

EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS EN LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIO: CAMBIO EN SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL Y NUEVOS RETOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

María José CABEZUDO BAJO

Profesora Titular Acreditada de Derecho Procesal

UNED

mcabezudo@der.uned.es

Resumen: La tecnología se ha puesto al servicio de la lucha contra la criminalidad grave y, en particular, contra la criminalidad organizada y el terrorismo. La investigación y prueba del delito se puede lograr con mayor eficacia gracias a la regulación de nuevos actos de investigación basados en el uso de diversas tecnologías. Es el caso de la regulación de la entrada en un domicilio del agente encubierto portando medios técnicos, de la captación y grabación de conversaciones y, en su caso, imágenes que se desarrollan en el interior del domicilio, así como el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información aprehendido como consecuencia de la práctica de un registro domiciliario. La regulación de estos tres actos de investigación, utilizando la tecnología, ha supuesto un cambio en la concepción tradicional de la entrada y registro domiciliario. Pero el uso de la tecnología no puede deslumbrarnos. Por ello, se nos plantean nuevos retos en cuanto a que estos actos de investigación tecnológicos sobre la entrada y registro domiciliario no pueden incidir de forma injustificada en los derechos fundamentales afectados, esencialmente en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Por ello, identificaremos y analizaremos los problemas que plantea la regulación de la «nueva» entrada y registro domiciliario, especialmente, de los tres actos de investigación mencionados, desde la perspectiva de su consideración como restricciones de derechos fundamentales. Y, ello, con el objetivo de efectuar propuestas de mejora de la normativa prevista en nuestra LECRIM con la que evitar eventuales problemas de ilicitud probatoria.

Abstract: Technology is currently being used to support the fight against crime and, in particular, organised crime and terrorism. The regulation of new acts of investigation based on the use of technology should ensure a more effective prosecution and evidence collection. This is especially the case of the new regulatory framework for entering a home by an undercover agent carrying appropriate technological devices, for capturing and recording conversations and images inside domestic premises, and for the seizure of mass storage devices obtained during a house search. The regulation of these three acts of investigation that introduce the use of technology constitutes a change in the traditional concept of entry and search. Nonetheless, technology should not blind us. Therefore, most of the new challenges refer to the fact that these new technological acts of investigation must not unlawfully impinge on the fundamental rights involved, and especially on the right to the inviolability of the home. Hence, the problems posed by the new regulation on the entry and search, and especially those related to the aforementioned acts of investigation, will be identified and analysed as restrictions on the exercise of fundamental rights. Our main aim will be, therefore, to make proposals in order to improve the provisions set forth in the LECRIM and to avoid possible problems concerning illegally obtained evidence.

Palabras clave: tecnología, domicilio, criminalidad grave, agente encubierto, captar y grabar conversaciones e imágenes, dispositivos de almacenamiento masivo, entrada y registro domiciliario.

Key Words: technology, domestic premises, serious crime, cover agent, capturing and recording conversations and images, mass storage devices, entry and search in home.

I. Motivación del trabajo. Identificación de problemas y objetivos

El objeto de este trabajo recae sobre la regulación de tres nuevos actos de investigación, basado en el uso de diversas tecnologías, con los que el legislador pretende alcanzar una mayor eficacia en la lucha

contra la criminalidad grave, particularmente, mejorando la investigación y prueba del delito y que inciden, junto con otros derechos, sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque se utilizan en el marco de una entrada y registro domiciliario.

El análisis de esta normativa es relevante porque con dicha regulación se está contribuyendo a la progresiva adaptación de la tradicional entrada y registro domiciliario a las exigencias de una más eficaz lucha contra una criminalidad grave, gracias al uso de la tecnología. Y en dicha adecuación, lo cierto que es la entrada y registro domiciliario, tal y como la hemos concebido hasta ahora, ha sufrido un cambio conceptual por el modo en que se practican ambas medidas que es necesario analizar desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales afectados.

Esta reforma, introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, es la última de una serie de modificaciones legislativas que estas medidas han sufrido desde su originaria regulación y, sin duda, la que ha supuesto un cambio cualitativo en su concepción. Así, tradicionalmente, la entrada y registro domiciliario ha constituido una medida de investigación regulada en nuestra decimonónica LECRIM, con el fin de practicar una detención y, en su caso, recabar la fuente de prueba. En los últimos treinta años, dicha diligencia ha sido objeto de diversas reformas¹ desde su originaria aprobación. La última modificación, que sirve de base a este trabajo, ha sido introducida por la mencionada LO 13/2015, de 5 de octubre, la cual, aun cuando no ha modificado específicamente los artículos relativos a la entrada y registro en un lugar cerrado, introduce diversas tecno-

¹ En concreto, caben destacar las siguientes, que hemos ordenado cronológicamente: 1) introducción del art. 553 por la LO 4/1988 de 25 de mayo, de reforma de la LECRIM, en relación con la entrada en un domicilio en virtud de un delito flagrante; 2) la derogación del art. 577 LECRIM porque fue declarado inconstitucionalidad por la STC 10/2002 de 17 de enero; 3) la reforma del párrafo cuarto del art. 569 LECRIM por el artículo único de la Ley 22/1995, de 17 de julio respecto a la presencia del Secretario Judicial en el registro; 4) la modificación del art. 574 LECRIM por el apartado sesenta y dos del art. segundo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que otorga un mayor protagonismo al Secretario Judicial; 5) la introducción del número 4 del art. 554 LECRIM por el art. primero apartado seis de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en cuanto a la consideración de domicilio de determinados espacios de las personas jurídicas; 6) la derogación del art. 561 LECRIM por la disposición derogatoria única, apartado b) de la Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima, que ha sido sustituido por lo dispuesto en el art. 12 de la citada Ley.

logías, tres de las cuales se practican en el marco de una entrada y registro domiciliario².

Dicha reforma, desde un punto de vista formal, resulta muy positiva porque todas las medidas de investigación que limitan derechos fundamentales han de contenerse en una Ley Orgánica (art. 81 CE), y estos actos, que, de hecho, ya se venían practicando, inciden sobre derechos fundamentales. También resulta loable desde la perspectiva de su contenido, porque con el cambio conceptual que ha supuesto la utilización de diversas tecnologías en la órbita de la entrada y registro domiciliario, ambas medidas hacen frente a las nuevas exigencias que reclama la lucha contra la criminalidad grave, especialmente la criminalidad organizada y el terrorismo. Ello no obstante, el uso de la tecnología no puede deslumbrarnos. Con su utilización, se nos plantean nuevos retos en el ámbito del proceso penal, en la investigación y prueba del delito y, en concreto, en cuanto a que estos actos de investigación tecnológicos sobre la entrada y registro domiciliario no pueden incidir de forma injustificada en los derechos

² En este sentido, antes de la reforma introducida por la LO 13/2015, la entrada y registro en lugar cerrado y del de libros y papeles se regulaba en el Título VIII del Libro II de la LECRIM, titulado «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». Con la mencionada Ley Orgánica, el legislador ha modificado la denominación del Título VIII que ahora se titula «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución». En concreto, enmarcado dentro del mencionado Título VIII ha distinguido diez capítulos, de los cuales, siete contienen, en realidad, normas que inciden sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Los dos primeros, referidos a la entrada y registro en un lugar cerrado, no han sido modificados. Los cinco siguientes, aun cuando no se refieren específicamente a la entrada y registro domiciliario, regulan diversas tecnologías que constituyen actos de investigación que se practican en el marco de una entrada y registro en un domicilio. En concreto, estos siete capítulos son los siguientes: 1) el capítulo I, relativo a «la entrada y registro en lugar cerrado» que engloba los antiguos arts. 545-572; 2) el capítulo II, referido al «registro de libros y papeles» que incluye los antiguos arts. 579-588; 3) el capítulo IV, que contiene disposiciones comunes a los capítulos V, VI, VII, VIII y IX, de los que nos interesan dos de ellos, el VI y VIII; 4) el capítulo VI, sobre la «captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos», por el que se autoriza la colocación de dispositivos para grabar conversaciones e imágenes que tienen lugar incluso en el domicilio, ya sea desde el interior o exterior del domicilio; 5) el capítulo VIII, titulado «registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información, en el que se regula la aprehensión y acceso a la información contenida en tales dispositivos que han sido incautados durante un registro domiciliario»; 6) el capítulo X, referido a las «medidas de aseguramiento», que no será objeto de este trabajo. Finalmente, y fuera del antiguo Título VIII, se ha modificado: 7) el art. 282 bis LECRIM, con la introducción de dos nuevos apartados, el 6 y 7, siendo el 7 el que nos interesa pues prevé la utilización, por parte del agente encubierto, de dispositivos para grabar conversaciones e imágenes, incluso dentro del domicilio.

fundamentales afectados, esencialmente en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario, debemos limitar su uso a favor del respeto al contenido de los derechos fundamentales que pueden verse limitados. De lo contrario, entre otras consecuencias, se aplicará una sanción procesal como es la ilicitud de la prueba obtenida, con lo que el uso de la tecnología introducida en la LO 13/2015 no resultará plenamente eficaz.

Así, con carácter general en el proceso penal e igualmente en el objeto de nuestro trabajo, el desafío consiste en buscar el adecuado equilibrio entre los intereses en conflicto, por un lado, el interés estatal en luchar eficazmente contra la criminalidad grave y, de otro, la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados. Y dicha razonable ponderación, como justificaremos a lo largo de este artículo, no se ha alcanzado satisfactoriamente con la regulación de estos tres actos de investigación que se practican en el ámbito de una entrada y registro domiciliario.

Por ello, el objetivo que perseguimos en este trabajo es identificar y analizar aquellas cuestiones en las que no se ha logrado el deseable equilibrio en esta nueva regulación. Asimismo, al hilo de este análisis y de forma subsidiaria, identificaremos y analizaremos los problemas que aun están pendiente de ser reformados en la actual regulación de la entrada y registro domiciliario, porque aun cuando no están relacionados con el uso de las tecnologías, pueden provocar problemas igualmente en cuanto a la obtención de una prueba válidamente utilizable en un proceso penal. Tras dicho análisis, concluiremos y efectuaremos propuestas de mejora de la normativa actual introducida por nuestro legislador en la LECRIM.

Para cumplir con este objetivo final, estructuraremos el trabajo en cuatro apartados en cada uno de los cuales pretendemos alcanzar objetivos parciales y un epígrafe final, el apartado VI, dedicado a las conclusiones. Así, en el primer punto, el apartado II, nos centraremos en el análisis de la nueva concepción de la entrada y registro domiciliario como dos restricciones de derechos fundamentales, siendo novedosa porque, junto con la tradicional forma de practicarlas, la entrada y el registro se va a desarrollar de forma distinta gracias a la utilización de la tecnología.

Efectuado este estudio, en los puntos III, IV y V, centraremos nuestro análisis y en el marco de la entrada y registro domiciliario, en los tres nuevos actos de investigación introducidos en la LECRIM a través de la LO 13/2015. En concreto, analizaremos la regulación de: 1) la entrada en un domicilio del agente encubierto portando medios técnicos, en el punto III; 2) la captación y grabación de con-

versaciones y, en su caso, imágenes que se desarrollan en el interior del domicilio, en el punto IV; 3) el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información aprehendido como consecuencia de la práctica de un registro domiciliario, en el punto V.

II. La nueva concepción de la entrada y registro domiciliario como dos medidas restrictivas de derechos fundamentales

Los tres actos de investigación objeto de análisis se enmarcan dentro de la entrada y registro domiciliario y conllevan una nueva concepción de la entrada y registro domiciliario. Y, ello, porque posibilita la práctica de una entrada y registro de forma distinta a cómo se venía realizando con la tradicional entrada y registro. Como justificaremos a lo largo de este punto, la regulación, adopción y práctica de esta nueva entrada y registro reclama especialmente y de forma contundente la observancia de los presupuestos y requisitos propios de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Por ello, el objetivo de este punto es la exposición de la noción de restricción de los derechos fundamentales para, en segundo término, proyectar, sus presupuestos y requisitos, sobre la nueva concepción de la entrada y registro domiciliario y extraer sus consecuencias.

