

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO FISCAL

- 4242** *Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.*

Índice

1. Introducción.
2. Alcance de la medida.
3. Ámbito objetivo de aplicación.
4. Presupuestos.
5. Contenido de la resolución judicial.
6. Control de la medida.
7. Duración y cese de la medida.
8. Otras consideraciones derivadas de la aplicación de las disposiciones generales.
 - 8.1 Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales.
 - 8.2 Destrucción de registros.
 - 8.3 Acceso de las partes a las grabaciones.
 - 8.4 Comunicaciones entre abogado y cliente y agente encubierto.
9. Cláusula de vigencia.
10. Conclusiones.

1. Introducción

La técnica de investigación consistente en grabar a través de micrófonos ambientales ha sido empleada en ocasiones en los últimos años, sobre todo, en el caso de investigaciones especialmente complejas. La utilización de esta forma de investigación se venía considerando como una modalidad de intervención de las comunicaciones amparada por el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), únicamente sujeta a la correspondiente autorización judicial debidamente motivada (en este sentido, SSTS n.º 173/98, de 10 de febrero; 354/2003, de 13 de marzo; 419/2013, de 14 de mayo; 793/2013, de 28 de octubre). Así lo asumió, también, la Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas que, no obstante reconocer que la medida carecía de regulación específica en nuestra LECrim, propugnaba su utilización restringida a los supuestos en los que sea imprescindible la diligencia por carecerse de otras posibilidades cuando además los hechos que motivan las pesquisas sean graves.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) vino admitiendo la utilización de esta forma de investigación, no sin dejar de advertir que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entraba en el campo de aplicación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) (SSTEDH de 12 de mayo de 2000, caso Khan contra Reino Unido; 25 de septiembre de 2001, caso P.G y J.H. contra Reino Unido; 5 de noviembre de 2002, caso Allan contra Reino Unido; 27 de abril de 2004, caso Doerga contra Holanda y 20 de diciembre de 2005, caso Wisse contra Francia). Este encuadramiento sistemático en el art. 8 se traducía en la consideración de que una medida de investigación como esta, que supone una grave intromisión en la vida privada, debería siempre resultar amparada por una Ley dotada de una especial precisión que

estableciera reglas claras y detalladas sobre cuándo y bajo qué circunstancias podría adoptarse (STEDH de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia).

Esta situación la falta de regulación específica de la medida que ponía de manifiesto la Circular 1/2013 y la afectación del art. 8 CEDH-, fue la que vino a constituir el fundamento de la STC n.º 145/2014, de 22 de septiembre, que declaró la nulidad de las grabaciones obtenidas mediante la colocación de unos micrófonos en una celda de una comisaría por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones y que constituye el antecedente inmediato y directo de la regulación contenida en los arts. 588 quater a, a 588 quater e LECrim.

Efectivamente, la necesidad de otorgar cobertura legal a esta diligencia de investigación, cuyo uso se había venido incrementando de manera notable en los últimos años, constituyó una de las circunstancias que contribuyeron de manera decisiva a impulsar la reforma de la LECrim que se hizo efectiva con la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

La reforma ha introducido en la LECrim un Capítulo VI, dentro del Título VIII del Libro II que, a lo largo de cinco artículos, establece la cobertura legal necesaria para que el empleo de esta técnica de investigación pueda desarrollarse con pleno respeto a las exigencias del TEDH. Su adopción, según el preámbulo de la LO 13/2015, descansa en dos ideas clave: «La primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida». El alcance de estos principios, además de otras previsiones de carácter general aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, aparece regulado en el Capítulo IV del mismo Título, que ha sido objeto de análisis en la Circular 1/2019 que, como en la misma se indicaba, resultará de aplicación general a todas las medidas de investigación tecnológica y, por ello, a la que aquí se analiza.

2. Alcance de la medida

La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos puede llegar a limitar diversos derechos fundamentales. Es cierto que existe discrepancia doctrinal acerca de si las comunicaciones directas resultan amparadas por el art. 18.3 de la Constitución Española (en adelante, CE) (secreto de las comunicaciones) o por el art. 18.1 CE (intimidad); sin embargo, el legislador confiere a esta regulación la protección propia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, de naturaleza formal –se protege toda comunicación, con independencia de lo comunicado– frente a la naturaleza material del derecho a la intimidad –únicamente se protege el núcleo más reservado de cada individuo–.

La circunstancia de que la regulación permita la grabación simultánea de imágenes y sonido compromete, igualmente, el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Además, el art. 588 quater a admite, incluso, la grabación de imagen y sonido en el interior del propio domicilio, con lo que resultará también comprometido el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. A ello debe añadirse que, por su propia naturaleza, las grabaciones y filmaciones ambientales pueden afectar simultáneamente a varias personas, incluso del propio círculo familiar del investigado en el caso de que la medida se desarrolle en el interior del domicilio, por lo que la intromisión en el derecho a la intimidad a través de esta forma de investigación puede calificarse de particularmente intensa.

El alcance de la medida, en consecuencia, deberá ser especialmente considerado en la ponderación de los intereses en conflicto en el momento de su adopción, cobrando especial relevancia la justificación del principio de proporcionalidad, sobre todo, en las formas más graves e invasivas de aplicación de la medida. De esta manera, aunque los presupuestos para su adopción resultan coincidentes con los que se establecen para la interceptación de comunicaciones, las circunstancias concretas del caso y la extensión

que se establezca para la medida deberán ser especialmente valoradas en el momento de su adopción a la luz de los principios rectores del art. 588 bis a.

Pero, además de los derechos fundamentales que pudieran resultar comprometidos por la utilización de la medida en determinadas circunstancias, el concreto contenido de lo captado o grabado puede también limitar derechos reconocidos constitucionalmente. Sería el caso de la captación o grabación de una conversación en la que el sospechoso de la comisión de un delito reconociera su participación en el mismo, en el que podrían resultar comprometidos los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo, manifestaciones del genérico derecho de defensa (art. 24.2 CE).

Sobre este particular señalaba literalmente la Circular 1/2013: «Sin embargo, no sería lícita por contraria al derecho a no confesarse culpable, la utilización de un compañero de celda en connivencia con la policía para provocar la confesión y grabarla (SSTEDH de 12 de mayo de 2000 Khan contra Reino Unido y 25 de septiembre de 2001 P. G. y J. H. contra Reino Unido). En este sentido, la STS n.º 178/1996, de 1 de marzo, rechaza la validez de una grabación obtenida por uno de los coacusados de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarla como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestida de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable. También parece seguir esta tesis la STS n.º 513/2010, de 2 de junio, que subordina la validez a que la conversación entre los detenidos no fuera una trampa o una inducción».

