la prueba en el proceso penal a efectos del Espacio Judicial Europeo**

## **ESPAÑA**

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional  
Universidad de Castilla-La Mancha.  
Centro de Estudios Jurídicos (Ministerio de Justicia)  
Instituto Universitario «Alonso Martínez» de Justicia y Litigación  
Universidad Carlos III de Madrid

Luis Arroyo Zapatero  
Víctor Moreno Catena  
Elena Domínguez Peco

**Cuestionario sobre las formas de obtención de prueba en los distintos Estados  
Miembros de la Unión Europea**

**INDICE**

A. Instrucciones.....	3
B. Generalidades.....	4
C. Formas específicas de cooperación.....	4
1. Interrogatorio a testigos, peritos e imputados. José Antonio Colmenero. Profesor Titular. Universidad Carlos III de Madrid.....	5
2. Videoconferencia. Amaya Arnaiz Serrano. Ayudante de Universidad. Universidad Carlos III de Madrid.....	12
3. Intervenciones telefónicas. Marta M. Morales Romero. Becaria. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.....	17
4. Entrada y registro. Ignacio Flores Prada. Profesor Titular. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.....	19
5. Protección de la intimidad y tratamiento de datos personales relacionados con los procesos penales. Ignacio Flores Prada. Profesor Titular. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.....	22
6. Intercambio espontáneo de información. Emilio de Llera Suárez-Bárcena. Fiscal Coordinador de la Audiencia Provincial de Sevilla.....	27
7. Agentes encubiertos: Vicente Carlos Guzmán Fluja. Catedrático de Universidad. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Y Rocío Zafra Espinosa de los Monteros. Ayudante de Universidad. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.....	29
8. Entrega de documentos por particulares y organismos públicos. Secreto bancario. Asunción Ribas. Secretaria de la Audiencia Provincial de de Barcelona.....	31
9. Marcadores Genéticos. José Luis Albiñana Olmos. Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.....	32

## A. Instrucciones

Este cuestionario tiene por objeto ofrecer información detallada y actualizada en relación a determinadas actividades que tienen lugar durante la fase de investigación del proceso penal, previa al juicio oral, como son determinados actos limitativos de derechos fundamentales, actos de recopilación de determinados efectos e instrumentos del delito y fuentes de prueba, así como a la anticipación y preconstitución de prueba en cada uno de los Estados de la UE. El objetivo es evaluar su compatibilidad y proponer unos mínimos estándares que garanticen que dichas diligencias practicadas en un Estado miembro puedan producir efectos en otro, e incluso tener valor probatorio en un proceso penal abierto en otro Estado.

Por ello, un grupo de investigadores españoles encabezado por el Prof. Dr. D. Luis Arroyo Zapatero, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (Catedrático de Dº Penal, Universidad de Castilla-La Mancha), en colaboración con el Prof. Dr. D. Víctor Moreno Catena, Director del Instituto Universitario «Alonso Martínez», de Justicia y Litigación (Catedrático de Dº Procesal. Universidad Carlos III de Madrid), Prof. Dr. D. Gonzalo Quintero Olivares (Catedrático de Dº Penal. Universidad Rovira i Virgili de Tarragona), Prof. Dr. D. Vicente Carlos Guzmán Fluja, Secretario General de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (Catedrático de Dº Procesal), Prof. Dr. D. José Antonio Colmenero Guerra (Titular de Dº Procesal. Universidad Carlos III de Madrid), Prof<sup>a</sup>. Dra. Dña. Amaya Arnaiz Serrano (Ayudante Universidad de Dº Procesal. Universidad Carlos III de Madrid), Prof. Dr. D. Ignacio Flores Prada (Titular de Dº Procesal. Universidad Pablo Olavide de Sevilla), Dr. D. Emilio de Llera Suárez-Bárcena (Fiscal coordinador. Audiencia Provincial de Sevilla), Dña. Asunción Ribas (Secretaria de la Audiencia Provincial de Barcelona), D. José Luis Albiñana Olmos (Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona), Dña. Rocío Zafra Espinosa de los Monteros (Ayudante de Universidad de Dº Procesal. Universidad Pablo Olavide de Sevilla) y Dña. Marta M. Morales Romero (Becaria de Dº Penal. IDPEI) han procedido a la elaboración de este cuestionario para que con la ayuda de expertos nacionales de cada Estado miembro pueda configurarse un marco general acerca de las distintas formas de obtención de prueba en la Unión Europea. En este proyecto participa además el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia Español y el prestigioso Instituto alemán Max Planck.

Rellene por favor el cuestionario en inglés o en francés y reenvíelo por correo electrónico a la siguiente dirección [Marta.MMorales@uclm.es](mailto:Marta.MMorales@uclm.es). No obstante, para cualquier duda pueden ponerse en contacto directamente con el autor de cada encuesta:

**1. Interrogatorio a testigos, peritos e imputados.** José Antonio Colmenero Guerra. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid. Tlf: 0034. 916.24.93.84. E-mail: [jcolmene@der-pu.uc3m.es](mailto:jcolmene@der-pu.uc3m.es) y [acolgue@upo.es](mailto:acolgue@upo.es)

**2. Videoconferencia.** Amaya Arnaiz Serrano. Ayudante de Universidad de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid. Tlf: 0034.916.24.57.90. E-mail: [arnaiz@der-pu.uc3m.es](mailto:arnaiz@der-pu.uc3m.es)

**3. Intervenciones telefónicas.** Marta M. Morales Romero. Becaria. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Telf. 0034.926.29.52.34. Email: [Marta.MMorales@uclm.es](mailto:Marta.MMorales@uclm.es)

**4. Protección de datos y entrada y registro.** Ignacio Flores Prada. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Tlf: 0034.954.34.98.33. E-mail: [iflopra@upo.es](mailto:iflopra@upo.es)

**5. Intercambio espontáneo de información.** Emilio de Llera Suárez-Bárcena. Fiscal coordinador de la Audiencia Provincial de Sevilla. Tlf: 0034.954.45.46.61. E-mail: [emilio.llera@telefonica.net](mailto:emilio.llera@telefonica.net)

**6. Agentes encubiertos:** Vicente Carlos Guzmán Fluja. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Tlf: 0034.954.34.92.22. E-mail: [vguzflu@upo.es](mailto:vguzflu@upo.es) y/o Rocío Zafra Espinosa de los Monteros. Ayudante de Universidad de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Tlf: 0034.954.34.93.23. E-mail: [mrzafesp@upo.es.Hablar](mailto:mrzafesp@upo.es.Hablar)

**7. Entrega de documentos por particulares y organismos públicos. Secreto bancario.** Asunción Ribas. Secretaria de la Audiencia Provincial de de Barcelona - Oficina del Jurado. Tlf. 0034.934.86.62.17 y 0034.934.86.62.17. Email: [secretari.ap0.barcelona@xij.gencat.net](mailto:secretari.ap0.barcelona@xij.gencat.net)

**8. Marcadores Genéticos.** José Luis Albiñana Olmos. Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona. Tlf: 934866130, 646235264. Email: [josepluisalbi@wanadoo.es](mailto:josepluisalbi@wanadoo.es)

El plazo máximo para su cumplimentación comprende desde el 1 de octubre hasta el 1 de noviembre de 2005. Si no le resultase posible tener el cuestionario perfectamente cumplimentado para esta fecha, rogamos por favor que se ponga en contacto con nosotros.

Con los datos obtenidos de cada cuestionario se elaborará una Guía práctica en español y en inglés que recogerá un conjunto de recomendaciones o normas mínimas comunes.

## **B. Generalidades**

1. En relación al Convenio de asistencia judicial en materia penal, ¿ha sido ratificado por su país? Sí

- En caso afirmativo:

a. ¿Ha realizado alguna reserva o declaración? Sí, realizó una declaración de aplicación provisional con Portugal ([BOE núm. 247, de 15 de octubre](#)).

b. Si conoce algún supuesto práctico, ¿podría indicárnoslo?

- En caso negativo, ¿cree que tiene propósito de ratificarlo?

2. ¿Ha ratificado su país el Protocolo al Convenio de 2000? Sí

- En caso afirmativo:
    - a. ¿Ha realizado alguna reserva o declaración? No
    - b. Si conoce algún supuesto práctico, ¿podría indicárnoslo?
  - En caso negativo, ¿cree que tiene propósito de ratificarlo?
3. Respecto a la propuesta de decisión-marco relativa al exhorto de obtención de pruebas, ¿existe algún debate sobre su constitucionalidad o legalidad en su país?
4. En relación a la decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas:
- a. ¿Ha sido implementada por su país? No, aunque el Gobierno español informó al Consejo de la UE que procedería a ello a finales de mayo de 2005.
  - b. ¿Existe algún debate sobre su constitucionalidad o legalidad en su país?

### **C. Formas específicas de cooperación**

#### **1. Interrogatorio a testigos y peritos y declaración del acusado** **José Antonio Colmenero Guerra. Profesor de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid**

#### **Testigos**

##### **I. Normativa interna**

###### *1. Normativa constitucional*

- A) ¿Contiene la Constitución de su país alguna disposición relativa a los testigos y a su protección?
- B) En caso afirmativo ¿podría transcribir las disposiciones constitucionales en las que se recoge?
- C) De existir jurisprudencia acerca de la referida normativa ¿podría indicar la doctrina jurisprudencial esencial en torno a la misma?

###### *2. Normas legales o reglamentarias*

- A) ¿Dispone su país de normas, de rango legal o reglamentario, que regulen el interrogatorio y la protección de los testigos en el curso de una investigación o de un juicio penal?
- B) De existir dichas disposiciones, ¿podría transcribirlas indicando la fecha de publicación, rango, cuerpo legal al que pertenece la norma y ámbito en el que se dispensa la protección?

C) ¿Podría sintetizar la doctrina jurisprudencial de sus tribunales nacionales en torno al interrogatorio de los testigos y a su protección?

D) ¿Considera satisfactorias o suficientes las normas sobre el interrogatorio y protección de los testigos?

E) ¿Conoce la existencia de algún proyecto o iniciativa de reforma de su normativa nacional sobre el interrogatorio de los testigos y su protección?

F) En caso afirmativo, ¿podría indicar la justificación de la reforma y su orientación general?

### *3. Presupuestos del interrogatorio de testigos*

#### A) Subjetivos

a) ¿Quién puede acordar en su país el interrogatorio de testigos, en el curso de una investigación o juicio penal?

b) Si existen diferentes Autoridades legitimadas para acordarlos, ¿en qué casos y bajo qué condiciones puede hacerlo cada Autoridad?

c) Cuando la actividad la acuerda una autoridad no judicial ¿hay alguna diferencia en cuanto a la eficacia probatoria de las fuentes y los indicios obtenidos con la declaración? ¿Tiene influencia, en dicha eficacia, el momento en que se encuentre el proceso penal? ¿Qué garantías deben rodear la declaración?

d) ¿Quién puede solicitar de la Autoridad competente que se acuerde la declaración del testigo? ¿Puede acordarse por propia voluntad? ¿Tiene relevancia el momento del proceso a efectos de quién y cómo acordarla?

#### B) Objetivos

a) ¿Quiénes pueden ser testigos en el curso de una investigación o juicio penal?

b) ¿Pueden ser directos o de referencia?

c) ¿Podría aportar la definición que haga su derecho nacional de testigo, a los efectos del proceso penal? ¿Incluye a la víctima como testigo?

d) ¿Tienen los testigos la obligación de comparecer ante la Autoridad y declarar? ¿Quiénes están exentos de ambos deberes? ¿Quiénes están exentos de comparecer pero no de declarar (declaración en otro lugar o por escrito)? ¿Quiénes están exentos de declarar pero no de comparecer?

e) ¿Qué sanciones se prevén ante el incumplimiento de sus obligaciones?

f) ¿Es posible la confrontación con declaraciones de otros testigos o del acusado por existencia de discordancias (careo)?

#### *4. Práctica del interrogatorio*

A) ¿Pueden acordarse en su país declaraciones de testigos en el curso de investigaciones previas a la apertura de un proceso penal (Policía o Ministerio Público)? En caso afirmativo, ¿Quiénes, según su derecho nacional, deben estar necesariamente presentes durante el interrogatorio? Además de las personas que necesariamente deben presenciar el interrogatorio ¿prevé su ordenamiento jurídico la posible presencia de otras personas? En caso afirmativo ¿podría indicar quiénes?

B) En el caso anterior ¿Qué efecto produce la ausencia de alguna de las personas que según su legislación deben estar presentes durante la práctica del interrogatorio?

C) En el interrogatorio judicial, ¿quiénes, según su derecho nacional, deben estar necesariamente presentes durante la realización de la actividad? Además de las personas que necesariamente deben presenciarlo ¿prevé su ordenamiento jurídico la posible presencia de otras personas? En caso afirmativo ¿podría indicar quiénes?

D) En el caso anterior ¿qué efecto produce la ausencia de alguna de las personas que según su legislación deben estar presentes durante la práctica del interrogatorio?

E) ¿Podría describir brevemente el procedimiento del interrogatorio del testigo, en cuanto a la forma de llevarlo a cabo por la Autoridad y sus posibles limitaciones (preguntas capciosas o sugestivas), y en cuanto a la actividad de los otros sujetos que intervienen?

F) ¿Está previsto en su ordenamiento el deber de documentación del interrogatorio del testigo?

G) En caso afirmativo ¿cómo debe documentarse la práctica del interrogatorio y quién tiene obligación de hacerlo?

H) ¿Es precisa en su país la notificación al interesado de la resolución en que se acuerde su interrogatorio?

I) En caso de ser necesarias, ¿qué medidas de protección de testigos prevé su ordenamiento?

#### *5. Eficacia probatoria del interrogatorio del testigo*

A) ¿Las declaraciones del testigo se encuentran sometidas a un sistema de valoración legal o libre?

B) ¿Cómo se introducen en el juicio los datos, fuentes y evidencias obtenidas con el interrogatorio del testigo? ¿Pueden ser sometidas a contradicción?

C) ¿Cuál es el régimen de la prueba ilícita o prohibida aplicable al interrogatorio del testigo en su país?

## **Peritos**

### **I. Normativa interna**

#### *1. Normativa constitucional*

- A) ¿Contiene la Constitución de su país alguna disposición relativa a los peritos y a su protección?
- B) En caso afirmativo ¿podría transcribir las disposiciones constitucionales en las que se recoge?
  
- C) De existir jurisprudencia acerca de la referida normativa ¿podría indicar la doctrina jurisprudencial esencial en torno a la misma?

#### *2. Normas legales o reglamentarias*

- A) ¿Dispone su país de normas, de rango legal o reglamentario, que regulen la declaración (informe) y la protección de los peritos en el curso de una investigación o de un juicio penal?
  
- B) De existir dichas disposiciones, ¿podría transcribirlas indicando la fecha de publicación, rango, cuerpo legal al que pertenece la norma y ámbito en el que se dispensa la protección?
  
- C) ¿Podría sintetizar la doctrina jurisprudencial de sus tribunales nacionales en torno a la declaración (informe) de los peritos y a su protección?
  
- D) ¿Considera satisfactorias o suficientes las normas sobre la declaración y protección de los peritos?
  
- E) ¿Conoce la existencia de algún proyecto o iniciativa de reforma de su normativa nacional sobre la declaración de los peritos y su protección?
  
- F) En caso afirmativo, ¿podría indicar la justificación de la reforma y su orientación general?

#### *3. Presupuestos de la declaración del perito*

##### A) Subjetivos

- a) ¿Quién puede acordar en su país la declaración (informe) del perito, en el curso de una investigación o juicio penal?
  
- b) Si existen diferentes Autoridades legitimadas para acordarlos, ¿en qué casos y bajo qué condiciones puede hacerlo cada Autoridad?
  
- c) Cuando la actividad la acuerda una autoridad no judicial ¿hay alguna diferencia en cuanto a la eficacia probatoria de las fuentes y los indicios obtenidos con la declaración?

¿Tiene influencia, en dicha eficacia, el momento en que se encuentre el proceso penal?  
¿Qué garantías deben rodear la declaración?

d) ¿Quién puede solicitar de la Autoridad competente que se acuerde la declaración (informe) del perito? ¿Puede acordarse por propia voluntad? ¿Tiene relevancia el momento del proceso a efectos de quién y cómo acordarla?

## B) Objetivos

a) ¿Quiénes pueden ser peritos en el curso de una investigación o juicio penal?

b) ¿Tienen que estar titulados o no?

c) ¿Podría aportar la definición que haga su derecho nacional del perito, a los efectos del proceso penal?

d) ¿Tienen los peritos la obligación de ejercer el cargo? ¿Quiénes están exentos de dicha obligación?

e) ¿Qué sanciones se prevén ante el incumplimiento de sus obligaciones?

f) ¿Es posible la confrontación con declaraciones de otros peritos? ¿Cuántos informes son necesarios, uno, dos?

## 4. Práctica del interrogatorio

A) ¿Pueden acordarse en su país informes de peritos en el curso de investigaciones previas a la apertura de un proceso penal (Policía o Ministerio Público)?

B) En la emisión de informes ante la Autoridad Judicial, ¿varía el procedimiento si este tiene lugar en la fase de investigación o en el juicio oral? ¿Quiénes, según su derecho nacional, deben estar necesariamente presentes durante la realización de la actividad, dependiendo del momento procesal?

C) En el caso anterior ¿Qué efecto produce la ausencia de alguna de las personas que según su legislación deben estar presentes durante la práctica de la declaración?

D) ¿Es posible la recusación de perito? ¿Cuáles son las causas? ¿En qué momento se pueden realizar la recusación?

E) Puede describir brevemente el procedimiento de la declaración del perito, en cuanto a la actividad a llevar a cabo por la Autoridad y sus posibles limitaciones, y en cuanto a la actividad de los otros sujetos que intervienen.

F) ¿Está previsto en su ordenamiento el deber de documentación de la declaración (ratificación/confrontación del informe) del perito?

G) En caso afirmativo ¿cómo debe documentarse la práctica de la declaración y quién tiene obligación de hacerlo?

H) ¿Es precisa en su país la notificación al interesado de la resolución en que se acuerde su declaración?

I) En caso de ser necesarias, ¿qué medidas de protección de peritos prevé su ordenamiento?

### *5. Eficacia probatoria de la declaración del perito*

A) ¿Las declaraciones (informe) del perito se encuentran sometidas a un sistema de valoración legal o libre?

B) ¿Cómo se introducen en el juicio los datos, fuentes y evidencias obtenidas con el informe del perito? ¿Pueden ser sometidas a contradicción?

C) ¿Cuál es el régimen de la prueba ilícita o prohibida aplicable a la declaración (informe) del perito en su país?

## **Acusado**

### **I. Normativa interna**

#### *1. Normativa constitucional*

A) ¿Contiene la Constitución de su país alguna disposición relativa al acusado y a su protección?

B) En caso afirmativo ¿podría transcribir las disposiciones constitucionales en las que se recoge?

C) De existir jurisprudencia acerca de la referida normativa ¿podría indicar la doctrina jurisprudencial esencial en torno a la misma?

#### *2. Normas legales o reglamentarias*

A) ¿Dispone su país de normas, de rango legal o reglamentario, que regulen la declaración y la protección de los acusados en el curso de una investigación o de un juicio penal?

B) De existir dichas disposiciones, ¿podría transcribirlas indicando la fecha de publicación, rango, cuerpo legal al que pertenece la norma y ámbito en el que se dispensa la protección?

C) ¿Podría sintetizar la doctrina jurisprudencial de sus tribunales nacionales en torno a la declaración de los acusados y a su protección?

D) ¿Considera satisfactorias o suficientes las normas sobre la declaración de los acusados?

E) ¿Conoce la existencia de algún proyecto o iniciativa de reforma de su normativa nacional sobre la declaración del acusado?

F) En caso afirmativo, ¿podría indicar la justificación de la reforma y su orientación general?

### *3. Presupuestos de la declaración del acusado*

#### A) Subjetivos

a) ¿Quién puede acordar en su país la declaración del acusado, en el curso de una investigación o juicio penal?

b) Si existen diferentes Autoridades legitimadas para acordarla, ¿en qué casos y bajo qué condiciones puede hacerlo cada Autoridad?

c) Cuando la actividad la acuerda una autoridad no judicial ¿hay alguna diferencia en cuanto a la eficacia probatoria de las fuentes y los indicios obtenidos con la declaración? ¿Tiene influencia, en dicha eficacia, el momento en que se encuentre el proceso penal? ¿Qué garantías deben rodear la declaración? ¿Y si concurre detención, qué garantías?

d) ¿Quién puede solicitar de la Autoridad competente que se acuerde la declaración del acusado? ¿Puede acordarse por propia voluntad? ¿Tiene relevancia el momento del proceso a efectos de quién y cómo acordarla?

#### B) Objetivos

a) ¿La declaración del acusado es un medio de prueba o defensa?

b) Durante la fase de investigación ¿qué garantías deben rodear la declaración del imputado?

c) Durante el juicio oral ¿qué garantías deben rodear la declaración del acusado?

d) ¿Es posible la confrontación con declaraciones de otros acusados? ¿A qué garantías se somete dicha declaración, y cuáles son las pautas de valoración?

### *4. Práctica de la declaración*

A) ¿Pueden acordarse en su país declaraciones de imputados en el curso de investigaciones previas a la apertura de un proceso penal (Policía o Ministerio Público)? En caso afirmativo, ¿Quiénes, según su derecho nacional, deben estar necesariamente presentes durante la declaración? Además de las personas que necesariamente deben presenciar la declaración ¿prevé su ordenamiento jurídico la posible presencia de otras personas? En caso afirmativo ¿podría indicar quiénes?

B) En el caso anterior ¿Qué efecto produce la ausencia de alguna de las personas que según su legislación deben estar presentes durante la práctica de la declaración?

C) En la declaración del acusado a presencia de la Autoridad Judicial, ¿Quiénes, según su derecho nacional, deben estar necesariamente presentes durante la realización de la actividad? Además de las personas que necesariamente deben presenciarlo ¿prevé su ordenamiento jurídico la posible presencia de otras personas? En caso afirmativo ¿podría indicar quiénes?

D) En el caso anterior ¿Qué efecto produce la ausencia de alguna de las personas que según su legislación deben estar presentes durante la práctica de la declaración?

E) Puede describir brevemente el procedimiento de la declaración de acusado, en cuanto a la actividad a llevar a cabo por la Autoridad y sus posibles limitaciones, y en cuanto a la actividad de los otros sujetos que intervienen.

F) ¿Está previsto en su ordenamiento el deber de documentación de la declaración del acusado?

G) En caso afirmativo ¿cómo debe documentarse la práctica de la declaración y quién tiene obligación de hacerlo?

H) ¿Es precisa en su país la notificación al interesado de la resolución en que se acuerde su declaración?

### *5. Eficacia probatoria de la declaración del acusado*

A) ¿Las declaraciones del acusado se encuentran sometidas a un sistema de valoración legal o libre?

B) ¿Cómo se introducen en el juicio los datos, fuentes y evidencias obtenidas con la declaración del acusado? ¿Pueden ser sometidas a contradicción?

C) ¿Es posible el reconocimiento de los hechos en la instrucción? ¿Qué efectos produce? Y si tiene lugar en el juicio oral.

D) ¿Cuál es el régimen de la prueba ilícita o prohibida aplicable a la declaración del acusado en su país?

## **2. Práctica de pruebas a través de videoconferencia o de audición telefónica**

**Amaya Arnáiz Serrano. Ayudante de Universidad (Dº Procesal). Universidad Carlos III de Madrid.**

### **1. Marco legal**

#### **1.2. Normativa nacional sobre el uso de la videoconferencia en la actividad jurisdiccional**

a. ¿La práctica de pruebas a través de estas modalidades telemáticas (videoconferencia y audición telefónica) ha sido contemplada en su derecho interno?

Sí. Aunque hasta hace relativamente poco en nuestro ordenamiento no contábamos con una regulación legal que previese la práctica de actuaciones procesales a través de videoconferencia de forma específica, pues ni en la Ley de

Enjuiciamiento Criminal<sup>1</sup>, ni en la más moderna Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>2</sup> —de aplicación supletoria al proceso penal (art. 4 LEC)—, podía hallarse precepto alguno relativo a esta materia.

No obstante, sobre la base del art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>3</sup>, referido al modo de realización de las actuaciones procesales, y en el que se dispone que los órganos jurisdiccionales podrán utilizar cualquier medio técnico, electrónico, informático o telemático para realizar su actividad, algunos tribunales comenzaron a realizar actuaciones procesales a través de videoconferencia.