1. La restricción de los derechos fundamentales

Especialmente, desde los acontecimientos del 11S y con los posteriores atentados terroristas cada vez es mayor la tendencia a regular actos de investigación, utilizando generalmente la tecnología, donde se prima la seguridad frente a la libertad y la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra la criminalidad grave, especialmente, cuando se trata de criminalidad organizada y el terrorismo. Esta actuación legislativa debe ser controlada. Tampoco en tales casos debemos olvidar que toda actuación investigadora que incide sobre derechos fundamentales ha de cumplir con los presupuestos y requisitos que conforman el concepto de restricción de derechos fundamentales. Ciertamente existe un margen de discrecionalidad a la hora de legislar el cumplimiento de tales presupuestos y requisitos, pero la política criminal del legislador ha de inclinar la balanza de forma razonable en favor del respeto a los derechos fundamentales. Y, en consonancia con ello, nuestros tribunales han de asumir la interpretación mas favorable al respeto de los derechos

fundamentales a la hora de considerar ilícita una prueba obtenida violentando derechos fundamentales. Por ello, vamos a exponer, como punto de partida de nuestro trabajo, el concepto de restricción de los derechos fundamentales y, en concreto, su noción clásica³, esto es, aquella que sirve para su salvaguarda frente a las actuaciones de los poderes públicos. En concreto, vamos a referirnos a su concepto y notas esenciales, junto con sus presupuestos.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) puede avanzarse la correspondencia entre la idea de la conformidad constitucional, exigible a toda medida estatal que incide sobre derechos fundamentales y la expresión «restricción» o «limitación» de tales derechos. Dicha vinculación ha sido argumentada, desde el principio⁴, con la afirmación de que ni los derechos fundamentales son absolutos, ni tampoco sus límites. Derechos y límites se sitúan en un régimen de «conurrencia normativa»⁵, en el sentido de que actúan recíprocamente (art. 10.1 CE), si bien, ante la posición privilegiada que los derechos fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento, debe restringirse el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre ellos o, lo que es lo mismo, los límites deben interpretarse restrictivamente y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de dichos derechos.

Tal genérica afirmación puede concretarse en el sentido de que una particular medida es restrictiva o limitativa de derechos fundamentales cuando sea respetuosa con el derecho fundamental sobre el que incide. Ello reclama el cumplimiento de las exigencias que comporta el contenido de la figura jurídica de la restricción de derechos fundamentales. Dado que dicha noción no ha sido suficientemente elaborada por nuestra doctrina⁶, hemos identificado el término equi-

³ Este mecanismo, como, en general, cualesquiera otros que persiguen el mismo fin, se ha ido adecuando a las nuevas formas de violación de tales derechos, como son las ocasionadas como consecuencia del incumplimiento del deber de protegerlos por los poderes públicos. Ello ha sido denominado «la concepción independiente de la restricción de derechos fundamentales» (*«die Eingriffsunabhängige Konzeption»*) por ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, Köhl, Berlín, Bonn, München, 1992, p. 21, quien estudia dicha concepción en las pp. 26-47.

⁴ Ello lo manifestó desde el principio nuestro TC, entre otras, en las SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7.º); 2/1982, de 29 de enero (FJ 5.º); 105/1997, de 2 de junio (FJ 4.º).

⁵ Dicho régimen ha sido denominado por la doctrina alemana como *«Wechselwirkungs Theorie»* y ha sido expuesta esta teoría por BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, p. 102.

⁶ Puede únicamente, a este respecto, leerse la traducción del artículo de BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», *REDC*, n.º 59, mayo-agosto 2000, pp. 39-44.

valente (*Grundrechtseingriff*) en el ordenamiento jurídico alemán, donde ha sido objeto de elaboración doctrinal⁷, con el propósito de incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico.

De conformidad con la mencionada concepción doctrinal germana, las medidas restrictivas de derechos fundamentales pueden definirse como aquellas intromisiones vulneradoras *prima facie* del ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que conforma el supuesto de hecho de dichos derechos, que precisan, por este motivo, de justificación de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Así pues, las medidas restrictivas de derechos fundamentales han de observar dos condiciones, que constituyen sus notas esenciales: en primer término, tiene que cumplir un presupuesto para que opere el juicio de justificación, como es que dicho acto forme parte del supuesto de hecho del derecho fundamental y, en segundo lugar, ha de aplicarse una consecuencia jurídica, esto es, tiene que justificarse constitucionalmente de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Para que se cumpla el presupuesto, a su vez han de darse dos condiciones. En primer lugar, la intromisión han de caer dentro del ámbito de protección del derecho fundamental de que se trate, en nuestro caso, del domicilio (art. 18.2 CE). En segundo término, en dicho ámbito de aplicación ha de incidir una intromisión o injerencia, que constituyen actuaciones que han de observar dos requisitos: de un lado, han de ocasionar una violación sobre los mencionados ámbitos de protección y, de otro, debe existir una determinada relación de causalidad entre la actuación y dicho efecto vulnerador que, implica que las intromisiones tengan un carácter intencional, jurídico y directo. Una vez que la actuación de los poderes públicos forma parte del contenido del derecho, tiene que cumplir un segundo requisito para que pueda calificarse como medida restrictiva de derechos fundamentales y es la observancia del principio de proporcionalidad⁸. Este principio se encuentra plenamente configurado por la jurisprudencia de nuestro TC⁹ pues exige el cumplimiento de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

⁷ SCHMALZ, *Grundrechte*, Baden-Baden, 3.^a Auf., 1997, p. 55; ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff...*, *op. cit.*, p. 21; PIERROT; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 1993, pp. 55-64; BLECKMANN, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, Höltn; Berlín, Bonn, München, Heymann, 1989, pp. 336-337.

⁸ Este principio ha sido analizado fundamentalmente por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 69.

⁹ STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4.º) y, posteriormente, entre otras, las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 5.º); 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5.º); 236/1999, de 20 de diciembre (FJ 3.º); 202/2001, de 15 de octubre (FJ 2.º); 14/2003, de 28 de enero

estricto en la motivación de la resolución judicial que autoriza la restricción del concreto derecho fundamental.

Expuesto el concepto y sus dos notas esenciales, es necesario indicar los dos presupuestos de tales medidas restrictivas como son, los principios de legalidad y que se dirijan a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. Conforme al principio de legalidad, toda restricción de derechos fundamentales debe encontrarse legalmente prevista, en concreto, por Ley Orgánica (art. 81.1 CE). Dicho principio constituye un presupuesto formal de las restricciones de derechos fundamentales, pues no exige la regulación de un determinado contenido, pero sí de un contenido mínimo, que consideramos que debe ser la inclusión de los fines cuya consecución se pretende con tal medida restrictiva y la exigencias de motivar la resolución judicial en virtud de los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. En segundo término, las medidas restrictivas de derechos fundamentales han de orientarse al logro de un fin constitucionalmente legítimo, de manera que los derechos fundamentales pueden restringirse conforme a los límites expresamente proclamados en nuestra Constitución, así como en virtud de aquellos derechos o bienes constitucionalmente protegibles.

2. *La proyección del concepto de restricción de los derechos fundamentales sobre la nueva concepción de la entrada y registro domiciliario*

Una vez expuesto el concepto, notas esenciales y presupuestos, lo extenderemos sobre la «nueva» entrada y registro domiciliario. Para ello, haremos referencia, en primer lugar, a sus presupuestos; en segundo término, al ámbito constitucionalmente protegido, esto es, al concepto de domicilio constitucional; y, finalmente, a la nueva concepción de la entrada y registro.

A) Presupuestos: el principio de legalidad y la consecución de un fin constitucionalmente previsto

Conforme al principio de legalidad, la entrada y registro ha de regularse por ley, en concreto, por ley orgánica, aquellos aspectos exigibles conforme al art. 81.1 CE. De lo contrario, podría concurrir

(FJ 9.º); 89/2006, de 27 de marzo (FJ 3.º); 96/2012, de 7 de mayo (FJ 10.º); 170/2013, de 7 de octubre (FJ 5.º).

una violación del principio de legalidad. Ello puede acontecer por tres motivos, como son, una inexistente o defectuosa regulación, lo que tiene lugar fundamentalmente en el caso de la entrada y registro domiciliario, así como por una regulación adecuada pero desacertada aplicación. Las incidencias sobre este principio serán expuestas a lo largo del artículo con el análisis de los problemas que la regulación plantea.

Asimismo, la entrada y registro domiciliario tienen que estar orientados a la consecución de fines constitucionalmente legítimos. Sin perjuicio de que se enmarcan con carácter general dentro de los fines que caracterizan la fase de investigación del proceso penal, tales objetivos concretos difieren en cada una de las mencionadas medidas como veremos en el punto II. 2. C).

B) *Ámbito constitucionalmente protegido: el domicilio ex 18.2 CE*

Para que la entrada y registro domiciliario, tanto en su acepción clásica como en la nueva concepción, pueda calificarse como una restricción de derechos fundamentales tiene que cumplirse una primera condición que consiste en que sea el domicilio «*ex*» art. 18.2 CE y no otro lugar cerrado la esfera de protección restringida por las actuaciones de los poderes públicos. Para comprobar que es este domicilio el que se encuentra legalmente previsto en la LECRIM, y así constatar el adecuado cumplimiento del principio de legalidad, vamos a interpretar previamente el concepto de domicilio constitucional, esencialmente conforme a la jurisprudencia del TC, lo que nos conducirá a la formulación de un doble concepto de domicilio constitucional. Por ello, los tres actos de investigación tecnológicos que se practican en el marco de una entrada y registro habrán de considerarse como restricciones de derechos fundamentales en la medida en que se desarrollen en el doble domicilio protegido por el art. 18.2 CE, que exponemos a continuación.

a) *Doble concepto constitucional de domicilio*

En virtud de la jurisprudencia del TC cabe deducir que, si bien no ha configurado el concepto constitucional de domicilio, ha puesto de relieve las pautas esenciales de su noción. En concreto, ha considerado que tanto las personas físicas como jurídicas son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Ostentando este derecho constitucional un carácter instrumental respecto de la protección de otros derechos fundamentales, ha reconocido que el

fundamento de la protección constitucional del domicilio lo constituye la salvaguarda del derecho a la intimidad, si bien la titularidad de dicho derecho fundamental la atribuye exclusivamente a las personas físicas y se las deniega a las personas jurídicas. Esta postura del TC ha sido secundada por un amplio sector doctrinal¹⁰, en contra de otros autores¹¹ que han fundamentado la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas en el derecho a la intimidad al que han atribuido un concepto más amplio.

Conforme a la tesis mantenida por el TC, nos hemos planteado cuáles son los derechos fundamentales que justifican la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y como consecuencia de nuestro análisis hemos concluido que cabe distinguir un doble concepto de domicilio constitucional. De un lado, un domicilio común, donde se desarrolla la vida privada y familiar, únicamente predicable de las personas físicas. De otro, unos domicilios especiales, porque pueden entrar en juego otros derechos fundamentales distintos de la intimidad, tales como el secreto profesional, la libertad de expresión, derecho de asociación y la libertad religiosa, cuya titularidad recae sobre personas físicas o jurídicas. A continuación, expongo el análisis que nos ha conducido a esta doble noción.

b) *El domicilio común*

Los requisitos que ha de revestir el domicilio para que pueda afirmarse que en dicho ámbito se desarrolla el derecho a la vida privada personal y familiar de las personas físicas son dos. Desde un punto de vista objetivo, debe tratarse de un lugar genéricamente apto para que puedan desarrollarse los mencionados derechos fundamentales. Subjetivamente, dicha esfera tiene que haber sido específicamente destinada al desarrollo de tales derechos por su titular. Este domicilio común ha de considerarse regulado esencialmente en

¹⁰ GIMENO SENDRA, V., «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS», en *Estudio Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, p. 4330; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «Entrada y registro en el domicilio», *La restricción de los Derechos Fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, p. 119; ALONSO DE ANTONIO, *El domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Estudios de Jurisprudencia, 1993, n.º 5, p. 34; el mismo autor en *El derecho a la inviolabilidad del domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1993, p. 79; NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa de una entrada domiciliaria», *RAP*, n.º 112, 1987, pp. 30 y 31.