La STS n.º 517/2016, de 14 de junio, señalaba sobre este extremo: «una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría de un hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás. En el primero de los casos no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión. En el segundo, lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido, lo que, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación, podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple «notitia criminis», necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso».

La grabación de una confesión, sin embargo, no afectará nunca al derecho de defensa cuando el reconocimiento de los hechos se haya realizado de manera espontánea o cuando la grabación la lleve a cabo un particular y no haya sido dirigida y autorizada por la autoridad judicial (STS n.º 421/2014, de 16 de mayo). En cualquier caso, no debe perderse de vista que la regulación que ahora se analiza comprende únicamente la autorización judicial para la captación y grabación de comunicaciones orales. La grabación clandestina por particulares de sus propias comunicaciones quedará fuera de esta regulación, no atentando nunca contra el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTS n.º 421/2014, de 16 de mayo y 250/2017, de 5 de abril) y afectando únicamente al derecho a la intimidad cuando «la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad» (STS n.º 421/2014, de 16 de mayo). Por ello, la admisión como prueba de una de estas grabaciones no requiere autorización judicial pero sí «un riguroso juicio de ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad» (STS n.º 793/2013, de 28 de octubre).

En otro orden de cosas debe atenderse a que lo que realmente caracteriza esta medida de investigación tecnológica es la utilización de dispositivos electrónicos de captación y grabación del sonido o de la imagen, no el conocimiento de lo comunicado. De este modo, ya la Circular 1/2013 recordaba la licitud de la incorporación al proceso de lo percibido directamente por un agente policial, sin valerse de artificio electrónico alguno

(con cita de las SSTS n.º 218/2007, de 5 de marzo y 591/2002, de 1 de abril). Esta licitud debe entenderse, igualmente, incluso en los casos en los que la conversación escuchada se hubiera desarrollado en un lugar privado, como el interior de una vivienda, si no se hubieran adoptado las cautelas oportunas para evitar su escucha desde el exterior sin el uso de artificios electrónicos (así debe entenderse por aplicación analógica de la STS n.º 329/2016, de 20 de abril).

Finalmente, debe precisarse que la regulación de la LECrim que se analiza tiene por objeto la utilización de dispositivos electrónicos de captación o grabación de sonido y, eventualmente, de la imagen, en el marco de la investigación criminal de determinados delitos. No están sujetos, por lo tanto, a esta regulación, los supuestos previstos en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, «por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos» que, conforme a lo previsto en su art. 1.1 tiene, esencialmente, una finalidad preventiva, ni tampoco la colocación de cámaras de videovigilancia por particulares, que deberá ajustarse a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. La captación y grabación de imágenes y sonido en estos casos se regirá por las leyes indicadas y la eventual incorporación al proceso de archivos de imagen o sonido captados entrará dentro de las facultades y obligaciones de la Policía Judicial que regula el art. 282 LECrim, siendo la prueba así aportada perfectamente valorable por el Tribunal (STS n.º 134/2017, de 2 de marzo).

3. *Ámbito objetivo de aplicación*

El art. 588 quater a establece todas las posibilidades que ofrece la medida de investigación tecnológica que se analiza que, ante el silencio del precepto, podrá ser solicitada por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal o adoptada de oficio por el Juez, conforme a lo previsto en el art. 588 bis b. El texto de la Ley se separa en este punto del Anteproyecto, que excluía la posibilidad de adopción de oficio por el Juez.

Comienza señalando el precepto que el Juez podrá autorizar tanto la utilización del dispositivo como su colocación. Esta precisión es importante, ya que la colocación de los dispositivos electrónicos podrá necesitar, en algunos casos, de autorización judicial, al invadir espacios de privacidad no accesibles para la Policía sin dicha autorización. El caso más evidente será el que regula el apartado segundo del propio precepto, que hace referencia a la necesidad de entrar en el interior de un domicilio, que expresamente requerirá autorización judicial ex art. 18.2 CE. Pero no es el único; piénsese, por ejemplo, en la colocación de un dispositivo en el interior de un vehículo, en el que el mandamiento del Juez dirigido al fabricante para que facilite a la unidad policial una copia de la llave del mismo facilitará la actuación. Igualmente, la colocación y la utilización tendrán un diferente alcance en aquellos casos en los que el Juez autorice la grabación de varios encuentros no consecutivos en el tiempo en los que, por motivos de seguridad y para evitar riesgos, los dispositivos de grabación queden instalados en el lugar durante el tiempo que transcurra entre los encuentros, debiendo garantizarse por la Policía Judicial la desactivación de los dispositivos en los momentos no comprendidos en la autorización judicial.

En estos casos y, especialmente, cuando se vaya a afectar la inviolabilidad domiciliaria, la resolución judicial habilitante deberá justificar, especialmente, la necesidad, utilidad, excepcionalidad y proporcionalidad, no ya de la medida, consustancial a todas las contenidas en el Título VIII, del Libro II LECrim, sino de la limitación de los ámbitos de intimidad que será necesario llevar a cabo para la colocación del dispositivo. También será exigible ese plus de justificación en los supuestos en los que la captación y grabación, con independencia del lugar concreto donde se ubiquen de los dispositivos, afecten a entornos o lugares especialmente buscados por la persona investigada para desarrollar su ámbito de intimidad.

Distingue también el precepto entre captación y grabación, con lo que se hace referencia, tanto a la escucha simultánea de las conversaciones mientras están teniendo

lugar, como a su conservación en un soporte adecuado. Se provee así de cobertura legal, conforme a las exigencias del TEDH, a una intromisión mayor en la intimidad del investigado, como es la grabación, que perpetúa en el tiempo la intimidad descubierta. En consecuencia, deberá la resolución judicial habilitante precisar su concreto alcance señalando si se autoriza solo la captación o también la grabación y fundamentando adecuadamente esa decisión.

El objeto concreto de la medida serán las comunicaciones orales directas captadas o grabadas por medio de dispositivos electrónicos. Su distinción con la interceptación de comunicaciones, por lo tanto, es clara; en el caso que se analiza, el sonido (y eventualmente la imagen) se capta por el dispositivo habilitado al efecto para recoger la imagen o sonido ambiente, mientras que, en la interceptación de comunicaciones, el sonido se capta a través del teléfono o medio de comunicación telemático intervenido. De ahí deriva que el micrófono ambiental pueda captar lícitamente conversaciones telefónicas (al menos, la parte de la conversación que emite el interlocutor que se encuentra en el lugar donde está instalado el micrófono) y que el teléfono pueda captar, también lícitamente, conversaciones ambientales, incluso antes de que el destinatario de la comunicación haya descolgado el teléfono (en este sentido, STS n.º 373/2016, de 3 de mayo).