La generalidad con que viene enunciada esta disposición era implementada en el foro con otras normas de carácter especial y algunos preceptos reformados de la LECrim, que en supuestos muy concretos, han justificado la utilización de medios audiovisuales para la realización de actuaciones, tanto en la fase instructora como en el plenario<sup>4</sup>. Así, por ejemplo se ha acudido a la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos<sup>5</sup>; así como a la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>6</sup> y a los arts. 448, 707 y 713, introducidos por la LO 14/1999, dictada en desarrollo de la LJPM. En todos estos preceptos se prevé la posibilidad de que las declaraciones del menor, sea o no víctima del delito, puedan realizarse a través de medios audiovisuales con la finalidad de evitar la confrontación visual del testigo con el inculcado, tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, previa resolución motiva e informe pericial.

Fruto de la insuficiente regulación fue la situación generada por la Instrucción 1/2002, en la que la Fiscalía General del Estado (FGE) se mostraba contraria a la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia, y en la que se indicaba que si el Ministerio Fiscal era citado para la celebración de lo que denominaba “juicio oral virtual”, debía excusar su asistencia por carecer en la actualidad de cobertura legal en nuestro sistema legal y, por tanto, no poder garantizar el debido respecto a los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución.

Pese a lo contundente que pudiera parecer, en un primer momento, la posición de la Fiscalía sobre el uso de la videoconferencia en el proceso penal, ésta se suaviza no sólo por las sucesivas Instrucciones dictadas sobre el particular, sino también si se interpreta esa primera instrucción en las circunstancias en que fue emitida.

La Instrucción 1/2002 se pronunciaba sobre un caso muy concreto: el anuncio por parte de un órgano jurisdiccional de una zona insular de la intención de celebrar los juicios orales constituido en su propia sede geográfica; mientras que

---

<sup>1</sup> En adelante LECrim.

<sup>2</sup> *Supra Ibidem* LEC.

<sup>3</sup> *Ibidem* LOPJ.

<sup>4</sup> La insuficiente previsión legislativa fue observada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia menor. Cfr. v.gr. Llorente Fernández de la Reguera, «Sobre el Estado actual de las nuevas tecnologías en el proceso penal y algunas propuestas de reforma», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 554, 2002, pág. 2 y la SAP de Madrid, de 8 de febrero de 2002 (ARP 124743).

<sup>5</sup> Vid. art. 2.b) en el que se prevé la posibilidad de utilizar, en la fase de instrucción y de enjuiciamiento, cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal o evite la confrontación visual, cuando se aprecie un peligro grave para la persona llamada a declarar o sus familiares.

<sup>6</sup> En su art. 9.1 se dispone que el menor tiene derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y las comparecencias se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad (en adelante LOPJM).

el Fiscal y las demás acusaciones, en su caso, así como el propio acusado, los testigos y peritos, se encontrarían en otra de las islas de la demarcación. De este modo se planteaba la posibilidad de celebración de juicios orales conforme a un formato enteramente virtual, valiéndose para ello del sistema de videoconferencia. Ante esta posibilidad, no es de extrañar la posición adoptada por la FGE, que rechazaba con rotundidad lo que consideraba como “ser juzgado sin la presencia física del tribunal”, lo cual no parece un desatino si tenemos presente que en nuestro ordenamiento se prevé como preceptiva la presencia del acusado y del abogado defensor en la celebración del juicio (art. 786.1 LECrim). Se trataba de evitar que se adoptase un “modelo virtual” de desarrollo, sin contar con la necesaria cobertura legal que permitiese garantizar el respeto de los derechos y principios inherentes al proceso penal<sup>7</sup>.

Esta posición de la Fiscalía fue matizada por la Instrucción núm. 3/2002, en la que se decía que la posición adoptada en la Instrucción 1/2002, no debía interpretarse como una negativa generalizada al uso de los medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia. Puesto que ello supondría un mal entendimiento no sólo de la mencionada Instrucción, sino también un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que contempla su utilización, no sólo con carácter general sino también sectorial. Además, como se señala en esta última Instrucción, la utilización de la videoconferencia por sí misma no supone la restricción de derecho fundamental alguno.

No obstante, esta situación puso de manifiesto que, pese a que podía entenderse que el art. 230.1 de la LOPJ contenía un principio o regla general de autorización<sup>8</sup> era conveniente que, como había sucedido en nuestro entorno cultural, el legislador regulase no sólo las posibilidades de practicar actuaciones a través de medios técnicos, sino también las garantías y procedimiento a seguir para su adopción.

La esperada previsión de la regulación del uso de la videoconferencia en la actividad jurisdiccional no ha venido de la mano de una reforma pausada y sosegada sino que se ha producido a través de la precipitada incorporación en trámite parlamentario de la modificación de sendos preceptos de la LOPJ y de la LECrim, al hilo de la aprobación de la Ley de modificación de la Prisión Provisional (LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional).

Tres han sido los preceptos modificados y uno más adicionado, tres de ellos de la LECrim y uno de la LOPJ, que ha pasado a sustituir al art. 230.1 de este mismo texto como norma habilitante con carácter general para el uso de la videoconferencia.

---

<sup>7</sup> Así se ponía de relieve en la Instrucción 3/2002, de la FGE, en la que se podía leer que: “La preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal”.

<sup>8</sup> Así lo había entendido gran parte de la doctrina, cfr. DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», *Actualidad Penal*, núm. 47-48, octubre, 2002, pág. 1.271; LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, «Sobre el Estado actual de las nuevas tecnologías en el proceso penal y algunas propuestas de reforma», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 554, 2002, pág. 2 y VELASCO NÚÑEZ, «La videoconferencia llega a los juzgados», *Revista Jurídica La Ley*, febrero, 2002, pág. 9.

Así, en el art. 229 *in fine* de la LOPJ se prevé que las actuaciones judiciales «podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal».

Mientras que en los arts. 325 y 731 *bis* de la LECrim, relativos respectivamente a la formación del sumario y a las disposiciones comunes de la prueba, se contempla la posibilidad de que tanto en la fase de instrucción como en la fase de plenario puedan tomarse declaración a los imputados, testigos y peritos a través de videoconferencia, cuando así lo aconsejen razones de utilidad, seguridad u orden público o cuando la comparecencia de los mismos resultase especialmente gravosa o perjudicial.

Por tanto, puede decirse que en la actualidad la práctica de pruebas a través de videoconferencia ya cuenta con respaldo legal, aunque éste resulte —como veremos más adelante— claramente insuficiente e alguno de sus aspectos.

Finalmente, mencionar que el art. 306 de la LECrim también ha sido reformado y prevé la posibilidad de que contando el órgano judicial con los medios técnicos necesarios para ello, pueda el MF intervenir en cualquier procedimiento penal a través de videoconferencia u otro sistema similar, incluyendo la comparecencia del art. 505, referente a la adopción de la prisión provisional.

¿Podría transcribimos las disposiciones legales más importantes sobre esta materia?

En nuestro Ordenamiento se contempla la utilización de la videoconferencia por parte de la Administración de Justicia tanto en normas de carácter general como en disposiciones contenidas en legislación especial.

## **1. Legislación de carácter general**

### **LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

#### **Art. 229 LOPJ**

«1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

2. Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.

3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que

intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo»<sup>9</sup>.

### **Art. 230.1 LOPJ**

«Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación».

## **2. Legislación de carácter especial**

### **2.1. Legislación procesal penal general**

## **LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PROMULGADA POR REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1882**

### **Art. 306 párrf. IV LECrim<sup>10</sup>**

«Cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505<sup>11</sup>, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».

### **Art. 325 LECrim<sup>12</sup>**

«El juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ».

### **Art. 448 *in fine*<sup>13</sup>**

«Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución

---

<sup>9</sup> Este último apartado 3º fue adicionado por la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE 27.10.2003, núm. 257, [pág. 38241]).

<sup>10</sup> Precepto modificado por el art. 4.1 de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE 27.10.2003, núm. 257, [pág. 38241]).

<sup>11</sup> Esta comparecencia es la relativa a la adopción de la medida cautelar personal de la prisión provisional.

<sup>12</sup> Precepto modificado por el art. 4.2 de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE 27.10.2003, núm. 257, [pág. 38241]).

<sup>13</sup> Precepto modificado por el art. 3.6 Ley Orgánica 14/1999, de 9 junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 10 junio 1999, núm. 138, [pág. 22251]), que introduce este último apartado.

motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

**Art., 707 párrf. II LECrim<sup>14</sup>**

«Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

**Art. 731 bis<sup>15</sup>**

«El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

## **2.2. Legislación procesal penal especial**

LO 19/1994, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS EN CAUSAS CRIMINALES<sup>16</sup>

**Art. 2 LOPTP**

«Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior<sup>17</sup>, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

[...]

---

<sup>14</sup> Precepto modificado por el art. 3.9 Ley Orgánica 14/1999, de 9 junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 10 junio 1999, núm. 138, [pág. 22251]), que introduce este párrafo segundo.

<sup>15</sup> Precepto modificado por el art. 4.3 de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE 27.10.2003, núm. 257, [pág. 38241]).

<sup>16</sup> (BOE 24 diciembre 1994, núm. 307, [pág. 38669]).

<sup>17</sup> Referidas a la adopción de medidas de protección atendiendo al peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos (art. 1 LOPTP).

LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL<sup>18</sup>

#### **Art. 9.1 LOPJM**

«El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».

#### **2.3. Otras disposiciones relativas al uso de la videoconferencia**

CIRCULAR 1/2003, DE 7 ABRIL, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO<sup>19</sup>

#### **Apartado E) Aseguramiento de la prueba en fase de instrucción**

«El artículo 777.2 LECrim contempla un supuesto encaminado básicamente a posibilitar el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros que residen sólo temporalmente en nuestro país -algo cada vez más frecuente, sobre todo en las zonas turísticas- evitando que tengan que ser nuevamente citados para comparecer en el juicio oral, el cual posiblemente se celebrará cuando la víctima esté ya de vuelta en su país de origen. Tanto este supuesto como el de presumible muerte o incapacidad de un testigo antes del juicio oral estaban ya previstos en los artículos 448 y 449 LECrim. Sin embargo, el nuevo precepto amplía su ámbito de aplicación a cualquier otro motivo por el que razonablemente se pueda temer que una prueba no pueda practicarse en el juicio oral, o pueda motivar su suspensión. Asimismo establece una serie de requisitos que habrán de ser observados en todo caso para dotar de validez a la prueba practicada ante el Juez de Instrucción. En primer lugar, es preciso asegurar la posibilidad de contradicción de las partes, lo cual implica notificarles el lugar y fecha en que se practicará la prueba y posibilitar su presencia, incluida la del imputado y su Abogado (si aquél estuviere preso, se podrá acudir a la videoconferencia). Será necesario además que se documente adecuadamente la práctica de la diligencia, ya sea mediante acta extendida por el Secretario o -preferiblemente- en soporte apto para la grabación de la imagen y el sonido. En cualquier caso, la diligencia así preconstituida sólo podrá desplegar toda su virtualidad probatoria si es reproducida en el juicio oral conforme a lo previsto en el artículo 730 LECrim, a cuyo efecto habrá debido ser previamente propuesta como prueba en el correspondiente escrito de acusación (art. 781.1, párrafo segundo)».

INSTRUCCIÓN 3/2001, DE 28 JUNIO<sup>20</sup>

<sup>18</sup> (BOE 17 enero 1996, núm. 15, [pág. 1225]).

<sup>19</sup> Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 abril de 2003, núm. 1939, Suplemento.

«En la que al analizar los mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal en relación con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Convenio de 1959), prevé la obligatoriedad de la práctica de declaraciones mediante videoconferencia cuando así lo solicite otro Estado».

#### INSTRUCCIÓN 1/2002, DE 7 FEBRERO<sup>21</sup>

«En conclusión: en el actual estado de nuestro sistema legislativo, no cabe la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia. Por tanto, si el Ministerio Fiscal es citado para la celebración de uno de esos juicios orales «virtuales» deberá oponerse motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carecer hoy por hoy de las garantías necesarias para el debido respeto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, de cuya defensa es garante (art. 3.3 EOMF)».

#### INSTRUCCIÓN 3/2002, DE 1 MARZO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO<sup>22</sup>

«Conclusiones:

- a) El criterio general para el uso de la videoconferencia en las actuaciones procesales es el de posibilidad, señalado en el artículo 230.1 LOPJ.
- b) Sólo en casos de posible afectación de derechos fundamentales sin la necesaria

cobertura legal debe entenderse ordinariamente exceptuada la anterior regla, de acuerdo con lo señalado en la Instrucción 1/2002.

- c) El uso de videoconferencia en las actuaciones judiciales debe efectuarse con la necesaria motivación, que garantice el principio de proporcionalidad y la posibilidad de impugnación por las partes procesales.
- d) El criterio favorable a la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá decidirse en cada caso, a la luz de las circunstancias y vicisitudes concurrentes.
- e) Existe ya una legislación que permite el uso de las nuevas tecnologías en casos concretos, que deberán ser posibilitados.
- f) Los Fiscales Jefes incluirán en las sucesivas Memorias anuales un apartado dedicado al uso de las nuevas tecnologías en el proceso».

#### INSTRUCCIÓN 1/2003, DE 7 ABRIL<sup>23</sup>

«En ella se hace referencia a que en el procedimiento de expedición del visado, con el objetivo de facilitar su tramitación, «cabrá utilizar los medios tecnológicos disponibles: correo electrónico, teléfono, fax, videoconferencia... posibilidad de utilización enmarcada en el ámbito de los actos no estrictamente procesales que refiere la Instrucción 3/2002».

---

<sup>20</sup> Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de abril de 2003, núm. 1939, Suplemento.

<sup>21</sup> Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de febrero de 2003, núm. 1935, Suplemento.

<sup>22</sup> Boletín de Información de Ministerio de Justicia de 15 de febrero de 2003, núm. 1935, Suplemento.

<sup>23</sup> Boletín de Información del Ministerio de Justicia 15 abril 2003, núm. 1939, Suplemento.

INSTRUCCIÓN 7/2005, DE 23 DE JUNIO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL  
ESTADO, FISCAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y LAS  
SECCIONES CONTRA LA VIOLENCIA DE LAS FISCALÍAS

«En la mejora del rendimiento organizativo debe encuadrarse la utilización de medios técnicos, y singularmente la videoconferencia. Se procurará potenciar por las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido como medio de intervención a fin de evitar el desplazamiento del fiscal adscrito a la Sección a sede distinta (art. 306 LECr, 3 Estatuto, e Instrucción 3/2002 FGE) en las ordenes de protección, comparecencia de diligencias urgentes, de medidas de prisión...»

b. ¿Existe jurisprudencia relevante a este respecto? ¿Podría darnos las referencias? ¿Podría sintetizar la doctrina jurisprudencial de sus tribunales nacionales en torno a la práctica de pruebas mediante videoconferencia o audición telefónica?

Sí.

- Auto Tribunal Supremo núm. 961/2005 (Sala de lo Penal), de 16 junio de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 678/2005 (Sala de lo Penal), de 16 mayo de 2005, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 275/2005 (Sala de lo Penal), de 2 marzo de 2005, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 971/2004 (Sala de lo Penal), de 23 julio de 2004. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 701/2004 (Sala de lo Penal), de 21 mayo de 2004. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

**Auto Tribunal Supremo núm. 961/2005 (Sala de lo Penal), de 16 junio de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.**

«En cuanto a la posibilidad del empleo de la técnica audiovisual de la videoconferencia, la misma permite una comunicación en ambos sentidos, de tal manera que es posible afirmar la necesaria inmediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, luego a pesar de no haber un contacto visual directo.

Esta hipótesis está hoy prevista en el art. 731 bis (LO 13/2003, de 24-10), que prevé que el Tribunal, «por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 678/2005 (Sala de lo Penal), de 16 mayo de 2005, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.**

«No se puede afirmar que en un futuro los Juicios no lleguen a celebrarse en todos los casos, utilizando los propios términos del Tribunal «a quo», en forma «virtual». Sin embargo, hoy por hoy, el principio general es el de que los acusados se encuentren en la Sala, directamente asistidos por sus Letrados. Y hay indudables razones para ello. Es cierto y basta la lectura del texto vigente de nuestra LOPJ para advertir que la actual normativa procesal permite tal fórmula, a partir de la Reforma operada por la LO 13/2003 que introdujo el nuevo texto del artículo 229.3, que ahora dispone que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas «...podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal».

Y, más en concreto, para el acto del Juicio oral en el procedimiento penal, el nuevo artículo 731 bis de la LECrim, al afirmar que «El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la LOPJ». Pero, evidentemente, no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa. Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser «objeto» de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de «sujeto» activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio juicio. Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia. El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral, es capaz de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el Letrado y su defendido, por lo que no resulta, en modo alguno, insólito, en la práctica judicial, que, en tales ocasiones, se solicite autorización a la Presidencia de ese acto, para que se acceda a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respeto

debido al derecho de Defensa. Esto hace que incluso esta Sala, siguiendo la estela del propio Legislador, se haya pronunciado con determinación en una línea de la que es claro exponente la reciente Sentencia de 2 de marzo de 2005, cuando proclama que: «En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42-2º prevé que: "...el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores...", lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado». Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de Defensa, salvo que se adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el Defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio. Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida. Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su «ius puniendi», facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible. De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate. Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, e manera inevitable, esa situación».

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 275/2005 (Sala de lo Penal), de 2 marzo de 2005, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.**

«[...] En cuanto a la segunda cuestión, olvida el recurrente que la LO 13/2003, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añade un nuevo artículo 731 *bis* a la misma, que autoriza “por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, se podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, de

acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, que precisamente se incorpora por la Disposición Adicional única de la LO 13/2003 al mismo, que regula las condiciones de dichas declaraciones, “asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa”, debiendo acreditar además el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida “desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa emisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo». No se constata infracción del procedimiento seguido en el presente caso, así como tampoco desde la perspectiva constitucional de la prueba así realizada, no bastando la mera alegación de indefensión sino que es preciso que ésta haya incidido positivamente en la posición procesal de la defensa, bien porque sus preguntas no hayan obtenido respuesta o porque la misma no haya sido percibida en todas sus dimensiones”.

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 971/2004 (Sala de lo Penal), de 23 julio de 2004. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.**

«No se trata, en modo alguno, de “testimonios de referencia”, como afirma el Recurso, sino de las versiones de lo ocurrido, ofrecidas directamente por las propias víctimas que sufrieron la agresión de Eusebio, así como las del detective que encontró en el domicilio el arma blanca con manchas de sangre, a través del sistema de videoconferencia, con los Estados Unidos de Norteamérica, plenamente admitido ya hoy en nuestra legislación y que se practicó, según consta en las actuaciones, con estricto cumplimiento de los principios rectores del enjuiciamiento penal, permitiendo la necesaria contradicción y quedando documentalmente registrada su práctica, mediante la unión a Autos, bajo la fe del Secretario Judicial, de la correspondiente grabación».

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 701/2004 (Sala de lo Penal), de 21 mayo de 2004. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.**

«Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo.

Así, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

Y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. Y que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 707 de la LECrim (introducido por la LO 14/1999, de 9 de junio) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el

Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley, admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen a través de videoconferencia u otros sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

Y, finalmente, el art. 325 de la LECrim (redacción de la LO 13/2003, de 24 de octubre) admite que el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ».

c. ¿Se ha cuestionado la constitucionalidad de esta modalidad probatoria?, De ser su respuesta afirmativa, ¿podría darnos la referencia del pronunciamiento? ¿Podría sintetizar su contenido?

No, hasta el momento.

d. ¿Considera satisfactorio o suficiente el desarrollo normativo que se dispensa a este tipo de modalidades probatorias en el ordenamiento jurídico de su país?

Sí, aunque es susceptible de mejoras dado que su regulación fue un tanto precipitada y el proceso para la adopción de esta modalidad probatoria no se encuentra regulado.

e. ¿Conoce la existencia de algún proyecto o iniciativa de reforma de su normativa nacional sobre las modalidades telemáticas (videoconferencia y audición telefónica) de práctica de la prueba?

En particular no, aunque se encuentra en trámite de elaboración un nuevo Código de procedimiento penal que sustituya a nuestra ya vetusta pero excepcional Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881, sometida ya a demasiadas reformas parciales. Lo que hace esperar una regulación más apegada a la realidad penal de nuestros tiempos.

## **2. La práctica de pruebas a través de videoconferencia: Especial referencia a la declaración de los testigos y peritos y al interrogatorio del acusado**

### **2.1. Régimen general de la actividad probatoria:**

a. ¿El empleo de la videoconferencia o audición telefónica para la obtención de declaraciones de testigos o peritos constituye en su país una modalidad probatoria autónoma?

No.

La utilización de la videoconferencia para la obtención de una prueba constituye una modalidad probatoria hasta hace poco desconocida en el foro, que se ha convertido en una realidad debido a la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) al proceso<sup>24</sup>.

Esta circunstancia debe hacernos reparar en dos cuestiones trascendentales: En primer lugar, que no nos hallamos ante un nuevo medio de prueba, sino que se trata de una modalidad probatoria susceptible de ser empleada para las declaraciones y que, por consiguiente, puede resultar apta para la práctica de pruebas testificales, periciales y, quizás también, para la declaración del imputado en circunstancias realmente excepcionales. Y, en segundo lugar, y como consecuencia directa de su condición de modalidad probatoria, debe entenderse que el régimen de práctica será determinado por el concreto medio probatorio que se realice por medio de la videoconferencia, si bien el empleo de esta tecnología implicará ciertas particularidades en cuanto a la documentación y fehaciencia de la actuación.

No obstante, señalar que en nuestro ordenamiento jurídico se contempla como una modalidad de práctica de actuaciones tanto de carácter estrictamente procesal como de otra naturaleza. Así por ejemplo es utilizada para la realización de actuaciones de naturaleza gubernativa como pueden ser las juntas de jueces y administrativas, como las comparecencias para la expedición de visados.

b. ¿Podría dar una definición y determinar la naturaleza de este tipo de modalidades probatorias de carácter telemático?

La videoconferencia es un sistema de comunicación diseñado para llevar a cabo encuentros a distancia en tiempo real, que permite la interacción visual, auditiva y verbal con personas situadas en lugares diferentes. Por tanto, nos encontramos ante una tecnología que permite una comunicación interactiva, generando lo que se ha venido en denominar “reunión virtual”, que permite todas las opciones de presentación e intercambio de información que son posibles en las reuniones presenciales.

Luego, la incorporación de la videoconferencia en la Administración de Justicia contribuirá a una mayor agilización de las actuaciones judiciales en la medida en que su desarrollo podrá realizarse sin la necesaria presencia física en todo caso de los sujetos llamados a intervenir en las mismas. Así pues, espacios diversos se conviertan tanto en emisores como receptores del desarrollo de las actuaciones

---

<sup>24</sup> Sobre la consideración de la videoconferencia como modalidad probatoria DE URBANO CASTRILLO, «La prueba pericial videográfica», *La Ley Penal*, núm. 4, abril, 2004, págs. 1-7.

judiciales, en tanto en cuanto los sujetos que están llamados a participar en las mismas podrán hallarse en lugares diferentes<sup>25</sup>.

En cualquier caso, es importante señalar que la videoconferencia es un instrumento al servicio de la Administración de Justicia, que tiene una incidencia directa en la tramitación procesal, por lo que su implantación repercute no tanto en la calidad como en la agilidad<sup>26</sup>.

c. ¿Rige en su país el principio de inmediación judicial respecto de la práctica de la prueba? ¿Qué significado y alcance tiene el mismo?

Sí. La inmediación requiere que, en la medida en que la prueba y en general las actuaciones del juicio oral se encuentran encaminadas a obtener la convicción del órgano judicial, éste no sólo debe dirigir esta actividad sino también recibirla, de ahí que deba presenciarse. Por consiguiente, el principio de inmediación precisa el contacto directo y personal del tribunal con las partes y con todo el material del proceso, lo que significa que en principio no podrá llevarse a cabo actividad procesal alguna que suponga un medio indirecto de conocimiento judicial

De ser su respuesta afirmativa:

d. ¿Constituye una excepción al principio de inmediación la práctica de la prueba a través de videoconferencia o audición telefónica?

Si bien con carácter general, puede entenderse que el art. 230.1 LOPJ permite la realización de actuaciones procesales a través de videoconferencia, el hecho de que en el art. 268.1 del mencionado Texto se disponga, como regla general, que las actuaciones del juicio deben realizarse en presencia del órgano jurisdiccional, supone que la realización de cualquier acto a través de este sistema deberá encontrarse fundamentado en razones de necesidad, conveniencia u oportunidad en cuanto suponen una excepción a dicho principio de carácter general. Este principio se encuentra plenamente justificado en la medida en que, los actos realizados por los sujetos intervinientes en el proceso no sólo están dirigidos al juez sino que, además, deben ser necesariamente recibidos por éste.

