



Manuel Marchena Gómez
Magistrado del Tribunal Supremo
Presidente Sala Penal
Doctor en Derecho

**LA INTROMISIÓN DEL ESTADO EN EL
DOMICILIO DEL INVESTIGADO MEDIANTE
DISPOSITIVOS DE GRABACIÓN DEL SONIDO
Y LA IMAGEN**

LA INTROMISIÓN DEL ESTADO EN EL DOMICILIO DEL INVESTIGADO MEDIANTE DISPOSITIVOS DE GRABACIÓN DEL SONIDO Y LA IMAGEN

*Manuel Marchena Gómez
Magistrado del Tribunal Supremo
Presidente Sala Penal
Doctor en Derecho*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; II.- CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE IMÁGENES O COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS EN LA VÍA PÚBLICA, EL DOMICILIO U OTROS LUGARES CERRADOS: II.1.- Extensión de la medida; II.2.- Presupuestos de legitimidad; II.3.- Contenido de la resolución judicial habilitante: la reforzada exigencia del principio de proporcionalidad en la definición de los lugares del domicilio susceptibles de vigilancia; II.4.- Control de la medida; II.5.- Duración; II.6.- Cese de la medida.

I.- INTRODUCCIÓN

La invitación a incorporar un artículo en el primero de los números de la *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil* es, por sí sola, motivo de inmensa satisfacción. Recientemente he tenido la oportunidad de conocer de primera mano la labor académica y de formación de los futuros cuadros de la Guardia Civil que se desarrolla en ese centro universitario radicado en Aranjuez. He podido comprobar la profesionalidad de su equipo directivo y, cómo no, el esforzado y entusiasta trabajo de sus alumnos. En ese escenario no caben otras palabras que el reconocimiento por la tarea bien hecha.

Cuando se me ofreció la posibilidad de publicar un artículo sobre alguno de los aspectos relacionados con la investigación penal, me pareció que mi colaboración debería tener el mismo *aire de vanguardia* que se respira en ese centro universitario, en el que las nuevas tecnologías constituyen una herramienta en el día a día de la formación de los alumnos. Y es que, como he señalado en otras ocasiones, el proceso penal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante, LECrim), obra magna del derecho codificado, sigue proporcionando las bases de la investigación y el enjuiciamiento penal, pero está permanentemente expuesta al desafío de su actualización. De una parte, por la necesidad de incorporar a sus preceptos las directivas y demás instrumentos del derecho de la unión para la consolidación de un patrimonio jurídico europeo con vocación de unidad. De otro lado, por el impacto que en la investigación penal ha traído consigo la revolución tecnológica que domina de forma irreversible nuestro día a día.

Nadie cuestiona el mensaje verdaderamente revolucionario que encerraba la LECrim entre sus preceptos. Basta una lectura de su Exposición de Motivos, tantas veces

elogiada, para concluir que la entrada en vigor del texto de 1882 implicó un cambio radical en los principios y en la práctica hasta entonces imperantes en el proceso penal. Su estructura sistemática originaria ha sufrido el impacto de sucesivas reformas parciales que han tratado de adaptar el viejo edificio a las nuevas necesidades que el tiempo iba poniendo de manifiesto. La literalidad de sus preceptos ha sido modulada para hacerla compatible con una jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo en continua evolución. Todo ello ha contribuido a forjar un entramado normativo al que falta firmeza y a consolidar un texto que cada vez se ha ido distanciando más de la práctica procesal que aspiraba inicialmente a regular. Pese a ello, el desorden sistemático y la falta de unidad lógica en el conglomerado de normas jurídicas llamadas a reglar el proceso penal no han sido obstáculos para una actividad jurisdiccional que ha contribuido a consolidar lo que se ha calificado como una verdadera lectura constitucional del proceso penal.

La cobertura normativa que ofreció la LO 13/2015, 5 de octubre, a la posibilidad de introducir dispositivos de grabación de imágenes y captación de sonido en el domicilio del investigado ya ha tenido un tratamiento jurisprudencial que merece ser destacado. La sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 718/2020, 28 de diciembre, ha sentado las bases para la interpretación de esa medida de tan alto grado de injerencia en el espacio de privacidad que la CE garantiza. Su conocimiento y, sobre todo, la reiteración de su doctrina en pronunciamientos posteriores, le atribuyen un valor especial.