¹¹ DE LA HAZA, «Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas», *La Ley*, n.º 3, 1988, pp. 818-819.

el art. 554.2 LECRIM y también en aquellos lugares previstos en los números 1 y 3 del citado art. 554 que revistan la consideración de domicilio constitucional, según lo que, a continuación, vamos a exponer.

a') El derecho a la intimidad personal y familiar como fundamento de la protección constitucional

El derecho a la intimidad personal y familiar, como fundamento del domicilio de las personas físicas, ha sido admitido pacíficamente por la jurisprudencia del TC¹² en la que se ha señalado que conforma un «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás para mantener una calidad mínima de vida». La titularidad de dicho derecho recae sobre las personas físicas, nacionales y extranjeros, con independencia de si tienen o no permiso de residencia¹³ y resulta suficiente con que ostenten la condición de poseedor.

b') Objetivamente habitable

El domicilio es un lugar objetivamente habitable en la medida en que se encuentra naturalmente destinado al desarrollo de la vida privada y familiar. Tal requisito, relativo a la estructura física de la esfera domiciliaria, ha sido puesto de relieve por el TC¹⁴, quien ha considerado¹⁵ asimismo como irrelevantes otros factores tales como su ubicación, su específica configuración física, así como su carácter mueble o inmueble. Por ello, tales espacios pueden considerarse como domicilio con independencia de la cualidad, ostentosa o sencilla que ostenta la vivienda¹⁶, la naturaleza del soporte en que la

¹² SSTC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 2.º); 160/1991, de 18 de julio (FJ 8.º); 50/1995, de 23 de febrero (FJ 5.º); 126/1995, de 25 de julio (FJ 2.º); 94/1999, de 31 de mayo (FJ 7.º); 8/2000, de 17 de enero (FJ 3.º); 283/2000, de 27 de noviembre (FJ 2.º); 10/2002, de 17 de enero (FJ 5.º).

¹³ En este sentido ha de interpretarse lo dispuesto en los arts. 545, 550 y 554.2 LECRIM, cuando se refiere al «extranjero residente en España», considerando la residencia como una cuestión únicamente de hecho.

¹⁴ SSTC 94/1999, de 31 de mayo (FJ 5.º); 283/2000, de 27 de noviembre (FJ 2.º); 10/2002, de 17 de enero (FJ 6.º).

¹⁵ En este sentido, la STC 10/2002, de 17 de enero (FJ 7.º).

¹⁶ GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, 1992, p. 150; GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad del domicilio», REDA, n.º 32, enero-marzo 1982, p. 857; ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la... op. cit.*, p. 91. El TS ha considerado a las chabolas como domicilio en las SSTs 20 de julio de 1993 (6416); 6 de septiembre de 1994 (6825).

habitabilidad se concreta¹⁷, así como la estabilidad que presenta tal recinto¹⁸.

c') Subjetivamente habitado

Una vez que el lugar resulta objetivamente apto para que en su interior se desarrollen los derechos fundamentales que justifican la protección domiciliaria, resulta necesario asimismo que se destine específicamente, por su titular, al desarrollo de la vida privada y familiar, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional¹⁹. Para ello, el desenvolvimiento de la vida privada y familiar tiene que resultar efectivo, lo que exige la concurrencia de una serie de indicios que lo evidencien, como se deriva de lo manifestado por el TC²⁰ y el TS²¹. En virtud de tal requisito, con el que se evita la utilización abusiva de este derecho por parte de los particulares que, para entorpecer la actuación de los poderes públicos, «simulan»²² en ocasiones la existencia de un domicilio constitucional, se considera morada²³ el ámbito de privacidad, proyectado sobre un determinado espacio físico, cuyo titular reserva y excluye del conocimiento ajeno. Así pues, cumplido este requisito fáctico, resultan en principio irrelevantes

¹⁷ Por ello, puede ser domicilio los edificios construidos artificialmente así como los recintos naturales como cuevas o grutas.

¹⁸ Se ha considerado como domicilio lugares movibles, siempre que se destinen al desarrollo de la intimidad, tales como coches-vivienda, remolques, barcos habitables, carromatos, viviendas sobre ruedas, tiendas de campaña, casas prefabricadas y sobre ruedas. En este sentido, GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad del...», *op. cit.*, p. 857; ESPÍN TEMPLADO, «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», *RCEC*, 1991, pp. 51 y 52. El TS ha considerado como morada, siempre que se destinan al desarrollo de la vida privada, coches-caravana (STS 29 de enero de 2001 (405)), roullotes (STS 5 de febrero de 2003) y se lo ha negado a los vehículos como medios de transporte en la STS 17 de octubre de 2003 (7484). La STEDH de 18 de enero de 2001 «Asunto Coster» ha considerado como domicilio una caravana destinada a servir de vivienda.

¹⁹ SSTC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5.º); 50/1995, de 23 de febrero (FJ 5.º); 94/1999, de 31 de mayo (FJ 5.º); 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 9.º); 10/2002, de 17 de enero (FJ 5.º).

²⁰ En la STC 94/1999, de 31 de mayo (FJ 5.º) se afirma que las fotografías del recurrente, el contrato de alquiler de la vivienda, una agenda con anotaciones personales y varios documentos de identidad en blanco constituyen efectos que denotan la realización de la vida privada en el domicilio.

²¹ En la STS de 9 de marzo de 2001 (1350) se ha negado la consideración de domicilio a una choza «sin puertas ni habitaciones, ni luz ni instalaciones higiénicas, sin que constituyera el domicilio del acusado ni de ninguna otra personas».

²² Tal afirmación se contiene en la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 2.º), la cual, añade que ello tiene lugar cuando en realidad lo único que está en juego es su derecho de propiedad o cualquier otro título.

²³ SSTC 228/1997, de 16 de diciembre (FJ 7.º); 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3.º); 99/1994, de 11 de abril (FJ 5.º).

otros factores, como su configuración física, esto es, que se trate de lugares abiertos definitiva o temporalmente, contiguos, así como el carácter temporal de dicho elemento subjetivo.

Respecto del primer caso, los lugares abiertos definitivamente, como cuevas o grutas, han sido considerados acertadamente como domicilio por un sector doctrinal²⁴ y el Tribunal Supremo²⁵. Asimismo, las heredades que cercan una residencia se califican como domicilio por algunos autores²⁶, puesto que, según ha manifestado alguno de ellos²⁷, el domicilio es una unidad que abarca todo aquello edificado o no respecto de lo que el titular tiene facultad de disposición, lo que resulta criticable a la vista de nuestra postura. En cuanto a lugares abiertos temporalmente, bien de forma circunstancial, o bien habitual, algunos autores²⁸ lo han considerado como domicilios.

Existen algunos recintos que son contiguos a lugares públicos o abiertos al público, como los camarotes de buques, determinadas habitaciones anexas a bares, etc, así como garajes o trasteros dependientes de un domicilio, cuya calificación como domicilio se resuelve conforme al criterio expuesto. Así, si los anexos están destinados al desarrollo de la vida privada personal y familiar, han de considerarse como domicilio. Pero para ello, debe exigirse, como ha señalado algún autor²⁹, no sólo la unidad física de tales lugares contiguos respecto del recinto principal, sino también la unidad funcional. Tales afirmaciones conducen a la reinterpretación de algunos preceptos de la LECRIM. En primer lugar, si bien los casos previstos en el art. 547 LECRIM constituyen en general edificios o lugares públicos, espacios públicos y abiertos al público, existen determinados recintos dentro de ellos donde puede desarrollarse, de hecho, la vida privada, como los camarotes de los buques del Estado (art. 547.4), por lo que deben considerarse incluidos en el art. 554.2 LECRIM. Por el mismo motivo, si bien argumentando a «*sensu*» contrario, en el caso de los buques mercantes nacionales (art. 554.3 LECRIM), que se califican como domicilio, tendrían que calificarse tan sólo como domicilio

²⁴ GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del...*, *op. cit.*, p. 159; ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la...*, *op. cit.*, p. 86; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro...», *op. cit.*, p. 120.

²⁵ STS 19 de octubre de 1994 (8031) se refiere a una cueva.

²⁶ ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a...*, *op. cit.*, pp. 87 y 88; GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del...*, *op. cit.*, p. 153.

²⁷ ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a...*, *op. cit.*, pp. 87 y 88.

²⁸ El reconocimiento en tales casos de estos lugares como domicilio constitucional ha sido afirmado por ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a...*, *op. cit.*, p. 86; GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del...*, *op. cit.*, p. 146.

²⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «Entrada y registro...», *op. cit.*, p. 120.

constitucional los camarotes de la tripulación, como ha señalado el TS³⁰ y, por tanto, de entenderlos incluidos en el art. 554.2 LECRIM.

En tercer lugar, si un determinado lugar habitable se ha destinado por su titular al desarrollo de su vida privada, resulta irrelevante, como ha señalado nuestro TC³¹ la mayor o menor continuidad temporal en su desenvolvimiento. Es el caso de las segundas o sucesivas viviendas, habitaciones de hotel, camarotes de barcos de recreo, entre otros, cuya consideración como domicilio constitucional no está supeditada a criterios temporales. Es por ello por lo que se anuló el art. 557 LECRIM, que disponía que las habitaciones de hotel no son domicilio, por la STC 10/2002, de 17 de enero.

c) Los domicilios especiales

Los domicilios especiales de las personas jurídicas son espacios donde se desarrollan actividades que caen en el ámbito de protección de otros derechos fundamentales cuya titularidad sí puede atribuirse a las personas jurídicas, como el secreto profesional, la libertad de expresión y el derecho de asociación, especialmente, de asociación política. Es el caso de los despachos profesionales y las sedes de los medios de comunicación y de las asociaciones, como las políticas, que, cuando se trata de personas jurídicas, han de considerarse contemplados en el art. 554.4 LECRIM. A continuación, exponemos por qué dichos derechos fundamentales pueden fundamentar la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y en qué consiste la protección de tales lugares.

a') El secreto profesional, la libertad de expresión y el derecho de asociación como fundamento de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas

Siendo que el TC no reconoce la titularidad del derecho fundamental a la intimidad a las personas jurídicas, vamos a exponer los argumentos que motivan el fundamento de la protección del domicilio de tales entidades en la salvaguarda del secreto profesional, libertad de expresión y derecho de asociación, especialmente, de asociación política, para lo que tomaremos en cuenta la jurisprudencia del TC.

³⁰ SSTS de 29 de noviembre de 2001; de 28 de febrero de 2003.

³¹ SSTC 94/1999, de 31 mayo (FJ 5.º), 10/2002, de 17 de enero (FJ 6.º).

Con carácter general, nuestro TC ha admitido que las personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales³². En concreto, en la STC 137/1985 de 17 de febrero, precisamente relativa a la entrada y registro en la sede de una persona jurídica, ha utilizado, como criterio de atribución de dicha facultad, el contenido del artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn³³ (en adelante, GG), del que analizaremos dos aspectos. En cuanto al alcance de tal titularidad, cabe señalar que, conforme a la interpretación de la expresión «rigen para» contenida en el art. 19.3 GG («*gelten für*»), la naturaleza de la titularidad de los derechos fundamentales que se extiende a las personas jurídicas resulta semejante a la predicable de las personas físicas³⁴. Respecto al criterio de atribución de la titularidad, la solución se deriva de la interpretación de la expresión «según su naturaleza» («*nach ihre wesen*»). La controvertida expresión no ha sido unánimemente interpretada por la doctrina germana así como por su Tribunal Constitucional (en adelante, BVerf G)³⁵. Concretamente, la polémica se ha centrado en torno a si la titularidad de los derechos fundamentales se restringe a aquéllos cuyo ejercicio por parte de las personas físicas que la integran ha dado lugar a la constitución de la persona jurídica, esto es, si se extiende a todos aquellos derechos cuya protección sea precisa para la consecución del fin estatutariamente previsto o si, por el contrario, la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas se ha independizado respecto de la señalada condición, esto es, si se refiere a cualquier derecho fundamental. En este sentido, la discusión ha sido resuelta por un autor alemán³⁶ en favor del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que detrás de ellas se encuentran personas físicas cuyos derechos se trata de proteger. Esta postura, que es la asumimos en este trabajo, fue, asimismo, utilizada en la STC 64/1988, de 12 de abril³⁷.