Pese a que la videoconferencia permite una “reunión virtual” en los términos anteriormente expuestos, no puede en ningún caso entenderse que puede sustituir con carácter general y sin limitaciones a la presencia física de las partes que intervienen en el proceso en la sala de vistas; pues no cabe duda que la

---

<sup>25</sup> DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», *Actualidad Penal*, núm. 47-48, octubre, 2002, pág. 1.268.

<sup>26</sup> En relación con las incidencias de las nuevas tecnologías en el ámbito de la justicia, es interesante la clasificación que realiza PÉREZ GIL, «El uso de las NTI en la mejor gestión procesal», *NT*, octubre-noviembre, 2002, en el Observatorio Procesal, <http://www.njbosch.com>, págs. 1 y 2, cuando menciona que: “Una mínima sistematización de las conexiones entre Justicia y nuevas tecnologías nos llevaría cuando menos a distinguir entre dos campos de observación: a) las nuevas tecnologías como herramienta o instrumental para la mejora de la Justicia, en la medida en que las aplicaciones informáticas han superado su función tradicional para el mero tratamiento de textos o registro, pasando a desempeñar un papel fundamental en la tramitación procesal (actos de comunicación, de documentación, videoconferencia, etc.); y b) el comportamiento de la Justicia frente a una realidad social que, en ocasiones, parecería superarla y a la que sin embargo tiene que dar una respuesta jurisdiccional acorde con su extendida utilización (nuevas técnicas de investigación frente a nuevas formas de criminalidad, valor probatorio de documentos electrónicos, etc.)”.

percepción que se obtiene a través de la comparecencia física no se tiene a través de la virtual<sup>27</sup>.

Luego, la práctica de una actuación a través de videoconferencia en cuanto supone sustituir la comparecencia física ante el órgano jurisdiccional, por una “comparecencia virtual”, debe encontrarse amparada en razones legalmente previstas, que permitan justificar la “incomparecencia” en la sede del tribunal, que es donde legalmente se prevé que se realicen las actuaciones, para garantizar esencialmente el principio de inmediación<sup>28</sup>.

e. ¿Se ha evaluado la incidencia que la práctica de una prueba a través de videoconferencia o audición telemática puede tener en relación con principios procesales como los de audiencia, contradicción y publicidad?

No hasta el momento, si bien es cierto que entre las conclusiones alcanzadas en la Instrucción 1/2003 de la Fiscalía General del Estado se hace referencia a la incorporación en sus Memorias anuales de un apartado específico en el que se estudie la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

f. ¿Se ha analizado la incidencia que puede tener sobre la apreciación de la prueba la sustitución de la “percepción personal” (la del juez en contacto directo con el medio probatorio), por una “percepción material o de las cosas”, como es la que se obtiene a través de la videoconferencia o de la audición telefónica?

No hasta el momento.

## **2.2. Diligencia de investigación y actividad probatoria:**

---

<sup>27</sup> Tal y como acertadamente señala DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», op. cit., pág. 1.277, no es sólo que la percepción física permita mayores posibilidades de participación y sea, al menos potencialmente, mucho más amplia, sino que “en este sentido es sumamente gráfica la expresión norteamericana de que es preciso que jueces, jurados y litigantes puedan «smell the fear», lo que únicamente puede conseguirse cuando las personas están una frente a otra, cuando los testigos o acusados prestan su declaración a presencia del tribunal”.

No obstante, puede pensarse en supuestos en que el seguimiento del desarrollo de la vista se realiza más cómodamente a través de un pantalla de video que permite una mejor visión de la cara y gestos del que declara; así sucede por ejemplo en la Audiencia Nacional especialmente cuando se trata de macroprocesos en los que abogados y defensores se disponen en filas unos tras de otros que pueden llegar a dificultar la visibilidad del sujeto declarante.

<sup>28</sup> Cfr. DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», cit., pág. 1.274.

a. ¿Puede acordarse en su país la declaración a través de videoconferencia o audición telefónica en el curso de investigaciones previas a la apertura de un proceso penal?

Sí, puesto que en el art. 325 LECrim, que se refiere a la formación del sumario —fase de investigación de los procedimientos ordinarios—, se dispone que el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.

b. ¿La declaración a través de videoconferencia o audición telefónica puede acordarse en cualquier proceso penal o está sujeta a un mínimo de gravedad de la infracción objeto de procedimiento o a una lista cerrada de delitos?

Su regulación se realiza en atención a circunstancias personales del sujeto que tiene que prestar testimonio, pues la ley habla de diferentes circunstancias: por *razones de utilidad, seguridad* o de *orden público* y además se refiere los “supuestos en que la *comparecencia* de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte *particularmente gravosa o perjudicial*”. Así pues, podríamos distinguir tres causas que podrían justificar la práctica de la prueba a través de videoconferencia:

a) Razones de utilidad: que se han venido identificando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia con aquellos supuestos en los que los sujetos llamados a declarar, testigos o peritos, se encuentran sometidos a medidas de protección o en los supuestos en los que nos encontramos ante menores.

b) Razones de oportunidad: Declaraciones de testigos o peritos cuando su comparecencia ante el órgano judicial resultase imposible o muy gravosa.

c) Razones de seguridad u orden público: cuando circunstancias realmente excepcionales justificasen la declaración del sujeto imputado a distancia.

c. Cuando la declaración se ha prestado a través de videoconferencia o audición telefónica en el curso de la investigación previa a la apertura del proceso penal ¿hay alguna diferencia en cuanto a su eficacia probatoria? ¿Y en cuanto a los requisitos que deben concurrir para su adopción?

No, de hecho si la actividad pretende realizarse como prueba anticipada ésta tendrá que desarrollarse con sus requisitos, garantizando en todo caso el derecho de defensa y el principio de contradicción.

En cuanto a los requisitos para su adopción es suficiente con la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas y que el órgano judicial la considere oportuna y permita por consiguiente que la actividad se desarrolle mediante videoconferencia.

### **2.3. Medios probatorios susceptibles de ser practicados a través de videoconferencia o audición telefónica:**

### 2.3.1. Prueba de testigos (Declaración testifical)

a. ¿La declaración de testigos puede ser practicada a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí, a través de videoconferencia tal y como se desprende del art. 731 *bis* LECrim, que se encuentra incardinado en las disposiciones comunes del Título III relativo a la celebración del juicio oral, y en el que se establece que el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, atendiendo a razones de utilidad, seguridad u orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir como imputado, testigo o perito resultase especialmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar de conformidad con lo dispuesto en el art. 229.3 LOPJ.

En caso afirmativo:

b. ¿Cabe la declaración testifical a través de videoconferencia o audición telefónica con carácter general? De no ser así, ¿constituye la modalidad telemática (videoconferencia o audición telefónica) una excepción al régimen general de la práctica de la prueba testifical?

La declaración de un testigo a distancia tendrá carácter excepcional, pues el régimen general de la prueba requiere que ésta se practique con intermediación respecto del medio probatorio, lo que significa que en principio el testigo debería comparecer físicamente ante el tribunal para proceder a su interrogatorio.

c. De constituir la modalidad telemática una excepción al régimen general ¿las limitaciones se establecen en atención a las circunstancias del testigo (enfermedad, residencia, protección, etc.) o en relación con el tipo delictivo?

El legislador español ha optado por establecer la excepcionalidad de la práctica de una declaración testifical a través de videoconferencia en atención a circunstancias personales del sujeto llamado a declarar y no en relación con la gravedad o tipo delictivo de que se trate.

d. ¿Podría enumerar cuáles son los supuestos excepcionales en los que se admite la práctica de pruebas testificales a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 731 *bis* y 707.II el testigo podrá declarar a través de videoconferencia cuando concurran razones de utilidad, que se han venido identificando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia con aquellos supuestos en los que los sujetos llamados a declarar se encuentran sometidos a medidas de protección, o en los supuestos en los que nos encontramos ante menores, o en razones de oportunidad, es decir, cuando la comparecencia del testigo ante el órgano judicial resultase imposible o muy gravosa.

e. Las limitaciones se establecen con carácter de *numerus clausus* o de *numerus apertus*?

La excepcionalidad con que se contempla la obtención de pruebas a través de videoconferencia debe entenderse como una enumeración taxativa, pese a que los conceptos empleados por el legislador permiten un amplio margen de interpretación.

### 2.3.2. Prueba de peritos (Informe pericial)

a. ¿La ratificación del informe pericial e interrogatorio del perito puede ser realizado a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí, a través de videoconferencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 731 *bis* LECrim.

En caso afirmativo:

b. ¿Cabe la declaración pericial a través de videoconferencia o audición telefónica con carácter general? De no ser así, ¿constituye la modalidad telemática (videoconferencia o audición telefónica) una excepción al régimen general de la práctica de la prueba pericial?

No, constituye una excepción al régimen general según el cual la ratificación del informe pericial y el interrogatorio del perito deben realizarse en presencia del órgano jurisdiccional, entendiéndose por presencia la física en la sala de vistas del tribunal.

c. De constituir la modalidad telemática una excepción al régimen general ¿las limitaciones se establecen en atención a las circunstancias del perito (enfermedad, protección, oficialidad del informe pericial, etc.) o en relación con el tipo delictivo?

Al igual que sucede con la declaración de testigos se trata de una excepción al régimen general de la práctica de la prueba que obedece a las circunstancias concurrentes en el perito y no al tipo delictivo.

d. ¿Podría enumerar cuáles son los supuestos excepcionales en los que se admite la práctica de pruebas periciales a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí. Tal y como sucede con los testigos la ratificación del informe pericial así como su interrogatorio podrá efectuarse a través de videoconferencia cuando concurren razones de utilidad (medidas de protección del perito) o razones de oportunidad, es decir, cuando su comparecencia resulte especialmente gravosa. En la práctica forense se ha venido admitiendo que la prueba pericial se realice a través de videoconferencia cuando se trata de peritos pertenecientes a instituciones colaboradoras con la Administración de Justicia, para evitar sus desplazamientos, que podrían suponer una dilatación del proceso, así ha sucedido con el Instituto Nacional de Toxicología, el Instituto Médico Forense, la Agencia del Medicamento, etc.

e. Las limitaciones se establecen con carácter de *numerus clausus* o de *numerus apertus*?

La causas en las que puede justificarse la incomparecencia física del perito ante el tribunal y su declaración a través de videoconferencia son excepcionales, de ahí que deban interpretarse como una lista cerrada, si bien como ya se comentó al tratar de la declaración testifical, los términos con que vienen enunciadas las causas son imprecisos y, por consiguiente, se prestan a una interpretación amplia.

### 2.3.3. Presencia e interrogatorio del imputado en el proceso

a. ¿En su ordenamiento podría admitirse que la asistencia del imputado fuese a través de videoconferencia (“presencia virtual”), en lugar de su presencia en la sala de vistas (“presencia física”)?

➤ Sí, aunque de modo realmente excepcional tal y como se ha hecho patente tras la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 678/2005 (Sala de lo Penal), de 16 mayo de 2005.

De encontrarse prevista en su ordenamiento la declaración del imputado (medio probatorio o medio de defensa):

b. ¿Sería posible que su interrogatorio se efectuase a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí, pues en el art. 731 *bis* LECrim se hace referencia no sólo a testigos y peritos sino también a la figura del imputado.

En caso afirmativo:

c. ¿Cabe el interrogatorio del imputado a través de videoconferencia o audición telefónica con carácter general o existe un régimen excepcional para su práctica a través de estas modalidades telemáticas?

En nuestro ordenamiento jurídico el imputado debe asistir y presenciar su propio juicio, luego su interrogatorio a distancia constituye un supuesto realmente excepcional que habrá de justificarse en razones realmente contundentes dado que puede incidir en algunas de las garantías del derecho de defensa que prevé nuestro ordenamiento<sup>29</sup>. En primer lugar, porque en el art. 786.1 LECrim se dispone que la celebración el juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. Asistencia que debe entenderse como presencia física en la sala donde se lleva a cabo la vista, como se deduce de la LOTJ, en cuyo art. 44 párr. 1º se reproduce lo dispuesto en el art. 793.1 LECrim y en el 42.2 se prevé que el acusado se encontrará situado de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores, lo que indica sin lugar a dudas su asistencia material en la sala. La necesidad de que el acusado se encuentre presente físicamente en la sala de vistas es lo que permite que pueda comunicarse confidencialmente con su abogado y hacerse mutuamente las

<sup>29</sup>

Vid. PÉREZ GIL, «El uso de las NIT en la mejor gestión procesal», op. cit., nota 18, pág. 7.

indicaciones que consideren oportunas, lo cual no es sino una de las garantías del derecho de defensa<sup>30</sup>.

d. De existir un régimen excepcional ¿las limitaciones se establecen en atención a circunstancias personales del imputado (enfermedad, antecedentes por determinados delitos como terrorismo, peligrosidad, seguridad u orden en la sala, etc.) o en relación con el tipo delictivo (gravedad del delito, pena solicitada, alarma social despertada, etc.)?

e. Las limitaciones se establecen con carácter de *numerus clausus* o de *numerus apertus*?

La excepcionalidad con que deben interpretarse las razones que justificarán la declaración de testigos y peritos a través de videoconferencia habrá de ser aún mayor tratándose del imputado, pues ya no es que nos encontremos ante una actividad que deba observar el órgano judicial, sino ante el propio sujeto del proceso, que tiene derecho a asistir, presenciar y participar en las sesiones de su propio juicio.

f. ¿Podría enumerar cuáles son los supuestos excepcionales en los que se admite el interrogatorio del imputado a través de videoconferencia o audición telefónica?

El legislador no ha dotado de una regulación particular al imputado, sino que el art. 731 *bis* LECrim hace referencia indistintamente al testigo, perito e imputado. Por tanto, pueden ser causas de seguridad u orden público o de oportunidad, porque la comparecencia resulte muy gravosa o perjudicial las que justifiquen su interrogatorio a distancia. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 678/2005 (Sala de lo Penal), de 16 mayo de 2005 ha hecho especial hincapié en la excepcionalidad de esta medida considerando que «sólo motivos de *absoluta imposibilidad* de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate. Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una *conducta perturbadora* con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, e manera inevitable, esa situación».

---

<sup>30</sup> Para DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», cit., pág. 1.286, la solución a este problema pasaría por la adopción o bien de las cautelas ya previstas en el art. 63.2 del Estatuto de la Corte penal Internacional, o bien por la designación de un abogado colaborador que se encuentre junto al acusado en el lugar donde se produce la declaración. En casos excepcionales como es el previsto en el art. 63.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en los que el acusado podrá ser expulsado de la Sala por perturbar continuamente el juicio, se prevé que no sólo se le tendrá que facilitar que pueda seguir el proceso desde fuera sino también los medios tecnológicos y de comunicación que sean necesarios para garantizar la comunicación con su defensor.

g. ¿Existe algún tipo de peculiaridad en relación con el imputado en régimen de privación de libertad?

No, el hecho de que el imputado se encuentre privado de libertad por haberse adoptado una medida cautelar personal no puede justificar por sí misma la declaración a distancia, de ahí que de interrogarse al sujeto privado de libertad habrá de razonarse cuidadosamente las razones que aconsejan su declaración a través de videoconferencia<sup>31</sup>.

h. De permitirse el interrogatorio del imputado a través de videoconferencia o audición telefónica, ¿cómo se garantiza el derecho de defensa?; ¿se requiere de dos letrados, uno en la sala de vistas y otro en el lugar desde el que declara el imputado?; de no ser así, ¿qué mecanismos se articulan para garantizar la entrevista reservada entre el imputado y su abogado defensor?

Nuestra legislación nada dice al respecto, no obstante por la doctrina se ha considerado la necesidad de implementar los medios técnicos (sistemas de comunicación privados con el abogado) o personales (designación de un segundo letrado) que garanticen plena y satisfactoriamente el derecho de defensa.

### **3. El proceso para la producción de una actuación judicial a través de videoconferencia**

#### **3.1. Sujetos legitimados para solicitar la práctica de una prueba a través de videoconferencia o audición telefónica en el marco del proceso:**

a. ¿Puede la acusación solicitar la práctica de una prueba a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí. En principio la iniciativa de practicar una prueba a través de videoconferencia podrá partir de cualquiera de los sujetos que participen en el proceso.

No obstante, y pese a que la Ley nada dice en cuanto al procedimiento para su adopción parece conveniente que, independientemente de quien parta la propuesta, el resto de las partes así como el Ministerio fiscal sean oídos para que puedan poner de manifiesto lo que consideren oportuno acerca de la proporcionalidad, idoneidad y posible afectación de derechos o principios por la modalidad de la práctica probatoria propuesta<sup>32</sup>. Si con carácter general puede decirse que resultaría conveniente escuchar a las partes, no cabe duda que así

---

<sup>31</sup> A este respecto cfr. la STS núm. 678/2005 (Sala de lo Penal), de 16 mayo de 2005.

<sup>32</sup> En sentido contrario, afirma DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», op. cit., pág. 1.283, que: “No parece imprescindible que, de forma previa, deba oírse a las partes sobre la oportunidad y pertinencia de utilizar el recurso tecnológico, en los casos de razones de protección de derechos de víctimas de delitos o menores, en los de alejamiento físico de quienes han de comparecer o de búsqueda de mayor eficiencia en el desempeño del trabajo en Institutos o laboratorios especializados (periciales). Todo ello sin perjuicio del derecho de las partes a impugnar la resolución acordada”.

deberá ser cuando lo que pretenda llevarse a cabo a través de este recurso tecnológico sea la declaración del imputado privado de libertad<sup>33</sup>.

b. ¿Puede el órgano judicial de oficio acordar la práctica de una prueba a través de videoconferencia o audición telefónica?

Sí, también de oficio el órgano jurisdiccional podrá acordar la obtención de una declaración a través de videoconferencia, así sucederá v.gr. cuando se trate de adoptar alguna medida de protección o por razones de seguridad.

### **3.2. Autoridades competentes y características de la resolución para proceder a la práctica de una prueba a través de videoconferencia o audición telefónica:**

a. ¿Quién es la autoridad competente para admitir la práctica de una prueba a través de estas modalidades telemáticas?

El órgano jurisdiccional que deberá acordarlo, o en su caso denegarlo, a través de resolución motivada, es decir, a través de auto.

b. Indique por favor los requisitos que debe cumplir la resolución.

El auto dictado por el órgano jurisdiccional admitiendo o denegando la práctica de una prueba testifical o pericial o el interrogatorio de un imputado a través de videoconferencia deberá contener los motivos que concurren en el caso concreto para justificar la práctica de la prueba a través de esta modalidad telemática y que justifican por tanto la falta de comparecencia física de los sujetos ante el órgano jurisdiccional.

La resolución mediante la cual se acuerde la realización de la práctica de la prueba a través de videoconferencia deberá ser motivada, extendiéndose su razonamiento a la conveniencia, proporcionalidad e idoneidad de que la práctica de la prueba a se lleve a cabo a través de este medio, atendiendo al fin perseguido y que permitiría justificaría la quiebra del principio de que las actuaciones judiciales deben realizarse en la presencia inmediata del juez o tribunal. La exteriorización de las razones que avalan o justifican la práctica de la prueba a través de este medio, será lo que permita que la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que consideren esta modalidad de práctica de la prueba, pueda comportar la merma de algunos de sus derechos fundamentales. Además, sería conveniente que en dicha resolución se hiciese expresa mención de las cautelas que serán adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes, que pudiesen verse afectados.

Por tanto, y dada la ausencia de una concreta regulación acerca de la forma en que debe acordarse y desarrollarse la opción por la práctica de la prueba a través del formato telemático, esta decisión del órgano jurisdiccional deberá ser el resultado de un análisis pormenorizado de las circunstancias que rodean a cada caso, atendiendo como ya dijimos anteriormente a la conveniencia,

---

<sup>33</sup> DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», op. cit., pág. 1.283.

proporcionalidad, idoneidad y sobre todo a la posible afectación d derechos fundamentales.

c. En caso de ser denegatoria la resolución, ¿cabría recurso contra la misma?

Sí, contra el auto denegando la actuación a través de videoconferencia cabría recurso de reforma, y en su caso se tendrá que hacer constar la protesta para poder hacerlo valer en la apelación si la declaración a distancia se solicita durante la instrucción (art. 217 LECrim).

De tratarse de actividad probatoria cabrá recurso de súplica (art. 236 LECrim)

En caso afirmativo:

d. ¿Podría indicar los presupuestos del recurso, el órgano competente para conocerlo y el plazo para interponerlo?

La reforma es un medio de gravamen no devolutivo ni suspensivo que procede frente autos del Juez de Instrucción, salvo que se excluya recurso o se prevea otro. En cuanto al procedimiento señalar que se interpone por escrito en el plazo de tres días desde la notificación ante el órgano que dictó la resolución impugnada. Se sustancia dando traslado de las copias a partes, podrán realizarse alegaciones escritas en el plazo de 2 días. Se resolverá mediante auto apelable (posible interposición subsidiaria) en el plazo de dos días desde que se trasladaron las copias a las partes (hayan o no presentado alegaciones).

La súplica es un medio gravamen no devolutivo ni suspensivo que procede frente autos de los órganos colegiados (AP-AN-TSJ-TS), salvo que se excluya recurso o se prevea otro. El procedimiento a seguir será el mismo que el de reforma (arts. 211, 236, 237 y 238 LECrim).

e. En el marco del Convenio de Asistencia Judicial de 2000 y en caso de haber ratificado su país dicho instrumento normativo, ¿quién o quiénes han sido designados como autoridades competentes para solicitar la práctica de una prueba testifical o pericial a través de videoconferencia (art. 10) o audición telefónica (art. 11) a otro Estado miembro?

De conformidad con lo previsto en el art. 10.3 del Convenio las solicitudes de audición por videoconferencia se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en los arts. 14 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y 37 del Tratado Benelux. No obstante, además de la información en ellos mencionada — autoridad que formula la solicitud, objeto y motivo de la solicitud, en lo posible, identidad y nacionalidad de la persona de que se trate, y nombre y dirección del destinatario, cuando proceda— se deberá hacer mención al motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física del testigo o perito y el nombre de la autoridad judicial y de las personas encargadas de efectuar la audición.

### **3.3. Garantías de la práctica de una prueba a través de estas modalidades probatorias (videoconferencia o audición telefónica):**

a. ¿Cuáles son los mecanismos adoptados para establecer la identificación del declarante?

La comprobación de la identidad del declarante no conlleva dificultad alguna, pues se puede realizar a través de los medios ordinarios (DNI, pasaporte o cualquier otro que permite la identificación). Pudiéndose llevar a cabo bien de forma previa a la práctica de la prueba aportando los documentos al expediente o bien en el mismo acto de la prueba remitiéndose por fax o a través de uno de los recursos que ofrece la videoconferencia como es el portadocumentos.

En este sentido el art. 229 LOPJ señala que «en estos casos (*en los que se emplee videoconferencia*), el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de la documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo».

b. ¿Qué mecanismos se prevén para asegurar la autenticidad e integridad de la actividad probatoria practicada a través de videoconferencia o audición telefónica?

La comunicación bidireccional e interactiva que proporciona la videoconferencia en tiempo real, la autenticidad e integridad del testimonio que se está realizando es percibido de una forma directa e inmediata por el propio órgano jurisdiccional, que si bien de modo virtual, se encuentra tomando parte en la actuación procesal, pese a la distancia física que le separa del sujeto que declara.

c. ¿En qué forma se prevé la dación de fe pública en las actuaciones judiciales practicadas a través de estas modalidades probatorias (videoconferencia y audición telefónica)? ¿Basta la intervención de un fedatario público o se requiere la presencia de uno en el lugar de transmisión y otro en el de recepción?

La defensa de los derechos fundamentales habrá de extenderse, de modo especial, al aseguramiento de las exigencias derivadas de la fe pública judicial, haciendo ésta extensible a todos aquellos puntos de emisión que hayan sido conectados para la realización del acto procesal de que se trate<sup>34</sup>. Este extremo ha sido interpretado de muy distintas formas. Mientras que para algunos será necesaria la intervención de un secretario o funcionario del cuerpo de gestión procesal y administrativa habilitado en cada uno de los órganos receptor y emisor<sup>35</sup>; para otros la intervención del fedatario público en el lugar de emisión no será precisa en todo caso<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Así ha sido puesto de manifiesto por la Instrucción 3/2002 de la FGE.

<sup>35</sup> VELASCO NÚÑEZ, «La videoconferencia llega a los juzgados», op. cit., pág. 9.