En cuanto al dispositivo electrónico que se emplee no establece el precepto requisito alguno, salvo su aptitud para la captación y grabación. Aunque el supuesto más habitual será el uso de micrófonos o videocámaras de vigilancia, nada obsta a la utilización de cualquier otro dispositivo más complejo, como podría ser, por ejemplo, la cámara y el micrófono del propio ordenador del investigado activado a distancia mediante un software instalado para este fin. Conforme al art. 588 bis b, cuando la medida sea solicitada por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, deberá indicarse en la solicitud su forma de ejecución, lo que exigirá una mención al sistema que se pretenda utilizar para la grabación, sin que deba entenderse necesario una explicación técnica en profundidad del mismo.

Las únicas conversaciones susceptibles de captación y grabación a través de esta medida serán las que mantenga el investigado, pero no otras personas distintas, aunque pudieran resultar relevantes para la investigación. Esta afirmación requiere una aclaración. No cabe duda de que la autorización judicial habilita para la captación o grabación de las conversaciones que cualquier persona ajena a la investigación pudiera mantener con el investigado. Así lo prevé, con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica, el art. 588 bis h; es lo que, como se indicaba en la Circular 1/2019, denomina la doctrina jurisprudencial «recogida de arrastre». Sin embargo, no será posible, de manera análoga a lo que autoriza el art. 588 ter c para la interceptación de comunicaciones, captar o grabar conversaciones de un tercero del que se sirva el sujeto investigado para transmitir o recibir información o que colabore con el investigado o que se beneficie de su actividad. En estos casos, o se convierte a este tercero en investigado, justificando en la resolución judicial que autorice la medida las sospechas que pudieran existir sobre él, o no se podrán captar o grabar sus comunicaciones orales directas. Así resulta de la interpretación conjunta de los arts. 588 bis h y 588 quater a.

No ha establecido limitación el legislador en cuanto al lugar en que se desarrollen las conversaciones cuya captación o grabación puede autorizar el Juez. Prevé el precepto que será necesaria autorización judicial para captar o grabar comunicaciones en lugares públicos y que esa autorización judicial podrá extenderse a las conversaciones que pudieran tener lugar en cualesquiera otros lugares cerrados, incluido el interior de un domicilio. Aunque la amplitud de la regulación ha sido objeto de críticas, al entender que la posible captación o grabación de comunicaciones en el interior de un domicilio supone una excesiva intromisión en el derecho a la intimidad del investigado, no debe perderse de vista que la concreta extensión de la medida, en cada caso particular, deberá estar justificada conforme a los principios rectores que regula el art. 588 bis a. De esta forma, aquellos casos que supongan una mayor limitación de los derechos del investigado, al

invadir más gravemente su intimidad, deberán resultar siempre proporcionados a la mayor gravedad de la conducta delictiva que se investiga y, al mismo tiempo, condicionados por la excepcionalidad y necesidad de la medida, esto es, que se justifique que no puede avanzarse en la investigación sin el recurso a la medida, lo que deberá siempre reflejarse en la resolución judicial que autorice la diligencia de investigación.

La grabación o captación de comunicaciones en lugares públicos deberá ser siempre autorizada por el Juez. Aunque parezca un contrasentido que, como se ha indicado, la comunicación pueda ser escuchada directamente por un agente policial sin necesidad de autorización judicial y, sin embargo, no pueda recurrirse a su grabación –que dotaría de mayores garantías a la prueba en beneficio del investigado– sin esa autorización judicial, se trata de una opción legislativa que únicamente cederá en los supuestos en los que la grabación se limite a las imágenes del investigado sin grabar al mismo tiempo el sonido (art. 588 quinquies a). La grabación de cualquier comunicación oral, por lo tanto, requerirá siempre autorización judicial, aunque se trate de conversaciones que puedan ser directamente escuchadas sin el uso de dispositivo alguno.

Finalmente, prevé el precepto que la autorización judicial para la captación o grabación del sonido pueda extenderse también a la captación y grabación de imágenes. Por un lado, la inclusión de imágenes en la práctica de la medida supone una intromisión mayor en la intimidad de los afectados, pero, por otro, supone una mayor garantía de la prueba, al eliminar dudas que pudieran suscitarse con la simple audición de la conversación, tales como la identidad de los interlocutores o el sentido de la conversación en atención a la actitud de los mismos. Estas circunstancias deberán ser igualmente valoradas en la resolución judicial habilitante, que habrá de justificar la necesidad y procedencia de la grabación de las imágenes como complemento del sonido.

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

4. Presupuestos

Los presupuestos para la adopción de la medida aparecen regulados en el art. 588 quater b. Es aquí donde se recoge la principal especialidad de esta diligencia de investigación tecnológica y que la distingue claramente de cualquier otra: únicamente podrá autorizarse para la captación y grabación de uno o varios encuentros concretos que pueda tener el investigado con otras personas. Es decir, no solo el límite temporal de adopción de la medida viene condicionado por la duración del o de los encuentros concretos (a diferencia de la fijación de un plazo predeterminado, como ocurre con otras medidas), sino que la propia adopción de la medida viene condicionada por la existencia de esos encuentros.

El principal problema que plantea esta previsión es la interpretación de lo que debe entenderse por encuentro concreto o, en particular, precisar el grado de concreción que debe darse para que la adopción de la medida resulte ajustada a la regulación legal.

El preámbulo de la LO 13/2015 contrapone la captación y grabación de conversaciones orales que tengan lugar en encuentros concretos, con aquellas que lo sean en encuentros de carácter general o indiscriminado, reflejando así el concepto de concreción que define la RAE (lo opuesto a lo abstracto y general). Además, tanto el precepto que se analiza como el preámbulo de la Ley hacen depender el concepto de concreción –en contraposición a la generalidad o indiscriminación– de la existencia de indicios que hagan previsible el encuentro. De esta manera, será concreto el encuentro que pueda preverse como consecuencia de los indicios recabados. Se trata de no permitir la colocación general e indiscriminada de micrófonos y cámaras sin que exista un fundamento que justifique cada caso. Así como en el supuesto de las interceptaciones telefónicas se permite captar todas las comunicaciones para después seleccionar las que puedan resultar relevantes para la investigación, en este caso, se trata de autorizar únicamente la captación y grabación de las conversaciones relevantes y no del resto. Como elementos que influyen también en la concreción del encuentro, el art. 588 quater c exige que en la resolución judicial que autorice la medida se especifique el lugar o dependencia y los encuentros precisos que serán sometidos a vigilancia.

Por otro lado, el respeto a los principios rectores impone la delimitación subjetiva del ámbito de la investigación, determinando las personas que participan en el delito que se investiga; en consecuencia, la captación y grabación de un encuentro concreto pasa por precisar subjetivamente los intervinientes en ese encuentro, aunque no resulte necesaria la identificación nominal de cada uno de ellos.