³² Entre otras, las SSTC 175/2001, de 26 de julio, 237/2000, de 16 de octubre; 123/1996, de 8 de julio; 139/1995, de 26 de septiembre; 129/1995, de 11 de septiembre; 91/1995, de 19 de junio; 100/1993, de 22 de marzo.

³³ El artículo 19.3 GG dispone que «los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en la medida en que según su naturaleza les sea de aplicación».

³⁴ En este sentido, VON MUTIUS, «Kommentar zum Artikel 19», en STERN, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1982, pp. 19 y 20.

³⁵ Dicha discusión ha sido recogida por DÍAZ LEMA, «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», RAP, sep-dic 1989, n.º 120, pp. 99 y ss.

³⁶ VON MUTIUS, «Kommentar zum Artikel 19», en STERN, *Kommentar zum...*, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ STC 64/1988, de 12 de abril (FJ 1.º) señala que la «plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos corresponde,

En concreto, respecto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el punto de partida se encuentra en la STC 135/1985, de 17 de febrero³⁸, el cual resulta criticable, porque atribuyó, a la generalidad de las personas jurídicas, la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo que además ha sido secundado por la mayoría de la doctrina³⁹. En contra de dicha tesis, se ha afirmado por un sector doctrinal⁴⁰ que, con ello, se incurre en el fenómeno de la «patrimonialización del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio» pues justifica la protección del domicilio en la salvaguarda de otros intereses que no tienen la categoría de derechos fundamentales. Ello no obstante, de la posterior jurisprudencia de dicho Tribunal pueden extraerse consecuencias que permiten avanzar en nuestro razonamiento. En efecto, en la STC 137/1985, de 17 de octubre también niega que la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas pueda fundamentarse en el derecho a la intimidad⁴¹. De conformidad con ello y posteriormente en la STC 69/1999, de 25 de abril destaca que el contenido del derecho proclamado en el art. 18.2 CE difiere en el caso de las personas físicas y jurídicas pues, en este segundo caso, se justifica en la protección de las actividades empresariales y la intensidad de la salvaguarda es menor. Asimismo, señala que según el criterio relativo a «la naturaleza y especialidad de fines», la protección constitucional del domicilio tan sólo se extiende a aquellos espacios imprescindibles para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de direc-

no sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones *cuya finalidad sea específicamente la de defender ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental*».

³⁸ El criterio se ha constatado en la STC 69/1999, de 25 de abril. Ello no obstante, la postura dominante del TC es considerar a las personas jurídicas como titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, si bien otorgándoles una protección menor, solo de los espacios físicos necesarios para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas. En este sentido, la STC54/2015, de 16 de marzo.

³⁹ GÓMEZ COLOMER, «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», RDPr, 1993, n.º 13, p. 571; FRANCO ARIAS, «La entrada en lugar cerrado», Justicia, 1988, vol. III, p. 587; MATIA PORTILLA, «Derecho comunitario y derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio», RGD, año XLVIII, junio 1992, n.º 573, p. 5195; ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a...*, op. cit., p. 76.

⁴⁰ GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del...*, op. cit., pp. 117-118; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro...», op. cit., p. 119.

⁴¹ Y, ello, porque el Alto Tribunal desestima el recurso de amparo pues considera que la pretensión del actor no se justifica en ninguna alegada violación de la intimidad que pudiera entroncarse con el genuino significado del artículo 18.2 sino en un fin ajeno a la proyección natural de tales derechos (FJ 6.º).

ción de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan excluidos del conocimiento de terceros. Con este segundo argumento, puede introducirse la idea de que dicha reserva ha de ser objeto de protección constitucional y no legal, esto es, del mismo nivel que lo es la protección que dispensa al domicilio el art. 18.2 CE. Así pues, de conformidad con dicha naturaleza instrumental que ostenta el derecho a la protección constitucional del domicilio, puede fundamentarse la protección de dicho ámbito, no tanto en la salvaguarda bienes legalmente previstos, sino otros derechos fundamentales que pueden ser los derechos al secreto profesional, la libertad de expresión, el derecho de asociación y, en particular, de asociación política, a los despachos profesionales, medios de comunicación, asociaciones y partidos políticos. Y, ello, porque son derechos fundamentales, cuyo ejercicio por parte de las personas físicas integradoras de la persona jurídica ha dado lugar a la creación de dicha entidad, cuyo fin social reclama la defensa de dicho derecho fundamental.

b') Protección de despachos profesionales, medios de comunicación y asociaciones

Los despachos profesionales, medios de comunicación y asociaciones, especialmente, las asociaciones políticas pueden protegerse como domicilio *ex art. 18.2 CE*, en la medida en que haya de salvaguardarse el espacio físico donde se desarrollan el secreto profesional, la libertad de expresión, el derecho de asociación y, en particular, de asociación política.

En cuanto a los despachos profesionales, se ha considerado el secreto profesional como uno de los fundamentos de la protección domiciliaria⁴². En esta línea, la STC 37/1989, de 15 de febrero⁴³, reconoció la condición de domicilio constitucional a una clínica médica. Con mayor rotundidad se manifestó el TEDH, en el «Asunto Niemietz»⁴⁴, cuya sentencia, tras manifestar que no caben distinciones entre un despacho que se encuentra dentro de un domicilio y el que se sitúa en una oficina, ha extendido la protección de la vida privada y del domicilio, contenida en el art. 8 CEDH, a un despacho profesional y, con carácter general, a «ciertas actividades profesionales o comerciales y a los locales». Posteriormente, el TS⁴⁵ asimismo

⁴² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro...», *op. cit.*, p. 119.

⁴³ STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 4.º).

⁴⁴ STEDH de 16 de diciembre de 1992, parágrafos 27, 28 y 29.

⁴⁵ SSTS de 11 de octubre de 1993 (2206); de 25 de febrero de 2004.

ha extendido la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a los despachos profesionales y la doctrina lo ha secundado⁴⁶.

La defensa *ex art.* 18.2 CE de los mencionados derechos fundamentales que justifican la consideración como domicilio a las sedes de los medios de comunicación y de algunas asociaciones, como las de los partidos políticos, ha sido defendida por algún autor⁴⁷ y, asimismo, se infiere de la jurisprudencia del TC. En efecto, la libertad de expresión, así como el derecho a comunicar y recibir información (art. 20. 1.a) y d) CE), constituyen las actividades protegidas en la STC 144/1987, de 23 de septiembre (FJ 2.º y 3.º) porque reconoce que en dichos recintos pueden estar en juego el derecho a la intimidad u otro derecho fundamental. En el mismo sentido se ha manifestado en la STC 171/1997, de 14 de octubre⁴⁸, porque al considerar vulnerados los derechos fundamentales proclamados en los arts. 20.1 a) y d), otorga al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio un carácter instrumental respecto de los mencionados derechos fundamentales, dado que el recurrente alegó la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Asimismo, en la STC 211/1992, de 30 de noviembre⁴⁹, que resuelve sobre la ejecución de una entrada y registro por parte de empleados del Ayuntamiento con el objeto de demoler la edificación de la sede de un partido político, declarada ilegal por la Corporación Municipal, no alude a la libertad de creación de partidos políticos, sino al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

C) La «nueva» entrada y registro como dos intromisiones

Con la regulación de las tres nuevas tecnologías se ha superado el modo tradicional de practicar la entrada y el registro, lo que ha supuesto la ampliación de los clásicos fines que se pretendían alcanzar con cada una de ambas medidas y, en consecuencia, de los derechos fundamentales que pueden verse afectados. A continuación explicamos esta nueva concepción pero diferenciando entre la entrada y el registro. Si las tradicionales entradas y registros constituían medidas distintas⁵⁰

⁴⁶ Entre otros, ECHARRI CASI, «La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales», *La Ley*, n.º 8260, 2014.

⁴⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro...», *op. cit.*, p. 119.

⁴⁸ STC 171/1997, de 14 de octubre (FJ 2.º).

⁴⁹ STC 211/1992, de 30 de noviembre (FJ 3.º).

⁵⁰ GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2015, p. 393; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro en el domicilio», *La restricción de los*

por el doble motivo indicado, en función de los fines perseguidos y de los derechos fundamentales afectados, la nueva entrada y el nuevo registro también lo siguen siendo, como exponemos seguidamente.

a) *La entrada domiciliaria*

La entrada constituye un acto procesal que se encuentra orientado a la práctica de una medida cautelar, fundamentalmente una detención⁵¹, y/o de un registro con el fin de preconstituir la prueba. Dichos fines se infieren de los arts. 546, 550 y 553 LECRIM, habida cuenta que exige, como presupuesto para la práctica de la entrada en virtud de una resolución judicial, la existencia de indicios de que en el interior del domicilio se encuentra el procesado y, asimismo, la posibilidad de practicar un registro. Por lo tanto, la diligencia de entrada, no constituye *per se* una medida cautelar, sino que constituye un instrumento para la práctica de una medida cautelar. Tampoco constituye un acto de prueba directo, pero sí indirecto⁵², en la medida en que lo posibilita, pues a la entrada puede sucederle la práctica de un registro que se dirige fundamentalmente a la recogida y aseguramiento de la fuente de prueba o, lo que es lo mismo, a la preconstitución de la prueba.

En la medida en que la entrada persigue fundamentalmente la práctica de la detención del imputado, resultará vulnerado con esta medida, no solo el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y los derechos fundamentales que constituyen su fundamento constitucional en el caso de las personas físicas y jurídicas, sino también el derecho a la libertad del detenido.

Ahora bien, con los dos nuevos actos de investigación dirigidos a la grabación de las conversaciones y a la obtención de imágenes en el interior del domicilio gracias al uso de tecnologías que, o bien portan los agentes encubiertos, o bien se colocan autónomamente, ha cambiado el modo de practicar la entrada y, en consecuencia, los fines que persigue así como los derechos fundamentales afectados. No obstante, esta nueva concepción de la entrada domiciliaria encaja plenamente en nuestro art. 18.2 CE, a diferencia de lo que aconteció en el ordenamiento jurídico alemán, pues con la aproba-

Derechos Fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, n.º 120, p. 117; GÓMEZ COLOMER, «Concreciones en torno...», *op. cit.*, p. 575.

⁵¹ GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 394.

⁵² GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 395.

ción de estas medidas en la Ley para la lucha contra la criminalidad organizada de 1998⁵³, tuvo que reformarse previamente el art. 13 GG para darles cabida. Fue tan polémica su aprobación que, a pesar de que dicho precepto constitucional fue declarado posteriormente constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Aleman (en adelante, BVerfG) de marzo de 2004⁵⁴, no obstante, declaró inconstitucional algunos párrafos de la Ordenanza Procesal Penal Alemana (en adelante, StPO) que las desarrollaban. Ello obligó a la modificación de la StPO (párrafos 100c -100f StPO) mediante la «Ley para la aplicación de la sentencia del BVerfG sobre la vigilancia acústica del domicilio», con el propósito de endurecer los requisitos para la adopción de estas medidas.

En efecto, en Alemania, la utilización de aparatos de escucha para grabar conversaciones que se desarrollan en el interior del domicilio (Grosser Lausangriff), bien usados autónomamente y colocados en el interior o exterior del domicilio, o bien portándolos los agentes encubiertos, supuso la previa reforma del art. 13 GG porque no se encuadraba en ninguno de los supuestos previstos en dicho precepto regulador del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En el debate doctrinal previo a la reforma del art.13 GG, si bien se admitía que dichas intromisiones constituían actuaciones vulneradoras del ámbito domiciliario (art. 13 GG), no existió unanimidad en cuanto al supuesto bajo el que podían justificarse⁵⁵ pues, o bien se calificaban como «registros»⁵⁶ y, en consecuencia, se subsumían en el artículo 13. II GG, o bien se consideraban⁵⁷ supuestos de «intervenciones» o «limitaciones» para la prevención de un

⁵³ Publicada en el Boletín Legislativo Federal, BGBl 1999, parte I, Nr.25, de 8 de mayo de 1998, que introduce en los párrafos 100c (párrafos 1.º, núm 3 y párrafo 2.º, inciso 2), 100d (párrafos 2.º, 3.º, 4.º inciso 2, 5.º, inciso 2 y 6.º), 100e y 100f.