<sup>36</sup> Para DE LA MATA AMAYA, «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», op. cit., pág. 1.285: “En la mayor parte de los supuestos, la fe pública puede extenderse, como literalmente apunta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado, a todos los puntos de emisión/recepción conectados [...] el secretario judicial presente en la Sala de vistas puede dar fe por sí solo de toda la actuación judicial, tanto de lo que acontece en la Sala de vistas como en los puntos remotos, en cuanto dispone:

a) De la información técnica que le proporciona el propio equipo (acerca de cuáles son los números conectados, y el estado y mantenimiento de la conexión, etc.)

b) De la información técnica que le proporcionan los técnicos de apoyo presentes en ambos puntos acerca del nivel de calidad de la recepción de imágenes y sonido;

A nuestro juicio, ni una ni otra posición resultan satisfactorias y así, nos parece que lo que la Instrucción 3/2002 de la FGE, no pretende sino hacer hincapié en la necesidad de que los actos realizados a través de videoconferencia cuenten con la requerida fe pública, además y puesto que deberá ser documentados en actas requerirán necesariamente la intervención de un fedatario público. Por tanto, la práctica de la prueba a través de este mecanismo requerirá la presencia de fedatarios públicos tanto en la Sala del órgano jurisdiccional donde se celebra el juicio así como donde se encuentre el sujeto que presta declaración<sup>37</sup>. Por tanto, las únicas posibilidades serían la intervención de dos secretarios en las distintas sedes donde se están llevando a cabo las actuaciones o la presencia de un oficial habilitado donde se encuentre constituido el tribunal y un secretario donde se esté prestando la declaración.

De este modo, se posibilitará que el secretario judicial que se halle con el testigo o perito dé fe de su identificación y de que las preguntas que le son hechas son comprendidas por el mismo; mientras que el secretario o funcionario habilitado del órgano jurisdiccional, dará fe de las respuestas recibidas así como de que el acto se está reduciendo en unidad de acto.

d. ¿Existe alguna especialidad en la documentación de la diligencia practicada a través de videoconferencia?

No, si bien en la práctica podrá solicitarse su grabación permitiendo entonces que pueda examinarse en apelación el testimonio prestado a través de videoconferencia.

### **3. Intervención de las comunicaciones telefónicas.**

**Marta M. Morales Romero. Becaria. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.**

#### **1. Marco legal.**

a. ¿Podría transcribirmos las disposiciones legales y constitucionales más importantes sobre esta materia?

---

c) De las comprobaciones personales que realice tanto sobre la identificación y titularidad de los números y el lugar donde están instalados los equipos a que tales números corresponden, como sobre la identidad de las personas participantes

d) De su propia percepción visual y auditiva del testimonio”.

<sup>37</sup> De esta opinión se muestran partidarios MAGRO SERVET, (con DE URBANO CASTRILLO), «La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento civil», Navarra, 2003, pág. 70.

Así es como de hecho se está llevando en la práctica de ahí que podamos leer en la SAP de Madrid, de 8 de febrero de 2002 (ARP 124743), que: “La garantía de la autenticidad o fehaciencia la otorga la presencia, tanto en el lugar donde se encuentra el declarante como en la sede del Tribunal, de un Secretario judicial, quienes redactarán las correspondientes actas; una expresando la identificación del testigo o perito, la realidad de la conexión por videoconferencia con el juzgado o tribunal exhortante, la hora y el día en la que se llevó a cabo la diligencia, y demás incidencias que se hayan producido, uniendo ese acta al exhorto que se devuelva, sin perjuicio de por vía más rápida (fax o correo electrónico) copia de la misma; y la otra, del Secretario del Tribunal ante el que se celebra el juicio, en la que constará la forma en que se ha practicado la prueba y el contenido de las manifestaciones del testigo o perito”.

**Artículo 18.3 de la Constitución Española:** Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

**Artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

b. ¿Existe jurisprudencia relevante a este respecto? ¿Podría darnos las referencias?

Del TEDH:

- [Caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de abril de 1998.](#)
- [Caso Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003](#)

Del TS y del TC:

- [Auto del TS de 18 de junio de 1992 \(RJ 1992/6102\)](#)
- [STC 49/1999, de 5 de abril](#)
- [STC 184/2003, de 23 de octubre.](#)
- [STS 864/2005, de 22 de junio](#)

## 2. Tipos de intervención

a. ¿Cuántos tipos de intervenciones existen en su país?

La LECrim señala en su art. 579 utiliza dos términos diferentes: el de *intervención* y el de *observación*, lo que hace preguntarse si existe alguna diferencia

entre uno y otro. Para López Barja de Quiroga<sup>38</sup> esa distinción es más que evidente, de tal forma que entiende por *intervención* una injerencia más intensa en el derecho al secreto de las comunicaciones que incluye el contenido de lo comunicado; razón que impide que pueda decretarse para la investigación de delitos no graves. En cambio, la *observación* supone una injerencia de menor intensidad porque consiste en lo que la doctrina ha denominado *recuento o comptage*, es decir, en el registro de los números marcados, la identidad de los interlocutores, la hora y la duración de la llamada. La *intervención* queda restringida a las comunicaciones telefónicas del procesado y a la persecución de delitos muy graves, mientras que el ámbito de aplicación de la *observación* recae desde un punto de vista objetivo sobre delitos de menor gravedad y, desde un punto de vista subjetivo, en las comunicaciones telefónicas de personas distintas del procesado.

Esta interpretación no es, desde mi punto de vista<sup>39</sup>, correcta porque si la *intervención* solamente puede decretarse en el caso de delitos muy graves, ¿por qué razón el apartado 4 del art. 579 de la LECrim utiliza el término *observación* para intervenir las comunicaciones telefónicas en un supuesto de extrema gravedad como es el caso de delitos de terrorismo? En palabras de López-Fragoso<sup>40</sup>, “no pueden darse sentidos distintos a las palabras, con base en su uso en uno u otro de los párrafos del art. 579, pues ello supondría, por ejemplo, que en el supuesto más grave, en el párrafo 4 del artículo, el relativo a los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, sólo cabría la observación”. Dichos en otros términos: la legislación antiterrorista utiliza el término *observación* y no resulta lógico que esa observación telefónica se limite simplemente al recuento, es decir, a computar las llamadas telefónicas efectuadas por los integrantes de esos grupos citados, sin penetrar en el contenido de las conversaciones<sup>41</sup>.

No obstante, sería aconsejable establecer la distinción entre *intervención* y *observación*<sup>42</sup> no para diferenciar según la gravedad de los delitos, sino para en primer lugar, determinar los distintos grados en la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones y, en segundo lugar, para indicar a la policía o personas encargadas de realizar la injerencia la extensión y los límites que deben tener en cuenta a la hora de proceder a la misma; es decir, lo que importa “es advertir que pueden existir grados distintos de injerencia en el secreto de las comunicaciones, esto es, que no toda injerencia tiene que significar siempre tomar conocimiento de la conversación y grabarla en un soporte para que sea reproducida con posterioridad. Intervenir una

---

<sup>38</sup> **LÓPEZ BARJA DE QUIRIGA, JACOBO:** *“Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”*, pp. 194-195.

<sup>39</sup> Opinión no solo mía, sino también de la mayoritaria de la doctrina: **LÓPEZ FRAGOSO, TOMÁS:** *“Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”*, Madrid.; **MONTERO AROCA, JUAN:** *“La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”*, Tirant lo Blanch, 1999.

<sup>40</sup> **LÓPEZ-FRAGOSO, TOMÁS:** *“Las intervenciones...”*, op. Cit. Págs. 46-49.

<sup>41</sup> **NARVÁEZ RODRÍGUEZ:** *“Escuchas telefónicas constitucional y procesal”*, Revista del Ministerio Fiscal nº 1, 1995, pág. 139. Para este autor, es además inconcebible interpretar que esta mera observación pueda ser permitida a la autoridad gubernativa únicamente para los delitos menos graves, cuando, por desgracia, la realidad social nos revela continuamente que los delitos cometidos por dichas personas son, sobre todo, atentatorios contra la vida, y, por consiguiente, de extraordinaria gravedad.

<sup>42</sup> Distinción que también es compartida por **MONTÓN REDONDO:** *“Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas”*. La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 4. 1995, p. 1046; **ORTELLS RAMOS:** *“Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)”* (con MONTERO, G. COLOMER y MONTÓN), Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 193; **HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ROBERTO:** *“Las escuchas telefónicas: medio probatorio en el proceso penal”*. En Actualidad Penal, nº 33/14, 20 septiembre 1992, pág. 36.

comunicación privada es vigilarla, y esa vigilancia puede tener grados, no significando en todo caso tomar conocimiento de su contenido”<sup>43</sup>.

El devenir de la jurisprudencia sobre esta cuestión ha sido farragoso porque si bien algunas resoluciones como la de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 1991 admiten la distinción entre *intervención* y *observación* en los términos antes expresados, otras o bien utilizan planteamientos puramente gramaticales para decir que es lo mismo y que si se utilizan expresiones diferentes es con la única finalidad de evitar repeticiones<sup>44</sup>, o bien se limitan a considerar intrascendente la diferenciación sin aclarar si realmente se trata de dos supuestos diferenciables<sup>45</sup>.

**¿Reconoce su Estado el *comptage* o recuento? Sí. ¿Existe alguna diferencia de regulación en uno u otro caso? No.**

El TC en la sentencia 114/1984 señaló, al igual que el TEDH, que el concepto de “secreto” del art. 18.3 CE cubre, no sólo el contenido de la comunicación<sup>46</sup>, sino también otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores, lo que significa que el recuento o *comptage*<sup>47</sup> también puede llegar a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones si los datos obtenidos a través del mismo se ponen en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado.

De lo anterior se deduce que el secreto de las comunicaciones comprende la mera existencia de la llamada telefónica<sup>48</sup> y el listado de las llamadas efectuadas por un teléfono, no así el nombre de los titulares de teléfonos móviles<sup>49</sup>.

**b. ¿Tienen las compañías telefónicas la obligación de almacenar y registrar los datos de llamadas y emails? Sí. En caso afirmativo, ¿durante cuánto tiempo? Actualmente están obligadas a conservar los datos durante 6 meses.**

**3. Autoridades competentes y características de la resolución para proceder a la intervención:**

---

<sup>43</sup> MONTERO AROCA, JUAN: “*La intervención...*”, op. Cit. Pág. 21.

<sup>44</sup> STS de 25 de junio de 1993.

<sup>45</sup> Auto del TS de 18 de junio de 1992 (Caso Naseiro).

<sup>46</sup> VELASCO NÚÑEZ, E.: “*Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*”. En Actualidad Penal nº 18/3, 9 de mayo 1993, p. 258. El objeto del derecho al secreto de las comunicaciones no es tanto su vertiente material (esto es, lo comunicado, que puede ser conocido por muchos y por ello no ser secreto o ser de los llamados “secretos a voces”) sino su vertiente formal, que supone que el mensaje sea únicamente captado o recibido por el receptor deseado, con exclusión de todos los demás, lo que implica ausencia de interceptación sobre el medio usado para comunicarse.

<sup>47</sup> Mecanismo (contador combinado con un aparato impresor) que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada (STEDH de 27 de octubre de 1983, *Caso Malone*).

<sup>48</sup> STS de 24 de junio de 1995 (DER. 95/3888).

<sup>49</sup> SAP de Palencia de 3 de febrero de 1998: “El contenido de la mencionada providencia no (...), ni comporta violación de derechos fundamentales porque solicite la identificación de los titulares de dos teléfonos móviles, dato que entendemos no está comprendido dentro del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, pero por el contrario sí estimamos que citado derecho fundamental comprende no sólo la proscripción, salvo resolución judicial debidamente motivada, de las escuchas y en su caso grabación de las conversaciones telefónicas, sino también el simple control de las llamadas realizadas desde un determinado aparato telefónico (...).

**a. ¿Quién es la autoridad competente para decretar una intervención de estas características? ¿Rige el principio de judicialidad? ¿Puede el fiscal o incluso la policía proceder a la interceptación?**

En España la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser decretada por un órgano dotado de potestad jurisdiccional. En consecuencia, las autoridades administrativas o gubernativas no son competentes para decretar una intervención telefónica<sup>50</sup>.

Todos los órganos del poder judicial están dotados de potestad jurisdiccional lo que significa que tanto el TS como un Tribunal de Instrucción se encuentran constitucionalmente facultados para la adopción de una resolución relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas de una persona.

**b. En el marco del Convenio de Asistencia Judicial de 2000 y en caso de haber ratificado su país dicho instrumento normativo, ¿quién o quiénes han sido designados como autoridades competentes?** Los jueces de instrucción

**c. Indique por favor los requisitos que debe cumplir la resolución.**

El mismo texto legal en el art. 579.2 exige que dicha resolución judicial sea motivada, siendo el auto la resolución judicial utilizada por los jueces y tribunales para autorizar la intervención de las telecomunicaciones.

El auto acordando la medida de intervención telefónica, singularmente motivado, debe referirse a los seis extremos siguientes:

a. Objeto de control, no pudiendo el auto ser una autorización en blanco, en otras palabras, no debe decretarse la medida para descubrir en general actos delictivos. Números objeto de intervención (materia a la que ya nos hemos referido más arriba).

b. Personas cuyas conversaciones han de ser interceptadas. Sobre este punto, la STS de 18 de marzo, Sala 2ª, ponente SOTO NIETO, tiene manifestado en su FJ Cuarto que *"El segundo motivo... señala como vulnerado el artículo 579.3 de la LECrim., en cuanto a la posibilidad de intervención de comunicaciones telefónicas de personas que no sean el presunto delincuente, sino de aquellas de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos... el propio artículo procesal que se menciona permite que el Juez pueda acordar la observación de las comunicaciones telefónicas no sólo de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, sino también de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos (cfr. sentencia de 18 de junio de 1992). Ello es justamente lo sucedido, dado que la solicitud de autorización judicial para la intervención del teléfono de... lo fue en función de las investigaciones*

---

<sup>50</sup> No obstante, no es necesaria la autorización judicial en:

1. Los supuestos de restricción del derecho fundamental del art. 18.3 CE basados en la suspensión de los derechos y libertades del art. 55.1 y 2 CE. La Lo 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, autoriza en su art. 18.1 a la autoridad gubernativa para intervenir las comunicaciones privadas, cuando el Congreso extienda la autorización por este derecho, si bien el apartado 2º del mismo exige que la intervención sea comunicada inmediatamente al órgano jurisdiccional.
2. Los casos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con al actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. En estos supuestos, el Ministerio del Interior o en su defecto el Director de la Seguridad del Estado podrán decretar la intervención.

*dirigidas a conocer las actividades de... conviviente con aquélla en el domicilio en el que se halla instalado el teléfono... Obvio resulta, y esa es la intención de la norma procesal invocada, la posibilidad de intervención de teléfono de persona no imputada, ni, en principio, objeto de sospecha de una intervención directa, cuando tal teléfono es el que utiliza o del que se sirve el sujeto sobre el que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos".*

c. Sujeto encargado de practicar la diligencia.

d. Períodos en que deba darse cuenta al Juez de los resultados de la investigación.

e. El tiempo de duración de la medida.

#### **4. Regímenes especiales**

**a. ¿Existe algún tipo de peculiaridad en relación al titular del derecho al secreto de las comunicaciones, por ejemplo, en relación a las personas jurídicas, extranjeros, terroristas, etc.?**

##### *1. Personas jurídicas:*

Nuestra Constitución no dispone de un artículo en términos semejantes a los de la Constitución alemana. En este sentido, el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas”.

No obstante, la propia CE si que reconoce expresamente determinados derechos a las personas jurídicas, como es el caso del art. 27.6 CE: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

Ahora bien, el hecho de que la CE no les conceda expresamente titularidad en determinados supuestos no significa que no la ostenten.

Así, el TC inspirándose en el citado artículo de la norma fundamental alemana, ha reconocido “la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de *Derecho privado...*<sup>51</sup> siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”<sup>52</sup>. Es decir, las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales cuando su titularidad sea necesaria, o por lo menos, conveniente, para la consecución de su mismo objeto social<sup>53</sup>. En este sentido, la sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre señaló que “(...) *el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles*”.

También se reconoce a las personas jurídicas el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>54</sup>. Así, las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de delitos contra la intimidad, como el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 200

---

<sup>51</sup> No existe todavía ningún pronunciamiento del TC en relación a la titularidad de derechos de las personas jurídicas extranjeras, lo cual no significa que no podamos trasladar sus conclusiones a entidades que no ostenten la nacionalidad española.

<sup>52</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, fundamento jurídico nº 1 (el resaltado es nuestro)

<sup>53</sup> O dicho de otra forma, “cuando la titularidad de aquellos derechos fundamentales sea compatible con lo que es la misma en su esencia de ente colectivo”. Vide **MARTÍN MORALES**: *“El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones”*, Madrid, 1995, op. Cit. Página 73.

<sup>54</sup> STS de 4 de febrero de 1998 (DER. 98/754).

La titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas jurídicas también ha sido reconocida por la doctrina. Entre otros: **MARTÍN MORALES, R.**: *“El régimen constitucional...”*, op. cit. p. 74 y **RODRÍGUEZ RUIZ, B.**: *“El secreto de...”*, op. cit. p. 168.

del CP) o del delito de allanamiento de domicilio de persona jurídica (art. 203 del CP) pero este derecho sólo puede limitarse sobre personas físicas en virtud del art. 579 de la LECrim, ya que éstas son las únicas que se les puede imputar responsabilidad penal<sup>55</sup>.

Evidentemente, el teléfono del que es titular una persona jurídica puede ser intervenido por resolución judicial en tanto en cuanto sea un teléfono utilizado por la persona física que está siendo investigada judicialmente y sobre la que recaen indicios de criminalidad.

#### *\*Personas jurídicas de derecho público*

La primera idea base de la que se parte es que si los derechos fundamentales se conciben como derechos del individuo frente a posibles abusos de los poderes públicos, parece *a priori* un contrasentido concederles al mismo tiempo la categoría de titulares de los mismos<sup>56</sup>.

Sin embargo, el TC no ha apreciado este contrasentido, todo lo contrario, sino que les ha reconocido derechos “siempre que se trate de entidades que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos (...)”<sup>57</sup>. No parece que el derecho al secreto de las comunicaciones

---

<sup>55</sup> En España rige todavía el principio “*societas delinquere non potest*”, según el cual las personas jurídicas no pueden ser responsables penalmente porque éstas no son capaces de acción ni pueden recibir amenaza de la ley (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATER, L.; FERRÉ OLIVÉ, J.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J.R. y TERRADILLOS BASOCO, en “*Curso de Derecho Penal, parte general*”, p. 186. En consecuencia, el responsable de sus hechos delictivos será el representante legal de la misma (art. 31.1 CP)

Conviene destacar, no obstante, que este principio ya no tiene un carácter absoluto y se ha visto matizado gracias a la introducción del art. 129 CP por el que se establecen determinadas consecuencias accesorias a aplicar a las personas jurídicas como la clausura del establecimiento.

En otros países como Gran Bretaña, Dinamarca, Holanda, Francia, Portugal, Estados Unidos, Finlandia, Japón y Noruega el Derecho Penal que se orienta a castigar con sanciones punitivas a las personas jurídicas. Tendencia por la que además se han inclinado las Instituciones comunitarias ya que en su afán por armonizar las legislaciones penales en los Estados miembros en el ámbito de la delincuencia organizada todos sus textos obligan a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para castigar a las personas jurídicas por este tipo de infracciones (entre otros, art. 4 de la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) o art. 6 de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal).

Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas véanse entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal*”. Ed. AGAPE. 1998; PALIERO CARLO ENRICO, En: “*Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Italiano*”. Anuario de Derecho Penal 1996 – Universitas Friburgensis; QUINTERO OLIVARES, G: Derecho Penal, parte general. Editorial Marcial Pons, Madrid- España 1992; RUSCONI, MAXIMILIANO ADOLFO, “*Persona Jurídica y sistema penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación? El Derecho Penal hoy*”. Editores del Puesto-Buenos Aires, 1995; SCHÜNEMANN, BERN: “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la Criminalidad de la Empresa*”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales- 1988; “*La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva Europea*” AA.VV: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995; SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA: “*Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español*”. Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Klaus Roxin. Bosch – Barcelona , 1995; TIEDEMANN, KLAUS: “*La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*”. En : Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. Editorial Idemsa – Lima- Perú. 1999; ZÚÑIGA, RODRÍGUEZ, LAURA: “*Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*”. Editorial Aranzadi- España- 2ª Ed. Año 2003.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “*El secreto de las comunicaciones...*”, op. cit. p. 168: “Los poderes públicos son tradicionalmente los destinatarios o sujetos pasivos de los derechos fundamentales”.

<sup>57</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, fundamento jurídico nº 1.

pueda incluirse en esta categoría a no ser que nos encontremos en el supuesto específico de una entidad de derecho público cuyo objeto social sea organizar un servicio de telecomunicaciones lo que conlleva a dilucidar que salvo en este caso concreto, las únicas personas jurídicas titulares del derecho al secreto de las comunicaciones son en nuestro ordenamiento las de derecho privado<sup>58</sup>.

Ahora bien, si abandonamos la teoría liberal tradicional de los derechos fundamentales y adoptamos la teoría del discurso en el sentido de reconocer derechos fundamentales en la que medida en que garanticen la participación libre e igual de todos los interesados en procesos de deliberación, la solución a la que hemos llegado anteriormente puede y, de hecho, cambia de sentido. Según la teoría del discurso, los derechos fundamentales se reconocen a todos los que tengan un interés en participar, en la medida en que su reconocimiento coadyuve a esa participación, y ello con independencia del carácter público o privado de los potenciales participantes de manera que nada impide que una persona jurídico-pública pueda ser titular de derechos fundamentales si su relación con el poder público se rige en términos de independencia y subordinación, tal y como ocurre cuando la persona jurídico-pública actúa sometida al derecho privado<sup>59</sup>.

Esta es la postura que parece desprenderse de los pronunciamientos del TC y en consecuencia, dado que las personas cuyas comunicaciones son interceptadas se sitúan frente al poder público interceptador en una posición de independencia y de subordinación puede afirmarse -no sin cautelas- que las personas jurídico-públicas pueden ser titulares del derecho al secreto de las comunicaciones.

*\*Breve mención a las agrupaciones sin personalidad jurídica o grupos sociales expresivos de derechos específicos.*

El TC se ha pronunciado en alguna ocasión sobre las agrupaciones sin personalidad jurídica o más exactamente, sobre los “grupos sociales expresivos de derechos específicos<sup>60</sup>”, reconociéndoles sólo y exclusivamente la titularidad de los derechos fundamentales de que ellos mismos sean expresión.

En el caso que nos ocupa resulta difícil imaginar agrupaciones cuyo objetivo sea precisamente el de dar expresión al secreto de las comunicaciones, a no ser que nos adentremos en el mundo de las entidades organizadoras de servicios de telecomunicaciones, que por lo general tendrán personalidad jurídica, encontrándonos ya en un caso distinto al que estamos haciendo mención. Aún así, parece poco factible que los grupos sociales expresivos de derechos específicos puedan ser titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. Sus titulares serán más bien los individuos que integren el grupo en cuestión.

## **b. ¿Existe especialidades en el ámbito penitenciario?**

La intervención de las comunicaciones telefónicas en establecimientos penitenciarios se regula por remisión del art. 47.6 del Reglamento Penitenciario al art. 46.7 del mismo texto legal referido éste último a la intervención de las comunicaciones escritas entre internos en centros penitenciarios. En virtud de dicho precepto la correspondencia entre los internos de distintos centros penitenciarios puede intervenir

---

<sup>58</sup> **RODRÍGUEZ RUIZ, B.:** “*El secreto de las comunicaciones...*”, op. cit. p. 169.

<sup>59</sup> TC federal alemán: *BVerfGE* 21, 362 (369); 45, 63 (78); 61, 82 (101); 68, 193 (206); 75, 192 (196).

<sup>60</sup> **CRUZ VILLALÓN, Pedro:** “*Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas*”. En REDC núm. 12 (1992), p. 76 (cfr. **RODRÍGUEZ RUIZ**, p. 166)

si existe resolución motivada del Director y se cursa a través de la Dirección del establecimiento de origen. Efectuada dicha intervención se debe notificar al interno y poner en conocimiento del Juez de Vigilancia. Estas intervenciones se limitan exclusivamente a la correspondencia entre internos sin que afecte al resto de las comunicaciones escritas.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en sentencia 201/97 de 25 de noviembre, ha considerado que las limitaciones del artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria no son aplicables a las comunicaciones telefónicas en que se usa la lengua propia de un preso con su familia, vulnera el derecho a la intimidad familiar: “Las limitaciones diseñadas por la propia Ley Orgánica General Penitenciaria (artículo 51.1), o sea las restricciones –impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y buen orden del establecimiento- no son aplicables a las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en la lengua propia nacional o extranjera, salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del Establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido [...] la medida restrictiva de derechos ha de adoptarse mediante resolución del Director del Establecimiento especialmente motivada y notificada al interesado; la resolución administrativa, por último tiene que comunicarse al Juez a fin de que éste ejerza el control de la misma. Y a estos tres requisitos se añade que la intervención, como medida restrictiva de derechos fundamentales, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido” (sentencia 207/96 del Tribunal Constitucional).