II.- CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE IMÁGENES O COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS EN LA VÍA PÚBLICA, EL DOMICILIO U OTROS LUGARES CERRADOS

Establece el art. 588 *quater* a), bajo el enunciado «grabación de las comunicaciones orales directas» lo siguiente:

«1. Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado.

2. En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

3. La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde».

La literalidad de este precepto autoriza, por tanto, distinto alcance a la medida de injerencia. Ésta puede consistir en: a) la captación y grabación de conversaciones directas, de carácter bilateral o multilateral, que pueda mantener el investigado; b) la obtención de imágenes que complementen las conversaciones interceptadas.

Ninguna de las opciones conoce –más allá del significado del art. 588 *quater c*)-límites locativos. Es decir, el Juez de instrucción puede acordar la grabación, tanto en espacios públicos como privados, abiertos o cerrados, incluyendo el domicilio del investigado. Entendemos que la habilitación judicial para el acceso domiciliario sólo se admite respecto del que constituye el inmueble o inmuebles en los que desarrolla su vida el investigado. No sería legítima la instalación de esos artefactos en el domicilio de un tercero no investigado pero que sirviera, por una u otra razón, de punto de encuentro de interés para la investigación. La utilización de tales ingenios para la grabación del sonido y la imagen encierra un acto de imputación material, por lo que tiene de sacrificio de los derechos fundamentales a la inviolabilidad domiciliaria y a la intimidad, que sólo se justifica por la previsible imputación formal que va a seguir a la adopción de esa diligencia. Están en juego, por tanto, no sólo el derecho a la intimidad del investigado (art. 18.1 CE), sino el que protege la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

En la sentencia 145/2014, 22 de septiembre, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la legitimidad de la utilización de un micrófono oculto que captó las conversaciones que tuvieron lugar en un calabozo policial entre distintos detenidos que estaban siendo investigados, entre otros hechos, por sendos delitos de asesinato y detención ilegal. El artilugio que hizo posible esas conversaciones fue instalado con autorización judicial y en presencia de la Secretaria del juzgado, que levantó acta de los términos en que aquél fue activado.

El demandante de amparo reivindicaba la vulneración, además del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, de los derechos a no confesarse culpable ni a declarar contra uno mismo, manifestaciones del genérico derecho de defensa (art. 24 CE).

El Tribunal Constitucional declaró la ilegalidad de la prueba consistente en la grabación de las conversaciones desarrolladas en el calabozo al carecer aquélla de suficiente cobertura normativa. Proclamó la insuficiencia del art. 579 de la LECrim para abarcar en su ámbito este tipo de diligencias. Estimó que había sido vulnerado el derecho que reconoce el art. 18.3 de la CE a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Este entendimiento ha calado en la previsión legislativa a cuya obligada necesidad emplazaba el Tribunal Constitucional. De hecho, los presupuestos de su adopción son coincidentes con los que se imponen, con carácter general, en los arts. 579.1 y 588 *ter a*) de la LECrim, llamado a la definición de las premisas que habilitan la interceptación de las comunicaciones. A nuestro juicio, sin embargo, el grado de injerencia que la medida que estamos analizando implica para el investigado no es comparable con la que es propia de la comunicación bidireccional, hecha posible por un tercero que proporciona los medios técnicos para su conexión. Y no es comparable porque tampoco lo es la expectativa de privacidad en uno y otro caso. En efecto, quien hace uso de un teléfono o se vale de cualquier otro sistema de comunicación telemática, es consciente de que está conectado en un medio de canal cerrado que, salvo circunstancias excepcionales, no admite la intromisión de terceros. También sabe que de producirse esa injerencia la afectación se proyecta sobre el contenido de sus diálogos, de sus mensajes o, en fin, de los archivos de una u otra naturaleza que puedan llegar a compartirse. Sin embargo, quien se encuentra en su domicilio, en ese espacio físico, permanente o coyuntural, en el que se desarrollan las funciones más elementales de su vida, no puede siquiera llegar a imaginar el alcance de la injerencia. El investigado puede llegar a ser transparente. El Estado que transgrede

mediante una resolución judicial las fronteras físicas de exclusión no tiene límites en su afán de conocimiento.