⁵⁴ Hubo un voto minoritario en que se mantuvo que la reforma del artículo 13 GG fue inconstitucional pero la sentencia (la mayoría del BVerfG) declara constitucional el art. 13 GG.

⁵⁵ La distinción resultaba de interés porque, mientras en el primer caso, la intromisión sobre el domicilio exige que sea autorizada mediante una resolución judicial, salvo que se trate de un supuesto de «peligro en el retraso» (*Gefahr in Verzug*), en el segundo caso, no resulta imprescindible el cumplimiento de tal garantía judicial, sino que basta con que se observen los mecanismos de salvaguarda regulados en las leyes a las que se remite.

⁵⁶ GUTTENBERG, «Die heimliche Überwachung von Wohnungen», NJW, 1993, n.º 9, p. 570.

⁵⁷ SCHMALZ, *Grundrechte*, Baden-Baden, 3.º Aufl. 1997, p. 283; GLAUBEN, «Kann der "Grosse Lausangriff" zulässig sein?», Dri Z, 1993, n.º 1, p. 41; KREY, *Rechtsprobleme des Strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1993, p. 163.

peligro común o de muerte de personas regulados en el art. 13. III GG. Dado que, finalmente, no se alcanzó un acuerdo en este punto, el artículo 13 GG tuvo que reformarse con la introducción de tres nuevos preceptos⁵⁸.

Por el contrario, en España, la utilización de estos dispositivos, no solo para captar y grabar conversaciones como en Alemania, sino también para obtener imágenes en el interior de un domicilio constituye, sin controversia alguna, un supuesto de entrada domiciliaria prevista en el art. 18.2 CE. Sin embargo, como indicábamos anteriormente, con ellos ha cambiado el modo de practicarla. En este sentido, podemos distinguir dos supuestos: en el primero, la entrada se practica físicamente pero no es advertida por el investigado, como acontece cuando los dispositivos técnicos son, o bien portados por un agente encubierto, o bien colocados autónomamente en el interior del domicilio; y en el segundo caso, donde la entrada no se practica una físicamente, lo que podríamos denominar «entradas incorporales» y es desconocida igualmente por el investigado. Ahora bien, el fin perseguido es común en todas estas entradas. Ya no será la práctica de una detención sino poder recabar más información sobre el delito que se investiga y su autoría, lo que la configura como un acto de investigación. Ello supone que con estas nuevas intromisiones sobre el ámbito domiciliario se incide, junto con el derecho a inviolabilidad del domicilio y los derechos constitucionales que la fundamentan en el caso de las personas físicas y jurídicas, sobre el derecho a la protección de datos personales y, en su caso, sobre el derecho a la propia imagen.

Finalmente cabe señalar que, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, debiera haberse establecido en nuestra LECRIM una regulación que diferenciara con mayor claridad entre los actos de investigación tecnológicos que se practican en el marco de una entrada domiciliaria de los que se llevan a cabo fuera del domicilio, acorde con la distinción prevista por la doctrina alemana. Así, se ha distinguido⁵⁹ entre la utilización de los aparatos de escucha para grabar conversaciones que tienen lugar dentro del domicilio, las denominadas *Grosser Lauschangriff* (parágrafo 100c StPO) que comprenden tanto la colocación de tales dispositivos autónomamente como si lo

⁵⁸ En particular, con la modificación constitucional se han intercalado cuatro nuevos párrafos, el artículo 13.3, 13.4, 13.5 y 13.6, y el anterior artículo 13.3 se ha convertido en el artículo 13.7.

⁵⁹ Un estudio sistemático sobre la regulación de los aparatos técnicos ha sido elaborado por HEINRICH y REINBACHER, *Einsatz technischer Mittel*, Examinatorium Strafprozessrecht, Arbeitsblatt, n.º 20, 2010, que puede verse en: http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strpr/20_einsatz_technischer_mittel.pdf

portan los agentes encubiertos⁶⁰ y la utilización de tales dispositivos de escucha para grabar conversaciones e imágenes que se desarrollan fuera del domicilio, esto es, las *Kleiner Lauschgriff*, reguladas en el párrafo 100 f StPO. Nosotros nos referiremos a las primeras, que, en la actualidad, se regulan respectivamente en nuestra LECRIM, en los arts 588 quater a, b, c, d, e así como en el art. 282bis.7.

b) *El registro domiciliario*

Tradicionalmente, el registro ha constituido un acto procesal que permite la recogida de los instrumentos o efectos del cuerpo del delito, libros y papeles y demás cosas que se hubiesen encontrado, tal y como se infiere de los arts. 545-550 y 573-574 LECRIM. En particular, persigue fundamentalmente la recogida y aseguramiento de las fuentes de prueba en concreto de preconstitución de la prueba⁶¹, como así lo ha entendido la mayoría de la doctrina⁶² y la jurisprudencia del TC⁶³ y, asimismo, posibilita la realización de determinados actos de investigación tales como tales reconocimientos periciales (art. 557) o declaraciones de testigos, con lo que puede considerarse como un acto de investigación indirecto.

En cuanto a los derechos fundamentales afectados, lo serían, junto con la inviolabilidad del domicilio y los derechos constitucionales que la fundamentan en el caso de las personas físicas y jurídicas, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), especialmente, las relativas a la prueba e, incluso, puede llegar a afectar al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en el caso de que no habiéndose preconstituido la prueba, el órgano decisor dictase una sentencia condenatoria en base a este acto de naturaleza investigadora.

Con el nuevo acto de investigación regulado en los art. 588 sexies a b y c LECRIM ha cambiado la forma de practicar el registro y, con

⁶⁰ Esta es una postura mayoritaria, salvo alguna opinión aislada como la de HILGER, NStZ, 1992, pp. 457-462.

⁶¹ Y ello porque se trata de un acto de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral que, en esta fase investigadora ha de rodearse de las garantías propias de la prueba, como son el principio de inmediación que se cumple con la presencia judicial o en su caso, del secretario judicial y el principio de contradicción que se observa con la presencia del destinatario de la medida.

⁶² Entre otros, PEDRAZ PENALVA, «El registro domiciliario». *Comentarios sobre la reforma procesal*, Oviedo, 1992, p. 223. HERNÁNDEZ GIL, «La prueba preconstituida». *La prueba en el proceso penal*, Madrid 1992 p. 92; GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 401.

⁶³ STC 228/1997, de 16 de diciembre.

ello, los fines que se persiguen y los derechos fundamentales que se verán afectados. La principal novedad es que con la incautación de dispositivos de almacenamiento masivo de la información y el acceso a su contenido, ciertamente se practica físicamente una entrada en el interior del domicilio, con el fin de incautar los dispositivos. Sin embargo, la información que se obtiene, que es el objetivo del registro, no se encuentra físicamente dentro del ámbito domiciliario. Ni si quiera, en algunos casos, se necesita utilizar algunos de los dispositivos incautados con la entrada domiciliaria para acceder a su contenido, pues puede lograrse esta información accediendo desde otro ordenador, por ejemplo, que no se encuentre dentro del domicilio⁶⁴. En definitiva, la información que puede obtenerse está, en su mayoría, fuera del mencionado recinto físico⁶⁵. Así pues, se supera el modo en que tradicionalmente se practica un registro, limitándose a desvelar lo que está oculto dentro del espacio domiciliario. Más allá del clásico registro corporal, con estos actos de investigación pueden llevarse a cabo registros incorporeales, entendiendo esta expresión en el contexto de lo expresado, esto es, en el sentido de que la información que se desvela esta fuera del espacio domiciliario⁶⁶. Con este nuevo acto de investigación tecnológico previsto en el art. 588 sexies los fines no serían solo la preconstitución de la prueba encontrada en el interior del domicilio, sino también la obtención de información que se encuentra fuera del domicilio, por lo que tendría carácter de acto de investigación y, en su caso, de prueba. Asimismo, junto con la afcción de los derechos fundamentales anteriormente indicados al practicar un clásico registro, con el nuevo registro, en virtud del cual se accede a dicha información digital, se afectará asimismo al derecho a la protección de datos personales.

⁶⁴ Ello, aunque no es objeto de nuestro trabajo, está relacionado con la regulación prevista en los arts 588 septies a, b y c referida a los registros remotos sobre equipos informáticos, en virtud de los cuales, se accede a la información, por ejemplo en un ordenador, sin necesidad de practicar un registro dentro del domicilio, lo que no solo es desconocido por el destinatario de la medida sino que además no requiere presencia física en el interior del domicilio para su incautación.

⁶⁵ El problema de la deslocalización de la información digital ha sido expuesto por ORTIZ PRADILLO, J. C., «Nuevas medidas tecnológicas de investigación para la obtención de prueba electrónica», en PÉREZ GIL, *El proceso penal en la sociedad de la información*, Madrid, 2012, pp. 275-278.

⁶⁶ En este sentido, ORTIZ PRADILLO, «La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación». Estudios de Progreso. Fundación alternativas, n.º 74, 2013. Puede verse en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf, p. 12.

D) El cumplimiento del principio de proporcionalidad en la resolución judicial

A estas nuevas formas de practicar una entrada y registro domiciliario se les ha de aplicar igualmente el principio de proporcionalidad. Tradicionalmente, la aplicación del principio de prohibición de exceso con relación a la entrada y registro domiciliario ha sido exigido expresamente por el TC, secundado por el TS y un sector doctrinal sin discusión alguna. En este sentido, el principio de proporcionalidad ha de observarse en la regulación, así como en la resolución judicial⁶⁷. Asimismo, ha de tomarse en consideración el mencionado principio en el caso de la entrada practica en virtud de un flagrante delito y estado de necesidad, lo que implica una interpretación restrictiva de ambos supuestos, sin perjuicio de que tenga que respetarse asimismo en su ejecución. En cuanto a la dicha ejecución a través de una resolución judicial, tiene que observarse el principio de proporcionalidad en todos aquellos aspectos que inciden sobre derechos fundamentales, como ha señalado el TC⁶⁸. En este sentido, la observancia del principio de proporcionalidad ha sido exigida⁶⁹ en la actuación de los agentes de la Policía.

Con los nuevos actos de investigación, resulta especialmente intensa la invasión sobre diversos derechos fundamentales, esencialmente sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, porque se trata de medidas que se acuerdan en el marco de una entrada y registro, y asimismo, sobre el derecho a la protección de datos⁷⁰ en el que encuentran cobertura estos tres actos de investigación. Por ello, el principio de proporcionalidad debe observarse escrupulosamente en la regulación, adopción y ejecución de estos tres actos de investigación tecnológicos, como tendremos ocasión de analizar a continuación.

⁶⁷ SSTC 126/1995, de 25 de julio (FJ 3.º); 133/1995, de 25 de septiembre (FJ 4.º); 139/1999, de 22 de julio (FJ 2.º); 8/2000, de 17 de enero (FJ 4.º); 202/2001, de 15 de octubre (FJ 2.º); 14/2003, de 28 de enero (FJ 9.º); 89/2006, de 27 de marzo (FJ 3.º); 96/2012, de 7 de mayo (FJ 10.º); 170/2013, de 7 de octubre (FJ 5.º).

⁶⁸ SSTC 94/1999, de 31 de mayo (FJ 3.º), 239/1999, de 20 de diciembre (FJ 5.º).

⁶⁹ PEDRAZ PENALVA, «Algunas reflexiones sobre Policía y Administración de Justicia», *Justicia*, n.º II, 1990, pp. 329 y 330.

⁷⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ; PÉREZ GIL, *The new technology-related investigation measures in spanish criminal proceedings: an analysis of the light to data protection*, EDPL, n.º 2, 2016.