**c. ¿Existe alguna traba para reconocer este derecho a las personas jurídicas o a los extranjeros? No.**

En relación a los extranjeros, el art. 13.1 de nuestra Constitución establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. En consecuencia, los derechos reconocidos en la Carta magna pertenecen tanto a españoles como extranjeros. Dicha afirmación, no obstante, ha sido matizada por el TC<sup>61</sup> en el sentido de que los extranjeros gozarán de los mismos derechos y en los mismos términos respecto a los españoles siempre y cuando se trate de derechos innatos de la condición de la persona en cuanto tal, es decir, en el caso de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana<sup>62</sup>. Dentro de esta categoría de derechos se encuentran, entre otros, el derecho a la vida y lo que a nosotros nos interesa, el derecho a la intimidad<sup>63</sup>.

Pese a no disponer un pronunciamiento expreso por parte del TC en el que se reconozca este carácter innato de la condición de la persona humana del derecho al secreto de las comunicaciones, el hecho de haber incluido la intimidad en este grupo de derechos naturales sirve de fundamento para extender dicho carácter a otros derechos específicos como la inviolabilidad del domicilio y, efectivamente, el secreto de las comunicaciones<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre, fundamento jurídico nº 3.

<sup>62</sup> En el resto de casos, el legislador podrá por la vía del art. 13.1 CE introducir diferencias de trato entre españoles y extranjeros, aunque siempre respetando el reconocimiento constitucional del derecho en cuestión (STC 115/1987, de 7 de julio, fundamento jurídico nº 3).

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> MARTÍN MORALES, R.: “*El régimen constitucional...*”, op. cit. p. 79.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: “*El secreto de las comunicaciones...*”, op. cit. p. 159.

## 5. Principio de proporcionalidad

### 5.1. Infracciones que dan lugar a la intervención

¿Establece su Estado una lista de delitos en los que es posible la intervención? No.

- a. ¿Se trata de una lista que enumera infracción por infracción? --
- b. ¿Se trata de una cláusula general que limita la intervención a infracciones sancionadas con un mínimo de pena? --
- c. ¿Se trata de un sistema mixto? ---
- d. ¿Se trata de una lista con carácter de *numerus clausus*? --

### 5.2. Formas de participación

¿Incide de alguna forma el tipo de participación del sujeto y el grado de ejecución del delito para admitir esta medida? No.

### 5.3. Descubrimiento de hallazgos casuales

¿Qué tratamiento tiene en su país el descubrimiento de los denominados hechos o hallazgos casuales?

En España, algunos autores ya se habían preguntado cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas del descubrimiento de hechos delictivos distintos de aquellos otros objeto de la investigación y que daban lugar a la intervención. Sin embargo, nunca se dio una solución satisfactoria. Estos autores intentaban precisar qué tipos de hechos casuales podrían ser utilizados en el juicio y tener valor probatorio. Así, por ejemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>65</sup> sólo admite, y con reservas, el descubrimiento casual referido al propio sujeto pasivo imputado, excluyendo toda posible utilización de los conocimientos adquiridos fortuitamente y relativos a un tercero. Para LÓPEZ FRAGOSO<sup>66</sup> “sólo en muy pequeña medida podrán utilizarse los descubrimientos casuales y quizás, al efecto, un criterio para poder determinar el ámbito de admisibilidad podemos encontrarlo en la regulación de los delitos conexos del art. 17 LECrim (...)”. Y

---

En palabras de este autora y, refiriéndose al derecho a la intimidad aunque puede perfectamente extenderse al campo del secreto de las comunicaciones, “Si presumimos que toda persona presente en un Estado, incluso si ilegalmente tiene un mínimo de interés en particular en él a algún nivel, y si ese interés debe siempre ser protegido para salvaguardar la corrección del proceso deliberativo, ha de concluirse entonces que el derecho a la intimidad debe ser reconocido y tutelado a todos por igual, independientemente de consideraciones acerca de su nacionalidad”.

<sup>65</sup> Por ejemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*”, op., cit., pág. 201.

<sup>66</sup> LÓPEZ FRAGOSO, T., “*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*”, op. cit., pág. 74.

por último, GONZÁLEZ-CUELLAR<sup>67</sup> sostiene que los hallazgos fortuitos producirán plenos efectos probatorios incluso respecto a terceros, siempre “*que la gravedad de los hechos pudieran haber justificado la adopción de la medida*”<sup>68</sup>.

a. **¿Son recogidos expresamente en su regulación?** No.

b. **En caso negativo, ¿qué tratamiento les da su jurisprudencia?**

La jurisprudencia española ha intentado resolver el problema no tanto en función de qué tipos de hechos casuales pueden admitirse en el juicio, sino más bien en función de ponerlos en conocimiento del órgano juzgador. El Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6102) abordó de forma directa esta cuestión y determinó lo siguiente: “*respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...) basta con que, en el supuesto de comprobar la policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente*”<sup>69</sup>.

En palabras de Montero Aroca, Juan<sup>70</sup>, “este Auto consiste en que, advertido por la policía que se ha descubierto un nuevo delito, independiente de aquél por el que se decretó la intervención, debe dar cuenta inmediata al Juez, el cual, con base en la proporcionalidad, ha de poder mantener la intervención”.

El Auto llega a una fácil y sencilla solución, al menos aparentemente, porque no hace referencia ni a si en la conversación intervenida ha de haber participado la persona investigada, ni sobre si el nuevo delito ha de ser conexo u homogéneo con el delito investigado. Tampoco menciona nada respecto de la posible diferencia entre dar valor a la grabación como medio de prueba o como simple acto de investigación. Sí realiza esta distinción la STS de 29 de diciembre de 1997 (DER 97/10523)<sup>71</sup>. Dicha sentencia sostiene que el descubrimiento casual de un hecho en una intervención telefónica ha de servir en todo caso como instrumento de investigación, aunque no se utilice la cinta grabada.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: “*Proporcionalidad...*” op. cit. pág. 158 y 159.

<sup>68</sup> Más opiniones doctrinales las encontramos en MELLADO Y RODRÍGUEZ RAMOS, A.: “*Prueba prohibida y prueba preconstituida*”, Madrid, 1989, pag. 114 y ss: “Sólo tendrán efectos probatorios aquellas escuchas que guarden relación el hecho objeto de investigación y los estrechamente relacionados con el mismo, pero no los que hubieran descubierto eventualmente y estando carentes de esa relación”.

DÍAZ CABLE: “*La admisión y práctica de la prueba en el proceso pena*”l. Madrid, 1991, pág. 153, es partidario de una interpretación “flexible”, cuando exista “una identidad fáctica, o una relación muy estrecha de los hechos, y la calificación jurídica del nuevo delito se refiera a un mismo bien jurídico”, mostrándose absolutamente contrario a la utilización del contenido de las comunicaciones que se refieran a delitos distintos de los que originaron la autorización de interceptación del resto de los supuestos.

Por su parte, para JIMÉNEZ CAMPO: “*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*”, Madrid, 1987, pág. 75, no se produciría el supuesto del artículo 11.1 LOPJ cuando, “en el curso de una interpretación regular de las comunicaciones de determinada persona, se adquiere el conocimiento de datos que puedan resultar inculpativos para otra que con ella se relacione.

<sup>69</sup> En este caso en concreto, el TS declaró incorrecto el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida.

<sup>70</sup> MONTERO AROCA, J.: “*La intervención de las comunicaciones...*”, op. cit., pág. 190.

<sup>71</sup> Con anterioridad, la STS de 31 de octubre de 1996 ya había admitido que los descubrimientos casuales podían servir lícitamente de “*notitia criminis*” para determinar las actuaciones procedentes e impedir así que el hecho delictivo se lleve a cabo.

No obstante, en mi opinión, no llega a ser una solución mala del todo pues tal y como señala Grevi<sup>72</sup> los conocimientos adquiridos casualmente equivalen a su adquisición sin autorización judicial, o cuando menos con una rebaja muy importante de las garantías que han de cumplirse para autorizar una interceptación telefónica y que se concretan en el momento en que el juez ha de motivar la resolución que así lo acuerde, rebajándose además el derecho de defensa del afectado, quien difícilmente podrá controlar la legitimidad de tal resolución. Por eso, si se da cuenta al juez del descubrimiento de los nuevos hechos delictivos para que éste decida lo que estime conveniente, se está ante una nueva autorización judicial y en consecuencia, el afectado goza de plenas garantías.

Sentencias posteriores como la STS 1424/1993, de 18 de Junio (Ley 657/1993) y STS de 21 de diciembre de 1996<sup>73</sup> también mantuvieron esta misma línea jurisprudencial. En ellas, se hacía referencia a que la policía debía haber informado al Juez del hallazgo de nuevos y distintos hechos delictivos, ya que, en otro caso, la autorización, de hecho, se transformaría en una especie de persecución del comportamiento genérico<sup>74</sup> de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual es totalmente inaceptable.

El Auto de 1992 señala que la policía debe dar cuenta “inmediatamente” al Juez de los nuevos hechos descubiertos. Si miramos en un diccionario, inmediatamente significa “*al momento, al instante, ahora, al punto*”<sup>75</sup>, sin embargo, la jurisprudencia en ocasiones ha hecho una interpretación bastante extensiva de este término, hasta el punto que la STS de 15 de julio de 1993 (Ley 728/1993)<sup>76</sup> llega a decir que tardar siete días en dar cuenta al Juez no es un retraso significativo: “*(...) el retraso en la participación al órgano jurisdiccional, en tanto en cuanto, como se ha transcrito, no influyó para nada en el resultado de la investigación, puesto que no se efectuaron nuevas conversaciones entre los acusados, ni se aportaron nuevos datos, fue inocuo, no supuso invasión del derecho a la intimidad del recurrente, al no verificarse nuevas charlas, ni por tanto, hubo quiebra del derecho fundamental que lo protege. El uso de la “notitia criminis”, era pues, lícito, sin poder hablarse de prueba irregularmente obtenida, y por tanto, el motivo debe desestimarse*”

En mi opinión, la decisión que adopta el TS es incorrecta porque nada más tener conocimiento de la existencia de un hecho delictivo distinto y nuevo del que era objeto de la intervención, la policía debe informar de la nueva situación, no siendo necesario que transcurran días. Es decir, en ese mismo momento tendría que ponerse en contacto

---

<sup>72</sup> GREVI, V., “*La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*”, 2ª edc., ed. Guiffirè, Milano, 1982, pág. 65 y ss.

<sup>73</sup> “Tan pronto aparecen en las conversaciones expresiones que hacen pensar en un delito distinto de aquél en función del cual se autorizó la intervención, debe ponerse inmediatamente tal dato en conocimiento del Juez, porque con tal “novación” del objeto de la autorización hubiera tenido que considerar su decisión, cualquiera que hubiera sido su signo, tanto atendiendo a su propia competencia como a la exigencia de proporcionalidad. No son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la nueva y expresa autorización del Juez, es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización”.

<sup>74</sup> Ya hemos dicho que en materia de intervenciones telefónicas rige el principio de prohibición de generalidad. *Vide* apartado 2.1.b) *in fine* y nota nº 88.

<sup>75</sup> Acepción consultada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

<sup>76</sup> En esta Sentencia, el Juzgado intervino el teléfono del acuartelamiento de la Guardia Civil por la posible participación de un número en un delito de tráfico de drogas, y se grabó una conversación relativa a un delito contra la propiedad; pasados siete días, y no produciéndose ya otras conversaciones, la Guardia Civil solicitó un mandamiento de entrada y registro en el taller mecánico propiedad de quien había conversado telefónicamente con el número, encontrando un vehículo sustraído.

con el juez. Si por ejemplo el descubrimiento se produce por la noche o en horas intempestivas, sería recomendable que la policía lo comunicase al juez a más tardar al día siguiente.

En sentencias posteriores como la STS de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993/7537), de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994/8170)<sup>77</sup>, y de 30 de diciembre de 1995 (Ley 188/1996) se trató también el descubrimiento de hechos casuales sin llegar a proporcionar una base doctrinal sólida ni convincente.

Por su parte, el TC hizo suya la doctrina del ATS de 1992 en la STC 49/1996, de 26 de marzo: en el momento en que la policía deduzca de las conversaciones intervenidas la existencia de otro delito, debe poner de manifiesto ante el Juez ese inesperado dato.

Una vez que el Juez tiene conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, ¿qué es lo que debe hacer? La solución dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior.

En el primer caso, deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.

Tal y como advierte Montero Aroca, Juan, el principal problema no es tanto si la policía da o no cuenta inmediata al juez del hallazgo, sino más bien si intervenido el teléfono del imputado, por medio de aquél se mantiene una conversación entre dos personas ajenas a la investigación, conversación de la que se desprende la existencia de un delito completamente ajeno al investigado. Démonos cuenta que en este caso se ha producido una limitación del derecho al secreto de las comunicaciones de dos personas sin autorización judicial, y de lo que se trata es de precisar el valor procesal de lo conocido y del soporte físico en que se grabó la conversación.

Queda claro que la cinta grabada de la conversación no podrá utilizarse como fuente de prueba en un futuro juicio oral en el que se acuse a esos dos interlocutores del delito descubierto casualmente porque la injerencia se produjo sin autorización judicial en sentido estricto: *“el que hubiera resolución judicial respecto de una persona y para la averiguación de un delito, supone necesariamente, atendido el principio de especialidad que no la hubo respecto de otras personas y de otros delitos”*. No obstante, los datos fortuitos obtenidos respecto a un hecho delictivo deberían servir como mera *notitia criminis*, a partir de la cual el Juez puede incoar un nuevo sumario o diligencias previas o ampliar los delitos que ya son investigados en la instrucción incoada.

La policía queda desplazada a un segundo lugar porque no puede ni ocultar el descubrimiento al Juez ni iniciar por su cuenta una nueva investigación. El Juez es el único competente para decidir si abrir o no una nueva investigación.

#### **5.4. Duración de la medida de intervención.**

---

<sup>77</sup> Esta Sentencia proclamó que con carácter general, *“no puede renunciarse a investigar la “notitia criminis” incidentalmente descubierta en una investigación dirigida a otro fin, aunque ello hace preciso una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquella sea mero punto de arranque”*.

**a. ¿Cuál es el tiempo máximo en el que se permite la intervención en su país? 3 meses**

**b. ¿Es posible prorrogar la medida de intervención? Sí.**

. **En caso afirmativo, ¿se trata de un sistema de prórrogas ilimitado? Sí.** Se puede prorrogar la intervención por periodos sucesivos de 3 meses.

## **6. Tratamiento del material obtenido mediante la intervención.**

**a. ¿Cuál es el carácter del material obtenido? ¿Se trata de una prueba documental?**

La mayor parte de las veces la jurisprudencia ha reiterado que las cintas grabadas de las conversaciones telefónicas intervenidas “constituyen una modalidad de la prueba documental” (STS de 6 de febrero de 1995, RJ 1995/755), o que “se rigen por las reglas propias de la prueba documental” (STS de 11 de octubre de 1993 (DER 93/8946). Asimismo, existen muchas resoluciones también del TS que consideran explícitamente que las transcripciones mecanográficas se consideran prueba documental (SSTS de 16 de junio de 1993, RJ 1993/5117), de 6 de junio de 1994, DER 94/5153), por ejemplo).

Sin embargo, conviene señalar que en opinión de algunos autores<sup>78</sup> la transcripción mecanografiada de las conversaciones grabadas, con o sin adverbación por el secretario judicial, carecen de utilidad probatoria, sin perjuicio de que pueda ser más cómodo manejar papel que cintas magnetofónicas o casetes que han de reproducir su contenido por medio de un aparato. Es decir, el hecho de que sea más cómodo no significa que le otorgue valor probatorio a la transcripción. Lo que tiene valor probatorio es la cinta que ha grabado la conversación telefónica.

**b. ¿Es posible la transcripción? Sí,** es más las sentencias de todos los tribunales se refieren una y otra vez tanto a la necesidad de transcribir las conversaciones grabadas, como a que la transcripción se realice bajo la fe pública del secretario judicial (STS de 16 de marzo de 1994 (RJ 1994/2325); STS de 9 de mayo de 1994 (Ley 528/1994); STS de 6 de junio de 1994 (DER 94/5153); STS de 26 de septiembre de 1995; STS de 11 de marzo de 1996 (DER 96/1738); STS de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997/4023), y un largo etc.)

. **En caso afirmativo, ¿quién realiza la transcripción? Autoridades ordenadas por el juez pertenecientes a los juzgados ¿Se hace una selección de los pasajes? Sí ¿Quién realiza esa selección? El juez en presencia del secretario judicial (ATS de 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6102: “corresponde al juez, en presencia del secretario judicial seleccionar en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada y mantener el resto bajo el control del secretario, impidiendo cualquier conocimiento no deseado ni deseable de aquellas conversaciones ajenas al propósito de la interceptación”). ¿Está presente en todo caso el secretario judicial o autoridad equivalente? Sí.**

---

<sup>78</sup> Véase **MONTERO AROCA, J.:** *“La intervención...”*, op., cit., pp. 298 y ss.

. ¿Prevé su Estado la posibilidad de contar con un intérprete o traductor cuando sea necesario? Legalmente no, pero si jurisprudencialmente.

**c. Una vez finalizado el proceso, ¿qué ocurre con ese material recopilado? ¿Es destruido? ¿Cuándo? ¿Bajo qué condiciones?**

La jurisprudencia no suele precisar el destino final de las cintas magnetofónicas o de las casetes, soporte físico de las conversaciones grabadas en al intervención telefónica. Algunas veces se ha ordenado expresamente que “concluido el proceso por resolución firme deberá procederse, bajo la fe pública del secretario de la Sala, a la destrucción de las diecisiete casetes y de su transcripción mecanográfica, quedando mientras tanto unas y otras bajo su custodia” (STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 1991) o que “otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes, y con intervención, por supuesto, del secretario judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia” (ATS de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102).

## **7. Derecho de defensa**

**¿Existe en su país la obligación una vez terminada la investigación de notificar al sujeto que ha sido objeto de una intervención? Sí**

- **En caso afirmativo, ¿cuándo se procede a dicha notificación?** A partir del momento en el que se levanta el secreto de sumario.

## **8. Secreto profesional.**

**¿Establece la regulación de su país alguna limitación en relación al secreto profesional de determinados colectivos? No.**

- **En caso afirmativo, ¿cuáles son esos colectivos protegidos?**
- **En caso negativo, ¿se puede proceder en su país a la intervención de las comunicaciones por ejemplo de un abogado sin ningún tipo de restricción? ¿Es necesaria la autorización previa de algún sujeto o entidad? No existen limitaciones.**

## **9. Prueba prohibida**

**¿Cuál es el régimen de la prueba prohibida en su país aplicado a la intervención de las comunicaciones?**

La STC 54/1996 ha señalado que para estimar la vulneración es necesario “*determinar (...) si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o inmediateamente de la misma, de las*

*que pueda deducirse la participación del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el pronunciamiento condenatorio”.*

Se trata pues, de comprobar si ha existido prueba de cargo, que realizada en forma legal y con las garantías exigibles en el acto de la vista, permiten desvirtuar la presunción de inocencia, es decir, corresponde efectuar un juicio de conexión de antijuricidad entre las pruebas obtenidas mediante la intervención telefónica y aquellas otras que aún guardando algo de relación con la intervención son ajenas e independientes a la misma: *“En supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico nº 4, 54/1996, fundamento jurídico nº 9)”*<sup>79</sup>.

Y para determinar si existe conexión de antijuricidad o no hay que *“analizar, en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hay que considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”*<sup>80</sup>.

Hay que tener en cuenta que la ruptura del nexo entre la prueba originaria y la derivada, es un juicio de experiencia y, por tanto, no sujeto al control del Tribunal Constitucional, pues éste sólo debe comprobar la razonabilidad del mismo, no realizar el juicio con base en su propia experiencia y sustituir el juicio del tribunal ordinario.

También el TS se ha pronunciado en decenas de sentencias acerca de la teoría de los frutos del árbol envenenado. A modo de ejemplo, la STS de 18 de abril de 1997 (DER 97/2944) dispuso que: *“La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales*

---

<sup>79</sup> STC 81/1998. En este supuesto, el TC compartió la opinión del TS y por ende, rompió el nexo entre la prueba originaria y la derivada: en virtud de la intervención telefónica sólo se obtuvo un dato neutro que es que el sospechoso iba a efectuar una visita. Por tanto, los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, así como el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fueron indispensables ni determinantes por sí solos de la ocupación de la droga. Es decir, esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho. En consecuencia, la prueba refleja practicada en este caso (ocupación de la droga y testimonio de los guardias civiles que la llevaron a cabo) no vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías (fundamento de derecho nº 5).

<sup>80</sup> STC 49/1999, de 5 de abril, fundamento jurídico 14 que transcribe íntegramente el fundamento jurídico nº 8 de la STC 11/1981.

que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11,1 LOPJ), jurídicamente contaminados.

El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tenga conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independiente” (sin conexión causal”).

Corresponde, pues, al juzgador examinar con atención la relación de causalidad existente entre el resultado probatorio de la intervención telefónica constitucionalmente obtenida y el de los demás medios de prueba, de tal suerte que, para extender su conocimiento a esos otros medios de prueba, deberá comprobar la ausencia de dicha relación de causalidad o, dicho en otras palabras, tendrá que acreditar que el hecho punible se habría probado en cualquier otro caso con independencia de la prueba ilícita por infracción de la Constitución.

En definitiva, se debe hacer un estudio en tres pasos a la hora de tratar la prueba ilícita:

1. Dilucidar si la intervención vulneró requisitos constitucionales o de legalidad ordinaria. Si se trató de una vulneración constitucional, las pruebas obtenidas mediante la intervención serán nulas de pleno derecho. Los efectos de dicha nulidad se comunican (“contaminan”) a las pruebas derivadas y no puede convalidarse por diligencias posteriores, salvo que sean auténticas pruebas independientes.
2. Una vez decretada la vulneración constitucional, es preciso comprobar que las pruebas que sirvieron de base para sustentar la condena y que enervaron la presunción de inocencia son independientes.  
Si el tribunal estima que son pruebas independientes, no procederá a la nulidad del juicio, sino a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la formalización de la pretensión acusatoria y a la proposición de prueba<sup>81</sup>.

La retroacción de las actuaciones al momento anterior a la formalización de la pretensión acusatoria y a la proposición de prueba es la solución que adopta el TC en las Sentencias 49/1999 y 184/2003. Sin embargo, hay voces en contra de esta decisión: el Magistrado don Julio Diego González Campos en su voto particular<sup>82</sup> señaló que, a su entender, la retroacción de las actuaciones no era procedente tanto por razones prácticas (largo tiempo transcurrido desde la comisión del delito, lo que hacía difícil si no imposible la repetición del juicio oral con la presencia de todos los acusados y testigos, algunos de nacionalidad extranjera) como por otras relacionadas con la efectividad de los derechos fundamentales en primer lugar, porque con la retroacción se produce una merma en la función de tutela del derecho constitucional a la presunción de inocencia y, en segundo lugar, porque los condenados ya habían cumplido unas condenas y en ese momento se encontraban, pese al otorgamiento del amparo, enfrentados a un nuevo proceso penal. Esta situación sería de dudosa constitucionalidad porque amplía el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en detrimento del derecho a la libertad personal de los ciudadanos.

También en contra de la retroacción de las actuaciones está el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel en el voto particular a la STC 184/2003<sup>83</sup>. A su

<sup>81</sup> STC 49/1999, de 5 de abril y STC 184/2003, de 23 de octubre.

<sup>82</sup> Voto particular al que se adhiere el Magistrado don Pablo García Manzano.

<sup>83</sup> A este voto particular se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

parecer, la estimación de una vulneración del art. 18.3 CE no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención<sup>84</sup>, y puesto que una vez expulsadas las intervenciones telefónicas, quedaron pruebas independientes que fueron valoradas de forma separada e individualizada por los órganos judiciales, la retroacción de las actuaciones quedaría excluida y conduciría a la desestimación del amparo. Recuerda que tal y como señala la doctrina anterior para acordarse la retroacción es preciso que descartadas las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental, y las que están conectadas con ellas de forma antijurídica, queden otras que no hayan sido valoradas de forma expresa e individualizada por los órganos judiciales. Es decir, se requiere no sólo la existencia de pruebas válidas desconectadas, sino que las restantes no hayan sido valoradas por los órganos judiciales<sup>85</sup>.