Más allá de la discusión acerca de si esas conversaciones orales directas son o no identificables con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, lo cierto es que la decisión judicial a que se refiere el art. 588 *quater* c), conlleva una restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. El contenido material del art. 18.2 de la CE, no se agota con la proscripción de toda presencia no autorizada de un tercero en el propio domicilio. Su contenido ha de hacerse extensivo al conocimiento por los poderes públicos de lo que en el recinto domiciliario acontece, aun cuando ese conocimiento se obtenga mediante la interposición de un artilugio técnico que *desnuda* al morador investigado. También restringe los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Piénsese, por ejemplo, en los contextos imaginables en los que esos diálogos pueden llegar a producirse. Y, por supuesto, repárese en la grabación de imágenes en situaciones y momentos en los que la exclusión de terceros forma parte de la más elemental reivindicación de privacidad. Por si fuera poco, mientras la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas tiene, por regla general, un alcance bilateral, no sucede lo mismo con la instalación de este tipo de dispositivos. La afectación de los derechos no sólo alcanza al investigado sino a toda la unidad familiar o, en otro caso, a quienes por una u otra razón comparten inmueble.

En definitiva, la mimética importación de los presupuestos exigidos para la legitimidad de la medida, cuando de lo que se trata es de interceptar las conversaciones en canal cerrado -cfr. arts. 588 *ter* a) y 588 *quater* b)- desenfoca los términos del problema y dificulta la tarea de ponderación de los derechos que han de ser balanceados por el órgano jurisdiccional

Escapa a nuestro análisis –no ha sido objeto de regulación por la reforma- el examen de los presupuestos de validez de la utilización de instrumentos de grabación entre particulares. De su singularidad y de la proyección al proceso penal de los límites proclamados por la jurisprudencia constitucional, en reclamaciones civiles referidas a la vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, se ocupó *in extenso* la STS 793/2013, 28 de octubre.

II.1.- Extensión de la medida

Esta cuestión constituye uno de los puntos controvertidos de la nueva regulación. De hecho, si se lee el epígrafe que da título al capítulo VI y se contrasta con el contenido de los preceptos que lo integran podrá llegarse a la conclusión de que lo que allí se anuncia no se corresponde con lo que es objeto de regulación. En efecto, la «*captación y grabación de comunicaciones orales*» se completa con la posibilidad, al alcance del instructor, de autorizar la «*obtención de imágenes*» (art. 588 *quater* a). Y este desbordamiento de la extensión de la injerencia se justifica, de una parte, con un tratamiento sistemático menor, en el que la captación de esas imágenes aparece como el tercero de los apartados que integra el precepto que da inicio a la regulación. De otra, presentando esa medida como un complemento instrumental, accesorio de la verdadera injerencia, que estaría constituida por la «*escucha y grabación de las conversaciones privadas*».

El grado de invasión en el ámbito de los derechos fundamentales puede llegar a ser de máximo nivel. Baste ahora señalar que, al amparo del art. 588 *quater* a), caben medidas

de muy distinta incidencia en el particular espacio de exclusión de cualquier ciudadano. La resolución jurisdiccional que acuerde alguna de ellas puede tener diferente alcance. De hecho, puede acordar: a) la captación y grabación de las comunicaciones orales en un espacio público; b) la captación y grabación de las conversaciones en un espacio cerrado; c) la captación y grabación de las conversaciones orales en el propio domicilio; d) la obtención y grabación de imágenes en las mismas circunstancias en las que se desarrollan esas conversaciones de interés.

Y todo ello puede hacerse, mediante artilugios técnicos colocados en el interior o en el exterior de esos recintos cerrados.

Varias puntualizaciones son obligadas.

La primera, que el régimen jurídico de la obtención de imágenes en espacios públicos no condiciona su validez a la autorización judicial. Así se desprende del art. 588 *quinquies* a), en el que se faculta a la Policía Judicial para valerse de tales instrumentos técnicos, puestos al servicio de la identificación del investigado o de la localización de los instrumentos o efectos del delito. Es importante subrayar que esa habilitación a los agentes se circunscribe a la simple captación de imágenes. Nunca puede alcanzar a la simultánea grabación de las conversaciones mantenidas por el investigado en esos espacios. En este caso, será indispensable la autorización judicial, en los términos exigidos por el art. 588 *quater* a).

En segundo lugar, que la entrada en el domicilio ha de realizarse, siempre y en todo caso, mediante autorización judicial. La instalación clandestina de esos instrumentos de grabación –no cubierta por la habilitación judicial que hace posible la entrada en el inmueble o lograda fraudulentamente, mediante el engaño del morador-, puede afectar a la validez de la prueba. Es importante, pues, que la motivación del auto por el que se autoriza el acceso al recinto incluya, con sistemática propia, las razones que justifiquen, conforme a los parámetros de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad, la instalación de aquellos artilugios. Dicho con otras palabras, la motivación jurisdiccional para alzar la inviolabilidad domiciliaria del investigado no cubre, por sí sola, la necesidad de grabación de las conversaciones o de las imágenes de interés para la investigación. Tampoco el consentimiento del morador para la entrada en el propio domicilio puede actuar como fuente de legitimidad para el añadido de los instrumentos de grabación.