III. La entrada del agente encubierto en un domicilio y la obtención de imágenes y grabación de conversaciones

El art. 282 bis.7 LECRIM ha regulado la posibilidad de que un agente encubierto entre en un domicilio portando dispositivos para obtener imágenes y grabar conversaciones, sin que sea advertido por el destinatario de la medida y, en su caso, por el titular del domicilio. Esta es la primera modificación de la LO 5/1999, de 13 de enero, que reguló la figura del agente encubierto con la inclusión del art. 282 bis LECRIM. En concreto, en el número 1 se exigió que el órgano jurisdiccional competente acordase mediante resolución judicial la infiltración del agente encubierto en una organización criminal. Asimismo, el art. 282 bis.3 previó la necesidad de solicitar las correspondientes autorizaciones judiciales adicionales cuando la actuación del agente encubierto afectase a otros derechos fundamentales, conforme a lo previsto, en cada caso, en la Constitución y en las correspondientes leyes. En virtud de la regulación de ambos números, junto con el 2, 4 y 5 se cumplió formalmente con el principio de legalidad. Y, en particular, y a los efectos de nuestro trabajo, con la previsión de ambas autorizaciones judiciales, se pretendió justificar las intromisiones que, sobre los derechos fundamentales, supone, tanto la infiltración del agente encubierto en una organización criminal, como la actuación investigadora que haya de llevar a cabo dicho agente durante su actuación. En concreto, en el primer caso, el derecho fundamental esencialmente afectado con la infiltración del agente encubierto en la organización criminal (art. 282 bis 1.º párrafo 1) es el derecho a la intimidad⁷¹ y, en el segundo, puede ser el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio si en el curso de su actividad investigadora (art. 282 bis 3.º), tiene que entrar en dicho lugar.

Con el análisis del art. 282 bis. 7 objeto, esencialmente de nuestro estudio, en el contexto del art. 282 bis, hemos identificado varios problemas en la actuación limitadora de derechos fundamentales del agente encubierto, que deben analizarse. En concreto, nos preguntaremos si, con la regulación prevista en el art. 282, tanto la entrada domicilia del agente encubierto como la utilización por dicho agente de estos dispositivos técnicos en el interior de un domicilio es conforme con los requisitos propios de las restricciones de los derechos fundamentales.

⁷¹ En cuanto a los derechos fundamentales que se infringen ha manifestado GASCON INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Granada, 2001, pp. 99-102, que los derechos fundamentales afectados se concretan, en última instancia, en derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y que pueden englobarse dentro de la expresión «derecho a la autodeterminación informativa» o «el derecho al libre desarrollo de la personalidad».

1. *La entrada del agente encubierto en el domicilio*

En múltiples ocasiones, la actuación del agente encubierto, cuya infiltración en la organización criminal ha sido autorizada judicialmente, requiere, para llevar a cabo sus objetivos, de la realización de actividades concretas que resultan lesivas de derechos fundamentales, como puede ser en el caso de que tenga que entrar en un domicilio. En tales supuestos, dicha intromisión debe estar amparada bajo una resolución judicial o un delito flagrante o por el consentimiento del titular del domicilio. Pero estos tres supuestos, según la normativa actual, no resultan fácilmente aplicables. Cabe descartar que pueda justificarse la entrada en virtud de un flagrante delito, por la propia naturaleza de la medida, pues el agente encubierto precisamente no actúa como un agente de la policía que entre en el domicilio para practicar una detención y evitar así la huida de un sujeto y que desaparezcan los elementos del delito. Por ello, nos planteamos si estaría legitimada en virtud de una autorización judicial o del consentimiento del titular.

Conforme a una autorización judicial, la entrada del agente encubierto en el domicilio no se ha previsto expresamente en nuestra LECRIM. Únicamente existe la regulación contenida en el art. 282 bis.3 LECRIM. El problema surge no tanto porque dicha genérica previsión no sería suficiente para ver cumplido el principio de legalidad, sino esencialmente porque hará inviable, en la práctica, la entrada del agente que no encontrará el momento oportuno para solicitar esta orden judicial sin perder la confianza del grupo criminal. Excluida esta opción, tampoco la resolución inicial por la que se autoriza la infiltración del agente encubierto en la organización criminal (art. 282 bis.1 párrafo primero) resultaría suficiente para justificar constitucionalmente la entrada del agente encubierto en el domicilio porque el objetivo de una autorización judicial es justificar cada medida restrictiva en el caso concreto y, como regla general, con carácter previo.

Expuesto lo anterior, se ha planteado si estaría amparada bajo el consentimiento del titular. Para ello, la única posibilidad sería que se previese expresamente la práctica de la entrada del agente encubierto con el consentimiento de su titular dado sin que tenga conocimiento de que se trata de un agente encubierto, esto es, bajo el amparo de un consentimiento basado en el engaño. Sin embargo, este supuesto no se encuentra actualmente previsto en nuestra LECRIM, lo que debería hacerse al igual que se regula en el ordenamiento jurídico alemán, concretamente en el parágrafo 110c StPO.

Ciertamente, el camino hasta llegar a la aprobación del párrafo 110c StPO no fue sencillo. El debate generado con la introducción de esta medida, en concreto si la entrada del agente encubierto en un domicilio estaba amparada o no en el art. 13 GG fue arduo⁷². Finalmente, la StPO previó esta posibilidad. En concreto, el párrafo 110b párrafo 2.^a, núm. 2 se refiere al hecho de que en el caso de que la investigación se realice contra un concreto inculpado y que el agente encubierto entre en un domicilio, necesitará de autorización judicial⁷³. Esta resolución judicial comprende asimismo la entrada consentida en el domicilio del inculpado según el párrafo 110c. En virtud de dicho precepto, se autoriza la entrada del agente encubierto con el consentimiento viciado del titular del domicilio, pues se ha obtenido gracias al engaño sobre la identidad supuesta del agente encubierto. De hecho, el citado párrafo autoriza a dicha entrada solo si el consentimiento se logra gracias a dicho engaño.

Expuesta la regulación alemana en esta cuestión, y habiéndose previsto un precepto como el art. 282 bis 3, cabe proponer, como se ha pedido desde diversos ámbitos⁷⁴, la regulación en nuestra LECRIM de un precepto semejante al párrafo 110 c de la StPO en el que se autorice la entrada del agente encubierto en el domicilio con el consentimiento obtenido con el engaño sobre la identidad falsa del agente encubierto.

2. *El agente encubierto y el uso de la tecnología para obtener imágenes y grabar conversaciones en el domicilio*

En virtud del art. 282 bis.7 LECRIM podemos interpretar que el legislador no ha considerado suficiente la genérica regulación prevista en el art. 282 bis.3 para considerar cumplido el principio de legalidad en estos supuestos, pues lo ha regulado específicamente, lo que resulta positivo. Siendo positiva su regulación, si analizamos conjuntamente el art. 282 bis y el art. 282 bis.3 podemos identificar

⁷² Tal discusión se recoge en GROPP, W., *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1993, pp. 190-194.

⁷³ Y en caso de peligro en el retraso, puede acordarla la fiscalía, si bien el juez debe aprobarla en el término de los tres días siguientes.

⁷⁴ Solo a modo de ejemplo, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Límites y garantías procesales en la investigación*, La Ley n.º 6142, 2004; asimismo, la STS 28 de junio 2013 (99607).

algunas deficiencias porque no cumple con los requisitos constitucionales que exige su consideración como medidas restrictivas de derechos fundamentales.

En primer lugar, alude a la autorización judicial para la obtención de imágenes y la grabación de conversaciones, aun cuando se desarrollen en el interior del domicilio, pero esto no significa que se haya cumplido con el principio de legalidad en relación con la entrada del agente encubierto, con o sin medios técnicos. De hecho, la única autorización que regula es aquella con la que se justifica la obtención de imágenes y la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en los encuentros previstos entre el agente encubierto y el investigado. Si el legislador hubiese querido prever la entrada del agente encubierto en el domicilio hubiese regulado la necesidad de obtener una segunda autorización judicial o de incluir una específica motivación sobre la entrada domiciliaria en la primera resolución judicial que autoriza la utilización de la tecnología. Pero a esta solución habría que oponerle las críticas expuestas en el punto anterior sobre la inoperancia de esta solución salvo que excepcionalmente fuera previsible la entrada.

Tampoco el uso de medios técnicos portados por un agente encubierto que entra en un domicilio para grabar conversaciones (Grosser Lauschangriff) se encuentra expresamente regulado en la StPO, a pesar de lo cual ha encontrado cobertura legal en dos párrafos que exigen que se acuerden dos resoluciones judiciales: una primera con la que se justifica su infiltración en la organización criminal (párrafo 110b párrafo 2.^a, núm. 2) que debe ponerse en relación con el párrafo 110 c StPO, relativo al consentimiento obtenido bajo engaño y una segunda, que autoriza la grabación del sonido en el domicilio (párrafo 100 c).

En segundo lugar, el legislador ha previsto no solo la grabación de conversaciones sino también la obtención de imágenes. Al igual que indicaré en el punto V, resulta controvertida la equiparación entre la grabación de conversaciones y la obtención de imágenes, pues en el segundo caso, aun cuando afortunadamente solo se refiere a la obtención de imágenes, por ejemplo, mediante fotografías, la medida sin embargo podría lesionar más intensamente el núcleo más íntimo de la vida de un sujeto. Mientras que la grabación de imágenes en el interior de un domicilio incide, junto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, sobre el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), la grabación de conversaciones dentro del domicilio, afecta únicamente al derecho a la protección domiciliaria ex art. 18.2 CE, porque no resultaría vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones,

dado que no se trata de una conversación entre terceras personas, sino que es uno de los interlocutores quien graba la conversación. De hecho, en el ordenamiento jurídico alemán, la grabación de imágenes en el interior del domicilio no está permitida, solo es posible fuera del domicilio (parágrafo 100 h StPO). Por ello, consideramos que resultaría más respetuoso con las exigencia de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales que en el caso de la grabación de imágenes en el interior del domicilio, el legislador hubiese añadido un plus de protección a los derechos fundamentales afectados estableciendo en tal caso, por ejemplo, una mayor gravedad de los delitos que la prevista en el art. 282 bis.4. LECRIM.

Y ello, sin perjuicio de que, y esta es la tercera crítica, el legislador se ha olvidado de una cuestión esencial, no solo en relación con la obtención de imágenes, donde resulta especialmente exigible sino también respecto a la grabación de conversaciones. Se trata de que debiera haber regulado las exigencias propias de las medidas restrictivas de derechos fundamentales⁷⁵, como así ha hecho con el resto de los actos de investigación tecnológicos al remitir incluso su regulación específica a las disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis LECRIM donde estos requisitos se regulan con más precisión. Quizá una posible solución sería que el legislador vinculase el art. 282 bis.7 a las mencionadas disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis LECRIM⁷⁶.

IV. Captación y grabación de comunicaciones orales y la obtención de imágenes desarrolladas dentro del domicilio con el uso de dispositivos electrónicos

El art. 588 quater regula la necesidad de autorizar judicialmente la utilización de tecnología para captar y grabar comunicaciones orales directas, que se desarrollan en el interior del domicilio, desde

⁷⁵ En concreto debía haber regulado los fines que persigue la medida así como los requisitos derivados de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y, asimismo, haber establecido que el juez de instrucción debe motivar la resolución judicial autorizante de estas medidas exponiendo los fines que persigue junto con el cumplimiento de estos principios.