Ahora bien, igual que el principio de especialidad no exige una identidad plena entre el hecho investigado y el descubierto, el encuentro concreto que resulte previsible tampoco exige una coincidencia precisa entre lo previsto y lo ocurrido, pues como ha declarado la STS n.º 412/2011, de 11 de mayo, el objeto del proceso es «un hecho de cristalización progresiva».

De esta manera, se puede concluir que serán tres los elementos o criterios que van a precisar o concretar el encuentro, haciendo que el mismo no sea genérico y que, por lo tanto, la captación o grabación de sus conversaciones o imágenes no pueda ser considerada indiscriminada.

En primer lugar, será necesaria una precisión o concreción locativa. Como indica el art. 588 quater c, deberá concretarse el lugar o dependencias donde se va a captar o grabar la imagen o el sonido y, para ello, deberán existir indicios previos acerca del lugar donde vaya a celebrarse el encuentro. Ello no impide que puedan existir encuentros deslocalizados (aquellos en los que el lugar exacto de la reunión resulte irrelevante) u otros en los que, conociéndose que va a existir una reunión, se desconozca con antelación el lugar preciso de su celebración, previéndose, por ejemplo, que el dispositivo electrónico vaya a ser ocultado en el cuerpo de uno de los asistentes a la misma (como podría ser el caso de un agente encubierto); de lo que se trata es de individualizar la reunión, evitando que la autorización pudiera dar cobertura a investigaciones prospectivas.

En segundo lugar, será necesaria una precisión o concreción subjetiva, esto es, de las personas que previsiblemente asistirán a la reunión. En este caso no resultará indispensable la identificación precisa de todos y cada uno de los asistentes. La LECrim únicamente exige la asistencia a la reunión del investigado, al ser el único cuyas conversaciones pueden ser captadas o grabadas; la identificación del resto de los asistentes únicamente tiene la finalidad de individualizar la reunión, evitando grabaciones indiscriminadas de las reuniones que, en general, pudiera celebrar el investigado. En consecuencia, deberá resultar suficiente con menciones identificativas amplias o genéricas, como ocurre en el caso del principio de especialidad.

Finalmente, deberá existir una precisión o concreción temporal que delimite el momento en el que el encuentro va a tener lugar, evitando -de nuevo- de este modo la

aplicación genérica de la medida. Es decir, deberán aportarse indicios de que el o los encuentros que el investigado va a celebrar, se producirán en un momento o lapso temporal determinado. La concreción que exige el legislador en relación con este elemento temporal va a venir determinada por la existencia de indicios que precisen la previsibilidad de los encuentros, independientemente del lapso temporal a lo largo del cual vayan a tener lugar. Aunque se desconozca el momento exacto del encuentro, será concreto si indiciariamente puede preverse su existencia. De esta manera, tan concreto resultaría la previsión de un encuentro en un día y hora determinado, como, por ejemplo, la previsión de los encuentros que el investigado vaya a tener con su asesor contable, en la oficina de este, en los 30 días siguientes a la adopción de la medida.

En particular, suele ser frecuente, en el caso de organizaciones o grupos criminales, que sus integrantes mantengan reuniones periódicas en lugares concertados previamente con la finalidad de preparar y desarrollar su actividad delictiva, evitando de esta forma una eventual interceptación de sus comunicaciones. Se trataría, por ejemplo, de reuniones una vez a la semana en el interior de un vehículo o en un determinado establecimiento público. En estos casos, si conforme a lo anteriormente expuesto puede concretarse el lugar y las personas asistentes a la reunión, bastaría con la aportación de indicios fundados acerca de la previsibilidad de esos encuentros (como podría ser su repetición en varias ocasiones rodeados de medidas de seguridad), para considerarlos concretos en el lapso temporal al que alcance esa previsibilidad (una o varias semanas, por ejemplo) (este es el caso que analiza el AAP de Madrid, Sección Decimosexta, de 28 de junio de 2017).

Como ya se adelantaba, en los casos de sucesión de varios encuentros concretos durante un lapso temporal determinado no resultará extraño que los dispositivos electrónicos de captación o grabación se dejen instalados en el lugar de los encuentros durante los periodos que transcurran entre ellos, evitando de este modo los riesgos que la instalación y desinstalación del dispositivo podría generar para la investigación (piénsese, por ejemplo, en un dispositivo instalado en el interior de un domicilio). En estos casos, el adecuado respeto a los derechos fundamentales de quienes pudieran reunirse en ese lugar durante los periodos intermedios en los que la captación y grabación de las conversaciones e imágenes esté fuera de la cobertura de la autorización judicial incluido el propio investigado-, exige que los dispositivos instalados cuenten con algún sistema que permita su desconexión remota. Así parece preverlo, también, el preámbulo de la LO 13/2015, cuando señala que «el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida».

Es necesario resaltar que la concreción del encuentro, como se ha señalado, no impone la concurrencia plena de los tres requisitos, temporal, subjetivo y locativo a que se ha hecho referencia. Se trata de criterios de valoración que pueden contribuir a precisar el concepto de encuentro concreto, pero las circunstancias concurrentes en cada caso podrán hacer que la simple determinación de uno de estos criterios resulte suficiente para la concreción del encuentro.

Además de la delimitación de uno o varios encuentros concretos que sean previsibles conforme a los indicios que arroje la investigación, el art. 588 quater b establece dos presupuestos más para hacer posible la utilización de esta diligencia de investigación. El primero de ellos aparece determinado por la aplicación del principio de proporcionalidad a esta concreta medida de investigación tecnológica. Prevé el legislador que la medida pueda únicamente autorizarse cuando los hechos investigados sean constitutivos de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo.

Esta regulación ha sido objeto de críticas por parte de algunos sectores doctrinales que consideran que el ataque a los derechos fundamentales que con esta diligencia de investigación se produce es mucho mayor que con las intervenciones telefónicas, a las cuales se les señala el mismo límite de proporcionalidad. Si bien es cierto que en el caso

de la captación y grabación de comunicaciones orales son imaginables escenarios especialmente intrusivos (cuando la captación o grabación se produzca en el interior del domicilio, por ejemplo), no lo es menos que la enumeración de un catálogo de comportamientos delictivos no agota las exigencias del principio de proporcionalidad. Quiere esto decir que la simple concurrencia del presupuesto, esto es, la investigación de uno de los delitos comprendidos en el precepto, no tiene por qué colmar las exigencias del principio de proporcionalidad. En consecuencia, cuando se trate de las formas más graves de intromisión en los derechos fundamentales del investigado deberá siempre exigirse una motivación reforzada que justifique la proporcionalidad de la medida desde la perspectiva de la gravedad del comportamiento delictivo investigado.