Por último, que la utilización de cámaras que permitan la grabación de imágenes se presenta en el apartado 3º del art. 588 *quater* a) como una medida de investigación que sólo cobra sentido como complemento de la escucha e interceptación de las comunicaciones orales. Si se lee detenidamente el citado apartado, la autorización para la exclusiva instalación de mecanismos técnicos que hagan posible la grabación de las imágenes, no parece estar contemplada como una medida autónoma, sino subordinada a servir de complemento de la captación del sonido («*la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes...*»).

II.2.- Presupuestos de legitimidad

La validez de las medidas contempladas en el art. 588 *quater* a) se somete a la concurrencia de una serie de presupuestos que, si bien se mira, presentan sustanciales coincidencias con aquellos que hacen posible la interceptación de las comunicaciones

telefónicas o telemáticas (cfr. art. 588 *ter a*) y 579.1 LECrim). Ello es consecuencia de la injustificada equiparación entre una y otra medida.

«1. La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación.

2. Solo podrá autorizarse cuando concurran los requisitos siguientes:

a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.º Delitos de terrorismo.

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor»

Precisamente por ello, ahora más que nunca cobra verdadero sentido el esfuerzo de motivación del órgano judicial que ha de dictar la resolución habilitante. En el mismo art. 588 *quater a*) tienen cabida diligencias de investigación de distinto nivel de injerencia. No es lo mismo, desde luego, captar unas conversaciones orales en un espacio público que obtener ese diálogo en el propio domicilio del investigado. No puede tampoco equiparse el alcance de la injerencia cuando se graban sólo las conversaciones del sospechoso, frente a aquellos otros supuestos en los que también se autoriza la grabación de imágenes en cualquiera de las dependencias de su domicilio. De ahí que el juicio de ponderación que ha de llevar a cabo el Juez instructor ha de ser extremadamente minucioso en la explicación de las razones que llevan al sacrificio de los derechos del investigado, frente al interés constitucionalmente legítimo del esclarecimiento de los hechos delictivos. Se hace, pues, necesario desterrar la admisión de modelos formularios en los que la garantía constitucional se interpreta como una decisión burocrática en la que el Juez se limita a una fórmula de control tan difusa como materialmente inexistente. La necesidad de una motivación *ad hoc*, apoyada en un juicio anticipado de necesidad, se acentúa en el primero de los apartados del precepto transcrito. De su lectura se desprende que la resolución motivadora habrá de concretar los encuentros cuya previsibilidad haya sido puesta de manifiesto en la investigación. No se ajustaría, por tanto, al modelo constitucional diseñado, la instalación de artilugios de grabación de la imagen o el sonido sin otro respaldo que la intuitiva esperanza de que esos encuentros van a tener lugar. En suma, la predecible realidad de esos encuentros y su relevancia probatoria, son elementos que han de converger para hacer válida la limitación jurisdiccional de los derechos del investigado.

El legislador ha optado por relajar el nivel de exigencia en el momento de definir los presupuestos de legitimidad para la adopción de cualquiera de estas medidas. Sin embargo, el texto del anteproyecto inicialmente divulgado y remitido para informe al

CGPJ participaba de una visión bien distinta. De hecho, preveía una redacción en la que se fijaba como presupuesto de validez de la medida *«que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delito cometido en el seno de organizaciones criminales, delito de terrorismo, delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad»*. Las críticas en el informe del CGPJ a la supuesta indefinición de lo que por *«delitos de especial gravedad»* debía entenderse, determinaron el cambio de criterio. El órgano de gobierno de los Jueces exigía mayor determinación, desde la perspectiva de las exigencias del principio de legalidad, y reaccionaba frente a lo que consideraba la *subjetivización* en el análisis de la gravedad, que se hacía depender de las *«circunstancias del caso»*.