⁷⁶ Cabe recordar en este punto que el parágrafo 100c StPO aplicable a la utilización de medios técnicos en el domicilio establece unos muy estrictos requisitos para acordar estas medidas que, incluso, hace que este método se utilice en escasas ocasiones.

fuera y dentro del domicilio (art. 588 quater a 1). Si los dispositivos se colocan dentro y, por ello, fuese necesaria la entrada en el domicilio, el art. 588 quater a 2. establece que la misma resolución judicial que habilita a grabar estas conversaciones debe extender su motivación a la procedencia del acceso a dicho lugar. Incluso, ha previsto la obtención de imágenes previamente acordada por la resolución judicial que autorice la escucha y grabación de las conversaciones (art. 588 quater a 3). En definitiva, la misma resolución judicial habrá de motivar la entrada en el domicilio, la captación y grabación de conversaciones y, en su caso, la obtención de imágenes. Junto con tal regulación, establece unos presupuestos para la adopción de la resolución judicial (art. 588 quater b), cuál debe ser su contenido (art. 588 quater c), así como cuestiones relativas al control de la medida (art. 588 quater d) y su cese (art. 588 quater e) y, ello, sin perjuicio de que resulten de aplicación las disposiciones comunes previstas en el capítulo IV (art. 588bis). Conforme a toda esta regulación aplicable, nos planteamos varias cuestiones que deben analizarse desde la consideración de estas medidas como restrictivas de derechos fundamentales, si bien, con carácter previo, identificaremos cuáles son los derechos fundamentales afectados por cada una de estas restricciones.

1. Tres restricciones y derechos fundamentales afectados

Junto con la entrada en el domicilio, se han regulado dos restricciones que inciden en dicho lugar, como son la obtención de imágenes y la captación y grabación de conversaciones, si bien nos centraremos esencialmente en el análisis de la segunda pues, sobre la primera, traemos a colación la crítica ya expuesta en el punto anterior y es que debería haberse regulado de forma mucho más restrictiva y, por ello, más respetuosa con los derechos fundamentales afectados⁷⁷. En relación, pues, con la segunda restricción, cabe preguntarse sobre los derechos fundamentales sobre los que inciden y, en todo caso, si son distintos derechos si se captan desde fuera o desde dentro. Y ello porque son tres las limitaciones y, en consecuencia, tres las

⁷⁷ Pero añadiríamos una crítica más y es que al otorgarle un carácter complementario en el art. 588 quater a 3 LECRIM respecto de la captación y grabación de conversaciones, el legislador se ha olvidado de esta medida cuando regula sus presupuestos en el art. 588 quater b LECRIM pues solo las aplica a la captación y grabación de conversaciones, lo que no ocurre en el resto de los preceptos ni en las disposiciones aplicables con carácter general.

motivaciones que debe contener la resolución judicial para justificar la restricción de los derechos fundamentales afectados en cada caso.

No hay duda sobre que la colocación de aparatos de escucha en el interior del domicilio incide sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La controversia surge en torno a si la captación y grabación de conversaciones desde el exterior afecta al derecho a la protección constitucional del domicilio. Así, mientras algún autor⁷⁸ ha entendido que no incide sobre este derecho, otros autores⁷⁹ y el TC⁸⁰ han considerado que sí lo afecta. En consonancia con esta segunda postura, que es la que defendemos, se encuentra la doctrina alemana⁸¹, que considera que las *Grosser Lausangriff*, que, recordemos, engloban la grabación de las conversaciones que se desarrollan en el interior del domicilio a través de medios técnicos que portan agentes encubiertos o que se colocan autónomamente dentro o fuera del domicilio, afectan al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 13 GG).

Además, junto con la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y los derechos constitucionales que justifican la protección constitucional de este espacio en el caso de las personas físicas y jurídicas, lo cierto es que también se ven afectados los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (18.3 CE) y, en su caso, puede verse lesionado el derecho a la intimidad en

⁷⁸ ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la...*, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹ GÓMEZ COLOMER, «Concreciones en torno...», *op. cit.*, pp. 571 y 574; FRANCO ARIAS, «La entrada en...», *op. cit.*, p. 585; HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Madrid, 1996, p. 46.

⁸⁰ STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5.º), en la que alude a esta cuestión como un «*obiter dicta*»; en el mismo sentido, STC 22/2003, de 10 de febrero (FJ 3.º).

⁸¹ SCHWABE, «Die polizeiliche Datenerhebung in oder aus Wohnungen mit Hilfe technischer Mittel», *JZ*, 1993, n.º 18, p. 867 –en nota– n.º 3, ha señalado que párrafo 110c, en el momento de su aprobación, resultaba aplicable a la grabación de conversaciones que tienen lugar dentro del domicilio y KREY, *Rechtsprobleme des strafprozessualen...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44, ha mantenido que rige, en todo caso, para las grabaciones que se llevan a cabo desde fuera del domicilio. En cuanto a los derechos fundamentales afectados en este segundo caso, mientras que la mayoría de la doctrina, entre otros, VON MÜNCH en König (Hrsg), *Grundgesetz-kommentar*, Band I, München, 4.º Auflage, 1992, p. 801; GUTTENBERG, «Die heimliche überwachung von Wohnungen», *NJW*, 1993, n.º 9, p. 568, afirman que constituye una intromisión al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 13 GG) porque la intervención desde fuera se prolonga sobre el interior del domicilio, KREY, *Rechtsprobleme des strafprozessualen...*, *op. cit.*, pp. 153 y 169 mantiene sin embargo que la escucha y grabación desde fuera del domicilio afecta al derecho general a la personalidad (art. 2 I en relación con el art. 1. I GG), esto es, al derecho a la intimidad.

función del contenido de lo comunicado, como ha señalado el TC⁸² con carácter general respecto del derecho al secreto de las comunicaciones. Y, en última instancia, resultará restringido el derecho fundamental a la protección de datos.

Finalmente, la obtención de imágenes en el interior del domicilio, no solo afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y los derechos fundamentales que constituyen su fundamento constitucional, sino también al derecho a la propia imagen. E, igualmente, resultará restringido el derecho fundamental a la protección de datos.

2. *Requisitos derivados de su consideración como medidas restrictivas de derechos fundamentales*

Una vez visto que con la regulación actual se ha cumplido formalmente con el principio de legalidad, vamos a analizar cómo ha previsto la LECRIM estos actos desde la perspectiva de su consideración como medidas restrictivas de derechos fundamentales. Excluido de nuestro estudio cómo debe ser la motivación que ha de contener la resolución judicial para justificar la entrada en el domicilio, para lo que habría que tomar en cuenta los arts. 545-572 LECRIM, nos centraremos en las intromisiones ocasionadas con el uso de los medios técnicos para captar y grabar las comunicaciones desarrolladas en el interior del domicilio.

De acuerdo con el principio de legalidad, han de preverse los fines que pretenden alcanzarse con estas medidas, los principios, esencialmente, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como la necesidad de motivar, en su caso, triplemente, la resolución judicial que las acuerde conforme a tales principios. En cuanto a los fines que han de lograrse con su adopción y práctica no se mencionan expresamente en los preceptos específicos que regulan esta medida (arts 588 quater a, b, c d, e) pero sí los exige la LECRIM en las disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis LECRIM, en concreto, cuando se refiere al principio de especialidad⁸³ (art 588 bis a 2) que ha de servir para motivar la resolución judicial habilitante y

⁸² STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7.º); se reitera posteriormente en el ATC 30/1998, de 28 de enero (FJ 2.º).

⁸³ En virtud de este principio la medida tiene que estar relacionada con la investigación de un delito concreto, por lo que no cabe para prevenir o descubrir delitos o disipar sospechas sin base objetiva.

en la regulación del contenido de la resolución judicial (arts. 588 bis c 3. a) y g)⁸⁴.

Puesto que se trata de restricciones de derechos fundamentales, estas medidas, previa solicitud en virtud de lo dispuesto en el art. 588 bis b, han de ser acordadas, con carácter general, por una resolución judicial motivada conforme al principio de proporcionalidad. La previsión normativa del principio de proporcionalidad se concreta a lo largo de los preceptos contenidos en el art. 588 quater, que ha de complementarse con las disposiciones comunes reguladas en el capítulo IV, conforme a las cuales han de cumplirse los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, previstos y definidos en el art. 588 bis a LECRIM.

En concreto, en cuanto al contenido de la resolución judicial, el auto ha de estar motivado conforme a los mencionados principios rectores de estas medidas (art. 588 bis a) y ha de incluir el contenido mínimo regulado en las disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis c. En cuanto a los principios rectores previstos en el art. 588 bis a, estas medidas han de estar sujetas, en primer término, al principio de especialidad, lo que conlleva, como ya hemos señalado, que la resolución judicial contenga la finalidad perseguida con la medida y el concreto delito que se está investigando. En segundo lugar, ha de fundamentarse la idoneidad de la medida respecto al fin perseguido. Por ello, dicha idoneidad ha de estar legalmente prevista y exponerse en la resolución judicial y sirve, según el art. 588 bis a.3, para definir el ámbito objetivo y subjetivo de la medida así como su duración, en función del fin que persigue. El ámbito objetivo y subjetivo se prevé en el art. 588 quater c cuando dispone que el auto debe concretar el lugar o dependencias objeto de la medida así como los encuentros del investigado que van a ser objeto de vigilancia en cuyo marco se van a desarrollar las comunicaciones orales directas mantenidas por el investigado. Así, pues, conforme a dicho precepto habrá que motivar la idoneidad de los encuentros objeto de investigación, lo que exige la explicación de los indicios que les lleva a creer que sean previsibles (art. 588 quater b), así como los indicios que justifiquen la previsibilidad de que tengan lugar en el interior del domicilio, la identidad del investigado y, en su caso, de terceros afectados por la medida (art. 588 bis c 3.b), junto con su

⁸⁴ El art. 588 bis c a) y g) respectivamente exige que la resolución judicial indique «el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida» así como «la finalidad perseguida con la medida».

duración (art. 588 bis c 3.e)⁸⁵ En tercer lugar, estas medidas han de ser excepcionales y necesarias respecto al fin perseguido⁸⁶.

Finalmente, estas medidas han de ser proporcionales el relación al objetivo que pretenden alcanzar. Por ello, dicha proporcionalidad ha de estar legalmente prevista y exponerse en la resolución judicial. Este principio se expone en el art. 588 bis a 5 al definirlo en función del equilibrio que ha de existir entre los derechos fundamentales afectados y el interés público y de terceros a lograr. En concreto, para que la restricción de los derechos fundamentales esté justificada se indican unos parámetros para valorar el interés público, como la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho. Según esto, en los preceptos reguladores de estas medidas (art. 588 quater b 2. a) se han enumerado los delitos que el legislador considera lo suficientemente graves como para que pueda acordarse estas invasoras medidas. En concreto, ha previsto delitos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años, que no nos resultan lo suficientemente graves para lo lesiva que es esta medida, así como los delitos cometidos en el marco de una organización criminal y el terrorismo. Asimismo se ha previsto otro criterio para valorar el interés público en la investigación del delito, que responde a las exigencias del principio de proporcionalidad a pesar de que no se refiere a él el art. 588 bis a 5 y es con el que se trata de medir la probabilidad de éxito en el logro del fin perseguido (art. 588 quater b 2. b) para lo cual exige que ha de preverse racionalmente que la utilización de los dispositivos aportara datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento del hecho y de su autor.

V. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información

El art. 588 sexies LECRIM ha regulado la posibilidad de, tras incautar ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o

⁸⁵ En cuanto a su duración, también ha de tomarse en cuenta la regulación relativa a la duración y sus prórrogas contenidas en las disposiciones comunes, en particular, en los arts. 588 bis e y f.

⁸⁶ La excepcionalidad y necesidad se encuentra definida en el art. 588 bis a 4 a) y b) cuando dispone que la medida de investigación estará justificada cuando no exista una medida menos gravosa para alcanzar el fin perseguido así como que la consecución de dicho fin se vea gravemente dificultada sin la utilización de dicha medida.

telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital y el acceso a repositorios telemáticos de datos como consecuencia de la práctica de un registro domiciliario, proceder al acceso de su contenido. En virtud del art. 574 LERIM, relativo al registro domiciliario, se prevé que «el juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario». Es claro que, teniendo en cuenta los dispositivos electrónicos de los que disponemos en la actualidad, esta normativa resultaba obsoleta. Por ello, es muy positiva esta nueva regulación, que de hecho ya se venía practicando, porque con ella se cumple con el principio de legalidad, no solo en relación con la incautación de estos dispositivos, sino fundamentalmente respecto del acceso a la información contenida en ellos. A continuación, efectuaremos un análisis de la regulación prevista en el art. 588 sexies, así como en las disposiciones comunes contempladas en el art. 588 bis, desde la perspectiva de su consideración como medidas restrictivas de derechos fundamentales, si bien, previamente vamos a identificar cuáles son los derechos fundamentales afectados por cada una de las restricciones.