En relación con esta medida de investigación tecnológica, sin embargo, no se han incluido en el catálogo de delitos que permiten su adopción los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, que sí se incluyen en el caso de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. La razón no es otra que la falta del presupuesto que motivó su inclusión en relación con las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Como se indicaba en la Circular 2/2019, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, el ámbito tecnológico de comisión del delito justifica que se legitime ese ámbito tecnológico para su persecución, imposible en muchos casos de otra forma. En el supuesto de la captación y grabación de comunicaciones orales, sin embargo, la medida, por su propia naturaleza, es ajena a ese ámbito tecnológico, presuponiendo, por el contrario, contactos reales y no virtuales o telemáticos. En consecuencia, no puede considerarse –como ocurría en la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas– idónea para su persecución.

Finalmente, como último de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida, recoge el precepto una mención específica a los principios de excepcionalidad y necesidad, al exigir que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor. La exigencia, como tal, no aporta nada nuevo a la previsión genérica que para todas las medidas de investigación tecnológica se recoge en el art. 588 bis a.4, salvo destacar una especial relevancia de estos principios en relación con esta concreta medida de investigación tecnológica. En consecuencia, deberá incluirse siempre una mención expresa a la justificación de la excepcionalidad y necesidad de la diligencia en las resoluciones judiciales que autoricen esta medida.

5. Contenido de la resolución judicial

El art. 588 quater c regula el contenido que habrá de tener la resolución judicial que autorice la captación y grabación de las comunicaciones orales. Para ello, contiene una remisión específica al art. 588 bis c, comprensivo de las menciones que, con carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica, debe contener la resolución judicial habilitante, añadiendo, además, una mención específica a la indicación del «lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia».

Realmente, la adopción de la medida que aquí se analiza no presenta especialidad alguna en la referencia al hecho punible objeto de investigación, su calificación jurídica, expresión de indicios, identidad de investigados y afectados, la unidad investigadora de Policía Judicial y la finalidad perseguida con la medida. El resto de las menciones, sin embargo, sí requerirán una adaptación específica a esta diligencia de investigación.

De esta manera, la indicación de la extensión de la medida, con especificación de su alcance (art. 588 bis c.3.c), deberá traducirse, en el caso de la captación y grabación de comunicaciones, en la exposición y justificación acerca de si la medida se va a limitar únicamente a la captación y grabación de conversaciones o, por el contrario, incluirá también la captación y grabación de imágenes. La fundamentación y justificación de la

conurrencia de los principios rectores (especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad) deberá extenderse, además de a la procedencia de la medida de investigación tecnológica en sí, a la justificación de este extremo, es decir, si procede o no la captación y grabación de imágenes. Como ya se indicaba «ut supra», la extensión del alcance de la medida a la captación de imágenes requerirá una justificación específica en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de la misma. Esta justificación deberá ser especialmente reforzada cuando la captación y grabación tenga lugar en el interior de reductos que afecten de manera más intensa a la intimidad, como sería el interior del domicilio.

La duración de la medida también requerirá una mención específica cuando se trate de la captación y grabación de comunicaciones orales. Como también se ha indicado, a diferencia de lo que ocurre con otras diligencias de investigación tecnológica, en este caso, la duración no viene determinada por el transcurso de un concreto lapso de tiempo, sino por la extensión del encuentro o encuentros en los que se autorice la captación y grabación del sonido o de las imágenes. Esta duración podrá concretarse en unos escasos minutos (cuando se trate de un encuentro muy preciso) o prolongarse durante varias semanas (cuando se trate de los encuentros que el investigado tenga en un concreto lugar y con las mismas personas, cuya existencia haya podido preverse anticipadamente en virtud de los indicios recabados). Por lo tanto, la autorización judicial deberá reflejar esa duración de la medida, en este caso, precisando los concretos encuentros para los que se autoriza.

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

Finalmente, es preciso, también, hacer una mención específica a la exigencia de que se indique en la resolución judicial habilitante el sujeto obligado que llevará a cabo la medida (art. 588 bis c.3.h). Esta previsión resulta especialmente aplicable a las medidas de intervención telefónica y telemática que, como se sabe, requieren de la colaboración de un operador de comunicaciones para llevarse a efecto. En los supuestos de la captación y grabación de comunicaciones orales, sin embargo, la regla general será que la medida pueda desarrollarse sin la necesidad de la colaboración de ningún tercero. Únicamente en aquellos casos en los que se pretenda utilizar alguna infraestructura de captación o grabación de imágenes o sonido ya existente cabría plantearse la posibilidad de recabar el auxilio de quienes la controlaran, resultando en ese caso plenamente aplicable este precepto.

Además de las menciones genéricas del art. 588 bis c, exige el art. 588 quater c que en la resolución judicial se haga constar expresamente el lugar o dependencias donde vayan a instalarse los dispositivos electrónicos y los concretos encuentros del investigado que vayan a ser vigilados.

La indicación del lugar o dependencias que van a ser sometidos a vigilancia tiene por finalidad, como ya se dijo, delimitar el alcance de la diligencia, evitando su extensión indiscriminada a un ámbito superior del previsto *a priori* y dando sentido a la idea de «encuentro concreto» que preside la medida. Se limita al máximo, de esta forma, el alcance de la intromisión en los derechos fundamentales del investigado, enlazando directamente esta previsión con los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida. Así se garantiza, en el momento de su adopción, que la intromisión en los derechos fundamentales del investigado no excederá de lo estrictamente necesario, lo que servirá para culminar las exigencias del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la previsión legal está pensando en la concreta vigilancia de un lugar o dependencias determinados, lo que no siempre ocurrirá pues, como ya se ha señalado,

es posible que la captación y grabación de las comunicaciones recaiga sobre encuentros deslocalizados o en los que el lugar de su celebración se desconozca previamente. En estos casos, en los que la solución podría pasar por la colocación de los dispositivos electrónicos de grabación ocultos en el cuerpo de uno de los asistentes a la reunión (piénsese, por ejemplo, en el caso de un agente encubierto, o de la propia víctima o de un colaborador en la investigación), el lugar o dependencias en los que hubiera de celebrarse el encuentro carecerían de relevancia a la hora de delimitar el alcance de la medida. En consecuencia, no se opone a la previsión que, reflejando esta situación en la resolución judicial, la delimitación de la medida se lleve a cabo por la indicación del concreto encuentro del investigado que vaya a ser sometido a vigilancia, pudiendo realizarse una indicación geográfica más amplia acerca del lugar del encuentro.