A nuestro juicio, sin embargo, la fórmula inicial era más adecuada. Transmitía la necesidad de operar con un criterio restrictivo de absoluta excepcionalidad. La censura a la supuesta subjetividad en el examen de los presupuestos de validez de la medida no es certera. El modelo inicial no abandonaba en manos del puro voluntarismo judicial la legitimidad de la injerencia. Se incluían parámetros objetivos, ligados a la naturaleza del hecho perseguido o a la especial vulnerabilidad de la víctima. Y, lo que es más importante, el discurso del Juez de instrucción en el momento de justificar las razones del sacrificio, por más carga de subjetividad que quiera atribuírsele, era perfectamente fiscalizable a través de los mecanismos ordinarios que permiten disentir de la motivación con la que, en uno u otro caso, se pretende justificar la restricción de derechos fundamentales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con el empleo de tan invasivas diligencias de investigación. En la STS 718/2021, 28 de diciembre, se apuntaba que la utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales y, en su caso, para la obtención de imágenes en el domicilio del investigado no es una prueba más. No puede ser contemplada por el Juez instructor como una medida de injerencia susceptible de ser acordada con los mismos presupuestos de legitimidad con los que se adoptan otras medidas de investigación tecnológica en el proceso penal.

Añadía la referida sentencia que *«...el grado de injerencia que esa medida representa en el espacio que cada ciudadano define para excluir a los poderes públicos y a terceros de su propia privacidad, no puede ser ponderado con el mismo ángulo valorativo con el que se aceptan otras medidas de investigación. La expectativa de privacidad de quien cierra la puerta de su domicilio no tiene parangón con la que cada ciudadano puede concebir cuando, por ejemplo, hace uso de un teléfono susceptible de ser intervenido o se desplaza en un vehículo al que ha podido adosarse un dispositivo de geolocalización. Mediante un mecanismo técnico que permita la grabación de conversaciones e imágenes en el domicilio del investigado, el Estado se adentra en el núcleo duro de la intimidad de cualquier persona. Esta medida de injerencia, además, va mucho más allá de la captación de una conversación bidireccional mantenida por los interlocutores concernidos. La utilización de los dispositivos a que se refiere el art. 588 quater a) no afecta sólo al investigado. Alcanza también a su familia, a los residentes habituales y a los que excepcionalmente o de forma esporádica pueden llegar a compartir la vivienda del sospechoso. De ahí que el grado de motivación de la resolución que autoriza la injerencia, el respeto a los estándares impuestos por los principios de proporcionalidad y necesidad y, sobre todo, la duración de la medida han de ser objeto de una escrupulosa valoración judicial. La utilización de un dispositivo de esta naturaleza*

desnuda al investigado de su propia vida familiar, lo coloca a merced de los investigadores, que se convierten así en privilegiados concededores de una información generada en el día a día y que desborda con creces aquello que pueda resultar de interés para el delito investigado. La autorización judicial para la colocación de esos dispositivos deja sin efecto la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria. Neutraliza también los derechos a la intimidad y a la propia imagen. De ahí que asimilar su funcionalidad a la que es propia de otras medidas limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE supone distorsionar los términos con los que su legítima utilización ha de ser valorada».

La importancia del control judicial de la medida es subrayada en el FJ 2.1.2. En él puede leerse que «...la legitimidad de la colocación de dispositivos de grabación del sonido en el domicilio del investigado -la Sala no aborda la protección reforzada que esta medida exigiría cuando se trata de captar imágenes- no puede limitarse a un examen rituario y formal de las alegaciones que, en respaldo de esa medida, ofrecen el Fiscal o los agentes de la autoridad. El Juez de instrucción no puede convertirse en un simple órgano convalidante de una decisión gubernativa de intromisión en la intimidad del investigado. Y en el cumplimiento del mandato constitucional que le incumbe, como órgano de protección y garantía de los derechos fundamentales, debe filtrar la solicitud a través de los principios de proporcionalidad y necesidad a que se refiere el art. 588 bis a) de la LECrim. Una lectura literal de los presupuestos de legitimidad a que se refiere el art. 588 quater b) podría conducir a la errónea conclusión de que, por ejemplo, la investigación de delitos dolosos castigados con pena de prisión con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión, permitiría, siempre y en todo caso, recurrir a esta modalidad de investigación. No es así. Es preciso algo más. Y ese juicio de procedencia ha de hacerse explícito en la resolución habilitante».

II.3.- Contenido de la resolución judicial habilitante: la reforzada exigencia del principio de proporcionalidad en la definición de los lugares del domicilio susceptibles de vigilancia

El contenido de la resolución judicial por la que se autoriza alguna de las medidas de grabación de la imagen o el sonido, no se deduce exclusivamente del art. 588 quater c), precepto cuyo enunciado así parece darlo a entender. En este artículo se dispone lo siguiente:

“Artículo 588 quater c. Contenido de la resolución judicial.