3. Por el contrario, una intervención en la que no existe inconstitucionalidad por mediar una auto habilitante suficientemente motivado, pero en la que se han cometido irregularidades de índole procesal, se trataría de un supuesto de prueba irregular, y tal y como ha declarado el TS<sup>86</sup> la ausencia de control judicial determina su ineficacia probatoria, lo que no implica que no se puedan acreditar los hechos por otros medios probatorios, incluida la testifical de los agentes policiales que materializaron las escuchas, no siendo aplicables, por tanto, la teoría de los frutos del árbol envenenado. Es un caso de nulidad relativa o anulabilidad, que conllevaría a declarar nula la prueba irregular, pero su efecto no se extiende (no “contamina”) las pruebas derivadas de esta misma fuente, pudiéndose convalidar con diligencias posteriores<sup>87</sup>.

Con relación a la prueba ilícita, existe también otra teoría: la del llamado descubrimiento inevitable. Dicha teoría es rechazada expresamente en la STS de 26 de noviembre de 1994 pero fue asumida con posterioridad por una parte de la jurisprudencia.

Esta doctrina sostiene que se hay desconexión causal cuando “inevitablemente” y por métodos regulares, hubiera cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento del hecho delictivo en cuestión<sup>88</sup>.

Ahora bien, la limitación del “descubrimiento inevitable” debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a “acelerar” por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente.

---

<sup>84</sup> STEDH, de 12 de julio de 1988, caso Schenk, fundamento jurídico I, A, y caso Valenzuela, fundamento jurídico I).

<sup>85</sup> STC 12/2002, fundamento jurídico nº 5: “*Cuando del estudio de una Sentencia condenatoria se deriva una detallada motivación del valor probatorio de cada uno de los medios de prueba restantes, con una expresa consideración sobre su carácter de prueba de cargo, el Tribunal puede ejercer su control constitucional sin necesidad de reenvío a los órganos judiciales para una nueva valoración de los medios de prueba pertinentes*”(STC 161/1999, 171/1999, 8/2000 y 136/2000).

<sup>86</sup> STS de 25 de octubre de 1994.

<sup>87</sup> **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.:** *“La intervención telefónica como restricción al derecho fundamental a la intimidad”*. Revista penal nº 5, enero 2000, pág. 65.

<sup>88</sup> Por ejemplo, en la STS de 4 de julio de 1997 (DER 97/6549) el TS sostiene que con independencia de los datos obtenidos mediante la intervención telefónica, el descubrimiento de la entrega del alijo se hubiese producido como consecuencia de otras pruebas como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuadamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

La teoría del descubrimiento inevitable adolece de un gran defecto, ya que se escuda en la conjetura, es decir, el tribunal tiene que considerar si, a pesar de la ilicitud de la intervención telefónica, el hecho descubierto mediante ella hubiera podido o no ser descubierto de todas maneras. Pero el tribunal, la mayor parte de las veces, carece en las propias actuaciones de la base necesaria para hacer este juicio<sup>89</sup>.

#### **4. Entradas y registros en el curso de la investigación penal**

**Ignacio Flores Prada. Profesor de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla**

## **II. Normativa interna<sup>90</sup>**

### *1. Normativa constitucional*

**1.1. ¿Contiene la Constitución de su país alguna disposición relativa a la protección del domicilio y, en su caso, de otros lugares cerrados, frente a entradas inconstitucionales?**

\* Sí

**1.2. En caso afirmativo ¿podría transcribir las disposiciones constitucionales en las que se recoge dicha protección?**

Art. 18.1 de la Constitución: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen».

Art. 18.2 de la Constitución de 1978: «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

**1.3 De existir jurisprudencia acerca de la referida normativa ¿podría indicar la doctrina jurisprudencial esencial en torno a la protección constitucional del domicilio o de los lugares cerrados?**

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 22/2003

«[...] Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la [STC 22/1984, de 17 de febrero \(RTC 1984, 22\)](#), F. 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es «una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona».

Por ello, aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada ([SSTC 22/1984, de 17 de febrero \[RTC 1984, 22\]](#), F. 5; [69/1999, de 26 de abril \[RTC 1999, 69\]](#), F. 2; [119/2001, de 24 de mayo \[RTC 2001, 119\]](#), F. 6; [10/2002, de 17 de enero \[RTC 2002, 10\]](#), FF. 5 y 6) hemos reconocido también su titularidad a las personas jurídicas ([STC 137/1985, de 17 de octubre \[RTC 1985, 137\]](#)), de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar ([ATC 257/1985, de 17 de abril \[RTC 1985, 257 AUTO\]](#), F. 2).

**3** Por otra parte hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) se concreta en dos reglas distintas. La primera define su «inviolabilidad», que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona,

<sup>89</sup> MONTERO AROCA, J.: *“La intervención de las comunicaciones...”* op. cit. pág. 384.

<sup>90</sup> Imagino que el apartado de normativa internacional y comunitaria será común para todos los cuestionarios salvo lo que cada uno deba incorporar con carácter particular según la materia. Por eso no incluyo nada en relación con las entradas y registros (no existe normativa internacional), y sí en cambio en el cuestionario de protección de datos.

establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario (constituyendo esta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial ([SSTC 22/1984, de 17 de febrero \[RTC 1984, 22\]](#), FF. 3 y 5; [10/2002, de 17 de enero \[RTC 2002, 10\]](#), F. 5).

De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.

4 También hemos afirmado que los límites que la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) establece al ámbito de la inviolabilidad domiciliaria tienen un carácter rigurosamente taxativo ([SSTC 22/1984, de 17 de febrero \[RTC 1984, 22\]](#), F. 3; [160/1991, de 18 de julio \[RTC 1991, 160\]](#), F. 8; [126/1995, de 25 de julio \[RTC 1995, 126\]](#), F. 2; [136/2000, de 29 de mayo \[RTC 2000, 136\]](#), F. 3), a diferencia de otras regulaciones constitucionales que, aun reconociéndola, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y a las formas establecidas por la Ley (así, el art. 14 de la Constitución italiana), o aceptan la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia (así, el art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

«Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva... se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos» ([STC 160/1991, de 18 de julio \[RTC 1991, 160\]](#), F. 8).

En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma ([SSTC 126/1995, de 25 de julio \[RTC 1995, 126\]](#), F. 2; [139/1999, de 22 de julio \[RTC 1999, 139\]](#), F. 2; en idéntico sentido, [SSTC 290/1994, de 27 de octubre \[RTC 1994, 290\]](#), F. 31; [50/1995, de 23 de febrero \[RTC 1995, 50\]](#), F. 5; [41/1998, de 24 de febrero \[RTC 1998, 41\]](#), F. 34; [171/1999, de 27 de septiembre \[RTC 1999, 171\]](#), F. 10; [8/2000, de 17 de enero \[RTC 2000, 8\]](#), F. 4). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como «garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental» ([STC 171/1999, de 27 de septiembre \[RTC 1999, 171\]](#), F. 10, y citándola [STC 8/2000, de 17 de enero \[RTC 2000, 8\]](#), F. 4).

Nuestra jurisprudencia establece, por tanto, como regla general, que, a falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito.»

## *2. Normas legales o reglamentarias*

**2.1. ¿Dispone su país de normas de rango legal o reglamentario que regulen la entrada y registro en domicilio o en otros lugares cerrados, en el curso de una investigación penal?**

\* Sí

**2.2 De existir dichas disposiciones, ¿podría transcribirlas indicando la fecha de publicación, rango, cuerpo legal al que pertenece la norma y ámbito en el que se dispensa la protección?**

Ley de Enjuiciamiento Criminal

LIBRO II: DEL SUMARIO. TITULO VIII: DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO, DEL DE LIBROS Y PAPELES Y DE LA DETENCIÓN Y APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA

Art.º 545. Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.

Art.º 546. El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

Art.º 547. Se reputarán edificios o lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en este Capítulo:

1º Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar.

2º Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos.

3º Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo [554](#).

4º Los buques del Estado.

Art.º 548. El Juez necesitará para la entrada y registro en el Palacio de cualquiera de los Cuerpos Colegisladores, la autorización del Presidente respectivo.

Art.º 549. Para la entrada y registro en los templos y demás lugares religiosos bastará pasar recado de atención a las personas a cuyo cargo estuvieren.

Art.º 550. Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo [546](#) la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier

español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6º de la Constitución (*la de 30 de Junio de 1876*), o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado.

Art.º 551. Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6º de la Constitución (*la de 30 de Junio de 1876*) del Estado.

Art.º 552. Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción.

Art.º 553. Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo [384 bis](#), cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquella, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Art.º 554. Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores:

1º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro.

2º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3º Los buques nacionales mercantes.

Art.º 555. Para registrar en el Palacio en que se halle residiendo el Monarca, solicitará el Juez real licencia por conducto del Mayordomo Mayor de Su Majestad.

Art.º 556. En los Sitios Reales en que no se hallare el Monarca al tiempo de registro, será necesaria la licencia del Jefe o empleado del servicio de Su Majestad que tuviere a su cargo la custodia del edificio, o la del que haga sus veces cuando se solicitare, si estuviere ausente.

Art.º 557. Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo

serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada.

Art.º 558. El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.

Art.º 559. Para la entrada y registro en los edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditadas cerca del Gobierno de España, les pedirá su venia el Juez, por medio de atento oficio, en el que les rogará que contesten en el término de doce horas.

Art.º 560. Si transcurriese este término sin haberlo hecho, o si el representante extranjero denegare la venia, el Juez lo comunicará inmediatamente al Ministro de Gracia y Justicia, empleando para ello el telégrafo, si lo hubiere. Entretanto que el Ministro no le comunique su resolución, se abstendrá de entrar y registrar en el edificio; pero adoptará las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo [567](#).

Art.º 561. Tampoco podrá entrar y registrar en los buques mercantes extranjeros sin la autorización del Capitán, o, si éste la denegare, sin la del Cónsul de su nación. En los buques extranjeros de guerra, la falta de autorización del Comandante se suplirá por la del Embajador o Ministro de la nación a que pertenezcan.

Art.º 562. Se podrá entrar en las habitaciones de los Cónsules extranjeros y en sus oficinas pasándoles previamente recado de atención y observando las formalidades prescritas en la Constitución del Estado y en las leyes.

Art.º 563. Si el edificio o lugar cerrado estuviere en el territorio propio del Juez instructor, podrá encomendar la entrada y registro al Juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier Autoridad o agente de Policía judicial. Si el que lo hubiese ordenado fuere el Juez municipal, podrá encomendarlo también a dichas Autoridades o agentes de Policía judicial. Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del Juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al Juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las Autoridades o agentes de Policía judicial.

Art.º 564. Si se tratare de un edificio o lugar público comprendido en los números 1º y 3º del artículo [547](#), el Juez oficiará a la Autoridad o Jefe de que aquéllos dependen en la misma población.

Si éste no contestare en el término que se le fije en el oficio, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar y registrar.

Si se tratare de buques del Estado, las comunicaciones se dirigirán a los Comandantes respectivos.

Art.º 565. Cuando el edificio o lugar fueren de los comprendidos en el número 2º del artículo [547](#), la notificación se hará a la persona que se halle al frente del establecimiento de reunión o recreo, o a quien haga sus veces si aquél estuviere ausente.

Art.º 566. Si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y, si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado.

Si no fuere tampoco habido el encargado se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla.

Art.º 567. Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro.

Art.º 568. Practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza.

Art.º 569. El registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente.

Si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad.

Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley orgánica del Poder Judicial. (*Párrafo redactado según Ley 22/1995, de 17 de julio*).

La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro, producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

Si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acta a la parte interesada si la reclamare.

Art.º 570. Cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiere, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos [546](#) y [550](#), cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren.

Prevedrá asimismo el que practique el registro a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia, que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas, bajo la responsabilidad establecida en el Código Penal.

Art.º 571. El registro no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarle, y se adoptarán, durante la suspensión, las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo [567](#).

Art.º 572. En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos.

Art.º 573. No se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

Art.º 574. El Juez recogerá los instrumentos y efectos del delito y, podrá recoger también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario. Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el Juez, por el Secretario, por el interesado o los que hagan sus veces, y por las demás personas que hayan asistido al registro.

Art.º 575. Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. Si el que los retenga se negare a su exhibición, será corregido con multa de 125 a 500 pesetas; y cuando insistiera en su negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconsejare, será procesado como autor del de desobediencia a la Autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor.

Art.º 576. Será aplicable al registro de papeles y efectos lo establecido en los artículos [552](#) y [569](#).

Art.º 577. Si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el Juez, en la forma establecida en el Capítulo VII del Título V.

Art.º 578. Si el libro que haya de ser objeto del registro fuere el protocolo de un Notario, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el Ley del Notariado.

Si se tratare de un libro del Registro de la Propiedad, se estará a lo ordenado en la Ley Hipotecaria. Si se tratare de un libro del Registro civil o mercantil, se estará a lo que se disponga en la Ley y Reglamentos relativos a estos servicios.

**Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.**

#### **Artículo único. Control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.**

1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del

domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.

2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

a) Especificación de las medidas que se solicitan.

b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.

c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afeción a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo.

El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.

4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.

#### **LEY ORGÁNICA 4/1981, DE 1 DE JUNIO (JEFATURA DEL ESTADO), DE LOS ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO**

**Art. 17.** Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, dos, de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá disponer inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público.

Dos. La inspección o el registro se llevarán a cabo por la propia Autoridad o por sus agentes, a los que proveerá de orden formal y escrita.

Tres. El reconocimiento de la casa, papeles y efectos podrá ser presenciado por el titular o encargado de la misma o por uno o más individuos de su familia, mayores de edad, y, en todo caso, por dos vecinos de la casa o de las inmediaciones, si en ellas los hubiere, o, en su defecto, por dos vecinos del mismo pueblo o del pueblo o pueblos limítrofes.

Cuatro. No hallándose en ella al titular o encargado de la casa ni a ningún individuo de la familia, se hará el reconocimiento en presencia únicamente de los dos vecinos indicados.

Cinco. La asistencia de los vecinos requeridos para presenciar el registro será obligatoria y coercitivamente exigible.

Seis. Se levantará acta de la inspección o registro, en la que se harán constar los nombres de las personas que asistieron y las circunstancias que concurriesen, así como las incidencias a que diere lugar. El acta será firmada por la Autoridad o el agente que efectuare el reconocimiento y por el dueño o familiares y vecinos. Si no supieran o no quisiesen firmar, se anotará también esta incidencia.

Siete. La Autoridad gubernativa comunicará inmediatamente al Juez competente las inspecciones y registros efectuados, las causas que los motivaron y los resultados de los mismos, remitiéndole copia del acta levantada.

### **2.3 ¿Podría sintetizar la doctrina jurisprudencial de sus tribunales nacionales en torno a la entrada y registro en domicilio o en otros lugares cerrados en el curso de una investigación penal?**

\* La Constitución autoriza la entrada y registro en domicilio en el curso de una investigación criminal siempre que medie consentimiento del titular o autorización judicial.

\* La autorización judicial debe revestir la forma de auto, acordarse en el curso de un proceso penal abierto y estar especialmente motivada, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad.

\* La autorización judicial es precisa no sólo para la entrada en domicilio sino también para la entrada en lugares asimilados al domicilio (roulottes, autocaravanas, habitaciones de hotel o tiendas de campaña) y espacios cerrados protegidos por el derecho a la intimidad (despachos profesionales o dependencias de personas jurídicas en las que se conserven o guarden secretos o datos).

\* La ley establece un régimen especial y específico para determinados lugares y edificios en razón de su carácter público u oficial, limitando la posibilidad de entrada o sujetándola a condiciones particulares.

\* La entrada habrá de practicarse siempre en presencia del Secretario judicial. Deberá estar presente también el Juez o funcionario de policía judicial en quien delegue, el interesado, o bien la persona que designe o dos testigos en su defecto.

\* En la práctica del registro se observará el principio de proporcionalidad, evitando las inspecciones inútiles.

\* Durante el registro se intervendrán los objetos, efectos o documentos relacionados con el hecho delictivo por el que se procede, quedando a disposición judicial como cuerpo del delito.

\* El secretario levantará la oportuna acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias, que será firmada por todos los intervinientes.

### **2.4 Considera satisfactoria o suficiente la protección normativa del domicilio o de otros lugares cerrados en el ordenamiento jurídico de su país**

\* No. La regulación es antigua, incompleta, confusa y falta de sistemática. Buena parte de la práctica actual sobre entradas y registros se basa en criterios de interpretación jurisprudencial.

### **2.5 ¿Conoce la existencia de algún proyecto o iniciativa de reforma de su normativa nacional sobre entrada y registro?**

\* La reforma no se está planteando únicamente respecto de la diligencia de entrada y registro sino de todo el sistema de justicia penal, que en España data de 1882.

## **2.5.1 En caso afirmativo, podría indicar la justificación de la reforma y su orientación general**

### *3. Presupuestos de la entrada*

#### A) Subjetivos

##### **3.A.1 ¿Quién puede acordar en su país la entrada y registro en domicilio o en otros lugares cerrados, en el curso de una investigación penal?**

\* El Juez de Instrucción

\* La Policía Judicial

##### **3.A.2 En el caso de que existan distintas autoridades legitimadas para acordarla, ¿en qué casos y bajo qué condiciones puede hacerlo cada autoridad?**

\* El Juez de Instrucción en el curso de un proceso penal abierto y mediante auto motivado

\* La policía judicial en caso de flagrante delito

##### **3.A.3 Cuando quien acuerda la entrada y registro sea una autoridad no judicial ¿hay alguna diferencia en cuanto a la eficacia probatoria de las fuentes y los indicios obtenidos en el registro?**

\* No, siempre que se cumplan los presupuestos requeridos por la ley para la entrada, y que se respeten las normas de procedimiento, entre las que está la dación de cuenta inmediata a la autoridad judicial de la práctica de la entrada y el requerimiento de la presencia del Secretario judicial para la formalización del registro siempre que las circunstancias lo permitan.

##### **3.A.4 ¿Quién puede solicitar de la autoridad competente que se acuerde una entrada y registro en domicilio en el curso de una investigación penal?**

\* Cualquiera de las partes personadas en el proceso, la Policía Judicial y, en los casos legalmente previstos, el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.

##### **3.A.5 ¿Existe alguna diferencia de nivel de protección según el titular del domicilio o espacio cerrado sea nacional o extranjero, persona física o jurídica?**

\* El diferente nivel de protección no depende del titular sino de la naturaleza del espacio protegido, si es oficial o privado, y dentro de los primeros, depende del tipo de espacio oficial de que se trate.

#### B) Objetivos

##### **3.B.1 ¿Qué espacios cerrados están legalmente protegidos en su país frente a las entradas y registros acordadas en el curso de una investigación penal?**

\* La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS, haciéndose eco de la doctrina sentada por el TEDH en la materia, ha extendido la protección del domicilio a otros lugares cerrados al público en general en los que se desarrollan ciertas actividades relacionadas con los derechos de la personalidad. Así el TS ha extendido la condición de domicilio a los despachos profesionales de los particulares no abiertos al público, sobre la base de entender que la protección dispensada al derecho al trabajo constituye un instrumento más de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE.

\* El resto de los lugares cerrados podrán estar amparados por el respeto al derecho a la intimidad por lo que, si bien no se hallan bajo la protección de la inviolabilidad como el domicilio no se puede quebrantar la voluntad de su titular sin las oportunas garantías y presupuestos. La entrada ilícita en un domicilio, en una oficina o en un establecimiento contra la voluntad de su titular es un acto constitutivo de delito (arts. 202 a 204 y 534 Código Penal) (MORENO CATENA).

### **3.B.2 ¿Podría clasificar según su naturaleza y nivel de protección dichos espacios cerrados?**

Desde la protección más intensa a la menos intensa

- \* Edificios y lugares públicos inviolables en virtud de normas de derecho interno o internacional
- \* Domicilio y lugares asimilados al domicilio
- \* Lugares y espacios cerrados protegidos por el derecho a la intimidad
- \* Otros lugares, espacios y establecimientos cerrados

### **3.B.3 ¿Podría aportar la definición que haga su derecho nacional del domicilio y de lugar cerrado, a efectos de entrada y registro en el curso de una investigación penal?**

\* El derecho nacional español no contiene una definición de domicilio a efectos del proceso penal. Sí la ha formulado la jurisprudencia en el siguiente sentido (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1995):

«Como señala la S.T.S 32/95, de 19-1, se debe señalar que el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la CE no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho en la STC 22/84 que el derecho a la inviolabilidad del domicilio «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente —continúa la STC— el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello —concluye—, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella». La legislación ordinaria no ha concretado de una manera expresa el concepto constitucional de domicilio, como ámbito de intimidad protegible. Sin embargo, el art. 87.2 LOPJ demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada. Esta disposición reconoce la existencia de «domicilios» y de otros «edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular», es decir, que no constituyen morada en sentido estricto. Es claro, por lo tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar físicamente vinculado al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta permanencia.»

En conclusión, el concepto de domicilio del art. 18.2 CE, a los efectos que aquí interesan (la entrada y registro del mismo), es pues un concepto funcional, centrado en la idea de *lugar en el que se ejerce el derecho a la vida privada personal y familiar de forma más intensa* o al *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, y, por tanto, no es coincidente con los conceptos de domicilio propios del Derecho Civil ni del Derecho

Administrativo, ni tampoco necesariamente coincidente con los de *morada* y de *casa habitada* empleados por el Código Penal (DE LLERA).

### **3.B.4 ¿Existen en su país diferencias entre la protección del domicilio y de otros espacios cerrados? De existir, ¿podría especificar en qué consisten las diferencias?**

\* La protección del domicilio y de los lugares asimilados exige que para la entrada medie autorización del titular o autorización judicial, mientras que para la entrada en otros lugares cerrados basta que la Policía justifique convenientemente la necesidad de la entrada y registro en el curso de una investigación penal sin necesidad de contar con la previa autorización judicial.

### **3.B.5 ¿Son en su país objeto de protección espacios cerrados cuyo titular sea una persona jurídica?**

\* Sí. Según la STC 137/1985:

«3.- Ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas. Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que — suele ponerse de relieve— también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluya en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona Jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezca o sea incompatible con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo.»

C) Circunstanciales

### **3.C.1 ¿Pueden acordarse en su país entradas y registros en el curso de investigaciones previas a la apertura de un proceso penal?**

\* No, salvo las expresamente previstas en la legislación que regula la actividad del Centro Nacional de Inteligencia

### **3.C.2 ¿La diligencia de entrada y registro puede acordarse en cualquier proceso penal o está sujeta a un mínimo de gravedad de la infracción objeto de procedimiento o a una lista cerrada de delitos?**

\* Aunque la ley no establece un límite mínimo, el principio de proporcionalidad ha llevado a la jurisprudencia a advertir que la entrada y registro debe acordarse como regla general en procedimientos por delitos graves.

D) Formales

**3.D.1 ¿Qué requisitos formales debe tener la resolución en que se acuerde la entrada y registro?**

\* Debe ser acordada por el Juez competente, que es el Juez de Instrucción encargado de la investigación penal en el procedimiento en el que se acuerde la entrada y registro.

\* Debe ser escrita.

\* Debe revestir la forma de auto y ser, consiguientemente, motivada. La motivación debe contener las razones que conducen a acordar la entrada y registro y la finalidad que pretende lograrse con la medida.

\* La resolución debe contener, al menos, indicación expresa del lugar que ha de ser registrado, del momento en que ha de practicarse el registro, explicando las razones que concurren para acordarlo de noche si así se dispusiera, y el funcionario o funcionarios que han de practicarlo.

**3.D.2 ¿Son distintos los requisitos formales cuando la autoridad que acuerda la entrada y registro no es una autoridad judicial?**

\* Sí, entre otras razones porque cuando la Policía acuerda la entrada y registro en casos de delito flagrante no puede haber, por razón de las circunstancias, resolución previa motivada. En estos casos la justificación se expone por escrito y a posteriori.

**3.D.3 ¿Se exige siempre motivación a la resolución que acuerda la entrada y registro?**

\* Sí

**3.D.4 ¿Es precisa en su país la notificación al interesado de la resolución en que se acuerde la entrada y registro?**

\* Sí, salvo que se desconozca la identidad del morador o moradores.

**3.D.5 ¿Existe en su país alguna disposición o limitación relativa al momento del día en que deba acordarse la práctica de la entrada y registro?**

\* Sí. Preferentemente debe practicarse de día, salvo que razones justificadas aconsejen practicar la diligencia de noche.

*4. Control de la decisión de entrada y registro*

**4.1 ¿Prevé el ordenamiento de su país la posibilidad de recurrir la resolución en que se acuerde la entrada y registro?**

\* Sí, cuando es la autoridad judicial la que acuerda la medida.