La indicación del lugar o dependencias que van a ser sometidos a vigilancia adquiere también protagonismo como uno de los extremos que deben ser valorados para la ponderación de la concurrencia del principio de proporcionalidad en la aplicación de la diligencia. De esta manera, por ejemplo, existirán dependencias del domicilio familiar del investigado cuya vigilancia únicamente debería ser autorizada en los casos más graves y extremos de ataques a bienes jurídicos especialmente relevantes (como podría ser la vida de una persona en un caso de secuestro, por ejemplo). La indicación del lugar en que se desarrollará la medida, por lo tanto, deberá ser siempre seguida del juicio de ponderación que la justifica, en ese concreto lugar, a la luz de los principios rectores.

La mención de los concretos encuentros del investigado que vayan a ser controlados adquiere una doble relevancia y significación. Por un lado, la existencia de encuentros concretos es lo que justifica y posibilita la medida. Por otro, como también se señalaba, los concretos encuentros que vayan a ser controlados serán los que determinen la duración de la medida. Este es el sentido al que se refiere el art. 588 quater c que, en su primitiva redacción, señalaba que la resolución judicial debía indicar «la duración de la medida, que habrá de vincularse a posibles encuentros que vaya a mantener el sospechoso». En consecuencia, la resolución judicial que autorice la medida deberá analizar los encuentros para los que la autoriza desde esa doble perspectiva.

6. Control de la medida

El control judicial de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos aparece regulado en el art. 588 d. Como medidas de control, el precepto hace referencia a las siguientes:

- Las previstas de manera genérica para todas las diligencias de investigación tecnológica en el art. 588 bis g.
- La entrega al Juez del soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes.
- Transcripción de las conversaciones que se consideren de interés.
- Identificación de todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

Como ya se analizó en la Circular 1/2019, el art. 588 bis g impone a la Policía Judicial el deber de informar al Juez de instrucción del desarrollo y resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma. Como también se señalaba, en el caso de la medida que se analiza, los informes deberán entregarse al Juez, como regla general, al término de cada encuentro concreto para el que se autorice y, en cuanto a la forma, es el propio art. 588 quater d el que establece previsiones al respecto.

Deberá la Policía Judicial –dice el precepto– poner a disposición del Juez el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes. La regla general va a ser siempre que se entreguen copias, al formar los soportes originales parte del propio sistema de captación o grabación. El concepto de copia electrónica auténtica no tiene por qué limitarse a las expedidas conforme al art. 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, previstas para otros fines, sino que cualquier fórmula de sellado homologada que garantice la autenticidad de la copia puede resultar válida. Debe recordarse que, en relación con la interceptación de comunicaciones, el art. 588 ter f exige un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable. En consecuencia, el concepto de copia electrónica que aquí se incluye debe entenderse equivalente al exigido para la interceptación de comunicaciones.

En cualquier caso, la finalidad de esta garantía no es otra que asegurar la identidad e integridad de la copia, que será la que se aporte como prueba en el acto del juicio oral. Por ello, las irregularidades que pudieran producirse en relación con este extremo, al pertenecer a la fase de agotamiento de la medida, nunca podrían provocar una nulidad con trascendencia constitucional, sino tan solo la imposibilidad de que la prueba pudiera ser valorada por el Tribunal.

Se impone, igualmente, la obligación policial de transcribir las conversaciones de interés, siendo plenamente aplicables en este punto las consideraciones que ya se hicieron en la Circular 2/2019 acerca de la transcripción de las comunicaciones telefónicas y telemáticas intervenidas. No se distingue aquí, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la interceptación de comunicaciones, la obligación de la Policía Judicial de entregar al Juez dos soportes distintos, uno con las grabaciones íntegras y otro con la transcripción de los pasajes que se consideren de interés (art. 588 ter f). La razón de ello hay que buscarla en la diferente naturaleza de ambas diligencias de investigación tecnológica. Contrariamente a lo que ocurre en la interceptación de las comunicaciones, donde la medida se desarrolla de manera continua durante un plazo determinado, en la captación de comunicaciones orales, la captación y grabación se centra en uno o varios encuentros concretos; en consecuencia, es previsible que todo el contenido de lo captado y grabado, en este último caso, sea relevante para la investigación, a diferencia de lo que ocurre con las intervenciones telefónicas y telemáticas. Ello, no obstante, la transcripción que se entregue deberá filtrar aquellas conversaciones que resulten relevantes para la investigación, omitiendo otras que, además de no aportar nada que interese al procedimiento, puedan incrementar la intromisión en la intimidad del investigado de manera innecesaria.

Finalmente, el art. 588 quater d prevé que el informe policial identifique a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la diligencia de investigación. Si bien es cierto que la regulación busca dar transparencia a la aplicación de la medida al permitir la citación como testigo a juicio de cualquier agente que haya participado en su ejecución, plantea también el peligro de que dichas citaciones sean aprovechadas, no para realizar un control de la legalidad de lo actuado, sino para desvelar técnicas operativas y de investigación de la Policía Judicial. En este punto habrá que tener en cuenta el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2014, que otorga, con carácter genérico, la clasificación de secreto, a los efectos de la Ley 9/1968, de 5 de abril, *sobre secretos oficiales*, a la estructura, organización, medios y técnicas operativas utilizados en la lucha contra la delincuencia organizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas.

7. Duración y cese de la medida

Al cese de la medida que se analiza se refiere el art. 588 quater e, que se remite al art. 588 bis j, que regula, a su vez, el cese, con carácter general, para todas las diligencias de investigación tecnológica. Es preciso recordar que este artículo señala tres causas de cese: que desaparezcan las circunstancias que justificaron la adopción de la medida, que resulte evidente que a través de ella no se estén obteniendo los resultados que se pretendían y, especialmente, que haya transcurrido el plazo para el que la medida fue acordada. Este último motivo, que resultará el más frecuente en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales, debe interpretarse como el momento

de la conclusión del encuentro o encuentros para el que la diligencia de investigación fue autorizada.

La fijación de un encuentro o encuentros concretos como criterio de determinación de la extensión de la medida se traduce, también, en la imposibilidad de acordar prórrogas. Efectivamente, como se ha señalado, la duración de esta técnica de investigación estará siempre condicionada por la duración del encuentro o encuentros que la motivan, pudiendo extenderse durante varios días o semanas si los encuentros alcanzan esa extensión. La circunstancia de que un encuentro concreto se interrumpa y sea continuado en otro momento, por lo tanto, no requerirá la prórroga de la medida, autorizada, como se ha dicho, para todo el encuentro, independientemente de su duración. En este caso, bastaría con la notificación de la interrupción al Juez a los efectos de control de la medida, pero sin necesidad de dictar una nueva resolución para su continuación. Por otro lado, concluido el encuentro terminará la diligencia, incluso en el supuesto de que los asistentes a la reunión se hayan concertado para una nueva y también se prevea la necesidad de su vigilancia. En este caso, nunca cabría la prórroga de la diligencia de investigación, sino que, como prevé el art. 588 quater e, deberá adoptarse una nueva medida para ese nuevo encuentro.