La resolución judicial que autorice la medida, deberá contener, además de las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c, una mención concreta al lugar o dependencias que van a ser sometidos a vigilancia, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia”.

El auto mediante el que el Juez de instrucción autoriza la grabación de las conversaciones orales o la imagen del investigado, ha de contener la explícita exposición de las razones por las que concurren los presupuestos constitucionales de legitimidad de la medida (art. 588 bis b). Se trata, pues, de una motivación integradora, expresiva del juicio de ponderación y eventual sacrificio de los principios y derechos que convergen en el momento de adopción de una medida de esta naturaleza. De modo especial, la introducción de dispositivos de grabación en el domicilio del afectado deberá ser objeto de una

motivación reforzada, indicativa de las razones por las que la medida resulta indispensable y proporcionada.

La ley no veda de modo expreso la captación o grabación del sonido o la imagen en cualquiera de las dependencias del domicilio o lugar cerrado en el que la diligencia de investigación vaya a verificarse. Algunos modelos comparados incluyen, con llamativo casuismo, una relación de los lugares en los que, en ningún caso, sería legítima la injerencia. Nuestro sistema deja en manos del Juez la definición del alcance locativo de la medida. De ahí la importancia, insistimos, de reaccionar frente a un mal entendido pragmatismo que haga de ese control judicial un acto rutinario. No es difícil imaginar la existencia de lugares en cualquier domicilio en los que la justificación de una intromisión de los poderes públicos, resultará de muy difícil –por no decir imposible– justificación. En consecuencia, haya o no explicitado el legislador los lugares de acceso prohibido, el principio de proporcionalidad habrá de operar como un instrumento definitorio de límites no escritos, pero cuya vulneración puede acarrear la nulidad probatoria.

Formará también parte del contenido de la resolución judicial habilitante la determinación del encuentro o encuentros que van a ser objeto de grabación. La importancia de una clara definición de este aspecto tiene una amplia influencia en la eventual fijación de un plazo para la vigencia de la medida. Deberá también precisar los mecanismos de control que hacen posible la fiscalización judicial del desarrollo de la medida. De ambas cuestiones nos ocupamos en los epígrafes siguientes.

II.4.- Control de la medida

El papel que la reforma reserva al Juez de instrucción no se limita al examen de los presupuestos habilitantes, a la verificación de que la solicitud policial puede ser filtrada a través de los principios constitucionales a que se refiere el art. 588 *bis* a). También le incumbe el control de las circunstancias que han de presidir la ejecución de la medida.

Dispone el art. 588 *quater* d):

“En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 bis g, la Policía Judicial, pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés.

El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida”.

Este precepto ha de interpretarse como un precepto de mínimos. El Juez de instrucción puede añadir cualesquiera otras medidas de control que considere pertinentes. Así lo autoriza el art. 588 *bis* g), incluido entre las *disposiciones comunes* del capítulo IV y, por tanto, plenamente aplicable a esta modalidad de injerencia. El legislador se preocupa de la autenticidad de los soportes en los que las conversaciones o imágenes han quedado grabadas. Exige que, de no aportarse el original, la copia electrónica vaya acompañada de alguna fórmula de sellado que descarte dudas acerca de su integridad.

La identificación de los agentes intervinientes en la práctica de la diligencia de investigación no es sino obligada fórmula de control que, además, permite individualizar a

aquellos que, en su momento, pueden llegar a ser citados al plenario, para convertir así la diligencia de investigación en verdadera prueba, sometida entonces al principio de contradicción.

La reforma no ha estimado conveniente incluir un precepto similar al que regula el acceso de las partes a las grabaciones, cuando de lo que se trate es de la intervención de comunicaciones telefónicas o telemáticas (art. 588 *ter* i). El hecho de que, como venimos destacando, la grabación del sonido o de la imagen a que se refiere el art. 588 *quater* a) sólo se contempla como una diligencia de investigación *ad hoc*, concebida para uno o varios encuentros concretos y determinados, no debería llevarnos a descartar la conveniencia de un expediente de selección de contenidos, inspirado en el art. 588 *ter* i), especialmente, en aquellos supuestos en los que durante la vigencia de la medida restrictiva hayan tenido lugar conversaciones en nada conducentes al éxito de la investigación.