1. Dos restricciones y derechos fundamentales afectados

La restricción objeto estudio la constituye el acceso a la información contenida en los dispositivos de almacenamiento masivo de la información, sin perjuicio de que, para ello, es preciso practicar previamente⁸⁷ un registro e incautar tales dispositivos. Constituyen, pues, dos restricciones, el registro e incautación, de un lado⁸⁸, y el acceso a la información contenida en los dispositivos aprehendidos, de otro. Nos centraremos en la segunda, la cual incide sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y los derechos constitucionales que fundamentan la protección de dicho espacio y, asimismo, sobre el derecho fundamental a la intimidad, como han señalado

⁸⁷ Este lapso de tiempo entre la incautación y el acceso a la información nos lleva a criticar la falta de regulación de la cadena de custodia entre ambos momentos, dado que estos dispositivos son muy fácilmente manipulables, tal y como lo señala RUBIO ALAMILLO, «La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», La Ley n.º 8662, 2015.

⁸⁸ A ambas intromisiones se le aplican los arts. 545-572 LECRIM, en todo lo que sobre la incautación no se regule expresamente en el art. 588 sexies LECRIM, de manera que la misma resolución que autoriza la entrada y registro habilita para la incautación de tales dispositivos. En este sentido, BONILLA CORREA, «Los avances tecnológicos y sus incidencias en la ejecución de la diligencia de registro en el domicilio (1)», La Ley, n.º 8522, 2015.

el TC⁸⁹ y algunos autores⁹⁰, pues el conjunto de información que un sujeto almacena en un dispositivo de almacenamiento masivo, datos sobre su vida privada, personal familiar, su vida profesional forma parte de la esfera más íntima de la persona física, así como sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales. Y, ello, sin perjuicio de que puede afectarse, en su caso, el derecho al secreto de las comunicaciones si lo que resulta desvelado a terceros son, junto con datos personales, los datos relativos a la comunicación misma⁹¹.

2. *Requisitos derivados de su consideración como medidas restrictivas de derechos fundamentales*

Como exponíamos en la anterior medida, la LECRIM ha de regular este acto de investigación en consonancia con el conjunto de requisitos derivados de la consideración de estas medidas como restrictivas de derechos fundamentales, como son los fines que pretenden alcanzar, los principios, esencialmente, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como la motivación de la resolución judicial que las acuerde conforme a tales principios. Como en las disposiciones específicas (arts. 588 sexies a, b y c) apenas se contemplan estos requisitos, será necesario en la mayoría de los casos acudir a lo regulado en las disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis.

Los preceptos específicos que regulan esta medida no mencionan expresamente los fines que han de lograr con su adopción y práctica, por lo que se toma en cuenta lo contemplado, en este sentido, en las disposiciones comunes (art. 588 bis LECRIM), en concreto, la definición del principio de especialidad (art. 588 bis a 2) y la exigencia de que la resolución judicial ha de concretar el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida» así como «la finalidad perseguida con la medida» (arts. 588 bis c 3. a) y g). Sí regula en las disposiciones específicas el supuesto de que tenga que ampliarse el registro para conseguir los fines perseguidos porque se tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almace-

⁸⁹ SSTC 173/2011, de 7 de noviembre; 342/2013, de 17 de abril.

⁹⁰ Entre otros muchos, BONILLA CORREA, «Los avances tecnológicos...», *op. cit.*; DELGADO MARTÍN, «La prueba electrónica en el proceso penal», La Ley, n.º 8167, 2013. DELGADO MARTÍN, «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015, La Ley, n.º 8693, 2016.

⁹¹ En este sentido, se ha manifestado la FGE en la Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

nados en otro sistema informático o en una parte de él, en cuyo caso deberá estar autorizado por el juez, salvo que ya lo estuviera en la autorización inicial (art. 588 sexies c 3.)⁹².

Conforme a las exigencias derivadas de su consideración como restricciones de derechos fundamentales, estas medidas, previa solicitud en virtud de lo dispuesto en el art. 588 bis b, han de ser acordadas, con carácter general por una resolución judicial específica y previa dictada conforme al principio de proporcionalidad el cual ha de estar adecuadamente regulado. En este sentido, el acceso a la información contenida en los ordenadores y demás dispositivos previstos requiere de una específica y previa motivación por parte del juez y así se ha previsto en el art. 588 sexies a. Conforme a dicho precepto, la resolución judicial que autoriza un registro domicilio, si era previsible la aprehensión de los dispositivos de almacenamiento masivo de la información, deberá justificar no solo el registro sino además las razones que legitiman el acceso a la información contenida en tales dispositivos (art. 588 sexies a 1.). Por el contrario, si no fue previsible dicha incautación y la orden de registro no justificó el acceso a la información, el órgano judicial habrá de dictar posteriormente una segunda resolución judicial para motivar dicho acceso al contenido de los dispositivos, dado que la incautación de los mencionados dispositivos no legitima el acceso a dicho contenido (art. 588 sexies a 2.). Pero también por motivos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la práctica de esta medida, el art. 588 sexies c 4. autoriza a la Policía Judicial a llevar a cabo el examen de los datos contenidos en el dispositivo incautado, si bien ha de comunicárselo al juez en un plazo máximo de 24 horas y el juez competente dispondrá de hasta 72 horas para revocar o confirmar esta medida.

Los requisitos derivados del principio de proporcionalidad, conforme al cual debe motivarse la resolución autorizante están regulados con carácter general en las disposiciones comunes reguladas en el capítulo IV y los conforman el cumplimiento de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, previstos y definidos en el art. 588 bis a LECRIM. Junto con esta regulación habrá de tomarse en cuenta lo previsto específicamente en el art. 588 sexies c. Así, en cuanto al contenido de la resolución judicial, el auto ha de estar motivado conforme a

⁹² Ello no obstante, en caso de urgencia podrá la Policía Judicial o el fiscal autorizarlo informando al Juez en un plazo máximo de 24 horas y dando un plazo máximo de 72 para que el juez competente lo revoque o confirme.

los principios rectores de estas medidas (art. 588 bis a) e incluir, junto con lo dispuesto en las disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis c, los términos y el alcance del registro, la autorización de la realización de copias de los datos informáticos así como las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible la práctica de un dictamen pericial, si fuese necesario (art. 588 sexies c 1.). Los mencionados principios rectores previstos en el art. 588 bis a, en virtud de los que ha de motivarse la resolución judicial se han concretado escasamente en el art. 588 sexies. Así, respecto de la idoneidad de la medida, el art. 588 sexies, sí ha previsto que la medida tenga que tener una intensidad adecuada respecto al fin a lograr, lo que constituye una manifestación del principio de idoneidad no incluida en el art. 588 bis a 3. En este sentido, el art. 588 sexies c 2. dispone que salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos.

Finalmente, respecto del principio de proporcionalidad, no se entiende por qué las disposiciones específicas en las que se regula esta medida restrictiva, el art. 588 sexies, no han detallado los delitos graves por los que cabe acordar estas medidas de investigación tecnológica, habida cuenta que tampoco se indican en las disposiciones generales reguladas en el art. 588 bis, que tan solo indican que para cumplir con las exigencias de proporcionalidad habrá de valorarse la gravedad del hecho⁹³. Es posible que el legislador considere que han de ser los mismos delitos por los que cabe proceder a un registro domicilio, si bien ello resultaría criticable dado que el acceso a la información contenida en los dispositivos de almacenamiento masivo de información incautados constituye una medida que invade con mayor intensidad los derechos fundamentales, especialmente, la intimidad y la protección de datos personales, lo que exigiría una mayor gravedad en los delitos para cuya investigación pudiera accederse a tal información.

Tampoco se ha regulado específicamente en el art. 588 sexies la necesidad de motivar la resolución judicial justificando la probabilidad de éxito en el logro del fin perseguido, si bien resulta necesario entenderlo incluido dentro de la definición del principio de proporcio-

⁹³ DELGADO MARTÍN, «Investigación del entorno...», *op. cit.*

nalidad (art. 588 bis a 5.) y, en consecuencia, debiera exponerse, también en la resolución judicial habilitante, la existencia de indicios que lleven a pensar que con esta medida se aportarían datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento del hecho y de su autor.

VI. Conclusiones

1. Con la regulación de los tres actos analizados, se ha evolucionado hacia una nueva concepción de la entrada y registro domiciliario caracterizada porque ambas medidas se practican de modo diferente a como se realiza en la tradicional entrada y registro en un domicilio. Y, ello, porque se practican, en algunos casos, sin necesidad de entrar o registrar físicamente y, en otros, sin que sea advertido por el destinatario de la medida. Consecuencia de ello es que han cambiado los fines tradicionalmente perseguidos por ambas medidas y ha aumentado cuantitativa y cualitativamente la incidencia sobre los derechos fundamentales que pueden verse afectados.

2. Por ello y precisamente para que estas «nuevas» entradas y registros constituyan medidas con las que combatir eficazmente la criminalidad grave, esencialmente, la criminalidad organizada y terrorismo, en su regulación, autorización judicial y ejecución se ha de lograr un adecuado equilibrio entre el fin público que persiguen y el respeto a los derechos fundamentales afectados. De lo contrario, la consecuencia procesal debiera ser la obtención de una prueba ilícita. Es por ello esencial incidir en su calificación como restricciones de derechos fundamentales y exigirles de forma contundente el cumplimiento de los requisitos que esta noción conforma.

3. Ante los problemas que plantea la interpretación sistemática de estas medidas restrictivas y desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, hubiera sido deseable que el legislador las hubiese estructurado, distinguiendo entre medidas que inciden sobre derechos fundamentales, en concreto, sobre el domicilio (18.2 CE), y aquéllas que no lo hacen.

4. La regulación de la actuación del agente encubierto que entra en el domicilio portando medios técnicos para obtener imágenes y grabar conversaciones no resulta plenamente respetuosa con las exigencias propias de su condición de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Una posible solución sería que el legislador vinculase el art. 282 bis 7 a las mencionadas disposiciones comunes previstas en el art. 588 bis LECRIM y que en el caso de la obtención de las imágenes el legislador añadiese un plus de protec-

ción a los derechos fundamentales afectados estableciendo en tal caso, por ejemplo, una mayor gravedad de los delitos que la prevista en el art. 282 bis 4 LECRIM.

5. Desde el punto de vista de su calificación como restricciones de derechos fundamentales, la regulación de la captación y grabación de las comunicaciones orales directas y la obtención de imágenes en el interior del domicilio resulta aceptable. Pero su previsión normativa resultaría más respetuosa con los derechos fundamentales afectados si, de un lado, a la referida a la grabación de imágenes le hubiese concedido una mayor salvaguarda de los derechos fundamentales afectados y, de otro, un delito grave se hubiese considerado aquél que tiene prevista una pena superior a tres años, ante lo invasivas que resultan estas medidas sobre los derechos fundamentales.

6. El análisis del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, desde el punto de vista de su consideración como medidas restrictivas de derechos fundamentales, nos lleva esencialmente a identificar el hecho de que no se ha previsto una relación de delitos graves para cuya investigación cabe proceder al registro de tales dispositivos, lo que incide negativamente en la salvaguarda del principio de proporcionalidad en su regulación y adopción. Ello además no resulta subsanable con la regulación actual, porque ni tal relación de delitos se contiene en las disposiciones generales previstas en el art. 588 bis LECRIM, ni cabe considerar resuelto este punto con la regulación de la entrada y registro domiciliario, pues el acceso al registro de tales dispositivo constituye una medida mas invasora de los derechos fundamentales que el registro domiciliario.

Agradecimientos

Las cuestiones relativas al derecho alemán, particularmente, en lo que se refiere a las denominadas *Grosser Lausangriff* han sido expuestas en este trabajo gracias a la generosa ayuda del Prof. Dr. Walter Perron (Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichungen de Freiburg i.br.).

Este trabajo ha sido realizado parcialmente en el marco del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuya referencia es DER 2014-57133-R.