**4.2 En caso afirmativo ¿podría indicar los presupuestos del recurso, el órgano competente para conocerlo y el plazo para interponerlo?**

\* En principio cabe recurso de queja, que no está sujeto a plazo de interposición, y que puede ser interpuesto por cualquiera de las partes personadas. No obstante, parece oportuno advertir que, de ordinario, el auto de entrada y registro se acordará en el curso de instrucciones declaradas secretas por lo que sólo podrá interponer recurso el Ministerio Fiscal. Aun en estos casos, la interposición de recurso no suele ser frecuente, ya que el auto suele acordarse para su práctica inmediata, a lo que se añade que el recurso no tiene efecto suspensivo. Puede, una vez practicado el registro y notificada la resolución a las partes junto con el acta, interesarse por cualquiera de ellas la nulidad por falta de presupuestos en la adopción de la medida o en el procedimiento de práctica.

*5. La práctica del registro*

A) Requisitos subjetivos

**5.A.1 ¿Quiénes, según su derecho nacional, deben estar necesariamente presentes durante la diligencia de registro?**

\* El Juez de Instrucción, que puede delegar en funcionarios de Policía Judicial.

\* El Secretario

\* El interesado, la persona designada por él, o en su defecto dos testigos.

**5.A.2 Además de las personas que necesariamente deben presenciar el registro ¿prevé su ordenamiento jurídico la posible presencia de otras personas? En caso afirmativo ¿podría indicar quiénes pueden presenciar el registro?**

\* No está expresamente prevista, aunque nada impide que el Juez pueda acordar hacer acompañarse de expertos, o de personas cuya condición o conocimientos del lugar o de otras circunstancias faciliten el éxito de la diligencia.

**5.A.3 ¿Qué efecto produce la ausencia de alguna de las personas que según su legislación deben estar presentes durante la práctica del registro?**

\* La nulidad de la diligencia y, como regla general, la de las demás diligencias que deriven de ella.

B) Requisitos de la actividad

**5.B.1 ¿Cuál es, en su ordenamiento jurídico, el contenido posible de la diligencia de registro?**

\* La detención de personas

\* La intervención del cuerpo del delito y, en general, la obtención de fuentes de prueba

**5.B.2 ¿Existen en su país límites legales o jurisprudenciales específicos, cautelas o requisitos especiales (ya sea en cuanto al contenido o al lugar) en materia de registro en lugar cerrado?**

\* Sí, cuando se trata de intervención de libros de comerciantes o de registros en archivos públicos o protocolos notariales.

**5.B.3 ¿Qué tratamiento tiene en su país el descubrimiento de los denominados hechos o hallazgos casuales?**

\* ¿Son recogidos en su regulación?

\* No

\* ¿Qué respuesta ha dado la jurisprudencia de sus tribunales a este problema?

\* Para que sean considerados como fuentes de prueba lícitamente obtenidas es preciso que el registro sea lícito y que su hallazgo sea comunicado de forma inmediata al Juez de Instrucción, quien determinará si se trata de hechos conexos que deban ser investigados en el proceso en el que se ha acordado la entrada y registro o, por el contrario, deben motivar la apertura de un procedimiento distinto por el Juez de Instrucción competente.

**5.B.4 ¿Se ha establecido en su país algún límite temporal a la duración del registro?**

\* No de modo taxativo

C) Requisitos formales

**5.C.1 ¿Está previsto en su ordenamiento el deber de documentación de la diligencia de registro?**

\* Sí

**5.C.2 En caso afirmativo ¿cómo debe documentarse la práctica del registro y quién tiene obligación de hacerlo?**

\* A través de un acta que levantará el Secretario Judicial y formarán todos los asistentes. Nada impide, al propio tiempo, la grabación en vídeo de la práctica del registro para dejar constancia de los hallazgos realizados y de las condiciones en que se han producido los mismos.

**5.C.3 ¿Cuál es el tratamiento que reciben los instrumentos y efectos intervenidos en el registro?**

\* Se trata de fuentes de prueba, denominadas prueba preconstituida.

*6. Eficacia probatoria de la entrada y registro*

**6.1 ¿Qué naturaleza tienen en su derecho nacional las averiguaciones, diligencias e intervenciones practicadas durante el registro?**

\* Se trata de fuentes de prueba preconstituida

**6.2 ¿Cómo se introducen en el juicio los datos, fuentes y evidencias obtenidas en el registro? ¿Pueden ser sometidas a contradicción?**

\* Se trata de fuentes de prueba cuya introducción en el juicio se realizará mediante la práctica del medio de prueba idóneo en cada caso. Si se trata, por ejemplo, de droga intervenida en un registro, la constancia de su intervención quedará reflejada mediante el acta y la declaración testifical de los agentes de policía que han intervenido en el registro. Por su parte, la calidad y cantidad de la droga será objeto de prueba pericial por el correspondiente servicio de toxicología, o por los grupos de policía científica.

**6.3 ¿Cuál es el régimen de la prueba ilícita aplicable a la entrada y registro en su país?**

\* El régimen ordinario consistente en que no producirán efectos las pruebas obtenidas o practicadas vulnerando el ordenamiento jurídico. En especial, no producirán efectos las pruebas obtenidas violentando directa o indirectamente los derechos o libertades fundamentales, ni las que de ellas traigan causa.

**5. Protección de la intimidad y tratamiento de datos personales relacionados con los procesos penales**

**Ignacio Flores Prada. Profesor de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla**

**I. Normativa nacional general**

**1. ¿Cuenta su país con normas que regulen la recogida y registro de datos personales en soporte físico, de modo que sea posible su tratamiento?**

\* Sí;

**2. En caso de existir ¿es acorde dicha normativa con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995?**

\* Sí

**3. ¿Podría indicar la fecha, rango y estructura fundamental de las normas que en su país regulan la protección de datos de carácter personal?**

\* Constitución española de 1978

\* Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

\* Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones

\* Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

\* Real Decreto 428/1993, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos

\* Real Decreto 156/1996, por el que se modifica el estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos

\* Real Decreto 994/1999, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal

\* Real Decreto 195/2000, por el que se establece el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados

**4. Si la normativa interna de su país fuera incompatible con la citada Directiva de 1995 ¿existe algún proyecto para su adecuación o, al menos, la voluntad de adecuarla en un futuro próximo?**

\* No es incompatible

## **II. Normativa nacional específica**

**1. ¿Existen en su país disposiciones que específicamente se ocupen de la protección de datos personales recogidos durante la tramitación de los procesos?**

\* Sí

**2. ¿Se refieren dichas normas de modo particular a los datos recabados durante la tramitación del proceso penal?**

\* Sí

**3. En caso de existir, ¿podría transcribir o adjuntar las disposiciones fundamentales de su derecho interno (tanto generales, como referidas en concreto al proceso penal) en materia de protección de datos personales recabados en el curso de los procesos?**

### **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal**

#### Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado. Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento. b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público. c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

2. El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

3. Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral. b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública. c) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del Régimen del personal de las Fuerzas Armadas. d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes. e) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia.

#### Artículo 7. Datos especialmente protegidos

1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

#### Artículo 11. Comunicación de datos

1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley. b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique. d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o

Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas. e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

#### Artículo 22. Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

1. Los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente, estarán sujetos al régimen general de la presente Ley.

2. 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, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.

3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales.

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará 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.

#### Artículo 23. Excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación

1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior podrán denegar el acceso, la rectificación o cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

2. Los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras.

3. El afectado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados anteriores podrá ponerlo en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o del Organismo competente de

cada Comunidad Autónoma en el caso de ficheros mantenidos por Cuerpos de Policía propios de éstas, o por las Administraciones Tributarias Autonómicas, quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.

Artículo 24. Otras excepciones a los derechos de los afectados

1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales. (*Resultado STC 292/2000, de 30 de noviembre*)

### **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**

Artículo 230.

1. Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la LO 5/1992 de 29 octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.

2. Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

3. Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.

4. Las personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses podrán relacionarse con la Administración de Justicia a través de los medios técnicos a que se refiere el apartado primero cuando sean compatibles con los que dispongan los Juzgados y Tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate.

5. Reglamentariamente se determinarán por el Consejo General del Poder Judicial los requisitos y demás condiciones que afecten al establecimiento y gestión de los ficheros automatizados que se encuentren bajo la responsabilidad de los órganos judiciales de forma que se asegure el cumplimiento de las garantías y derechos establecidos en la LO 5/1992 de 29 octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Los programas y aplicaciones informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente aprobados por el Consejo General del Poder Judicial, quien garantizará su compatibilidad. Los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración en los términos que determine el Consejo General del Poder Judicial.

### **Reglamento 5/1995, del CGPJ, de 7 de junio, sobre Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales**

Artículo 77.

El presente Título se aplicará a los ficheros de datos automatizados de carácter personal dependientes de los Juzgados y Tribunales y del Consejo General del Poder Judicial.

#### Artículo 78.

1. Los ficheros automatizados a los que se refiere el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se formarán con los datos de carácter personal que figuren en los procesos de los que conozcan y con los que consten en los procedimientos gubernativos. Los primeros se denominarán ficheros de datos jurisdiccionales y los segundos ficheros de datos no jurisdiccionales.

2. En los ficheros de datos jurisdiccionales solamente se contendrán los datos de carácter personal que deriven de las actuaciones jurisdiccionales y, en particular, los siguientes:

a) Los que en atención a lo dispuesto en las leyes procesales sean necesarios para el registro e identificación del procedimiento o asunto jurisdiccional con el que se relacionan.

b) Los que sean necesarios para la identificación y localización de quienes pudieran tener derecho a intervenir como parte.

c) Los necesarios para la identificación de quienes asuman las labores de defensa o representación procesal o intervengan en cualquier otra calidad en el procedimiento o asunto.

d) Los que exterioricen las resoluciones dictadas y las actuaciones en él realizadas.

e) Los derivados de la instrucción o tramitación de las diligencias judiciales.

3. En los ficheros de datos no jurisdiccionales solamente se contendrán los datos de carácter personal que deriven de los procedimientos gubernativos, así como los que, con arreglo a las normas administrativas aplicables, sean definitorios de la relación funcionarial o laboral de las personas destinadas en tales órganos y de las situaciones e incidencias que en ella acontezcan.

#### Artículo 79.

Los datos de carácter personal que hayan de incorporarse a los ficheros de datos jurisdiccionales se recogerán de los documentos o escritos que obren en el procedimiento o asunto o de las actuaciones que, con sujeción a las normas procedimentales, se realicen en ellos. En los ficheros de datos no jurisdiccionales, los datos se obtendrán directamente de los afectados y en los casos en los que la ley así lo permita y dentro de los límites por ella establecidos, de los órganos competentes sobre los cuerpos o carreras a los que pertenezcan.

#### Artículo 80.

Los datos de carácter personal incorporados se conservarán en tanto su supresión no sea ordenada por una decisión judicial o de los órganos de gobierno propios del Poder Judicial dictada en ejercicio de sus competencias gubernativas. No obstante, se eliminarán del fichero, a medida que se culminen los trabajos periódicos de cancelación, los datos reflejados en las actuaciones procedimentales que el propio sistema identifique como sujetas a un plazo de caducidad informática.

#### Artículo 81.

Sólo por aplicación de las normas de cooperación jurisdiccional, o de competencia territorial, objetiva o funcional, o de organización de los servicios, que determinen la atribución del conocimiento del asunto o procedimiento, o de alguna de sus incidencias, o la realización de actuaciones determinadas, a un órgano jurisdiccional o gubernativo distinto, podrá producirse la cesión a éste de los datos de carácter personal recogidos en los ficheros propios de otro órgano.

#### Artículo 82.

De los ficheros automatizados de los órganos judiciales unipersonales será responsable el Secretario del Juzgado. De los ficheros dependientes de Tribunales será responsable el Secretario judicial que se indique en el acuerdo de creación o modificación.

#### Artículo 83.

Las Administraciones Públicas sólo podrán hacer uso de los productos extraídos del fichero, no de éste, en virtud de decisión previa y escrita que sus órganos adopten en cumplimiento de las competencias que les sean atribuidas por el ordenamiento jurídico. La decisión habrá de ser motivada y expresará, en todo caso, el fin o los fines para los que se necesita hacer uso de los productos que pretenden extraerse del fichero.

#### Artículo 84.

1. Los derechos de acceso, rectificación y cancelación podrán ejercerse por el afectado en la sede del órgano judicial o gubernativo titular del fichero y ante el responsable del mismo.
2. Esos derechos se ejercerán de conformidad con las normas establecidas en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de Junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, excepto cuanto se dispone en este artículo.
3. Se denegará el acceso a los datos de carácter personal registrados en un fichero dependiente de un Juzgado o de un Tribunal en el caso previsto en el artículo 14.3 de la mencionada Ley Orgánica 5/1992 y además cuando los datos afecten a unas diligencias judiciales penales que sean o hayan sido declaradas secretas.
4. El derecho de acceso no podrá ejercerse en perjuicio del derecho a la intimidad de personas distintas del afectado.
5. Los datos que reflejen hechos constatados en un procedimiento jurisdiccional o en un expediente gubernativo no podrán ser modificados o cancelados mediante el ejercicio de los derechos a los que se refiere este artículo.

#### Artículo 85.

Contra las resoluciones expresas o presuntas del responsable del fichero denegatorias del acceso, rectificación o cancelación que se haya solicitado, el afectado podrá interponer los recursos previstos en el artículo 4.3 de este Reglamento.

#### Artículo 86.

1. La creación, modificación y supresión de los ficheros automatizados de datos de carácter personal dependientes de los Juzgados y Tribunales tendrá lugar mediante acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en los diarios oficiales de las Comunidades Autónomas y se notificará a la Agencia de Protección de Datos.
2. El Consejo General del Poder Judicial adoptará dicho acuerdo a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

3. El acuerdo de creación, de modificación o de supresión de los ficheros se ajustará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre.

#### Artículo 87.

1. Los ficheros automatizados de datos de carácter personal dependientes del Consejo General del Poder Judicial se registrarán por las anteriores normas y por todas las demás de general aplicación, con las particularidades que resultan del presente artículo.

2. La propuesta para la creación, modificación o supresión de estos ficheros procederá del Secretario General.

3. El responsable de estos ficheros será el Secretario General y ante él se presentarán las solicitudes de acceso, rectificación o cancelación.

4. Contra las resoluciones denegatorias del ejercicio de estos derechos, cabrá reclamación ante la Comisión Permanente, que deberá interponerse dentro del plazo indicado en el artículo 4.3 de este Reglamento.

#### Artículo 88.

1. El Consejo General del Poder Judicial aprobará, a propuesta de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, los sistemas de seguridad física e informática de los ficheros automatizados de datos de carácter personal dependientes de los órganos judiciales existentes en las Comunidades Autónomas. A propuesta de sus Salas de Gobierno aprobará los de los ficheros dependientes de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. Asimismo, podrá el Consejo, previamente al diseño de esos sistemas, establecer las pautas a las que deban adaptarse.

2. La Comisión Permanente aprobará los sistemas de seguridad de los ficheros dependientes del Consejo General del Poder Judicial.

### III. Tratamiento de datos

#### A) Creación de ficheros

**1. ¿Está en su país atribuida expresamente la competencia para acordar la creación, modificación o supresión de ficheros (categorías de ficheros) automatizados de datos personales provenientes de actuaciones judiciales?**

\* Sí

**2. En caso afirmativo ¿a quién está atribuida dicha competencia?**

\* Al Consejo General del Poder Judicial

**3. La decisión de crear, modificar o suprimir ficheros ¿es una decisión pública? ¿conocen los ciudadanos los ficheros de datos personales con los que trabaja la Administración de Justicia?**

\* Sí

**4. ¿Existe en su país una autoridad nacional encargada de coordinar la protección de datos personales?**

\* Sí

**5. La decisión de crear, modificar o suprimir ficheros de datos personales relacionados con la actividad procesal ¿debe ser notificada a alguna autoridad nacional de control en materia de protección de datos?**

\* Sí

**6. La decisión de crear un fichero de datos personales vinculados con la actividad jurisdiccional ¿debe incluir los detalles relativos al tipo de datos recabados, al**

**posible tratamiento y al régimen de protección, control y tutela de los datos en él incluidos?**

\* Sí

**7. La decisión de crear un fichero de datos personales recabados en el curso de un proceso penal ¿está en su país sujeta a condiciones especiales en cuanto a contenido o notificación pública?**

\* Sí

**8. ¿Qué ficheros de datos personales relacionados con el proceso penal han sido creados en su país?**

\* Ficheros de datos jurisdiccionales recabados por los órganos jurisdiccionales en la tramitación de los procesos penales en cada Juzgado o Tribunal

\* Ficheros policiales de datos relacionados con la investigación y persecución de delitos y faltas (Orden del Ministerio del Interior 3764/2004, de 11 de noviembre).

\* Ficheros de datos de población penitenciaria recabados en el tramitación de la ejecución de penas privativas de libertad.

*B) Contenido de la información recogida en el curso del proceso penal*

**1. En su país ¿qué datos personales vertidos en un proceso penal pueden ser registrados y tratados?**

\* Según dispone el art. 87 del Reglamento del CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales

1. Los ficheros automatizados a los que se refiere el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se formarán con los datos de carácter personal que figuren en los procesos de los que conozcan y con los que consten en los procedimientos gubernativos. Los primeros se denominarán ficheros de datos jurisdiccionales y los segundos ficheros de datos no jurisdiccionales.

2. En los ficheros de datos jurisdiccionales solamente se contendrán los datos de carácter personal que deriven de las actuaciones jurisdiccionales y, en particular, los siguientes:

a) Los que en atención a lo dispuesto en las Leyes Procesales sean necesarios para el registro e identificación del procedimiento o asunto jurisdiccional con el que se relacionan.

b) Los que sean necesarios para la identificación y localización de quienes pudieran tener derecho a intervenir como parte.

c) Los necesarios para la identificación de quienes asuman las labores de defensa o representación procesal o intervengan en cualquier otra calidad en el procedimiento o asunto.

d) Los que exterioricen las resoluciones dictadas y las actuaciones en él realizadas.

e) Los derivados de la instrucción o tramitación de las diligencias judiciales.

3. En los ficheros de datos no jurisdiccionales solamente se contendrán los datos de carácter personal que deriven de los procedimientos gubernativos, así como los que, con arreglo a las normas administrativas aplicables, sean definatorios de la relación funcional o laboral de las personas destinadas en tales órganos y de las situaciones e incidencias que en ella acontezcan.

**2. ¿Existe alguna limitación en cuanto a los datos que pueden ser recogidos? ¿existen datos de registro prohibido?**

\* La Ley no contiene ninguna exclusión expresa, aunque sí cautelas para determinadas clases de datos

**3. Los datos personales que pueden ser recogidos en el curso de un proceso penal ¿incluyen fotografías, huellas, sonidos o voces?**

\* En determinadas ocasiones sí

*C) Procedimiento de recogida de datos*

**1. El procedimiento de recogida de datos en su país ¿es manual o automatizado?**

\* Automatizado con carácter general

**2. ¿Se registran en ficheros los datos personales en todos los procesos penales o sólo en algunos?**

\* En todos los procesos penales siempre y cuando los medios a disposición de la Administración de Justicia lo permita.

**3. Si sólo se registran en algunos procesos ¿podría indicar en cuáles?**

**4. ¿Podría indicar los datos comunes que se registran de cada persona que interviene en un proceso penal?**

\* Con carácter general el nombre, documento de identidad, edad, estado civil, profesión, domicilio. Cuando se trata de imputados se incluye además referencia a los antecedentes penales, fotografías, huellas dactilares y cualesquiera otros datos que en cada proceso se considere necesario recabar y consignar, incluyendo ideología, religión, orientación sexual, afiliación sindical, pertenencia o integración en asociaciones, corporaciones o personas jurídicas en general, así como datos relativos al origen racial y a la salud, siempre y cuando ello sea necesario a los fines de la investigación.

**5. A salvo de los derivados de su propia condición procesal ¿hay diferencia entre los datos personales que se registran respecto de los distintos intervinientes en el proceso?**

\* No

**6. De existir diferencias, ¿podría indicar quién aporta más datos al fichero y cuáles son los datos añadidos que dichas personas aportan?**

**7. ¿Conocen las personas que intervienen en un proceso penal que sus datos están siendo registrados en ficheros susceptibles de tratamiento?**

\* Tienen derecho a saberlo aunque no siempre en el momento en que dichos datos se incluyen en el fichero

**8. ¿Se solicita a los intervinientes en un proceso consentimiento para la incorporación de sus datos al fichero?**

\* No

**9. ¿Existen datos que obligatoriamente se incorporan a los ficheros y otros cuya incorporación está sujeta a consentimiento? De ser así, ¿podría indicar cuáles son unos y otros?**

\* No está prevista esta distinción en la Ley

**10. ¿Cuáles son las fuentes de las que se obtienen los datos registrados?**

\* De las actuaciones procesales y preprocesales desarrolladas por los tribunales, la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal

**11. Además de los documentos procesales ¿se acude a otros ficheros para completar los datos personales de los intervinientes en un proceso penal?**

\* Sí

*D) Manipulación de datos*

**1. Además del registro ¿qué otras operaciones de tratamiento están permitidas en relación con los datos personales recabados en el curso de un proceso penal?**

\* Consulta, cesión y tramitación del derecho de los afectados al acceso, rectificación y supresión.

**2. ¿Existen protocolos especiales para la manipulación de datos contenidos en imágenes, huellas, sonidos o voces?**

\* No en la LOPJ aunque sí existen disposiciones específicas en las normas que reglamentariamente regulan el funcionamiento de estos ficheros policiales.

#### *E) Conservación y cancelación de datos*

### **1. ¿Durante cuánto tiempo se conservan los datos personales registrados en el curso de un proceso penal?**

\* Según dispone el art. 80 del Reglamento del CGPJ de 1995

Los datos de carácter personal incorporados se conservarán en tanto su supresión no sea ordenada por una decisión judicial o de los órganos de gobierno propios del Poder Judicial dictada en ejercicio de sus competencias gubernativas. No obstante, se eliminarán del fichero, a medida que se culminen los trabajos periódicos de cancelación, los datos reflejados en las actuaciones procedimentales que el propio sistema identifique como sujetas a un plazo de caducidad informática.

### **2. ¿Existen datos que se conservan durante más tiempo que otros? ¿Depende el plazo de conservación de la cualidad del interviniente en el proceso penal?**

\* No está normativamente prevista esta posibilidad

### **3. En el caso de que la cancelación de los datos deba ser ordenada por una autoridad ¿a quién corresponde esa competencia en su país?**

\* A los Tribunales o a los órganos de gobierno interno del Poder Judicial

### **4. Una vez que los datos han sido cancelados ¿desaparecen físicamente del fichero sin que puedan recuperarse en el futuro?**

\* Sí, al menos es lo previsto en la normativa

### **5. ¿Existen procedimientos técnicos para impedir la reproducción de datos cancelados o suprimidos?**

\* Todavía no existe en España una reglamentación específica sobre seguridad de ficheros dependientes de órganos jurisdiccionales

#### *F) Publicidad de los datos*

### **1. ¿En el curso de un proceso penal, pueden hacerse públicos datos personales obtenidos durante la investigación? De ser posible ¿podría indicar los casos?**

\* La normativa no lo prevé aunque es una práctica relativamente habitual en la investigación para el descubrimiento de la identidad del presunto responsable

### **2. Una vez concluido un proceso penal ¿qué datos personales pueden formar parte de la publicidad de la resolución que ponga fin al procedimiento?**

\* Ninguno

### **3. En particular ¿figura en nombre y apellidos del condenado en las sentencias?**

\* Está expresamente prohibido por el art. 5bis. 3 del Acuerdo Reglamentarios 5/1995 del CGPJ, pese a que sí figuran los nombres de los intervinientes y partes en las sentencias del Tribunal Constitucional y en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **4. ¿Permite su ordenamiento la publicación de listas en las que aparezcan personas condenadas por determinada clase de delitos?**

\* Si está prevista la publicación de los nombres de los condenados en las sentencias, con más razón hay que considerar prohibida la publicación de listas de condenados

## **IV. Autoridades responsables**

#### *A) Responsables de ficheros*

### **1. ¿Quién es en su país la autoridad responsable de los ficheros de datos personales recabados por la Administración de Justicia en el curso de los procesos penales?**

\* El Consejo General del Poder Judicial

#### *B) Encargados del tratamiento*

**1. ¿Cuáles son en su país los órganos o entidades que tienen encomendado el tratamiento de los ficheros judiciales, siendo responsables de los centros, sedes, sistemas, programas y personal técnico que interviene en el tratamiento de los datos?**

\* Los Secretarios Judiciales

## **V. Tutela de los derechos de los interesados**

### *A) Acceso del interesado a los datos personales recogidos*

**1. ¿Pueden los interesados acceder al contenido de sus datos personales registrados en ficheros en el curso de un proceso penal?**

\* Sí, con las excepciones previstas en el art. 84 del Acuerdo Reglamentario de 1995.