En consecuencia, no resultarán de aplicación para esta diligencia de investigación las previsiones referidas a las prórrogas que, con carácter general, se incluyen en las disposiciones generales del Capítulo IV y, en particular, lo previsto en los arts. 588 bis e y 588 bis f.

La particularidad del encuentro concreto como criterio determinante de la duración de la medida se ha traducido, también, en la imprevisión, por parte del legislador, de un plazo máximo de duración, lo que ha suscitado ciertas críticas en la doctrina. A diferencia de lo que ocurre con la interceptación de comunicaciones que no puede prolongarse por un plazo que exceda de 18 meses (art. 588 ter g), en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales podría resultar hipotéticamente posible su adopción en relación con diversos encuentros concretos que se pudieran repetir indefinidamente en el tiempo; el legislador no ha previsto un límite temporal más allá del cual el Juez Instructor pueda seguir autorizando la captación y grabación de encuentros concretos del investigado.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la diferencia entre ambas diligencias de investigación tecnológica estriba en que, en el caso de la interceptación de comunicaciones, se trata de una sola intromisión en los derechos fundamentales del investigado que se prolonga en el tiempo, mientras que, en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales, se trata de diversas intromisiones, tantas como encuentros concretos haya, que requieren una renovada decisión judicial en cada caso. Esto va a determinar que, en el caso de la interceptación de comunicaciones, los principios rectores y, en particular, los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, sean valorados en relación con la duración de la medida, incrementando su importancia y las exigencias que de ellos derivan conforme la intervención se prolonga en el tiempo; en el caso de la captación y grabación de comunicaciones orales, sin embargo, su proporcionalidad y excepcionalidad deberán ser valoradas cada vez que se dicte una nueva autorización teniendo en cuenta la captación y grabación de los encuentros anteriores, debiendo ser estos principios los que vengan a poner límites a la posible adopción sucesiva e ilimitada de la medida.

En consecuencia y aunque hubiera resultado deseable que el legislador hubiera establecido una limitación temporal para la adopción de esta diligencia, los Sres. Fiscales deberán velar porque la observancia de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, valorados en relación con cada caso concreto, impida la adopción indiscriminada de esta clase de medidas.

8. Otras consideraciones derivadas de la aplicación de las disposiciones generales

8.1 Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales

Los descubrimientos casuales que pudieran tener lugar como consecuencia del desarrollo de esta diligencia de investigación tecnológica no estarán excluidos del régimen general que regula el art. 588 bis i. Por lo tanto, cualquiera que sea la gravedad del delito descubierto, esto es, incluso en los supuestos en los que no se trate de uno de los delitos incluidos en el catálogo cerrado que recoge el art. 588 quater b.2, será posible la utilización del hallazgo casual para la persecución del delito descubierto.

La única especialidad que surgirá en relación con la captación y grabación de comunicaciones orales afectará a los testimonios que será preciso deducir. Efectivamente, como antes se indicaba, la ejecución de esta diligencia de investigación tecnológica no admite prórrogas, al autorizarse para un acto preciso, como es el encuentro o encuentros concretos que puedan preverse objetivamente. En consecuencia, en los supuestos de hallazgos casuales será suficiente con la remisión de la solicitud policial de la medida –en la que necesariamente se aportarán los indicios objetivos que hagan previsibles los encuentros a vigilar- y la resolución judicial que la acuerde. Lógicamente, deberá remitirse también el resultado que se obtenga: la grabación de la conversación o imagen que pongan de manifiesto el delito casualmente descubierto.

8.2 Destrucción de registros

Igual que en el caso anterior, la destrucción de registros que regula el art. 588 bis k será plenamente aplicable a los que se hayan obtenido como consecuencia de la grabación de comunicaciones orales o imágenes mediante dispositivos electrónicos. Aunque la redacción de este precepto se llevó a cabo pensando en los sistemas existentes para la interceptación de comunicaciones telefónicas –en los que existe un ordenador central, remitiéndose copias de las grabaciones al Juzgado-, es perfectamente aplicable a la técnica de investigación que ahora se analiza. Como se señalaba «ut supra», el control judicial de esta medida exige que la Policía ponga a disposición de la autoridad judicial el soporte original o la copia electrónica del mismo en donde se hayan recogido las conversaciones orales o imágenes captadas. En consecuencia, alcanzados los momentos que se refieren en el art. 588 bis k (fin del procedimiento mediante resolución firme, transcurso de cinco años desde la ejecución de la pena, prescripción del delito, sobreseimiento libre o sentencia absolutoria), el Juez o Tribunal que conozca del procedimiento ordenará la oportuna destrucción de los registros originales o sus copias, según proceda.

8.3 Acceso de las partes a las grabaciones

En este caso, la LECrim no incluye previsión alguna acerca del acceso de las partes a las grabaciones de conversaciones o imágenes captadas y grabadas mediante la utilización de dispositivos electrónicos, a diferencia de lo que ocurre en el art. 588 ter i para la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación LECrim, sin embargo, sí contenía una mención expresa en este punto, señalando su art. 588 ter h: «Para la grabación y transcripción de las conversaciones, su conservación y destrucción, la comunicación a los interesados, así como respecto de la posibilidad de ser utilizadas en otro procedimiento, se estará a lo dispuesto en materia de interceptación de las telecomunicaciones». Esta previsión, sin embargo, no pasó al texto definitivo de la ley, ya por olvido, ya por voluntad deliberada del legislador.

No obstante el silencio de la Ley en este punto, parece oportuna la aplicación analógica del art. 588 ter i a los supuestos de captación y grabación de comunicaciones

orales, no solo por concurrir plenamente el presupuesto de la analogía que describe el art. 4.1 del Código Civil, sino porque, incluso, las soluciones que aporta el art. 588 ter i encuentran fundamento en otros preceptos del ordenamiento jurídico.

De esta manera, el art. 118.1 b) LECrim reconoce al investigado el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa. En el concreto ámbito del procedimiento ordinario, el art. 302 LECrim prevé, con carácter general, el derecho de las partes personas a tomar conocimiento de las actuaciones. Además, como se indicaba al analizar las interceptaciones telefónicas y telemáticas, tanto el TEDH (STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso Klass y otros contra Alemania) como el Tribunal Supremo (ATS de 18 de junio de 1992), han considerado que el conocimiento por parte del investigado de que sus conversaciones han sido grabadas forma parte de sus derechos fundamentales. En consecuencia, «alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención» (conforme establece el art. 588 ter i), deberá facilitarse al investigado acceso a la totalidad del procedimiento, lo que incluye el acceso a las grabaciones.