II.5.- Duración

Como venimos insistiendo, la identificación sustancial entre las diligencias de investigación contempladas en el art. 588 *quater* a) y la interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, puede conducir a resultados inaceptables. Uno de ellos, por ejemplo, tiene relación con la duración de la medida. En efecto, el capítulo VI no contiene entre sus previsiones la fijación de un límite de duración, a diferencia de lo que sucede con la intervención de las comunicaciones (art. 588 *ter* g). La tentación de fijar unos límites temporales a partir de una integración analógica de este precepto no es de recibo. El silencio del legislador no puede interpretarse como un olvido. Antes al contrario, define una regla especial que conduce a la restricción del plazo general fijado para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y que se obtiene a partir de la propia naturaleza excepcional de la diligencia de investigación que estamos examinando. Se trata, en fin, de reforzar la idea de que la autorización de la captación de las conversaciones o de las imágenes del investigado, sólo adquiere significado cuando se pone en relación con encuentros previsibles y de cuya programada realidad hayan llegado a tener conocimiento los investigadores. No es una medida sostenible en el tiempo. No puede aspirar a recolectar encuentros con la expectativa de que, alguno de ellos, previo filtrado, podrá ofrecer una información de interés para la investigación. De ahí la reiterada mención al carácter concreto de los encuentros y a la previsibilidad de los mismos.

En la STS 718/2021, 28 de diciembre, la Sala Penal del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la interpretación de la falta de fijación de un plazo concreto para la duración de la medida: «...la fijación por el Juez de instrucción de un plazo de vigencia de la medida no puede apartarse del espíritu y de la propia literalidad del art. 588 *quater* b). En este precepto, es cierto, no existe una referencia expresa a un plazo -como sucede en relación con el resto de las medidas de investigación que afectan a los derechos del art. 18 de la CE-, pero sí se fija una pauta inderogable para definir los límites temporales a la autorización. En efecto, la utilización de estos dispositivos «...ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación».

La falta de fijación de un plazo acotado de duración de la medida no puede ser interpretada como una invitación a decisiones jurisdiccionales con términos temporales abiertos y susceptibles de sucesivas prórrogas. En la determinación de su plazo de

vigencia no cabe una integración analógica con lo dispuesto para otras diligencias invasivas del derecho de intimidad, respecto de las cuales el legislador sí ha considerado conveniente la fijación de un límite temporal expreso. Para la legitimidad de una diligencia de investigación de tanta incidencia en el espacio ciudadano de exclusión de terceros, es indispensable que la resolución habilitante no pierda de vista el significado constitucional de la medida que autoriza el art. 588 quater a) de la LECrim, que no es otro que permitir la grabación de conversaciones -excepcionalmente, con inclusión de imágenes- que sea previsible van a producirse en un encuentro concreto entre los investigados. La capacidad del Estado para adentrarse en el domicilio de cualquier ciudadano -por más que se trate del sospechoso de una infracción penal- no puede aspirar a prolongarse en el tiempo. La utilización de dispositivos de grabación y escucha en el domicilio del investigado ha de ser concebida como un acto procesal de máxima injerencia -y, por tanto, de mínima duración- en la inviolabilidad del domicilio y, con carácter general, de la privacidad. El art. 588 quater a) de la LECrim no autoriza a los Jueces de instrucción a alzar la protección constitucional de esos derechos durante un plazo, más o menos abierto, con la esperanza de que algo podrá oírse durante el tiempo de vigencia de la medida. La solicitud de los agentes de policía sólo puede ser aceptada cuando contiene y describe, con el grado de precisión que permita el estado de la investigación, uno o varios encuentros de los investigados entre sí o con terceras personas que puedan resultar determinantes para el esclarecimiento del hecho. Sólo así podrá razonarse la proporcionalidad, la necesidad y la excepcionalidad de la medida.

La instalación de dispositivos de grabación de sonido e imágenes -en el caso presente, sólo de sonido- no puede autorizarse por «...un término de treinta días naturales, pasados los cuales cesará la misma, de no comprobarse o descubrirse los hechos que se investigan, salvo que sea necesaria su prórroga, previa solicitud motivada a tal efecto». Ya hemos apuntado supra cómo esa referencia cronológica no puede tomarse prestada de la previsión legislativa para otro tipo de diligencias. De hecho, si se actúa conforme a ese criterio de integración, la vulneración constitucional se hace mucho más evidente. Repárese en que el Juez de instrucción ha considerado conveniente establecer un término de duración de la injerencia de 30 días, que es el mismo que el que previene el art. 588 septies c) para el registro remoto de dispositivos de almacenamiento masivo. En este precepto se señala que la duración máxima de esta medida será la de un mes. Y se añade que ese plazo es prorrogable «...por iguales períodos hasta un máximo de tres meses». Basta un juicio de contraste entre la incidencia constitucional de una medida de examen remoto y telemático del ordenador del investigado (art. 588 septies a) y la diligencia de grabación de cuanto acontece en el domicilio del sospechoso (art. 588 quater a) para concluir que entre ambos actos procesales de investigación existe una diferencia funcional que impide la asimilación de su plazo de vigencia».