**2. ¿Existen limitaciones temporales o de contenido en relación con el acceso de los interesados a sus datos personales registrados?**

\* Según lo previsto en el referido artículo 84:

1. Los derechos de acceso, rectificación y cancelación podrán ejercerse por el afectado en la sede del órgano judicial o gubernativo titular del fichero y ante el responsable del mismo.

2. Esos derechos se ejercerán de conformidad con las normas establecidas en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de Junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, excepto cuanto se dispone en este artículo.

3. Se denegará el acceso a los datos de carácter personal registrados en un fichero dependiente de un Juzgado o de un Tribunal en el caso previsto en el artículo 14.3 de la mencionada Ley Orgánica 5/1992 y además cuando los datos afecten a unas diligencias judiciales penales que sean o hayan sido declaradas secretas.

4. El derecho de acceso no podrá ejercerse en perjuicio del derecho a la intimidad de personas distintas del afectado.

5. Los datos que reflejen hechos constatados en un procedimiento jurisdiccional o en un expediente gubernativo no podrán ser modificados o cancelados mediante el ejercicio de los derechos a los que se refiere este artículo.

### *B) Procedimientos de actualización, rectificación y cancelación de datos*

**1. ¿Existe en su país un procedimiento para que los interesados puedan solicitar la actualización, rectificación o cancelación de sus datos personales registrados como consecuencia de la tramitación de un proceso penal?**

\* A lo ya señalado en la respuesta anterior hay que añadir dos consideraciones. En primer lugar, que la referencia a la LO 5/1992 hay que entenderla hecha a la nueva Ley orgánica de Protección de Datos de carácter Personal de 1999. En segundo lugar, que lo previsto en el art. 84 del Acuerdo Reglamentario de 1995 hay que completarlo con lo establecido en el art. 85 del mismo texto en lo que se refiere a los recursos contra las decisiones de acceso para modificación o cancelación:

Contra las resoluciones expresas o presuntas del responsable del fichero denegatorias del acceso, rectificación o cancelación que se haya solicitado, el afectado podrá interponer los recursos previstos en el artículo 4.3 de este Reglamento.

**2. En caso de existir ¿podría describir brevemente dicho procedimiento?**

### *C) Control y revisión de decisiones sobre la tutela de los derechos de los interesados*

**1. Contra las resoluciones expresas o presuntas del responsable del fichero, denegatorias del acceso, rectificación o cancelación que se haya solicitado, ¿podrá el afectado interponer recurso?**

\* Según se prevé en el art. 4.3 del Acuerdo Reglamentario de 1995

Sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo denegatorio del Secretario judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si, transcurridos dos días desde la solicitud, no hubiere recaído acuerdo expreso del Secretario, ni se hubiere expedido el testimonio o certificación solicitados, ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitar ante el Juez o Presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del Juez o Presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 4/1995, de 7 de Junio, de los órganos de Gobierno de Tribunales.

**2. En su caso ¿cuál es la autoridad competente para conocer de dicho recurso?**

\* El Juez o Presidente del correspondiente órgano jurisdiccional, decisión que a su vez será recurrible en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial, según lo previsto en el Reglamento 1/2000, de los Órganos del Gobierno de los Tribunales (que ha sustituido al Acuerdo Reglamentario 4/1995, citado en el apartado anterior).

**VI. Cesión de datos**

**1. ¿Permite su ordenamiento jurídico que sean cedidos los datos personales registrados en ficheros en el curso de un proceso penal?**

\* Sí

**2. De existir la posibilidad de ceder o transmitir dichos datos ¿podría indicar en qué casos pueden ser cedidos los datos, qué datos pueden ser cedidos y cuál es el procedimiento a seguir para proceder a la cesión?**

\* Según lo previsto en el art. 81 del Acuerdo Reglamentario 5/1995

Sólo por aplicación de las normas de cooperación jurisdiccional, o de competencia territorial, objetiva o funcional, o de organización de los servicios, que determinen la atribución del conocimiento del asunto o procedimiento, o de alguna de sus incidencias, o la realización de actuaciones determinadas, a un órgano jurisdiccional o gubernativo distinto, podrá producirse la cesión a éste de los datos de carácter personal recogidos en los ficheros propios de otro órgano.

**3. ¿Está prevista expresamente en su país la cesión internacional de datos personales recabados o generados en el curso de un proceso penal?**

\* Sí

**4. De estar prevista ¿podría indicar brevemente en qué casos se pueden ceder los datos, qué datos son susceptibles de cesión y cuál es el procedimiento para cederlos?**

\* Está prevista la cesión de datos pero no hay regulación específica interna que establezca el procedimiento de cesión, quedando este proceso sometido a la normativa europea vigente en materia de protección y tratamiento de datos personales.

**VII. Seguridad de los ficheros**

**1. ¿Cuentan en su país los ficheros de datos personales registrados en el curso de procesos penales con medidas de seguridad tanto físicas como informáticas?**

\* No hay por el momento regulación que recoja expresamente medidas específicas de seguridad de los ficheros jurisdiccionales más allá de las previsiones generales

contenidas en el Real Decreto 994/1999, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

**2. En caso afirmativo ¿podría indicar brevemente en qué consisten dichas medidas?**

—

**3. ¿Incluyen las medidas de seguridad la designación de responsables de seguridad tecnológica y seguridad funcional?**

\* En la actualidad el CGPJ tiene en marcha un borrador de reforma del Acuerdo de 1995 en materia de seguridad de ficheros de datos jurisdiccionales en el que se prevé expresamente la designación del responsable de los ficheros, del encargado del tratamiento, así como del responsable de seguridad tanto tecnológica como funcional

### **VIII. Infracciones y sanciones**

**1. ¿Tiene relevancia penal en su país alguna conducta relativa a la vulneración de la privacidad de datos personales registrados en el curso de los procesos penales?**

\* Sí

**2. En caso afirmativo ¿podría describir la conducta o conductas y las penas que llevan aparejadas?**

### **Artículo 197**

1. El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

**3. ¿Podría describir brevemente el régimen administrativo sancionador previsto en su país en materia de protección de datos personales registrados en el curso de los procesos penales?**

\* No existe un régimen sancionador específico para los ficheros jurisdiccionales de datos personales recabados en el curso de un proceso penal, sino que están sometidos al régimen general previsto en la LO 15/1999.

## **TÍTULO VII INFRACCIONES Y SANCIONES**

### **Artículo 43. Responsables**

1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley.
2. Cuando se trate de ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas se estará, en cuanto al procedimiento y a las sanciones, a lo dispuesto en el artículo 46, apartado 2.

### **Artículo 44. Tipos de infracciones**

1. Las infracciones se calificarán como leves, graves o muy graves.
2. Son infracciones leves:
  - a) No atender, por motivos formales, la solicitud del interesado de rectificación o cancelación de los datos personales objeto de tratamiento cuando legalmente proceda.
  - b) No proporcionar la información que solicite la Agencia de Protección de Datos en el ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas, en relación con aspectos no sustantivos de la protección de datos.
  - c) No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos, cuando no sea constitutivo de infracción grave.
  - d) Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la presente Ley.
  - e) Incumplir el deber de secreto establecido en el artículo 10 de esta Ley, salvo que constituya infracción grave.
3. Son infracciones graves:
  - a) Proceder a la creación de ficheros de titularidad pública o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos, sin autorización de disposición general, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente.
  - b) Proceder a la creación de ficheros de titularidad privada o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o entidad.
  - c) Proceder a la recogida de datos de carácter personal sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible.
  - d) Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.
  - e) El impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso y oposición y la negativa a facilitar la información que sea solicitada.

f) Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara.

g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo.

h) Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

i) No remitir a la Agencia de Protección de Datos las notificaciones previstas en esta Ley o en sus disposiciones de desarrollo, así como no proporcionar en plazo a la misma cuantos documentos e informaciones deba recibir o sean requeridos por aquél a tales efectos.

j) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

k) No inscribir el fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos, cuando haya sido requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos.

l) Incumplir el deber de información que se establece en los artículos 5, 28 y 29 de esta Ley, cuando los datos hayan sido recabados de persona distinta del afectado.

4. Son infracciones muy graves:

a) La recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta.

b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas.

c) Recabar y tratar los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar los datos referidos en el apartado 3 del artículo 7 cuando no lo disponga una Ley o el afectado no haya consentido expresamente, o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.

d) No cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos de datos de carácter personal cuando sea requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos o por las personas titulares del derecho de acceso.

e) La transferencia temporal o definitiva de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable sin autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos.

f) Tratar los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.

g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.

h) No atender, u obstaculizar de forma sistemática el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

i) No atender de forma sistemática el deber legal de notificación de la inclusión de datos de carácter personal en un fichero.

#### **Artículo 45.** *Tipo de sanciones*

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 100.000 a 10.000.000 de pesetas.
2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 10.000.000 a 50.000.000 de pesetas.
3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 50.000.000 a 100.000.000 de pesetas.
4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.
5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.
6. En ningún caso podrá imponerse una sanción más grave que la fijada en la Ley para la clase de infracción en la que se integre la que se pretenda sancionar.
7. El Gobierno actualizará periódicamente la cuantía de las sanciones de acuerdo con las variaciones que experimenten los índices de precios.

#### **Artículo 46. Infracciones de las Administraciones Públicas**

1. Cuando las infracciones a que se refiere el artículo 44 fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, el Director de la Agencia de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Esta resolución se notificará al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente y a los afectados si los hubiera.
2. El Director de la Agencia podrá proponer también la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran. El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas.
3. Se deberán comunicar a la Agencia las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.
4. El Director de la Agencia comunicará al Defensor del Pueblo las actuaciones que efectúe y las resoluciones que dicte al amparo de los apartados anteriores.

#### **Artículo 47. Prescripción**

1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.
2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.
3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor.
4. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

5. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

6. La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si el mismo está paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al infractor.

**Artículo 48. Procedimiento sancionador**

1. Por vía reglamentaria se establecerá el procedimiento a seguir para la determinación de las infracciones y la imposición de las sanciones a que hace referencia el presente Título. 2. Las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma agotan la vía administrativa.

3. Los procedimientos sancionadores tramitados por la Agencia de Protección de Datos, en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras Leyes, salvo los referidos a infracciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tendrán una duración máxima de seis meses. (*Artículo 82.2 Ley 62/2003, de 30 de diciembre*)

**Artículo 49. Potestad de inmovilización de ficheros**

En los supuestos, constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos. Si el requerimiento fuera desatendido, la Agencia de Protección de Datos podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

**6. Intercambio de información policial y de servicios de inteligencia.**

**Emilio Llera Suárez-Bárcena. Fiscal coordinador Audiencia Provincial de Sevilla.**

**A. Intercambio de informaciones a través del Sistema de Información Schengen.**

1. ¿Su país ha ratificado los Acuerdos de Schengen y Ámsterdam en materia de seguridad?

- En caso afirmativo:

c. ¿Ha realizado alguna reserva o declaración?

d. Si conoce algún supuesto práctico, ¿podría indicárnoslo?

- En caso negativo, ¿cree que tiene propósito de ratificarlos?

2. ¿El Derecho interno de su país prevé en alguna norma el intercambio de informaciones determinado en los Acuerdos de Schengen y Ámsterdam?

En caso positivo, indique cuales sean dichas normas. ¿Podría transcribimos los preceptos más relevantes?

2. ¿Las autoridades policiales de su país nutren de datos de interés policial el Sistema de Información Schengen (SIS) de manera normal, en los términos del Acuerdo de Schengen?

3. ¿Existe algún campo de los previstos por el Tratado de Ámsterdam y el Acuerdo de Schengen (personas u objetos) en los que su legislación interna dificulte o impida la aportación de datos al SIS?

En caso afirmativo:

- ¿puede indicar cuales son tales inconvenientes y las normas que dificulten o impidan la aportación de dichos datos?

(Indique de modo especial si tales dificultades derivan directamente de la Constitución de su país o de la legislación ordinaria).

4. ¿Qué autoridades de su país son las competentes para decidir que datos se introducen en el SIS?

5. ¿Cuáles son las informaciones del SIS más útiles para el sistema penal de su país?

¿Sobre personas, objetos, etc....?.

¿Conoce algún supuesto concreto que pueda consignar?

## **B. Intercambio espontáneo de información previsto en el artículo 7 del Convenio de asistencia judicial en materia penal.**

1. ¿Cuáles son las autoridades competentes de su país para valorar que la persecución o sanción del hecho al que se refiere la información transmitida es competencia del Estado receptor y decidir los intercambios espontáneos de información?

2. ¿El Derecho interno de su país impone alguna limitación al intercambio espontáneo de información?

En caso positivo:

- ¿cuáles son tales limitaciones? (Concrete, por favor, si tales limitaciones derivan directamente de la Constitución de su país o de otras normas internas).

- ¿Puede indicar algún supuesto concreto?

3. ¿Conforme a su Derecho interno, los intercambios espontáneos de información pueden extenderse a toda clase de infracciones penales y de infracciones de disposiciones legales?

En caso negativo indique que infracciones penales o de otra clase quedan excluidas.

4. ¿Conforme al Derecho interno de su país, el hecho de que las fuentes de prueba deriven de intercambios espontáneos de información policial inciden sobre la licitud de las pruebas obtenidas a través de las mismas?

5. ¿El Derecho interno de su país exige la imposición de condiciones específicas a la utilización de la información?

- En caso positivo: ¿puede indicar cuales sean tales condiciones de utilización?

- En caso negativo: ¿Las autoridades competentes para realizar el intercambio de información están legalmente habilitadas a imponer alguna condición de utilización? (Indique en tal caso cuales sean las más ordinarias).

### 7. Agentes encubiertos.

Vicente Carlos Guzmán Fluja. Catedrático de Derecho Procesal.

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros. Ayudante de Universidad (Dº Procesal).

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

### **1. Marco legal.**

a. ¿Podría transcribirmos las disposiciones legales y constitucionales más importantes sobre esta materia?

b. ¿Existe jurisprudencia relevante a este respecto? ¿Podría darnos las referencias?

### **2. Tipos de operación encubierta**

a. ¿Quién está legitimado para actuar como agente encubierto en su ordenamiento?

b. ¿Se concede al agente encubierto una identidad ficticia para actuar?

. En caso afirmativo, ¿qué autoridad es la competente para otorgarla? ¿Qué actuaciones quedan amparadas por la identidad supuesta?

. ¿Cuál es el tiempo máximo en el que se permite la utilización de la identidad supuesta?

c. ¿Cuántos tipos de operaciones encubiertas reconoce su ordenamiento (**operaciones de larga duración o de corta duración**)? ¿Reconoce su Estado la actuación de particulares como agentes encubiertos? ¿Existe alguna diferencia de regulación en uno u otro caso?

### **3. Autoridades competentes y características de la resolución para proceder a la intervención:**

a. ¿Quién es la autoridad competente para decretar una intervención de un agente encubierto? ¿Rige el principio de judicialidad? ¿Puede el fiscal o incluso la policía proceder a la autorización de la infiltración?

b. En el marco del Convenio de Asistencia Judicial de 2000 y en caso de haber ratificado su país dicho instrumento normativo, ¿quién o quiénes han sido designados como autoridades competentes?

c. Indique por favor los requisitos que debe cumplir la resolución.

### **4. Principio de proporcionalidad**

#### **4.1. Infracciones que dan lugar a la intervención**

¿Establece su Estado una lista de delitos en los que es posible la infiltración policial?

- a. ¿Se trata de una lista que enumera infracción por infracción?
- b. ¿Se trata de una cláusula general que limita la intervención a infracciones sancionadas con un mínimo de pena?
- c. ¿Se trata de un sistema mixto?
- d. ¿Se trata de una lista con carácter de *numerus clausus*?

#### **4.2. Formas de participación**

¿La actuación del agente encubierto se circunscribe a la delincuencia organizada?

¿Prevé su ordenamiento límites a la actuación del agente encubierto?

#### **4.3. Descubrimiento de hallazgos casuales**

¿Qué tratamiento tiene en su país el descubrimiento de los denominados hechos o hallazgos casuales?

- c. ¿Son recogidos expresamente en su regulación?
- d. En caso negativo, ¿qué tratamiento les da su jurisprudencia?

#### **4.4. Duración de la medida de infiltración.**

a. ¿Cuál es el tiempo máximo en el que se permite la infiltración policial en su país?

b. ¿Es posible prorrogar la medida?

En caso afirmativo, ¿se trata de un sistema de prórrogas ilimitado?

#### **4.5. Control de la medida**

El agente encubierto, ¿tiene la obligación de comunicar la información que vaya obteniendo a lo largo de su investigación?

En caso afirmativo, ¿quién es el órgano encargado de recibir dicha información? ¿Se prevé la utilización de agentes encubierto de enlace? ¿Cuál es el período de tiempo establecido para dicha comunicación?

#### **5. Tratamiento del material obtenido mediante la infiltración.**

a. ¿Cuál es el carácter del material obtenido?

b. ¿Es posible la declaración testifical del agente encubierto de manera oculta o a través de testigos de referencia?

c. Una vez finalizado el proceso, ¿prevé su ordenamiento algún tipo de protección para el agente encubierto?

#### **6. Derecho de defensa**

¿Existe en su país la obligación una vez terminada la investigación de notificar al sujeto que ha sido objeto de una infiltración policial?

- En caso afirmativo, ¿cuándo se procede a dicha notificación?

#### **7. Prueba prohibida**

¿Cuál es el régimen de la prueba prohibida en su país aplicado a la actuación de un agente encubierto?

#### **8. Responsabilidad del agente encubierto**

¿Prevé su ordenamiento la exención de responsabilidad del agente encubierto en los supuestos en que las actuaciones que realice sean consecuencia necesaria del desarrollo de su investigación, aun siendo aparentemente delictivas?

¿Se prevé en su ordenamiento que el agente encubierto responda penalmente por su actuación cuando ésta no sea consecuencia necesaria de la investigación?

#### **8. Prueba documental. Secreto bancario y secreto profesional.**

**Asunción Ribas. Secretaria Judicial. Audiencia Provincial de Barcelona.**

1. ¿Existen en su país Registros Públicos u Organismos con potestad para acreditar la identificación de bienes o en su caso su titularidad? ¿Los certificados emitidos por estos Organismos son otorgados por funcionarios a quienes se atribuye la Fe pública?

2. Admisión o equiparación en su país de cualquier tipo de soporte informático o audiovisual que exprese o incorpore datos como prueba documental. En su caso, ¿qué criterios sostiene la jurisprudencia sobre este extremo?

3. En relación a las tarjetas de crédito, ¿tienen éstas la consideración de documentos públicos o documentos privados? ¿Está protegida su falsificación o utilización fraudulenta?

4. Calificación de las actuaciones policiales. Eficacia y valoración en el acto del juicio oral.

5. ¿Qué valoración otorga su jurisprudencia a las fotocopias?

6. ¿Está prevista la elaboración o existencia de pruebas preconstituidas? ¿Adquieren estas pruebas carácter documental? Posición de la jurisprudencia en su caso.

7. Documentos mercantiles. ¿Admite su legislación la diferencia entre los documentos mercantiles en sentido amplio (todo documento que recoja una operación comercial), o bien en sentido restrictivo (es decir, se admiten solamente letras de cambio o títulos-valores que llevan aparejados procedimientos ejecutivos)?

8. Partiendo del principio de que un documento es un medio de prueba, y a su vez puede ser una pieza de convicción (objeto del delito), por ejemplo, en el delito de falsedades, ¿se exigen requisitos distintos para su incorporación a las actuaciones?

9. ¿Existen en su país profesionales a quienes les ampare el secreto profesional? Resuma por favor la legislación vigente al respecto.

a. ¿Cuales son las personas a quienes alcanza el secreto profesional?

b. ¿Existen límites al Secreto profesional?

c. ¿Cual es la postura de su jurisprudencia?

10. ¿Existe el secreto bancario en su país? Resuma por favor la legislación vigente al respecto.

a. ¿Existen límites al secreto bancario?

b. ¿Es necesaria algún tipo de resolución para la limitación del secreto bancario y acceder a los datos contables de una entidad bancaria?

c. ¿Qué tipo de resolución?

d. ¿Que órgano debe dictarla?

11. Además de la posibilidad de la obtención de datos, ¿es posible la intervención física de la documentación bancaria o sus soportes informáticos? ¿Es necesario el cumplimiento del algún requisito en esta intervención documental? En su caso, ¿cuál? ¿Que postura sostiene la jurisprudencia de su país al respecto?

12. ¿Existe en su país algún funcionario judicial que con independencia documente las actuaciones judiciales, y que en especial garantice la identificación e individualización de los documentos intervenidos, o cualquier clase de objeto intervenido durante la instrucción de las actuaciones penales?

### **9. Marcadores genéticos.**

**José Luis Albiñana Olmos. Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.**

I.- En los procesos penales de su país las intervenciones corporales (exploración de las zonas íntimas del cuerpo humano y extracción de muestras del mismo) se encuentran autorizadas :

- a) Por habilitación legal.
- b) Por criterios jurisprudenciales y de la justicia constitucional.
- c) No están autorizadas.

II.- La autorización se extiende a la práctica de :

- a) Radiografías
- b) Resonancias magnéticas
- c) Exploración física de vasos o huecos corporales (boca, vagina, ano)
- d) Muestras orina.
- e) extracción sangre.
- f) extracción muestras ADN
- g) extracción líquido cefalo-raquídeo
- h) Cualquier otra que se precise

III .- El alcance tiene sus límites en razón a :

A) El sujeto pasivo, que puede ser :

- a) Sólo el posible autor de la investigación.
- b) Puede extenderse, además, a la víctima.
- c) También puede extenderse a un tercero.

B) El hecho criminal perseguido :

- a) Se reservan para crímenes contra las personas sancionados con penas graves.
- b) Es posible para todo tipo de crímenes sancionados con penas graves.
- c) Es posible para todo tipo de delitos.
- d) Es posible también para infracciones sancionadas administrativamente, pero :

a) En este caso sólo caben las exploraciones corporales.

b) También caben las extracciones de muestras.

C) El momento procesal:

- a) Porque existe una investigación o instrucción penal abierta y bajo control judicial.
- b) Porque existe una investigación policial abierta por haber recibido la denuncia que justifica tal intervención.
- c) Porque no precisa proceso previo alguno, al tratarse de una medida preventiva.

D) En el caso de practicarse sobre el posible autor del hecho criminal perseguido o investigado, es necesario que :

- a) Se haya dirigido formalmente el proceso contra el mismo, para declararle imputado o acusado por el hecho punible perseguido
- b) Se trate de un simple sospechoso, sin necesidad de haber dirigido todavía contra el mismo el proceso.
- c) Ni siquiera es preciso que sea sospechoso.

E) No tiene ninguno de estos límites.

IV.- La diligencia de intervención es necesario que sea autorizada por :

- a) Un Juez, bien de Instrucción o bien de garantías.
- b) El Ministerio Fiscal.
- c) La Policía Judicial.
- d) Las Fuerzas de Seguridad del Estado.

V.- En la realización de estas diligencias es preciso que :

- a) Sean adoptadas las medidas que preserven la intimidad y la asistencia sanitaria de los sometidos a las mismas.
- b) No sea adoptada medida especial alguna para practicarse por la policía.
- c) Se haga intervenir personal sanitario para la extracción de muestras del organismo.

VI.- En relación a las muestras de ADN está regulado en su país :

- a) La creación de un banco de muestras bajo control oficial. Y el control se ejerce por :
  - a) El poder judicial.
  - b) La Autoridad Policial.
  - c) Una Autoridad oficial
- b) El simple depósito en los archivos forenses.
- c) El simple depósito en los laboratorios autorizados.
- d) Su destrucción o abandono.

VII.- Este tipo de diligencias tiene para el proceso penal el valor jurídico de :

- a) Prueba anticipada y preconstituída.
- b) Prueba pericial.
- c) Prueba documental, identificada así por el soporte documental en donde sea consignada su realización y resultados.

VIII .- Sobrepasar los límites señalados por la legalidad en su país o autorizados por la práctica forense, supone :

- a) Declarar la ilicitud de la prueba obtenida
- b) Estimar vulnerado un derecho constitucionalmente amparado.
- c) Ambas

IX .-La reclamación contra esa extralimitación provoca en su país :

- a) Su reclamación dentro del proceso penal, tanto por la parte agraviada como, en su caso, por el propio Ministerio Fiscal.
- b) Su reparación por la Justicia constitucional, para declarar violado algún derecho fundamental de protección obligada por los Poderes Públicos. Y en este caso, cuál :
  - a) Derecho a la intimidad corporal.
  - b) Derecho a la integridad corporal.
  - c) Derecho a la dignidad de la persona.
- c) Las dos vías anteriores, de modo sucesivo en el caso de no prosperar la primera.