La exclusión de las copias que deban entregarse a las partes de aquellas conversaciones o imágenes grabadas que no resulten relevantes para la investigación vendrá impuesta por el respeto a los derechos fundamentales del propio investigado a través de la valoración y justificación de los principios rectores del art. 588 bis a. Así, los principios de especialidad y necesidad impondrán que queden fuera del procedimiento conversaciones o imágenes grabadas que resulten ajenas a la investigación o que no aporten nada relevante para la misma.

Finalmente, la posibilidad de que un tercero afectado por la grabación pretendiera tener acceso a la misma vendría amparada por el art. 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), regulador del derecho de todo interesado a obtener copias de aquellas partes de un procedimiento que pudieran afectarle. No obstante, el mismo art. 234 LOPJ limita la entrega de copias en los casos de causas que sean o hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la Ley. Esta previsión obliga a tener en cuenta lo dispuesto en el art. 301 LECrim, que establece el carácter reservado del sumario (y en general, de cualquier fase de instrucción) hasta el momento de la apertura del juicio oral, a partir del cual se podrá hacer entrega de las copias solicitadas por los terceros afectados por la medida adoptada.

8.4 Comunicaciones entre abogado y cliente y agente encubierto

Existen dos extremos relacionados con la medida de investigación tecnológica que se analiza que no tienen una regulación específica en los arts. 588 quater a y siguientes. Se trata de la captación y grabación de las comunicaciones entre el investigado y su abogado y del uso de micrófonos de ambiente por parte de agentes encubiertos. No obstante el silencio de la Ley en este Capítulo VI del Título VIII, ambos extremos aparecen regulados expresamente en otros lugares de la norma procesal.

En cuanto a las comunicaciones entre abogado y cliente, se contiene una concreta previsión en los arts. 118.4 y 520.7 LECrim que ya fue analizada en la Circular 1/2019. Al agente encubierto, por su parte, se refiere el art. 282 bis 7 cuando señala que «en el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

La previsión contenida en el art. 282 bis 7 debe entenderse como una habilitación específica para que, en las investigaciones que se desarrollen con la figura del agente encubierto, se pueda hacer uso de la medida que regulan los arts. 588 quater a y siguientes. En consecuencia, el Juez podrá autorizar la medida con los requisitos y efectos que se vienen analizando. En este caso, la concreción del encuentro vendrá determinada por su previsión en virtud de la información privilegiada que pueda

proporcionar el agente encubierto acerca de los encuentros que haya concertado con los investigados.

9. Cláusula de vigencia

La presente Circular analiza una regulación legal que carece de precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no afecta a la vigencia de otros documentos elaborados por la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE).

Deberá entenderse que quedan sin efecto, sin embargo, las precisiones que se hacían en la Circular 1/2013 acerca de la grabación de las conversaciones privadas entre dos o más personas a través de micrófonos ocultos, con la modificación que se incluyó en la conclusión 7.1 a través de la comunicación del FGE de 21 de octubre de 2014.

Conserva plenamente su vigencia la Instrucción 2/2017, sobre procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal.

10. Conclusiones

1.^a La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos puede llegar a afectar a los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, la intimidad, propia imagen e inviolabilidad del domicilio. En atención a ello, el alcance y gravedad de la medida, en relación con las circunstancias del caso, deberá ser especialmente valorado en la resolución en la que se acuerde, conforme a los principios rectores del art. 588 bis a LECrim.

2.^a Quedan fuera de la regulación de la LECrim las grabaciones clandestinas realizadas por particulares, así como la aportación a juicio de lo escuchado directamente por agentes policiales sin recurrir a dispositivos electrónicos para su captación.

3.^a Las resoluciones judiciales que autoricen el acceso a reductos de intimidad para la colocación de dispositivos de captación y grabación de comunicaciones orales y, particularmente, cuando se trate de un domicilio, deberán justificar especialmente la concurrencia de los principios rectores en relación con la entrada en ese lugar, además de la justificación general de la medida. La captación y grabación de conversaciones en el interior de un domicilio deberá reservarse para los casos más graves de actividades delictivas.

4.^a Deberán adoptarse todas las cautelas posibles para asegurar que el sistema de captación y grabación de las comunicaciones que se utilice garantice la integridad de la prueba.

5.^a La LECrim ampara la captación y grabación de comunicaciones orales en las que intervenga el investigado, pero no de terceros ajenos a la investigación.

6.^a La captación y grabación de imágenes, junto con las conversaciones, requerirá una fundamentación específica en la resolución judicial habilitante. Podrá acordarse la grabación únicamente de imágenes sin sonido, al amparo de la regulación legal, cuando, conforme a los principios informadores, deba limitarse el alcance de la intromisión.

7.^a La concreción del encuentro cuyas comunicaciones orales podrán ser captadas y grabadas vendrá determinada por la delimitación o precisión del lugar, las personas que intervengan y el momento o lapso temporal en el cual tendrá lugar el encuentro. La determinación o concreción temporal de los encuentros existirá cuando se aporten indicios que los hagan previsibles en un determinado lapso de tiempo, a pesar de que se desconozca el momento preciso en que los encuentros habrán de tener lugar. La resolución judicial que autorice la medida deberá concretar con el máximo grado de precisión posible el lugar o dependencias sometidos a vigilancia.

8.^a Cuando se trate de las formas más graves de intromisión en los derechos fundamentales del investigado (por ejemplo, en el caso de captación de imágenes y sonido en el interior del domicilio), deberá siempre exigirse una motivación reforzada que justifique la proporcionalidad de la medida desde la perspectiva de la gravedad del

comportamiento delictivo investigado. La captación y grabación de conversaciones o imágenes en las dependencias más íntimas de un domicilio deberá reservarse para los casos más graves y extremos de ataques a bienes jurídicos especialmente relevantes.

9.^a La diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales no puede ser prorrogada, debiendo ser acordada una nueva medida para los nuevos encuentros concretos que pudieran resultar previsibles. Se trata de una diligencia que carece de un límite temporal, siendo necesaria una motivación reforzada de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad conforme que se vaya acordando para encuentros concretos sucesivos.

10.^a Para el acceso de las partes a las grabaciones de comunicaciones orales captadas mediante el uso de dispositivos electrónicos se observarán, analógicamente, las previsiones contenidas en el art. 588 ter i, que regula ese acceso en el caso de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Madrid, 6 de marzo de 2019.—La Fiscal General del Estado, María José Segarra Crespo.