Sigue razonando el Tribunal Supremo que «...como es lógico no son descartables situaciones en las que la previsibilidad de ese encuentro no pueda fijarse con la exactitud deseada. En esos casos -sólo en esos- será posible la fijación de un breve período de tiempo en el que el encuentro pueda llegar a tener lugar. Pero un arco cronológico de un mes es la mejor evidencia de que no existen datos suficientes que justifiquen violentar la intimidad domiciliaria. Y, por supuesto, la resolución judicial que acuerda la medida no es prorrogable, con carácter general, por períodos iguales. Será indispensable justificar la noticia de un nuevo encuentro o de una fecha más segura para legitimar la intromisión. Así se desprende del art. 588 quater d) de la LECrim.

La sentencia que venimos glosando, con cita de la STS 655/2020, 3 de diciembre, recuerda que «...la necesidad de un tratamiento individualizado del plazo de duración de la instalación de dispositivos de grabación en el interior del domicilio del investigado ha sido recientemente apuntada por esta Sala. En el FJ 5º, apartado 5.5 de la STS 655/2020, 3 de diciembre se razona en los siguientes términos: “...dos de los investigados -matrimonio- residen en domicilio común, y el tercero -su hijo común- en otra vivienda cercana, por lo que no resulta de recibo que se autorice la grabación de las conversaciones que entre ellos pudieran tener en el primer domicilio, durante un mes, que no podrían calificarse como encuentros concretos, medida desproporcionada, cuya razonabilidad debería referirse a los que mantuvieran con terceras personas que accedieran al domicilio para entrevistarse con cualquiera de aquellos y pueda preverse que la utilización de los dispositivos de escucha aportará datos esenciales de relevancia probatoria” (cfr. FFJJ 5º a 11º)».

La doctrina proclamada por ambas resoluciones del Tribunal Supremo ha sido matizada por el Tribunal Constitucional que, en su STC 99/2021, 10 de mayo, ha admitido una mayor flexibilidad en la fijación de un plazo de acotación de la medida.

II.6.- Cese de la medida

La regulación del cese de la medida se ajusta a esa idea de inexistencia de un plazo genérico, expresivo de una habilitación abierta, sujeta sólo a la concurrencia de un límite temporal. No es esta la idea del legislador, entre otras razones, porque no lo tolera la naturaleza de la medida de investigación que analizamos.

El art. 588 *quater e*) dispone lo siguiente:

“Cesada la medida por alguna de las causas previstas en el artículo 588 bis j, la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial”.

El legislador quiere destacar el mandato de renovación de la autorización judicial, siempre que resulte necesaria una nueva grabación del sonido o la imagen. Se trata, por tanto, de subrayar que, al amparo del art. 588 *quater a*) no tienen cabida resoluciones abiertas, de carácter genérico, sin otra referencia limitadora que el paso del tiempo.

De acuerdo con esta idea, la remisión a las causas previstas en el art. 588 *bis j*) no deja de ser perturbadora. En él se dispone, en el marco de la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, que “*el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada*”. Esta remisión, en ningún caso, puede servir para respaldar una interpretación que debilite el cuadro de garantías y restricciones que se derivan de la intensa injerencia que acompaña a la grabación del sonido y la imagen, incluso, en el propio domicilio del investigado. Es evidente que el Juez de instrucción que ha sido informado acerca de la previsible realidad de unos encuentros de los que se va a desprender información de interés para los investigadores, puede fijar un plazo máximo de vigencia de la medida. Pero ese plazo sólo

se entiende y justifica como garantía añadida al anticipado conocimiento de un contacto preciso, previsible y de cuya existencia próxima puedan aportarse relevantes indicios.

La destrucción de los archivos de imagen o sonido se acomoda a las disposiciones fijadas, con carácter general, en el art. 588 *bis* k).